



MAURICIO ALICE / JULIO BARBOZA /
LEOPOLDO M. A. GODIO / SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO /
HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE / MARCOS NELIO MOLLAR /
ALDANA ROHR / N. GLADYS SABIA

CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DEL
DERECHO INTERNACIONAL

CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DEL
DERECHO INTERNACIONAL

MAURICIO ALICE / JULIO BARBOZA /
LEOPOLDO M. A. GODIO / SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO /
HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE / MARCOS NELIO MOLLAR
ALDANA ROHR / N. GLADYS SABIA

2015

Contribuciones al estudio del Derecho Internacional / Gladys Sabia [et al.];
compilado por González Napolitano, Silvina S.; Leopoldo M. A. Godio. - 1a ed .
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones
Internacionales-

CARI, 2015.

236 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1558-12-4

1. Derecho Internacional. I. Sabia, Gladys II. González Napolitano, Silvina S., ,
comp. III. Godio, Leopoldo M. A., comp.

CDD 341

*Las opiniones de los autores son a título personal
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013
Uruguay 1037, piso primero
C1016ACA Buenos Aires, Argentina
Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *María Lafage*
Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

INDICE

Prólogo <i>N. Gladys Sabia</i>	9
Los procesos de creación del derecho internacional y los actos unilaterales de los Estados <i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i>	11
Los tratados tácitos y el derecho internacional <i>N. Gladys Sabia</i>	23
La jurisprudencia internacional como fuente del derecho <i>Julio Barboza</i>	65
La intervención de terceros en los procedimientos jurisdiccionales internacionales <i>Silvina S. González Napolitano</i>	83
Las contribuciones de América Latina a la paz y al derecho internacional <i>Mauricio Alice</i>	133
La evolución del régimen jurídico de las islas en el derecho internacional contemporáneo y su interpretación en la controversia entre Nicaragua y Colombia <i>Leopoldo M. A. Godio</i>	157
La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Inmunidad <i>ratione personae</i> e inmunidad <i>ratione materiae</i> <i>Marcos Nelio Mollar</i>	183
La obligación de extraditar o juzgar en el derecho internacional contemporáneo <i>Aldana Rohr</i>	215

PRÓLOGO

La actividad del Instituto de Derecho Internacional del CARI se desarrolla principalmente a través de tres ejes: la investigación, que culmina periódicamente en la publicación de un libro; la actualización y divulgación de temas de la especialidad, ya sea de los últimos fallos de los distintos tribunales, de las convenciones, de libros y artículos doctrinarios y que constituyen el contenido del Boletín cuatrimestral y el contacto con profesores, funcionarios argentinos y extranjeros e incluso internacionales que se invitan a participar en Seminarios, entrevistas y reuniones que se organizan todos los años y cuyas exposiciones nos enriquecen como institución.

Es por ello que cada vez que concretamos la publicación del libro, como uno de los ejes propuestos, lo celebramos como un aporte al estudio del derecho internacional y como prueba de que estamos fuertemente comprometidos con la materia.

En este sentido, agradecemos especialmente el empeño de los miembros del Instituto, Silvina González Napolitano y Leopoldo Godio que realizaron una tarea importantísima, pero a veces un poco ingrata, como es coordinar los trabajos y compatibilizar las notas y demás detalles formales que, además, siempre es difícil cuando se trata de varios trabajos, ocho en este caso.

Como corolario de esta presentación de la obra que, como señalamos, demandó un esfuerzo conjunto, hacemos partícipes a los lectores de nuestra expectativa que consiste en que el libro resulte principalmente de utilidad para profesores y alumnos de las distintas cátedras sobre el derecho internacional, pues con ello habremos cumplido con nuestro objetivo.

N. Gladys Sabia

LOS PROCESOS DE CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

*Hortensia D. T. Gutierrez Posse**

SUMARIO: I. Introducción; I.1. La buena fe; I.2. El *estoppel*; II. A modo de colofón.

I. Introducción

Los procesos de creación del derecho internacional están codificados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte” o C.I.J., indistintamente), retomando lo que ya se había establecido en el Estatuto de su predecesora; esto es, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Estos procesos son los tratados, la costumbre internacional y los principios generales de derecho, conforme a los cuales ha de decidir el Tribunal al resolver una controversia que le sea sometida. Asimismo, la aplicación de tratados o costumbres da lugar a la creación de concretos derechos y obligaciones en casos determinados. Por cierto, en razón del principio de igualdad jurídica, que gobierna las relaciones entre los Estados, nada se dice en esta norma con relación a los actos unilaterales de estos en tanto que fuente del derecho internacional. Sin embargo, en ocasiones se mencionan ejemplos que parecerían dar lugar a considerar que este tipo de actos también podrían constituir un proceso creador de norma.

En realidad, de lo que se trata no es ya de un proceso autónomo de creación sino de la aplicación ante un caso de especie de una norma convencional o consuetudinaria. Por ende, si bien dichos actos pueden establecer vínculos jurídicos, estos sólo han de unir al Estado autor del acto con aquel, o aquellos, que resulten concernidos; tal sería el caso de una declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción de la C.I.J. —basada en el art. 36.2 del Estatuto de este Tribunal— o el reconocimiento de un nuevo Estado, con sustento en una práctica generalmente aceptada como derecho.

* Profesor Emérito U.B.A.

Ahora bien, en este contexto cabe interrogarse si la aplicación de principios generales de derecho –otra de las fuentes autónomas creadora de derecho internacional– podría tener idéntico alcance. Esto es, si una declaración de un Estado por la que este exprese su voluntad de crear obligaciones u otros efectos en el derecho internacional, formulada en ejercicio de su libertad de actuación en el plano internacional, generaría derechos y obligaciones pero, ahora, en razón de ser aplicación no ya de un tratado o de una costumbre sino de un principio general de derecho; tal sería el caso al que podría dar lugar la aplicación del principio de buena fe, reconocido en los sistemas de derecho interno de los Estados.

Todo parecería indicar que un acto unilateral que aplicase uno de estos principios no constituiría un proceso autónomo de creación del derecho internacional sino que, al ser aplicación de una regla de derecho, tan sólo generaría obligaciones para el autor del acto sin requerir ninguna manifestación de voluntad por parte de otro u otros Estados; y ello, aun cuando –eventualmente– estos pudiesen constituirse en titulares de los derechos correlativos a la obligación en cuestión.

En las páginas que siguen se abordará la consideración de actos unilaterales de los Estados no ya como procesos autónomos de creación del derecho internacional sino como generadores de derechos y obligaciones en tanto que aplicación particular de principios generales de derecho. Así, se considerará primero el principio de la buena fe para ver luego –cual la otra cara de la misma medalla– la institución del *estoppel*.

1.1. La buena fe

Al examinar la cuestión de los actos unilaterales de los Estados como generadores de derechos y obligaciones, la referencia casi obligada suelen ser las declaraciones efectuadas por Francia con relación a los ensayos nucleares que estaba llevando a cabo en el Océano Pacífico ante las demandas incoadas en la C.I.J. por Nueva Zelanda y Australia. En aquella oportunidad la Corte entendió que la declaración obligaba al país que la había formulado sin que fuese necesaria reacción alguna por parte de terceros, fuese ésta una aceptación o fuese de cualquier otro tipo. En ese sentido la C.I.J. consideró que un principio básico que regula la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas –sea cual fuese su fuente– es el de la

buena fe. Por ende, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por declaración unilateral, según la Corte, reposa sobre la buena fe y los Estados interesados pueden basarse en ella para exigir que la obligación así creada sea respetada¹.

La C.I.J. reiteró esta interpretación, ahora en relación con una comunicación transmitida por la junta de reconstrucción nacional de Nicaragua a la Organización de Estados Americanos, señalando que en este caso nada podía encontrar en los términos de la declaración que diese lugar a entender que el autor había asumido un compromiso jurídico². Con idéntico alcance consideró el valor de una declaración efectuada por Mali en relación con la creación de una Comisión de Mediación de la Organización de la Unidad Africana, establecida en la Conferencia de Lomé de 1974. Así reiteró que sólo cuando el Estado autor de la declaración entiende obligarse por sus términos, esta intención confiere a su toma de posición el carácter de un compromiso en derecho. Por ende, —según la Corte— todo ha de depender de la intención del Estado que la formula y, para apreciar la intención de ese acto unilateral, han de tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho que lo rodean³. Es decir que un acto unilateral instituiría obligaciones para su autor —y consecuentemente derechos para terceros Estados— si así lo entiende quien lo expresa; y ello, en aplicación de un principio general de derecho cual es el principio de la buena fe.

En igual sentido se pronunció la Comisión de Derecho Internacional cuando, siguiendo la invitación de la Asamblea General de la O.N.U.⁴, examinó el tema de los actos unilaterales de los Estados. En efecto, en el seno de la Comisión se entendió que en la práctica se recurre a ellos con la intención de producir efectos en derecho, creando, reconociendo, cautelando o modificando derechos, obligaciones o situaciones jurídicas. Así, a juicio de la Comisión, se los puede caracterizar como actos unilaterales cuando toman la forma de una declaración por la que en términos precisos se

¹ C.I.J., caso de los *Ensayos nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia; y Australia c. Francia), Sentencia del 20 de diciembre de 1974, para. 46-49.

² C.I.J., caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Sentencia del 27 de junio de 1986, para. 261.

³ C.I.J., caso de la *Disputa Fronteriza* (Burkina Faso c. República de Mali), Sentencia del 22 de diciembre de 1986, para. 39-40.

⁴ Doc. A/51/160 del 16-XII-1996.

expresa la voluntad del Estado que la expresa de obligarse en el ámbito del derecho internacional. Como resultado de su labor la Comisión adoptó una *Guía de Principios* aplicables a las declaraciones unilaterales⁵ en la que se sostiene que las declaraciones públicas, escritas o verbales, manifestando la voluntad de obligarse pueden producir el efecto de crear obligaciones en derecho, basándose el carácter obligatorio de tales declaraciones en la buena fe. Por ende, se entiende en la *Guía* que los Estados interesados pueden tomarlas en consideración y confiarse en ellas, gozando del derecho de requerir que dichas obligaciones sean respetadas⁶. Por cierto, tales declaraciones no podrían contradecir una norma de *jus cogens*⁷ ni generar obligaciones para otros Estados a menos que estos las aceptasen⁸. Es decir, que el sustento del derecho o de la obligación se encuentra en la aplicación de un principio general de derecho tal como ocurre con actos que constituyen aplicación de normas de fuente convencional o consuetudinaria. A título de ejemplo basta recordar que una decisión del Consejo de Seguridad sería vinculante pero que el origen de la obligación que generaría dicha decisión no estaría en el acto unilateral del órgano sino en el hecho de ser aplicación de un tratado en el que se lo facultó a actuar de tal modo; esto es, en la especie, la Carta de la O.N.U.⁹.

Los principios generales de derecho y, en consecuencia, el principio de la buena fe, se encuentran en el derecho positivo de los Estados, siendo la opinión general de sus legislaciones la que permite reconocer su existencia¹⁰, particularmente, en el ámbito del derecho civil¹¹ o del derecho procesal. Todo parecería indicar que los Estados no podrían sostener que principios que consideran justos y útiles en sus legislaciones no tendrían el mismo carácter en las relaciones internacionales.

⁵ Doc. A/CN.4/L.703, del 20-VII-2006.

⁶ *Ibidem*, principio 1.

⁷ *Ibidem*, principio 8; una norma de *jus cogens* es una norma imperativa del derecho internacional general que ha sido reconocida y aceptada como tal por la comunidad de Estados en su conjunto por lo que sólo puede ser modificada por otra norma de idéntico carácter.

⁸ *Ibidem*, principio 9.

⁹ Carta O.N.U., art. 25.

¹⁰ RIPERT, Georges, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", *Recueil des Cours*, vol. 1933-II, p. 579.

¹¹ *Ibidem*, p. 584.

Ahora bien, no obstante el carácter de procesos creadores de derechos y obligaciones que se les otorga en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y por ende de derecho internacional a aplicar por el Tribunal, algunos autores ponen en duda su existencia al tener en cuenta un eventual antagonismo ideológico que separaría el sistema legal comunista del capitalista y el autocrático del democrático¹² o consideran que tienen un carácter transitorio puesto que se aplicarían a materias nuevas en el derecho internacional dando lugar al nacimiento de costumbres o de reglas convencionales¹³. Otros, en cambio, sostienen que la inclusión de estos principios en el Estatuto tiene un alcance supletorio de las otras fuentes, siendo también útiles para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos, iluminando de esta suerte todo el ordenamiento internacional¹⁴. Pero más allá de estas afirmaciones lo cierto es que se trata

¹² KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, tr. Hugo Caminos, Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, El Ateneo 1965, pp. 259 y ss. y 335 y ss., donde se concluye que los principios generales de derecho sólo serían aplicables si fuesen parte del derecho internacional convencional o consuetudinario porque considera dudoso que los redactores del Estatuto se hubiesen propuesto conferir a la Corte un poder extraordinario tal como sería autorizarla a aplicar una norma porque en opinión del Tribunal se trataría de un principio general; sin embargo, en relación a eventuales antagonismos ideológicos, ha de tenerse en cuenta que en la doctrina soviética Tunkin, en TUNKIN, Grigory I., *Curso de derecho internacional*, tr. Federico Pitn, Moscú, Editorial Progreso, 1980, t. I., pp. 78 y ss. acepta los principios generales de derecho sosteniendo que se trata de normas comunes para los sistemas jurídicos nacionales y para el derecho internacional, siendo conceptos jurídicos generales, reglas lógicas, procedimientos de la técnica jurídica utilizados al interpretar y aplicar el derecho con abstracción de la estructura social de uno u otro sistema jurídico.

¹³ CARREAU, Dominique, *Droit international*, París, Pedone, 1986, pp. 265 y ss., donde se sintetizan distintas concepciones a partir de los debates que se suscitaron al considerar la inclusión del art. 38 c) en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, sosteniendo el autor que en definitiva para que estos principios sean universales basta que estén reconocidos por el derecho positivo de los países más representativos de la comunidad internacional, surgiendo si son aplicables por analogía a cuestiones de derecho internacional de un análisis del derecho positivo de las grandes familias jurídicas por el método comparatista.

¹⁴ VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, tr. de la 3ª ed. Antonio Truyol y Serra, Aguilar, 1961, pp. 123 y ss.; el carácter supletorio de las otras fuentes en su aplicación a la resolución de controversias por la Corte es sostenido también por DI GIULIANO, Mario; SCOVAZZI, Tullio & TREVES, Tullio, en *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè Editore, 1983, t. I., pp. 251 y ss.; ABI-SAAB, Georges, "Les sources du droit international: essai de déconstruction", en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 29 y ss.; y NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *Droit International Public*, 3ª ed., París, L.G.D.J., 1987, pp. 316 y ss., quienes también les asignan un carácter transitorio ya que su aplicación puede transformarlos en normas

de principios reconocidos por la mayoría de las legislaciones, constituyendo el patrimonio jurídico común a todos los pueblos siendo este reconocimiento un signo de que –al igual que la costumbre o los tratados– se trata de derecho positivo¹⁵. Así, se ha afirmado que el recurso a estos principios se efectúa por un doble procedimiento; de abstracción en primer lugar y luego de generalización, que los despoja de las particularidades nacionales de las cuales pudieron haber sido revestidos por una elaboración técnica más cuidadosa, permitiendo por un esfuerzo de síntesis extraer los aspectos generales realmente universalizables. Un razonamiento por analogía comporta, de este modo, la expresión de una tendencia asimiladora que determina el pensamiento a relacionar, a pesar de falta de similitud exterior, con situaciones que se unen entre ellas por la identidad de la razón jurídica, no pudiendo constituir tal tipo de razonamiento –en la función de la Corte de aplicar el derecho al decidir– una creación de derecho¹⁶.

En ese sentido, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal, la interpretación de buena fe de un acto unilateral tendiente a determinar si genera una obligación para quien es el autor, y por ende un derecho para un tercero, implica una apreciación de la conducta de los interesados ya que conduciría a examinar si intentar exigir el cumplimiento de tal obligación comportaría un acto de buena o de mala fe en razón de la situación de quien emitió una determinada declaración. Esto es, que la aplicación del principio de buena fe guía la interpretación de un acto unilateral en cuanto a sus efectos, del mismo modo que integra la regla general de interpretación en materia de tratados. Tanto quienes se consideren acreedores de los efectos de una declaración como quien la emitió, al igual que un tercero que fuese llamado a interpretarla, han de actuar de buena fe, conforme al sentido de los términos en que fue formulada y sus circunstancias. Por cierto, la consecuencia del incumplimiento de una obligación emitida por esta vía, al igual que el incumplimiento de cualquier obligación derivada de un tratado o de una norma consuetudinaria por parte del sujeto obligado por ella, constituiría un hecho internacionalmente ilícito y comportaría la responsabilidad internacional de quien emitió la declaración en cuestión. Todo parecería indicar que también en este caso sería aplicable la

consuetudinarias de un contenido similar; en contra de un carácter subsidiario véase DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, 2ª ed., París, Dalloz, 1993, pp. 241 y ss.

¹⁵ CAVARE, Louis, *Le droit International public positif*, París, Pedone, 1967, t. I, pp. 240 y ss.

¹⁶ DE VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 4ª ed., París, Pedone, 1970, pp. 419 y ss.

jurisprudencia sentada de larga data por la Corte Permanente de Justicia Internacional conforme a la cual la violación de una obligación acarrea la obligación de reparar en modo adecuado¹⁷ en razón de tratarse de una concepción general del derecho¹⁸.

En consecuencia, los derechos han de adquirirse y ejercerse de buena fe, sea cual fuese su fuente –aun una declaración unilateral estableciendo una obligación para su autor–, pudiendo considerarse a este principio como un principio fundamental del derecho internacional¹⁹. Por cierto, en ese sentido la declaración ha de ser hecha en términos precisos, refiriéndose a una determinada conducta como prohibida, en modo a que no pueda quedar librado su cumplimiento a la sola voluntad de quien la formula. Su contenido comporta una verdadera norma –en tanto que pauta de conducta– de naturaleza jurídica puesto que implica asumir una obligación por parte del Estado que la emite, generando un consecuente derecho para terceros Estados.

En definitiva, admitir que un acto unilateral puede constituir un proceso válido de creación de derecho no implica violentar el principio de igualdad jurídica de los Estados sino aceptar que tal sería el caso si se tratase en la especie de la aplicación de un principio general de derecho reconocido en las legislaciones internas; cual es el de la buena fe. Y ello, del mismo modo que la aplicación de un tratado o de una costumbre internacional constituye una vía idónea para crearlos. Pero, al igual que ocurre en estos supuestos, la declaración no puede ser revocada arbitrariamente por quien la expresó y, precisamente, bajo este aspecto de eventuales arbitrariedades, cabe referirse al *estoppel*²⁰ en tanto que aplicación del principio conforme al cual *non concedit venire contra factum proprium*²¹. Esto es, que la buena fe impide que se actúe de mala fe.

¹⁷ C.P.J.I., *Monasterio de San Naoum (frontera entre Serbia y Albania)* (Albania, Yugoslavia), Dictamen del 4 de septiembre de 1924, *Serie B*, n. 9, p. 21.

¹⁸ C.P.J.I., *Interpretación de las Sentencias núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)* (Alemania c. Polonia), Sentencia del 16 de diciembre de 1927, *Serie A*, n. 13, p. 25.

¹⁹ RIPERT, Georges, *op. cit.*, p. 637.

²⁰ C.I.J., caso del *Templo de Préah Vihear* (Camboya c. Tailandia), Sentencia del 15 de junio de 1962, p. 32.

²¹ MARTIN, Antoine, *L'Estoppel en droit international public*, Paris, Pedone, 1979, pp. 259 y ss.

1.2. El estoppel

La institución del *estoppel* se origina en el derecho inglés y en una de sus formas –el *estoppel* por representación– implica la prohibición de que una persona se contradiga de lo que ha dicho, hecho o dado a entender precedentemente a un tercero, el que ha actuado o dejado de actuar, modificando su posición en su perjuicio, en razón del contenido del primer acto²².

Parecería evidente que la contradicción en las declaraciones, los actos o las actitudes de una persona que condujeron a otra a actuar en su perjuicio son incompatibles con la buena fe. Ahora bien, si en una primera aproximación esta institución proviene de un determinado sistema jurídico –el derecho inglés–, al ser acogida en el ámbito del derecho internacional lo es en tanto que aplicación del principio de buena fe que –como tal– es reconocido en los sistemas internos de los Estados. Esto es que, en substancia, al ser traspasada al derecho internacional, su fuente se encuentra en un principio general de derecho²³.

En efecto, desde fines del siglo XVIII se comenzó a invocar ante tribunales arbitrales internacionales esta institución²⁴, siendo receptada su consideración ante estas instancias así como, ulteriormente, ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. De este modo, el *estoppel* en el derecho internacional se aplicaría en caso de contradicción entre un comportamiento actual y un comportamiento anterior del mismo sujeto e impediría a una parte, en virtud del principio de la buena fe, contradecir aquello que precedentemente hizo, dijo o indujo a creer. Ello, cuando un tercero en virtud del primer comportamiento modificó su posición en su perjuicio. El *estoppel* impediría al primero establecer en relación al otro sujeto un estado de cosas diferente de aquel que anteriormente se representó como existente.

²² DARGENT, Joseph, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'Estoppel*, Thèse de Grenoble; Tourcoing: Imp. G. Frère, 1943, p. 3, cit. en MARTIN, Antoine., *op. cit.*, p. 15.

²³ Cabe señalar que la doctrina no es uniforme; Martin, en la obra precedentemente citada, entiende que la fuente de la institución se encuentra en la costumbre por el hecho de su invocación y aceptación ante tribunales internacionales. Conf. MARTIN, Antoine. *op. cit.*, pp. 219 y ss.

²⁴ BOWET, Derek W., "Estoppel before International tribunals and its relation to acquiescence", *B.Y.B.I.L.*, 1957, p. 177, cit. en MARTIN, Antoine, *op. cit.*, p. 67.

Así, cabría considerar que en virtud de la buena fe operaría cuando el acto unilateral original fue claro y sin ambigüedades, se refirió a una determinada conducta como prohibida, se efectuó voluntariamente y sin condicionamientos, dando lugar a que un tercero se representase en modo inequívoco un estado de cosas, por lo que una ulterior modificación causaría un perjuicio para el tercero que basó en él su toma de posición²⁵. En substancia, se trataría de un acto unilateral que comporta una manifestación de voluntad de un sujeto de derecho internacional con capacidad suficiente, emanada de un ente que lo represente en el ámbito internacional, y destinada a crear una pauta de conducta que produce efecto en derecho al instar a actuar o dejar de actuar a un tercero que ulteriormente pudiese verse perjudicado.

De este modo, el *estoppel*, una vez receptado en el derecho internacional, es la aplicación de un principio general de derecho —el principio de la buena fe— aceptado *in foro domestico* y por ende común a los sistemas jurídicos de los Estados que impide a la Parte de la que emana el acto modificarlo o intentar ulteriormente dejarlo sin efecto²⁶.

Así, cabría concordar en definirlo afirmando que cuando una Parte, por sus declaraciones, sus actos o sus comportamientos, condujo a otra Parte a creer en la existencia de un determinado estado de cosas, induciéndola a actuar o a abstenerse de actuar en modo a que resulte una modificación en sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda o en ventaja de la primera) estaría impedida por el *estoppel* de establecer en relación a la segunda un estado de cosas diferente de lo que aquella se había representado anteriormente como existente²⁷. En la especie se trata de una institución que al ser invocada ante instancias internacionales las habilita a decidir objetivamente si una Parte en virtud de sus declaraciones, actos o comportamientos, está impedida de refutar las afirmaciones de su

²⁵ C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Países Bajos; y República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencias del 20 de febrero de 1969, pp. 167-170.

²⁶ Ver los autores que encuentran el fundamento de esta institución en el principio de la buena fe en MARTIN, Antoine, *op. cit.*, p. 305, nota 220, donde también se menciona a quienes encuentran el fundamento en la teoría de la responsabilidad internacional y en la del acuerdo tácito entre dos sujetos de derecho, basado en la necesidad de la confianza recíproca entre los Estados.

²⁷ Conf. MARTIN, Antoine, *op. cit.*, p. 260.

contraria, intentando establecer una verdad diferente. De este modo el principio de la buena fe es, también, el que ha de guiar al intérprete en la apreciación de la conducta subsecuente dando todo su valor al primer acto unilateral que comportó una manifestación de voluntad, engendrando obligación para su autor y derecho para el tercero.

En efecto, el primer acto tiene la naturaleza de un acto unilateral, puesto que se trató de una clara declaración de la manifestación de voluntad de un sujeto que produce efecto en derecho sin interesar a quien la emitió la recepción por un tercero, distinguiéndose –así– de un acuerdo tácito en tanto que este también es fuente de derechos y obligaciones. Sólo ulteriormente podrá contar la representación que se hubiese hecho de ese acto y las conclusiones que pudiese haber extraído para modificar su comportamiento. La consecuencia en derecho de este acto es generar la obligación para aquel de quien emana de no contradecirlo ulteriormente, puesto que ello podría dar lugar a que un tercero, si se viese afectado, gozase del derecho de invocar el *estoppel*. La manifestación de voluntad no había sido dirigida a una Parte determinada, sino que ulteriormente ese acto podría dar lugar a que un tercero dedujese, de buena fe y en razón de las circunstancias, la existencia en el autor de la voluntad de obligarse. Por esta vía, y en aplicación del principio de buena fe, el *estoppel* comporta un límite al contenido del acto unilateral segundo, por el que se intenta modificar o dejar sin efecto el primero, operando –al igual que opera una norma de *jus cogens*– como condicionante del ámbito material de un acto unilateral.

II. A modo de colofón

El principio de igualdad jurídica de los Estados se encuentra en el origen mismo del derecho internacional como ordenador de sus relaciones jurídicas. En consecuencia, al ser todos y cada uno igualmente soberanos, sería contradictorio con este principio que en modo individual alguno de ellos intentase dictar normas imponiendo derechos u obligaciones a otro u otros de sus Pares sin su consentimiento. Sólo el acuerdo de voluntades, expreso o tácito, o la concordancia de prácticas generalmente aceptadas como derecho podrían ser fuente de derecho internacional. Ello no obstante, los actos unilaterales de los Estados pueden comportar procesos válidos de creación de obligaciones para su autor y de consecuentes derechos para terceros.

Una y otra afirmación, aun cuando aparentemente antitéticas, son correctas. Ello, por cierto, a condición de que se acepte que los actos unilaterales no vulneran el principio rector de las relaciones internacionales sino que comportan la aplicación de otro de los procesos válidos de creación de derechos y obligaciones; esto es, los principios generales de derecho.

Ahora bien, al igual que los derechos y obligaciones creados por tratados o por normas consuetudinarias, los actos unilaterales reconocen límites a su ámbito material. En efecto, no pueden tener por objeto derogar una norma de *jus cogens* así como tampoco contradecir un acto unilateral anterior que había inducido a un tercero a una determinada actitud.

Como se ha visto, el principio de la buena fe, principio rector de todo sistema jurídico, obliga al cumplimiento de la obligación asumida a la par que impide que, ulteriormente y en modo arbitrario, su autor intente dejarla de lado. Sería contrario a toda lógica jurídica que los Estados denegasen en el ámbito internacional los principios que asumen como vinculantes en sus ámbitos internos.

LOS TRATADOS TÁCITOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL

N. Gladys Sabia*

SUMARIO: I. Introducción; II. Antecedentes; III. La Corte Internacional de Justicia; III.1. *Diferendo marítimo* (Perú c. Chile); III.2. *Diferendo territorial y marítimo en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras); III.4. *Delimitación marítima entre Groenlandia y Jan Mayen* (Dinamarca c. Noruega); III.5. *Soberanía sobre Pedra Branca-Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia c. Singapur); III.6. *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria); IV. Tribunal Internacional del Derecho del Mar; V. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y sus antecedentes; VI. Marco Teórico; VII. Reflexión Final.

I. Introducción

Los tribunales internacionales invocan, en algunos casos, la figura de tratado tácito como fundamento jurídico de toda o parte de sus sentencias.

Sin embargo, el concepto de tratado tácito es muy difícil de encontrar en trabajos doctrinarios, motivo por el cual despierta interés para ser estudiado a través de los casos concretos en que se ha aplicado. En las clasificaciones de tratados no se encuentran tipificados ni como tácitos ni como implícitos, pero parecería que pueden deducirse tanto de tratados escritos o verbales, en debida forma o en forma simplificada, conformado por un instrumento único o por dos o más instrumentos conexos o pueden inferirse del comportamiento de las partes ante una situación determinada.

Los tratados tácitos están estrechamente relacionados con los procedimientos de interpretación de los tratados, ya que no surgen claramente del texto explícito de estos, cualesquiera sea su forma. Es cierto que la interpretación es una operación que acompaña a la aplicación de las

* Directora del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

cláusulas de cualquier tratado, ya que toda norma incluye un marco de posibilidades para su interpretación y el órgano que debe efectuar esa operación intelectual elige una de esas posibilidades. Por esa razón, toda aplicación de una norma implica la creación de una norma jerárquicamente inferior. Determinar la existencia de un tratado implícito exige un análisis profundo del texto del tratado y su contexto. Cuando se trata de estudiar los comportamientos de las partes involucradas, ya sea en carácter de práctica ulterior en la aplicación de un tratado o simplemente los derechos y obligaciones que puedan surgir de la conducta de los Estados cuando no exista tratado, se tendrán en cuenta las efectividades, las concesiones que se otorgan para la explotación de los recursos naturales, los mapas, si se tratara de comprobar la soberanía sobre un ámbito espacial, también los silencios, las protestas, en general la aquiescencia, por solo dar algunos ejemplos, pero la práctica indica que dichas pruebas no deben ser analizadas en forma aislada sino en su integralidad. Sin embargo, como veremos más adelante, algunos autores consideran que en estos comportamientos puede no existir una real manifestación de la voluntad de los sujetos y, por ende, no habría tratados tácitos.

Me referiré también a la existencia de cláusulas implícitas en los tratados, así como al origen normativo de esas cláusulas, es decir si realmente tienen su razón de validez, como las convenciones, en *pacta sunt servanda*, en otra norma consuetudinaria o en un principio general de derecho. Sin embargo, no tendré en cuenta las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que se refieren al consentimiento tácito o presunción del consentimiento, como el artículo 36 respecto de los tratados que prevén derechos a favor de terceros, o al silencio de una parte sobre las reservas formuladas por otra, previsto por el artículo 20, inciso 5, ya que el efecto de tales conductas no se infiere en forma implícita sino que está expresamente establecido por dicha Convención.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, C.I.J., o “la Corte”, indistintamente) en el reciente fallo relativo a una *Controversia marítima entre Chile y Perú*, del 27 de enero de 2014, que ha constituido el factor desencadenante de este trabajo, se basa expresamente en un tratado tácito, pero como una categoría cuya existencia se da por descontada ya que tampoco se ocupa de determinar todos los requisitos y condiciones que deben revestir para ser aceptados como obligatorios. Por tal motivo

considero que es importante referirme a este y otros asuntos de la C.I.J. e indagar en otros tribunales y en qué medida se ha establecido una tipificación de estos tratados en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, lo que impone investigar su tratamiento y si lo hubo, en los informes de los Relatores Especiales en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, C.D.I.).

II. Antecedentes

En materia jurisprudencial, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, la Corte Permanente o C.P.J.I., indistintamente) tuvo oportunidad de tratar el tema en ocasión de interpretar determinadas convenciones de la época, investigando la existencia de acuerdos tácitos entre las partes para clarificar el sentido de sus disposiciones. Es importante en este aspecto el razonamiento de la Corte Permanente en relación con la *Opinión consultiva sobre el acceso y permanencia de navíos de guerra polacos en el Puerto de Danzig*, solicitada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones¹. La Corte Permanente debía emitir su opinión acerca de si el Tratado de Paz de Versalles, Parte III, Sección XI; la Convención de París del 9 de noviembre de 1920; las decisiones pertinentes del Consejo de la Sociedad de las Naciones y del Alto Comisionado, conferían a Polonia derechos y atribuciones en cuanto al acceso y a la permanencia de los barcos de guerra de Polonia en el Puerto y en las vías navegables de la Ciudad Libre de Danzig.

La C.P.J.I. consideró que el hecho de que Polonia pidiese privilegios especiales para sus buques de guerra obligaba a estudiar si esa reivindicación tenía alguna base jurídica. Para la Corte Permanente, como el Puerto de Danzig no constituía territorio polaco, los derechos requeridos por Polonia se ejercerían por derogación de los derechos de la Ciudad Libre, por lo que debían fundamentarse en una base bien clara².

Para la Corte, el tratado de Versalles, respecto de Danzig, no mencionaba, y por ende no existía, ninguna disposición en ese instrumento que confiriese expresamente a Polonia tales derechos, pero consideró

¹ C.P.J.I., *Acceso y permanencia de navíos de guerra polacos en el Puerto de Danzig*, Opinión Consultiva del 11 de diciembre de 1931, *Serie A/B*, n. 43.

² *Ibidem*, p. 142.

necesario examinar sus estipulaciones a fin de buscar si su interpretación natural incluía los derechos que reivindicaba ese país, aunque no hiciesen mención expresa a los buques de guerra. En este sentido, el único artículo referido a Polonia era el 104 por el cual las Principales Potencias Aliadas y Asociadas se comprometían a negociar los términos de una Convención entre Polonia y Danzig. Es importante destacar el parágrafo 2 de ese artículo que indicaba que uno de los objetivos de la Convención que se pretendía negociar consistía en asegurar a Polonia, sin ninguna restricción, el libre uso de los servicios de las rutas marítimas, puertos, muelles y otras obras sobre el territorio de la Ciudad Libre que fuesen necesarias para las importaciones y exportaciones de Polonia³. La C.P.J.I. expresó que la interpretación natural era que Polonia gozaba del uso, sin restricciones, del Puerto y otras obras para fines comerciales⁴.

La tesis de Polonia, en cambio, era que los derechos que reclamaba no tenían fundamento en el Tratado de Versalles sino en tres objetivos fundamentales que estaban en la base de la creación de la Ciudad Libre de Danzig, a saber, la necesidad de asegurar a Polonia un libre y seguro acceso al mar; el establecimiento de relaciones estrechas entre las partes, y la defensa de dicho territorio.

La Convención impulsada por el Tratado de Versalles se suscribió el 9 de noviembre de 1920 y, respecto de este tema, los artículos 26 y 28 otorgaban a Polonia el derecho de uso de las instalaciones portuarias, sin restricciones, pero circunscriptas a las importaciones y exportaciones de mercaderías de cualquier naturaleza que no estuvieran prohibidas por Polonia. Los Gobiernos estuvieron de acuerdo en reconocer que esa disposición se extendía igualmente a la importación y exportación de municiones y de otros materiales de guerra, pero no autorizaba expresamente su transporte por otros medios que no fueran a través del tipo normalmente utilizado para fines comerciales⁵.

Por su parte, el Consejo de la Sociedad de las Naciones, el 22 de junio de 1921, aprobó una resolución que se refería a la defensa de Danzig y específicamente el parágrafo 7 expresaba que se debía pedir al Alto Comisionado designado, estudiar el medio de crear en el puerto de Danzig,

³ *Ibidem*, p. 143.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, p. 145.

sin establecer una base naval, un puerto de amarre para los navíos de guerra polacos⁶. El 8 de octubre de 1921 las partes arribaron a un arreglo provisorio por el cual Polonia podía utilizar el puerto para sus buques de guerra hasta que se solucionara la cuestión del puerto de amarre al que se refería el parágrafo 7. Para la Corte, ese parágrafo se refería solamente a una instrucción al Alto Comisionado que constituía un punto de partida de un estudio que fue interrumpido por el arreglo provisorio del 8 de octubre de 1921. La C.P.J.I. consideró que ello demostraba que el Consejo se dio cuenta de la importancia práctica de otorgar a los barcos de la flota de Polonia facilidades en el Puerto, ahora bien, las condiciones y demás detalles que debían ser acordados al efecto, necesitaban de un nuevo estudio⁷.

En su argumentación la Corte Permanente estableció: “La Cour n’est pas disposée à admettre que l’on puisse élargir le texte du Traité de Versailles et y voir des stipulations représentées comme étant le résultat des intentions proclamées par les auteurs du traité, mais que ne formule aucune disposition du texte lui même”⁸.

En esta Opinión Consultiva la C.P.J.I. analizó el texto del Tratado de Versalles dentro del contexto que incluía el Tratado bilateral de 1920 y de las disposiciones pertinentes del Consejo de la Sociedad de las Naciones y del Alto Comisionado y consideró que no existían otras estipulaciones que aquellas establecidas en el texto mismo. Es decir que llegó a la conclusión que no surgía de ese Tratado la existencia de disposiciones tácitas.

Es muy interesante también la alusión que hizo la C.P.J.I. en el *Asunto relativo a la Fábrica de Chorzów*⁹, en su Sentencia N° 8, del 26 de julio de 1927, sobre las cláusulas implícitas de los tratados. El 5 de marzo de 1915 se suscribió un contrato entre el Imperio Alemán y la Sociedad Bayerische Stickstoffwerke A.G., por la que esta se comprometía a construir una fábrica de nitrato de calcio en Chorzów en Alta Silesia. En 1919 se realizaron en Berlín varios actos notariales para crear una nueva sociedad, la Oberschlesische Stickstoffwerke A.G. y la venta de Alemania a la nueva

⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁸ *Ibidem*, p. 144.

⁹ C.P.J.I., *Asunto relativo a La Fábrica de Chorzów*, Demanda de indemnización (competencia), (Alemania c. Polonia), Sentencia del 26 de julio de 1927, *Serie A*, n. 9.

Sociedad tanto de la fábrica como de los terrenos, edificios, instalaciones, materias primas, stocks, inscribiéndose esa venta en el registro de Chorzów. Al estar ubicados en la Alta Silesia polaca, el Tribunal polaco canceló la inscripción y registró todos los bienes a nombre del Fisco de ese país¹⁰. En una sentencia anterior, la Corte estableció que la transferencia de todos los bienes a la nueva sociedad no constituía por parte de Alemania un abuso del derecho que tenía de enajenar bienes en ese territorio y constituía una transacción efectiva, de buena fe y que no estaba destinada a vulnerar los derechos de Polonia.

Es a partir de esa decisión de la Corte que los dos Gobiernos comenzaron a negociar con vistas a arreglar amigablemente la ejecución de esa sentencia pero estaban en desacuerdo con la reparación y como no arribaron a un arreglo acudieron nuevamente para ello a la Corte Permanente¹¹.

En este caso la Corte dijo, en virtud de que Polonia alegaba que en la Convención de Ginebra —que era de aplicación— no se preveían reparaciones: “C’est un principe de droit international que la violation d’un engagement entraîne l’obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d’un manquement à l’application d’une convention, sans qui soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même (...)”¹². Sin embargo no queda claro en este caso, si se trata de una cláusula tácita del tratado o directamente de la aplicación de un principio general de derecho referente a quién produce un daño, debe reparar, el que constituye una fuente principal del derecho internacional.

III. La Corte Internacional de Justicia

Abordaré en esta parte los casos en que la C.I.J. hizo expresa mención de los tratados tácitos o en los que su razonamiento corresponde a la búsqueda de su existencia, sin mencionarlos expresamente. En primer lugar, me detendré en la sentencia de 2014 recaída en el asunto de la *Delimitación marítima entre Perú y Chile*, ya que fue, como expresé más arriba, el caso

¹⁰ Ibidem, p. 10.

¹¹ Ibidem, p. 15.

¹² Ibidem, p. 21.

que impulsó el presente trabajo porque considero que es muy representativo de la importancia que tienen los tratados tácitos para esta Corte.

III.1. Diferendo marítimo (Perú c. Chile)

El 16 de enero de 2008, Perú depositó ante la Secretaría de la C.I.J., una demanda para introducir la instancia contra Chile, en relación con una controversia relativa a la delimitación de la frontera entre las zonas marítimas de los dos Estados en el Océano Pacífico y pidió, además, que se le reconociera una zona marítima que si bien está situada dentro del límite de 200 millas marinas de la costa del Perú es considerada por Chile como alta mar. En cuanto a la frontera marítima, para Perú nunca existió un acuerdo de delimitación, por lo que pidió a la Corte que la delimitara utilizando el método de la equidistancia a fin de llegar a un resultado equitativo¹³.

La posición de Chile era diametralmente opuesta pues alegó que los espacios marítimos de las Partes habían sido integralmente delimitados por vía de acuerdo y afirmó que la frontera entre ambos países seguía el paralelo de Latitud que pasa por el Hito que marca la frontera terrestre, la más próxima al mar¹⁴.

La Corte consideró que para resolver el caso, debía investigar en primer lugar si existía, como sostenía Chile, una frontera marítima acordada. Para ello, analizó las proclamas chilenas y peruanas de 1947 por las que ambos países reivindicaban unilateralmente ciertos derechos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde sus costas reforzando, de esta forma, las proclamas que efectuaran oportunamente EE.UU., México y Argentina. Sin embargo constató que ambos países estaban en desacuerdo en cuanto al contenido de sus proclamas. Para Perú constituían un primer paso, pero consideraba que no estaban destinadas a fijar definitivamente los límites de jurisdicción, ya que la soberanía que se reivindicaba en ellas sólo se refería al ejercicio de derechos sobre los recursos¹⁵.

Para Chile esas proclamas de 1947 eran concordantes, cada una de ellas reivindicaba la soberanía sobre una zona que se extendía hasta las 200

¹³ C.I.J., *Controversia marítima* (Perú c. Chile), Sentencia del 27 de enero de 2014, p. 9.

¹⁴ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

millas marinas¹⁶. Chile consideraba que Perú en su proclama recurría a una paralela geográfica para medir el límite hacia lo ancho del espacio marítimo, por lo que debía necesariamente también establecer los límites laterales septentrional y meridional de los espacios en cuestión a lo largo de los mismos paralelos. También manifestó que se podía interpretar que Perú había recurrido al método del trazado paralelo para determinar el perímetro del espacio que reivindicaba¹⁷.

La Corte expresó que la descripción de los espacios marítimos en las proclamas de 1947 se apoyaba en el método de la traza paralela. Sin embargo, afirmó que la utilización de ese método no era suficiente para demostrar la intención clara de las Partes de hacer corresponder la línea fronteriza futura con un paralelo¹⁸.

Posteriormente analizó la Declaración de Santiago 1952 suscripta el 18 de agosto de 1952 por Chile, Ecuador y Perú. Según la C.I.J., si bien fue en un principio controvertido su carácter de tratado, al ser ratificado por las Partes, dejó de serlo. Por tal motivo, la Corte la estudió para determinar si estableció una frontera marítima entre las Partes. El objetivo de la Declaración se focalizaba en la conservación y protección de los recursos naturales pues los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, la conservación y el desarrollo de la flora y la fauna de las aguas que bañan la costa tienen una envergadura tal, que las extensiones del mar territorial y de la zona contigua no son suficientes para garantizar los derechos de los países costeros. En consecuencia, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú fundamentaron en ese objetivo, la respectiva política internacional marítima sobre la soberanía y la jurisdicción exclusiva que a cada uno le correspondía sobre el mar que baña sus costas, hasta las 200 millas marinas¹⁹.

En esa Declaración hay un párrafo IV que es necesario destacar que prescribe:

S'agissant d'un territoire insulaire, la zone de
200 milles marins s'étendra autour de l'île o du

¹⁶ Ibidem, p. 28.

¹⁷ Ibidem, p. 22.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, p. 24.

groupe d'îles. Si une île ou un groupe d'îles appartenant à l'un des pays signataires de la présente Déclaration se trouve à moins de 200 milles marins de la zone maritime générale qui se trouve sous la juridiction d'un autre d'entre eux, la zone maritime de l'île ou du groupe d'îles en question sera limitée para la parallèle passant par le point où aboutit en mer la frontière terrestre des Etats en cause²⁰.

Según Perú esa Declaración no poseía las características que habitualmente revisten los tratados de límites, y además alegó que la cuestión de las islas es importante en la frontera de Perú con Ecuador, pero no respecto de Chile. Sin embargo este país argumentó que un Tratado de Límites puede tener cualquier forma y afirmó que surge del parágrafo IV que la frontera marítima entre Estados Partes vecinos está constituida por el paralelo de latitud que pasa por el punto en el que la frontera terrestre termina en el mar y sirve para delimitar tanto las zonas marítimas generales como insulares²¹.

En opinión de la C.I.J., era necesario analizar el texto de la Declaración de Santiago de 1952 conforme al derecho internacional consuetudinario, tal como está reflejado en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En referencia al sentido ordinario de los términos constató que no hace ninguna referencia expresa a la delimitación de las fronteras marítimas, tampoco se refiere a coordenadas precisas ni contiene documentación cartográfica de las respectivas delimitaciones entre los tres países. Para la Corte el parágrafo IV no dice nada en lo que concierne a los límites laterales y sólo se refiere a los límites entre ciertas zonas marítimas generadas por islas y aquellas generadas por las costas continentales que son contiguas a esas zonas marítimas insulares²².

Si se tiene en cuenta para la interpretación del tratado su objeto y fin, allí también las posiciones entre las Partes fueron divergentes, porque para Perú su objetivo se refería esencialmente a los problemas generados por la

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem, p. 26.

²² Ibidem, p. 17.

caza de la ballena en gran escala y, en cambio, Chile entendía que se lo comprendería mejor si se considerase que determinaba el perímetro de la zona marítima reivindicada por cada una de las Partes. Sin embargo, en opinión de la Corte, era importante tener en cuenta el preámbulo de la Declaración que se refería a la conservación y protección de los recursos naturales y no a la delimitación²³.

La C.I.J. también revisó las Actas de la Conferencia y no constató allí la existencia de un acuerdo como pretendía Chile, sino que constituían los medios complementarios de interpretación como está reflejado por el artículo 52 de la Convención de Viena²⁴, pero no consideró necesario recurrir a dichos medios²⁵. En esas Actas se reflejaba la preocupación de Ecuador en relación con las islas, pero la intervención de Perú en ese aspecto no podía ser interpretada como indicativa de algo más de lo que se incluyó en el párrafo respecto de las islas, por lo que para la C.I.J. esa Declaración no operaba la delimitación marítima general²⁶.

Chile también invocó en defensa de su posición los Acuerdos de 1954. La Segunda Conferencia sobre la Explotación de los Recursos Marinos de diciembre de 1954, adoptó varios proyectos que habían sido redactados previamente por la Comisión Permanente del Pacífico Sur en la sesión que se desarrolló del 4 al 8 de octubre del mismo año. En el Orden del Día de la Comisión se hallaban cinco proyectos, pero las Delegaciones de Chile y Perú presentaron una proposición en vista de establecer una zona neutra de una parte y otra del paralelo que pasa por el punto sobre la costa que marca la frontera de los dos países²⁷.

Esa proposición se incorporó como punto sexto en la Segunda Conferencia. El texto fue enmendado y en lugar de la zona neutra propuesta, se cambió por la de zona fronteriza marítima especial y la fórmula del paralelo quedó como el paralelo que constituye la frontera marítima entre los dos países²⁸. En todos los convenios se agregó una cláusula en el sentido que se reputaba que sus disposiciones formaban parte

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁶ *Ibidem*, p. 30.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

integrante y complementaria de las Resoluciones y Acuerdos de 1952, a los que no derogaba. Para la Corte la Declaración de 1952 está en vigor.

Si bien la C.I.J. analizó todos los Acuerdos, se detuvo especialmente en el Acuerdo relativo a una Zona Especial, que expresa en su parágrafo 1: “Une zone spéciale est créée par le présent accord à une distance de [a partir de] 12 milles marins de la côte et avec une largeur de 10 milles marins de part et d’autre du parallèle qui constitue la frontière maritime [el límite marino] entre les deux pays”²⁹.

El Acuerdo estableció que la presencia accidental en esa zona de barcos de pesca pequeños, poco equipados que se hallen fuera de los límites de un Estado no sería considerada como violación de las aguas marítimas del otro Estado costero, pero no debía ser interpretado como el reconocimiento de un derecho a la caza y pesca deliberada otorgada en esa zona especial. A su vez, el parágrafo 3, estableció que la pesca y la caza en una zona de 12 millas marinas a partir de la costa estaban reservadas exclusivamente a cada país³⁰.

Para Perú ese Acuerdo sólo era aplicable en su frontera con Ecuador, tal es así que Chile tardó mucho tiempo en ratificarlo, lo que demostraba, según ese país, que lo consideraba sin importancia; en definitiva el objetivo era estrecho y específico y sólo constituyó una solución práctica para la tripulación de esos pequeños barcos de pesca y mal equipados, y que no tenía ninguna incidencia política³¹.

La C.I.J. opinó que no existía nada en el citado Acuerdo de 1954 que indicase que se limitaba solamente a la frontera marítima entre Perú y Ecuador, como tampoco tenía importancia el tiempo que tardó Chile en ratificarlo. Destacó también que ese Acuerdo fue negociado y firmado por los tres países tanto en el seno de la Comisión como en la Conferencia interestatal y los tres lo ratificaron y lo presentaron conjuntamente para su registro en la Secretaría de la ONU. Es verdad que el objetivo del Acuerdo era estrecho y específico pero sobre todo el artículo 1º, considerado a la luz del Preámbulo, resultaba claro: “(...) elle reconnaît, dans le cadre d’un accord international contraignant, qu’une frontière maritime existait déjà

²⁹ Ibidem, p. 34.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, p. 39.

(...)”³². La Corte manifestó que el Acuerdo no indicaba cuándo ni por qué medio esa frontera fue acordada. El reconocimiento expreso de su existencia por las Partes reposaba necesariamente en un acuerdo tácito existente entre ellos y el Acuerdo de 1954 mostraba para la C.I.J., claramente, que ya existía entre las Partes una frontera marítima que seguía un paralelo. Para la Corte: “L’accord de 1954 est un élément décisif à cet égard. Il a pour effet de consacrer l’accord tacite en question”³³.

Respecto de los arreglos que efectuaron ambos países entre 1968 y 1969, relativos a la construcción de faros, los representantes respectivos suscribieron un documento por el cual se encargarían de efectuar “(...) une étude de site en vue de l’installation de marques d’alignement visibles depuis la mer pour matérialiser le parallèle constituant la frontière maritime à partir de la borne numéro un (n° 1)”³⁴. La Corte consideró que, si bien la documentación relativa al proceso que llevó a la conclusión de los arreglos y a la construcción de los faros no contenía referencia alguna a un tratado de límites anterior, la preexistencia de una frontera marítima especial confirmaba su existencia si bien no indicaba ni la extensión ni la naturaleza de esa frontera. Esos arreglos también le daban efecto a esa frontera con relación a un fin específico³⁵.

La C.I.J. se interesó en el Acuerdo de 1954 en el punto que reconocía la existencia de una frontera marítima y consideró que debía ser comprendido en el contexto de las proclamaciones de 1947 y de la Declaración de 1952 que reivindicaban los fondos marinos y las aguas suprayacentes y sus recursos. A ese respecto las partes no efectuaron ninguna distinción en cuanto a los espacios, ni en la época de suscripción de los textos, ni con posterioridad. Por ello concluyó que la frontera marítima tenía una vocación general³⁶.

Luego, la C.I.J. consideró necesario investigar hasta qué longitud llegaba esa frontera marítima siguiendo la línea del paralelo y, como el Acuerdo de 1954 tenía un fin específico, según la Corte: “Cette analyse pourrait aider à déterminer la teneur de l’accord tacite intervenue entre elles

³² Ibidem, p. 36.

³³ Ibidem, p. 37.

³⁴ Ibidem, p. 38.

³⁵ Ibidem, p. 39.

³⁶ Ibidem.

en ce qui concerne l'étendue de leur frontière maritime"³⁷. En principio, como la zona de tolerancia del Acuerdo de 1954 era para buques de pequeña talla, investigó hasta dónde operaban y también con posterioridad a 1954 cuál era la práctica en materia de caza y de pesca y hasta qué espacio llegaban las medidas de ejecución que imponían ambos países para las infracciones cometidas.

También en su análisis la Corte tuvo en cuenta un marco mayor, como las Proclamas unilaterales de otros Estados, los trabajos de la C.D.I., el proyecto de artículos que se presentó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958 y la práctica legislativa de los Estados.

No obstante ello, consideró que a principio de los años 50, los tres países se preocupaban principalmente por la pesca lejana practicada por buques extranjeros a la que deseaban poner fin, pero es poco probable que hubieran acordado entre ellos una frontera marítima de 200 millas pues, en realidad, sus actividades se extendían solamente hasta una distancia de alrededor de 60 millas contadas a partir de los puertos de la región³⁸.

La C.I.J. constató que los elementos de los cuales disponía no le permitían concluir que la frontera marítima cuya existencia las Partes habían reconocido en la época, se extendiera más allá de las 80 millas marinas a lo largo del paralelo a partir de su punto de partida.

La Corte tomó en consideración el hecho que el simple reconocimiento de la existencia de una frontera marítima era una base muy débil para fundar la conclusión según la cual dicha frontera se extendería más allá de la distancia a la cual las partes en la época tenían la capacidad para explotar los recursos del mar y de tomar medidas de ejecución³⁹.

Respecto del tema que nos ocupa, cabe destacar que la C.I.J. dio por comprobada la existencia de una frontera marítima entre Chile y Perú en virtud del Acuerdo de 1954 que presuponía la existencia de un tratado tácito entre las Partes y determinó que esa frontera tenía una extensión de 80 millas marinas siguiendo el paralelo de latitud que pasa por el Hito N°1

³⁷ Ibidem, p. 40.

³⁸ Ibidem, p. 44.

³⁹ Ibidem, p. 54.

en el territorio terrestre. Recién a partir de allí se aplicó la línea de equidistancia de las costas de ambos países hasta las 200 millas de longitud.

Cabe destacar que en su Opinión disidente, los Jueces Xue, Gaja y Bhandahari y el Juez *ad hoc* Orrego Vicuña consideraron que no era necesario basar el fallo en un tratado tácito cuando el propio texto del párrafo IV de la Declaración de Santiago de 1962, interpretado de acuerdo con la regla del efecto útil y también teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado, arribaba a la conclusión de que el paralelo que pasa por el punto donde la frontera terrestre alcanza el mar representa el límite lateral de las zonas marítimas generales de las Partes hasta las 200 millas marinas y que ciertos acuerdos posteriores confirmaban esa interpretación, especialmente el acuerdo de 1954, el Protocolo de 1955 y el acuerdo de 1968; y aseguran: “Ces textes viennent étayer solidement l’existence d’une frontière maritime longeant le parallèle sur une distance de 200 milles marins à partir de côtes continentales du Pérou et du Chili”⁴⁰.

Sin embargo, un párrafo de la Opinión disidente parecería que también hace referencia a un acuerdo tácito cuando expresa:

Le critère servant à délimiter une zone maritime générale par rapport à un autre n’est pas expressément énoncé au paragraphe IV. Toutefois, la référence qui est fait à l’îles ou au groupe d’îles se trouvant à moins de 200 milles marins de la zone maritime générale d’un autre État suppose l’adoption préalable d’un critère quelconque pour délimiter cette zone maritime générale, sans quoi il serait impossible de savoir si telle île ou groupe d’îles se trouve effectivement à moins de 200 milles marins⁴¹.

Es decir, que los Jueces en la Opinión disidente parten de una presunción tal como lo hizo la mayoría de la Corte, aunque arribando a un resultado diferente. Todo es cuestión de interpretación y, como manifesté en

⁴⁰ C.I.J., *Diferendo marítimo* (Perú c. Chile), Sentencia del 27 de enero de 2014, Opinión disidente de los Jueces Xue, Gaja y Bhandari y del Juez *ad hoc* Orrego Vicuña, p. 1.

⁴¹ *Ibidem*, p. 2.

la Introducción, la interpretación consiste en la elección de una de las alternativas dentro de un abanico de posibilidades que brindan los textos jurídicos.

III.2. *Diferendo territorial y marítimo en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras)*

Nicaragua depositó ante la Secretaría de la C.I.J., el 8 de diciembre de 1999, una demanda introductoria de instancia contra Honduras en relación con los espacios marítimos en el Mar Caribe y, solicitó a la Corte que trazara una línea única de delimitación de los respectivos mares territoriales y de las porciones de plataforma continental y de zona económica exclusiva respectivas, conforme a principios equitativos y a las circunstancias pertinentes que el derecho internacional reconoce como aplicables a una delimitación de esa especie⁴².

Posteriormente también solicitó a la C.I.J. que solucionara la cuestión de la soberanía sobre las islas y cayos ubicados en la zona de litigio. La Corte no consideró extemporáneo ese pedido ya que era indispensable solucionar ese aspecto a los fines de la delimitación.

Para Honduras, en cambio, existía en el mar Caribe una frontera tradicionalmente reconocida cuyo origen se asentaba en el principio del *uti possidetis juris* al momento de la independencia de España, que estaba incorporado en la práctica de ambos países y reconocido por terceros Estados⁴³.

En tal sentido, Honduras pidió a la Corte que confirmara la frontera tradicional entre Honduras y Nicaragua a lo largo del paralelo 15° y que se prolongase esa línea hasta encontrar los espacios de terceros Estados, insistiendo que ese límite tradicional encontraba su fundamento en el principio del *uti possidetis juris*. Según la demandada, a la fecha de la independencia, 1821, existía a lo largo del paralelo 15° un límite entre las jurisdicciones marítimas hasta por lo menos seis millas marinas a lo ancho del cabo Gracias a Dios. Honduras alegó también que la conducta de las partes después de la independencia reafirmaba la existencia de un acuerdo

⁴² C.I.J., *Diferendo territorial y marítimo* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 666.

⁴³ C.I.J., *ibidem*, p. 685.

tácito de larga data, según el cual el paralelo 15° era la línea aceptada por ambas partes para delimitar los espacios marítimos⁴⁴. Como prueba detalló las actividades petroleras, pesqueras y de patrulla naval en la zona. Además consideró que existían mapas oficiales que no fueron objetados por Nicaragua.

Manifestó también que fue recién en 1979, en oportunidad de establecerse un nuevo gobierno en Nicaragua, cuando este país cambió de posición en forma radical⁴⁵.

Por su parte Nicaragua alegó que nunca reconoció la existencia de una delimitación y negó que las mencionadas actividades fueran demostrativas de la existencia de una línea divisoria en el paralelo 15° y respecto de los mapas les negó valor probatorio.

Honduras sostuvo que el principio del *uti possidetis juris* al que se refería el Tratado Gómez-Bonilla entre ambas Partes y la sentencia de 1906 del Rey de España en la parte terrestre eran aplicables a la zona marítima y, por ende, la delimitación marítima resulta de la aplicación de ese principio. Asimismo, consideró que Nicaragua y Honduras sucedieron a la Corona en un espacio marítimo de seis millas marinas y que también ello engendraba una presunción de titularidad de la plataforma continental y de una zona económica exclusiva a cada lado del paralelo 15°⁴⁶.

Por su parte, Nicaragua, consideró que aun cuando se aceptara que el cabo Gracias a Dios marcaba la reivindicación de la Corona Española de un mar territorial de seis millas marinas, ello no permitía inferir que ocurriera lo mismo con las porciones de plataforma continental y de zona económica exclusiva que constituyen nociones jurídicas manifiestamente modernas.

La Corte manifestó que en ciertas circunstancias, respecto de las bahías y de los mares territoriales históricos, el principio del *uti possidetis* podría jugar un rol en la delimitación marítima pero no en este caso, por lo que Honduras no podía fundamentar con ese argumento que la línea de delimitación pasase por el paralelo 15°⁴⁷.

⁴⁴ C.I.J., ibídem, p. 289.

⁴⁵ C.I.J., ibídem, p. 690.

⁴⁶ C.I.J., ibídem, p. 728.

⁴⁷ C.I.J., ibídem, p. 728.

Luego de indicar que no había una frontera delimitada en base al *uti possidetis juris*, consideró que debía investigar si en el caso existía un tratado tácito. Es muy importante lo que expresa en este sentido la Corte:

Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement. Une ligne de facto pourrait dans certaines circonstances correspondre à l'existence d'une frontière convenue en droit ou revêtir davantage le caractère d'une ligne provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale⁴⁸.

La C.I.J. constató que en ciertos períodos, como lo demostraban los elementos de prueba, el paralelo 15º, parecía haber jugado un cierto rol en la conducta de las Partes. Es en el período que corre entre el año 1961, fecha en que Nicaragua se retiró de zonas situadas al norte del cabo Gracias a Dios, luego del fallo de la C.I.J. sobre la *validez de la sentencia arbitral de 1906* y el año 1977, en que Nicaragua propuso entablar negociaciones con Honduras a los fines de la delimitación de sus zonas marítimas en el mar Caribe. La Corte observó que la Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de Honduras del 3 de mayo de 1982 revelaba cierta incertidumbre en cuanto a la existencia de una frontera reconocida a lo largo del paralelo 15º y proponía llegar a un acuerdo temporario a fin de evitar otros incidentes fronterizos. El litigio se cristalizó a través de los distintos incidentes que originaron esa nota.

La Corte, habiendo examinado el conjunto de las prácticas de ambas partes, concluyó que ni en 1982, es decir en la fecha considerada crítica, ni con posterioridad, existió un acuerdo tácito entre las Partes, de naturaleza

⁴⁸ C.I.J., *ibidem*, p 735.

de establecer una frontera marítima jurídicamente obligatoria en el mar del Caribe.

III.3. Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)

Nicaragua incoó una acción contra Colombia, el 6 de diciembre de 2001, solicitando a la C.I.J. que decidiese sobre su titularidad respecto de una serie de islas y determinase el trazado de una frontera marítima única entre las porciones respectivas de plataforma continental y zona económica exclusiva, conforme a principios equitativos y a las circunstancias pertinentes que el derecho internacional reconoce como aplicables a ese tipo de delimitación.

Colombia opuso excepciones de incompetencia, y la Corte, en su sentencia del 13 de diciembre de 2007, retuvo sólo la relativa a la soberanía de las islas Providencia, San Andrés y Santa Catalina, en virtud de que en el Tratado celebrado entre Colombia y Nicaragua el 24 de marzo de 1928, resultaba claro el reconocimiento que había efectuado Nicaragua sobre la titularidad de Colombia respecto de las mencionadas islas⁴⁹. No obstante el Tratado no sólo se refería a esas islas sino también a las islas, islotes y arrecifes que pertenecían al archipiélago de San Andrés.

En efecto, el artículo primero del mencionado Tratado expresa:

La République de Colombie reconnaît la souveraineté pleine et entière de la République du Nicaragua sur la côte de Mosquitos, comprise entre le Cap Gracias a Dios et la rivière San Juan, et sur les îles Mangle Grande et Mangle Chico dans l'Océan Atlantique (Great Corn Island et Little Corn Island). La République de Nicaragua reconnaît la souveraineté pleine et entière de la République de Colombie sur les autres îles de San Andrés, de Providencia, de Santa Catalina et ilots et récifs qui font partie de l'archipel de San Andrés. Le présent traité ne s'applique pas aux récifs de Roncador,

⁴⁹ C.I.J., *Diferendo territorial y marítimo en el Mar Caribe* (Excepciones Preliminares), (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 13 de diciembre de 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 876.

Quitasueño et Serrana, dont la possession fait actuellement l'objet d'un litige entre la Colombie et les Etats-Unis d'Amérique⁵⁰.

Desde ya, Colombia interpretó que cuando Nicaragua aceptó sin cuestionamientos en el segundo párrafo del artículo primero la existencia del diferendo existente entre Colombia y EE.UU. sobre los arrecifes Roncador, Quitasueño y Serrana, reconoció que esas formaciones formaban parte del archipiélago⁵¹. Pero, para la Corte, los términos del artículo primero no eran en sí suficientes para concluir que ambos países los consideraban parte del archipiélago de San Andrés⁵².

Para la C.I.J. no resultaba posible aplicar en este caso el principio del *uti possidetis juris*, ya que esas islas y formaciones no figuraban en los títulos de España. Por ello, investigó las efectividades en el ejercicio de la soberanía al 12 de junio de 1969, ya que decidió, de acuerdo a las pruebas aportadas, que era la fecha crítica⁵³. La Corte concluyó en este aspecto, que los hechos examinados respaldaban claramente la reivindicación de la soberanía de Colombia sobre las formaciones marítimas en litigio⁵⁴.

Además la C.I.J. sostuvo que la reacción de Nicaragua a la sentencia arbitral de Loubet que estableció los límites entre Colombia y Costa Rica, tendió a respaldar la argumentación de Colombia. La protesta que formuló Nicaragua se refería únicamente a las islas Manglares y a ciertas formaciones próximas a la costa de Nicaragua, pero no protestó respecto de las otras formaciones incluidas en el actual litigio ni reclamó la soberanía sobre ellas⁵⁵.

Si bien como se dijo más arriba, el segundo párrafo del Tratado de 1928 en que Nicaragua aceptó excluir del tratado a las islas Roncador, Quitasueño y Serrana porque la soberanía era objeto de litigio con los EE.UU. no era por sí sola indicador de la soberanía sobre esas formaciones

⁵⁰ C.I.J., *Diferendo territorial y marítimo* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 646.

⁵¹ *Ibidem*, p. 648.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 652.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 657.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 659.

por parte de Colombia, también es cierto que al no protestar ni hacer ninguna reserva, Nicaragua estaba efectuando un reconocimiento y sólo revisó esa posición recién en 1972.

La Corte estimó que si bien el comportamiento de Nicaragua no era válido por sí solo para el reconocimiento de la soberanía de Colombia sobre las formaciones marítimas en litigio, tendía a respaldar esa posición⁵⁶. También estudió la práctica de terceros Estados, encontrando que reforzaban la posición de Colombia⁵⁷. Respecto de los mapas, consideró que si bien tienen un valor limitado, los elementos de prueba cartográfica en este asunto tendían, asimismo, a respaldar la pretensión de Colombia⁵⁸.

Teniendo en cuenta el conjunto de argumentos y elementos de prueba presentados por las Partes, la Corte concluyó que era Colombia y no Nicaragua el país que detenta la soberanía sobre las islas que forman parte del archipiélago, Albuquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este-Sud-Este, de Quitasueño, Roncador y Serrana y Serranilla⁵⁹.

En este caso la Corte no hizo referencia expresa a los tratados tácitos ni a cláusulas tácitas, pero entiendo que al analizar los comportamientos y las pruebas alegadas por las partes y sobre todo, el segundo párrafo del artículo primero del Tratado de 1928, que excluyó las tres formaciones porque la soberanía se la disputaban Colombia y EE.UU, concluyó que las Partes estaban acordando tácitamente que serían definitivamente de Colombia si este país ganaba su disputa con los EE.UU. La disputa entre EE.UU. y Colombia constituía una situación que ameritaba algún tipo de protesta y no simplemente excluir esas formaciones del Tratado de 1928. Ahora bien, para decidir cuáles eran las islas, islotes, cayos que formaban parte del archipiélago de San Andrés, la Corte hizo un estudio de los distintos aspectos pertinentes, incluyendo también en esas investigaciones a Quitasueño, Roncador y Serrana. La C.I.J., tal como lo hace cuando fundamenta sus decisiones en tratados tácitos, se abocó en este caso al análisis de cada uno de los argumentos presentados por los países involucrados y señaló finalmente cuales eran las islas, islotes y otras formaciones que pertenecían al archipiélago. En el caso específico de

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 660.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 662.

⁵⁹ *Ibidem*.

Quitasueño, Roncador y Serrana, consideró reforzada la interpretación de la cláusula segunda del artículo primero del Tratado de 1928, en el sentido que ya habían sido reconocidas como pertenecientes a Colombia. Cabe manifestar que si bien no mencionó expresamente la existencia de acuerdos tácitos, la Corte analizó las distintas situaciones como si tuviera que demostrar su existencia.

III.4. Delimitación marítima entre Groenlandia y Jan Mayen. (Dinamarca c. Noruega)

Se trata de un caso de delimitación de la plataforma continental y de zonas de pesca entre territorios insulares de dos Estados con costas enfrentadas. El 16 de agosto de 1988, Dinamarca incoó ante la Secretaría de la C.I.J. una demanda introductoria de instancia contra Noruega en virtud de una controversia relativa a la delimitación marítima entre el territorio danés de Groenlandia y la isla noruega de Jan Mayen. Dinamarca pretendía una zona de pesca y de plataforma continental de doscientas millas marinas contadas a partir de las líneas de bases de las costas de Groenlandia y frente a la isla de Jan Mayen. Noruega pretendía, y así lo expresó a la Corte, que se utilizara la línea media para delimitar ambas islas.

Es importante destacar que la distancia entre la costa oriental de Groenlandia y Jan Mayen es de alrededor de doscientas cincuenta millas marinas. La Corte debía examinar un cierto número de hechos geográficos, y socioeconómicos de la región y debía decidir si esos incidían en el derecho sobre la delimitación, ya sea a título de “circunstancias especiales” o de “circunstancias pertinentes”⁶⁰.

Una de las principales alegaciones de Noruega consistió en afirmar que ya existía una delimitación marítima, invocando para ello un acuerdo bilateral del 8 de diciembre de 1965 y la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental de 1958, que tuvieron por objeto establecer la línea media. Además, según Noruega, la práctica seguida por las Partes en zonas de pesca implicaba que habían reconocido que las líneas de delimitación correspondiente a la plataforma continental, también eran aplicables al ejercicio de la pesca de ambas jurisdicciones.

⁶⁰ C.I.J., *Delimitación Marítima entre Groenlandia y Jan Mayen* (Noruega c. Dinamarca), Sentencia del 14 de junio de 1993, p. 38.

El acuerdo de 1965, relativo a la delimitación de la plataforma continental entre los dos países expresaba en su artículo 1º:

La ligne de séparation entre les parties du plateau continental sur lesquelles le Danemark et la Norvège, respectivement, exercent des droits souverains sera la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacune des Parties contractantes⁶¹.

En el artículo 2 se definen las líneas de separación y expresa *in fine*: “(...) les lignes ainsi définies se trouvent dans le Skagerrak et une partie de la mer du Nord, entre les parties continentales du Danemark et de la Norvège”⁶².

Según Noruega ese instrumento constituía un acuerdo general entre ambas Partes y por lo tanto debía aplicarse la línea media para todas las delimitaciones entre ambos países sin ninguna restricción en cuanto al ámbito geográfico. Era de aplicación el acuerdo según el sentido ordinario del texto y sólo correspondía a las Partes efectuar la demarcación.

Para Dinamarca se trataba, en cambio, de un acuerdo específico referente al Skagerrak y una parte del Mar del Norte en el que se aplicaría la línea media sin tener en cuenta circunstancias especiales.

Muy significativo fue para la C.I.J. la celebración de un acuerdo celebrado el 15 de junio de 1979 entre Dinamarca y Noruega, relativo a la delimitación de la plataforma continental en la región situada entre la Isla Feroe perteneciente a Dinamarca, y Noruega, así como la delimitación entre la zona de pesca a lo largo de la Isla Feroe y la zona económica exclusiva estableciendo en ambos casos la línea media⁶³. El citado acuerdo no hacía referencia alguna al acuerdo de 1965, el que por otra parte no excluía

⁶¹ Ibidem, p. 49.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem, p. 51.

expresamente ni a la zona de Feroe ni a ninguna otra zona, pero es lógico pensar que si los hubiese incluido no hubiese hecho falta suscribir un convenio especial para esa zona que tendría los mismos efectos que el tratado general. Noruega también interpretaba que, con anterioridad al acuerdo de 1965, regía el artículo 6 de la Convención de 1958, que establecía la línea media para la delimitación de las plataformas continentales con costas enfrentadas todos cuyos puntos debían ser equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, a menos que circunstancias especiales no justifiquen otra delimitación. Es decir que, para Noruega existía ya una delimitación y esta fue modificada por el acuerdo de 1965 que no hacía referencia alguna a circunstancias especiales, por lo que reclamaba lisa y llanamente la línea media. En cambio, Dinamarca que consideraba que las circunstancias especiales la favorecían, reclamaba que debían tenerse en cuenta.

La Corte, contrariamente a las afirmaciones de Noruega, consideró que no existía una línea ya establecida en base al acuerdo de 1965, porque aquel tenía un ámbito limitado de aplicación que era el Skagerrak y una parte del Mar del Norte. Respecto de la plataforma continental era aplicable entonces la Convención de 1958, por lo que Dinamarca tampoco podía exigir absolutamente las 200 millas marinas pretendidas. Esa Convención constituía una fuente de derecho obligatoria para las Partes pero respecto de las zonas de pesca debía aplicarse el derecho consuetudinario. La Corte analizó separadamente las dos ramas del derecho aplicable, una, referente a la delimitación de la plataforma continental, en la que había que considerar las circunstancias especiales y otra, la zona de pesca, en la que había que tener en cuenta las circunstancias pertinentes⁶⁴.

En todos los casos consideró que se tenía que llegar a una solución equitativa, siendo la línea media la primera etapa y analizadas las circunstancias del caso, concluyó que la línea debía desplazarse para atribuir a Dinamarca una mayor parte de los espacios marítimos.

En este caso la Corte tampoco se refirió específicamente a los tratados tácitos, pero entiendo que cuando las partes suscribieron el Tratado de delimitación marítima entre Noruega y la Isla Feroe de 1979 sin hacer

⁶⁴ Ibidem, p. 58.

referencia alguna al Tratado de 1965, implícitamente reconocieron que el Tratado de 1965 se refería exclusivamente a un espacio limitado, pero además en ambos casos acordaron de manera expresa que se aplicaría la línea media sin tener en cuenta las circunstancias especiales. Si el Tratado de 1965 hubiese sido de aplicación para todas las fronteras marítimas entre ambos países, el de 1979 habría sido innecesario. En consecuencia, para los demás casos, en que no existía un tratado específico se debía aplicar la línea media teniendo en cuenta las circunstancias especiales o las circunstancias pertinentes, según se trate de la aplicación del derecho convencional o consuetudinario, en los casos que se regían por las Convenciones de Ginebra de 1958.

III.5. Soberanía sobre Pedra Branca-Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge (Malasia c. Singapur)

Las Partes presentaron un compromiso ante la Secretaría de la Corte solicitando que se abocase a la solución de una controversia sobre la soberanía de esas formaciones marítimas.

Como hicieron constar en las actuaciones, Pedra Branca/Pulau-Batu-Puteh es una isla granítica de alrededor de 850 m² en marea baja. Está situada en la entrada del Estrecho de Singapur donde se abre sobre el mar de China meridional. Se encuentra a 24 millas marinas al este de Singapur y a 7,7 millas marinas al sur del Estado malayo de Johor. A su vez, Middle Rocks y South Ledge son formaciones rocosas próximas a las islas mencionadas anteriormente, pero la diferencia radica en que Middle Rocks permanece siempre descubierta y en cambio South Ledge, sólo queda descubierta en marea baja.

Para comprender la existencia de un cambio de soberanía sobre alguna de estas formaciones es necesario hacer una breve referencia a algunas cuestiones históricas que se hallan descritas en el fallo. Cuando los portugueses tomaron Malaca en 1511 se estableció el Sultanato de Johor y luego, en el siglo XVII los Países Bajos tomaron el control de diferentes zonas de la región. Cuando Francia ocupó los Países Bajos en 1795, impusieron su autoridad sobre varias posesiones holandesas del archipiélago, pero las restituyeron en 1814. En 1819 los británicos establecieron una factoría en la isla de Singapur que pertenecía al Sultanato de Johor, a través de la Compañía de las Indias Orientales. Como en 1812 se

dividió el Sultanato de Johor, el Reino Unido reconoció al mayor de los herederos y los Países Bajos al menor⁶⁵. El 17 de marzo de 1824 ambos países suscribieron un Tratado, por el que una parte del Sultanato quedaba bajo la influencia británica y la otra bajo la influencia neerlandesa. Pero como existían tensiones, el 2 de agosto de 1824 se suscribió un Tratado de amistad y alianza entre la Compañía de las Islas Orientales, el Sultán de Johor y el *Temenggong* de Johor, que era una alta autoridad, llamado Tratado Crawfurd, que preveía la cesión plena y entera de las islas orientales de Singapur y de todas las islas situadas a 10 millas geográficas de esta al Sultanato de Johor. La C.I.J. consideró que, en 1824, el Sultanato de Johor detentaba un título originario en la zona en que se encuentran las formaciones en litigio⁶⁶.

La Corte pasó a estudiar si los hechos sobrevinientes y sobre todo la construcción y explotación por parte de los británicos del Faro de Horsburgh en la isla Pedra Branca/Pulau-Batu-Puteh y de las actividades que llevaron a cabo en la isla, así como el comportamiento del Sultanato de Johor y de sus sucesores, tuvieron incidencia sobre el título de la isla y constató que ese comportamiento británico no tuvo reacción por parte del Sultanato y de sus sucesores⁶⁷.

La Corte expresó que, en ciertas circunstancias, la soberanía sobre un territorio puede pasar a otro Estado en ausencia de reacción de quien la detenta frente al comportamiento de otro Estado:

Un changement du titulaire de la souveraineté pourrait avoir résulté d'un accord entre les deux Etats en question, accord qui pourrait avoir pris la forme d'un traité, comme dans le cas du traité Crawfurd de 1824 (...) ou avoir été tacite et découler du comportement des Parties. Le droit international n'impose à cet égard aucune forme particulière. Il met en revanche l'accent sur les intentions des parties (...)⁶⁸.

⁶⁵ C.I.J., *Soberanía sobre Pedra Branca-Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge* (Malasia c. Singapur), Sentencia del 23 de mayo de 2008, p. 25.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁸ *Ibidem*.

Para la C.I.J., la ausencia de reacción puede valer como aquiescencia: “La notion de acquiescement équivaut à une reconnaissance tacite manifesté par un comportement unilatéral que l’autre partie peut interpréter comme consentement”⁶⁹. Un punto importante mencionado por la Corte es que, como la soberanía estatal sobre un territorio es una situación estable, un cambio fundamentado en el comportamiento de las partes debe manifestarse claramente, de una manera desprovista de ambigüedad⁷⁰. Por las razones expuestas la C.I.J. consideró que Pedra Branca/Pulau-Patu-Puteh pertenecía a Singapur, como sucesora de Gran Bretaña.

En cambio, en el caso de Middle Rocks, cuyo título originario también pertenecía al Sultanato de Johor, al no darse las condiciones particulares de la isla antes mencionada, continuaba perteneciendo a Malasia como sucesora del citado sultanato⁷¹. Por su parte, South Ledge, tratándose de una formación que solo queda descubierta en marea baja, pertenece al Estado en cuyas aguas territoriales están situadas⁷².

En este caso se describe una forma muy clásica de comportamientos activo y pasivo de las partes de los que puede surgir un acuerdo tácito. Por un lado, el comportamiento de un Estado y, por el otro, la aquiescencia de otro que puede interpretarse como un consentimiento tácito. En este caso también se puso el acento en la contundencia de las efectividades y de las pruebas.

III.6. Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)

En virtud de un diferendo que sostenía con Nigeria por cuestiones de límites tanto territorial como marítimo, Camerún presentó ante la C.I.J., el 29 de marzo de 1994, una demanda introductoria de instancia, cuyo objeto en la parte terrestre eran ciertos territorios en la zona del Lago Chad y la península de Bakassi que, según Camerún, estaban ocupados militarmente

⁶⁹ Ibidem, p. 51.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem, p. 99.

⁷² Ibidem, p. 102.

por Nigeria⁷³. En cuanto a la delimitación marítima, existía para el demandante una zona que ya había sido delimitada por acuerdos, pero requirió a la Corte que determinara el trazado más allá del límite marítimo fijado en 1975.

En cuanto a la parte terrestre existía un entramado de situaciones y de instrumentos jurídicos que surgían de las potencias coloniales a las cuales pertenecieron los territorios de ambos países e incluso de los regímenes de mandato y de administración fiduciaria instituidos después de la primera y segunda guerra mundial, respectivamente.

Luego de la independencia, ambas Partes acordaron constituir una Comisión Mixta sobre las Fronteras y al término de una reunión, el 14 de agosto de 1970 esa Comisión adoptó la Declaración Yaoundé I, por la cual decidieron que la delimitación se realizara en tres etapas y que la primera sería la delimitación marítima, hasta un límite de tres millas marinas.

El tema que interesa a este trabajo corresponde a la delimitación marítima, cuyas negociaciones comenzaron en épocas más recientes que la parte terrestre y respecto de la cual los instrumentos jurídicos concernientes son posteriores a la independencia.

Para el tema de la delimitación marítima, la Corte abordó la demanda de Camerún tendiente a que se trazara una línea precisa. Según Camerún su frontera marítima con Nigeria se dividía en dos sectores, la primera corría desde la embocadura del río Akwayafé hasta un punto denominado "G", que estaba delimitado por acuerdos internacionales válidos. Respecto de ese sector Camerún sólo requirió a la Corte que simplemente confirmase esa delimitación, pero luego de ese punto fijase el límite para poner fin al litigio.

En la Reunión de Yaoundé II, el 4 de abril de 1971, los Jefes de Estado acordaron una línea de compromiso. Para Camerún esa Declaración inicial que vinculó jurídicamente a las Partes fue confirmada luego por otra Reunión de la que surgió la Declaración de Maroua, el 1º de junio de 1975⁷⁴. Fue en esa Declaración que se pudo trazar definitivamente la frontera

⁷³ C.I.J., *Frontera Terrestre y Marítima* (Camerún y Nigeria), Sentencia del 10 de octubre de 2002, p. 321.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 425.

marítima desde un denominado punto 12 hasta el punto G. El Comunicado Conjunto redactado al final de la Reunión fue firmado por ambos Jefes de Estado. Camerún destacó que en ese Comunicado los signatarios manifestaron que: “se sont mis entièrement d’accord sur le tracé précis de la frontière maritime”⁷⁵. Nigeria negó el valor jurídico de las declaraciones en virtud de cuestiones constitucionales de ambos países y estimó que el conjunto de la delimitación debía establecerse *a novo*⁷⁶.

La Corte consideró que ambos instrumentos eran obligatorios y que imponían una obligación jurídica a Nigeria. Es decir que hasta el punto G, la base era convencional⁷⁷.

A partir de ese punto la Corte debía trazar la línea divisoria en relación con las respectivas zonas económicas exclusivas y plataformas continentales. Como lo hace habitualmente procedió en primer lugar a trazar, a título provisorio, una línea de equidistancia y examinó luego la existencia de circunstancias que condujeran a ajustar esa línea para llegar a un resultado equitativo, habiendo fijado previamente las costas pertinentes a partir de las cuáles se fijarían los puntos de base que servirían a la construcción de la línea de equidistancia⁷⁸.

La mención en este caso de acuerdos tácitos se produce con motivo de la posición presentada por Nigeria al plantear la cuestión de si las concesiones petroleras y la ubicación de los pozos de petróleo jugaban un rol en la delimitación marítima de acuerdo al derecho internacional.

La Corte hizo un repaso exhaustivo de los casos en que se presentó la misma cuestión y llegó a la conclusión de que, en general:

(...) il ressort de la jurisprudence que, si l’existence d’un accord exprès ou tacite entre les Parties sur l’emplacement de leurs concessions pétrolières respectives peut indiquer un consensus sur les espaces maritimes auxquels elles ont droit, les concessions pétrolières et les puits de pétrole ne

⁷⁵ Ibidem, p. 426.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem, p. 431.

⁷⁸ Ibidem, pp. 431-32.

sauraient en eux-mêmes être considérés comme des circonstances pertinentes justifiant l'ajustement ou le déplacement de la ligne de délimitation provisoire. Ils ne peuvent être pris en compte que s'ils reposent sur un accord exprès ou tacite entre les Parties en matière de concessions pétrolières⁷⁹.

Para la C.I.J., la práctica petrolera de las Partes no constituye un factor a tener en cuenta a los fines de la delimitación marítima en la especie, salvo que exista un acuerdo expreso o tácito⁸⁰. Sin embargo, en el caso, como en otros, parece descontar que no es necesario teorizar sobre la materia y no analiza cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que haya un acuerdo tácito.

IV. Tribunal Internacional del Derecho del Mar

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar también tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca del tema que nos ocupa en el caso de la *delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala* (Bangladesh/Myanmar).

En este asunto, hubo en primer lugar una solicitud de Bangladesh de que se convocara un tribunal arbitral de acuerdo con la CONVEMAR, pero finalmente ambas Partes estuvieron de acuerdo en someter la disputa ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y se incorporó en la Lista de Casos como N° 16, el 14 de diciembre de 2009.

Si bien el Tribunal debía trazar una línea única para delimitar el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, existía una controversia sobre si existía o no un límite entre ambos países en lo que respecta al mar territorial.

En este sentido Bangladesh pidió al Tribunal que el límite del mar territorial pasara por la línea acordada según constancias obrantes en la Minuta suscripta el 23 de noviembre de 1974 por las delegaciones de ambos

⁷⁹ Ibidem, p. 448.

⁸⁰ Ibidem.

países⁸¹. Esa Minuta fue, según Bangladesh, confirmada cuando se retomaron las negociaciones, y las delegaciones negociadoras suscribieron una nueva Minuta el 31 de abril de 2008. Pero Myanmar se opuso a darles a esos instrumentos entidad de acuerdos vinculantes, ya que los delegados no tenían la facultad de obligar a los Estados y tampoco se conformaban a las condiciones constitucionales de ambos países.

Al analizar las dos posiciones el Tribunal expresó, citando el fallo de 2007 de la C.I.J. en el caso de la *Delimitación territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*, que analizamos más arriba: “In the view of the Tribunal, the delimitation of maritime area is a sensitive issue. The Tribunal concurs with the statement of the ICJ, that the establish of a permanent maritime boundary is a matter of grave importance and agreement is not easily to be presumed”⁸². En consecuencia concluyó que esas Minutas no constituían un acuerdo expreso entre las Partes ya que no fueron suscriptas por funcionarios con capacidad para comprometer a los Estados.

Es necesario diferenciar estas Minutas con las Declaraciones de Yaoundé y Maroua a las que me he referido más arriba, ya que aquellas, aun cuando no hubieran cumplido los requisitos constitucionales de sus países, fueron suscriptas por los respectivos Jefes de Estado respecto de quienes se presume internacionalmente que tienen capacidad para comprometer a los Estados pero también por los términos empleados como por la publicidad posterior e incluso su registro en la Secretaría de las Naciones Unidas, tenían toda la apariencia de que las Partes se habían comprometido definitivamente. Este no era el caso de las Minutas.

Por tal motivo, el Tribunal se centró en comprobar si existía entre las Partes un acuerdo tácito o de hecho respecto de la delimitación del mar territorial. Sobre el particular también existían posiciones controvertidas entre Bangladesh y Myanmar. Por un lado, Bangladesh presentó declaraciones juradas de testimonios de pescadores que aseguraban ejercer sus actividades dentro de la zona de mar territorial que coincidía con la que se fijaba en la Minuta de 1974; también declaraciones juradas de oficiales

⁸¹ T.I.D.M., *Disputa concerniente a la delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala* (Bangladesh/Myanmar), Sentencia del 14 de marzo 2012, p. 21.

⁸² *Ibidem*, pp. 27-38.

navales que manifestaban actuar con la convicción que esa zona pertenecía al mar territorial de Bangladesh. El Tribunal estimó que esas declaraciones juradas debían ser tomadas con suma precaución. Por ejemplo, las declaraciones de los pescadores que atestiguaban que sólo pescaban en la parte establecida en la Minuta no constituían evidencia sobre la existencia de una delimitación del mar territorial de ambos Estados, sólo representaban opiniones de privados en relación con ciertos eventos. Respecto de las declaraciones de los oficiales navales el Tribunal observó que estos podrían tener interés en el curso de los procedimientos. En definitiva, consideró que los instrumentos presentados no implicaban una prueba convincente respecto de la existencia de un acuerdo⁸³.

Por otra parte, el Tribunal también revisó una Declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Myanmar del 19 de noviembre de 1985 en la sexta ronda de negociaciones y una Nota Verbal del 16 de enero de 2008 dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Bangladesh y manifestó: “The Tribunal is of the view that the statement and the note verbal do not indicate a tacit or de facto agreement by Myanmar on the line described in the 1974 Agreed Minute”⁸⁴.

En ese sentido es dable destacar que Myanmar argumentó que la Declaración establecía que una condición para que su país aceptase la línea propuesta por Bangladesh y consistía en que la delimitación se fijara en un solo instrumento. Además surgía de la Nota Verbal, que ambos países debían todavía delimitar la frontera marítima⁸⁵.

Es importante puntualizar la opinión del Tribunal, en general, cuando expresa: “In this regard, the Tribunal shares the view of the ICJ that evidence of a tacit legal agreement must be compelling”⁸⁶, y en particular, respecto del caso: “The Tribunal concludes that the evidence presented by Bangladesh falls short of proving the existence of a tacit or de facto boundary agreement concerning the territorial sea”⁸⁷.

⁸³ Ibidem, p. 42.

⁸⁴ Ibidem, p. 43.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

En definitiva, la sentencia en su parte dispositiva estableció que no existía acuerdo entre las partes dentro del marco de artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982⁸⁸, y al considerar que tenía competencia para delimitar el mar territorial, la zona económica exclusiva y el mar territorial entre ambos países, procedió en consecuencia.

En este caso el Tribunal se alineó con el criterio de la C.I.J., por un lado consideró que la existencia de un acuerdo tácito debe ser bien probada y por otro, tampoco teorizó sobre el tema.

V. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y sus antecedentes

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no menciona ni en la definición de tratados ni en ninguna otra parte los tratados tácitos. Entonces, cabe preguntarse cuál es la norma internacional que se les aplica. Entiendo que si se infieren de la interpretación de tratados celebrados por escrito y entre Estados, se aplica la Convención, pero si se infieren de textos que no constituyen tratados ni en debida forma ni en forma simplificada o se infieren solamente de las conductas de los Estados, se les aplicará el derecho consuetudinario, porque entraría en los casos previstos por el artículo 3 de la Convención que no les niega valor jurídico.

Llegado a este punto, estimo necesario plantear un tema que trataron los relatores especiales en el seno de la C.D.I. y que, a mi criterio, se relaciona con los tratados tácitos.

En el Primer Informe, el Relator Especial Brierly definió el término tratado a los efectos de la Convención como sigue: “a) A ‘treaty’ is an agreement recorded in writing between two or more States or international organizations which establishes a relation under international law between the parties thereto (...)”⁸⁹. Según se desprende de los comentarios de Brierly, esta definición comprende tratados, desde el punto de vista formal, aunque específicamente no contengan derechos y obligaciones, y también los

⁸⁸ Ibidem, p. 147.

⁸⁹ Doc. A/CN.4/23, p. 223.

derechos y obligaciones que surgen con anterioridad a la entrada en vigor del tratado, desde el momento de la firma.

Posteriormente, el Relator Especial Lauterpacht, definió el término tratado en el artículo 1º de su Informe: “Treaties are agreements between States, including organizations of states, intended to create legal rights and obligations of the parties”⁹⁰.

En relación con los términos: “intended to create legal rights and obligations of the parties”, Lauterpacht comentaba que existen instrumentos formales declarados solemnemente o firmados por representantes de Estados o proclamas unilaterales formuladas por ellos que, por su naturaleza constituyen instrumentos políticos y no establecen expresamente derechos y obligaciones. Mencionó, a título de ejemplo, la Carta del Atlántico de 1941 en la que el Presidente de los EE.UU. y el Primer Ministro inglés acordaron algunos principios políticos en sus propios países en los que basaban sus esperanzas de un mejor futuro para el mundo. Asimismo, hizo referencia a la Declaración de Moscú del 1º de noviembre de 1943 en que Gran Bretaña, EE.UU. y la entonces URSS, se comprometieron solemnemente a aplicar penas a los criminales de guerra como otro ejemplo de este tipo de instrumentos.

Es muy interesante lo que opina este Relator Especial en el sentido que el hecho que las obligaciones contenidas en esos instrumentos puedan ser cumplidas de alguna manera por las partes no va en detrimento de su carácter de tratado, lo que los caracteriza es que dejan un amplio margen a la discreción del Estado. El hecho que el Estado interesado es el sólo juez de la existencia de la obligación es irrelevante para el carácter legal del instrumento⁹¹.

Por su parte, el Relator Sir Gerald Fitzmaurice, quien dio forma de código a su proyecto, propuso la siguiente definición de tratado en el parágrafo 1, del artículo 2:

Para los efectos de la aplicación del presente
código, se entiende por tratado un acuerdo

⁹⁰ Doc. A/CN.4/63, p. 90.

⁹¹ Ibidem, p. 97.

consignado en un instrumento formal único (sea cual fuere su nombre, título, o denominación) concertado entre entidades que son todas ellas sujetos de derecho internacional con personalidad internacional y capacidad para concertar tratados, y destinado a crear derechos y obligaciones, o a establecer relaciones, que se rigen por el derecho internacional⁹².

En los comentarios al citado artículo, en lo referente al concepto “destinado a (...) establecer relaciones”, Fitzmaurice aclaró:

(...) volvemos a introducir ahora esta frase consignada por Briarly, pero eliminada por Lauterpacht, porque parece difícil negarse a llamar tratado a un instrumento como por ejemplo, un tratado de paz y amistad, o de alianza, aunque se limite a establecer una mera relación y deje que las consecuencias en cuanto a los derechos y obligaciones que la relación entraña se desprendan implícitamente, sin que esos derechos y obligaciones se expresen en ningún artículo determinado (...)⁹³.

Por su parte, el Relator Especial Sir Waldock, que volvió a imprimirle al proyecto la forma de Convención, suprimió la referencia a los efectos que estuvieron incluidos en los proyectos anteriores, tanto cuando formula la definición general de “acuerdos internacionales”, como la más específica de “tratados”. Así el artículo 1, expresa lo siguiente:

a) Se entiende por ‘acuerdo internacional’ todo acuerdo destinado a regirse por el derecho internacional y concluido entre dos o más Estados u otros sujetos de derecho internacional dotados de personalidad internacional y con capacidad para celebrar tratados con arreglo a las normas que se

⁹² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, A/CN.4/101, p. 106.

⁹³ *Ibidem*, p. 117.

establecen más adelante en el artículo 3. b) Se entiende por 'tratado' todo acuerdo internacional consignado por escrito en un instrumento o en dos o más instrumentos conexos, sea cual fuere su designación particular (tratado, convención, protocolo, pacto, carta, estatuto, acta, declaración, concordato, canje de notas, minuta aprobada, memorando de acuerdo, modus vivendi o cualquier otra denominación)⁹⁴.

En los Comentarios al artículo 1º se afirma que el acuerdo internacional es la base esencial para la existencia de un tratado y que la C.D.I., en 1959, consideró que el elemento de la sujeción al derecho internacional es una parte esencial del acuerdo internacional y debe mencionarse expresamente⁹⁵. Pero falta una referencia expresa a los efectos del acuerdo, es decir a los derechos y obligaciones que genera. Esta postura continuó en los distintos proyectos posteriores, incluso en la definición aprobada en la Convención de Viena de 1969.

De la Guardia, en su libro *Derecho de los Tratados Internacionales*, opinó sobre el particular al manifestar que la definición no incluyó el elemento más decisivo en todo tratado (de todo contrato): la creación de derechos y obligaciones para las partes⁹⁶. Sin embargo, como el mismo autor reconoce, están presupuestos porque otros artículos los mencionan, sobre todo aquellos que se refieren al consentimiento por obligarse por un tratado⁹⁷.

Toda esta disquisición en cuanto a las definiciones que han dado los distintos Relatores Especiales y sus comentarios es para establecer si alguno de ellos se ha referido a los tratados tácitos. Considero que, aun cuando no lo hicieron expresamente, se puede inferir su existencia a pesar de las distintas redacciones que les imprimieron a los textos involucrados.

⁹⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. II, p. 35.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁶ Conf. DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1997, p. 111.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 110.

A mi entender, el haber introducido en la definición de tratado, “que establezca relaciones bajo el derecho internacional”, como lo hizo Brierly, o “tendientes a crear derechos y obligaciones” para las partes, según Lauterpacht, o “destinado a crear derechos y obligaciones o a establecer relaciones, que se rigen por el derecho internacional”, como Fitzmaurice, o no determinar ningún efecto, como Waldock, o la definición de la Convención de Derecho de los Tratados, en realidad no tiene mucha importancia.

Los tratados, como los contratos en derecho privado, tienen por objeto crear derechos y obligaciones, lo que ocurre generalmente es que están explicitados en el texto, pero puede ocurrir, como en los casos citados por Lauterpacht, que no se establezcan expresamente pero al indicar el órgano competente que debe cumplir los objetivos del tratado, está implícitamente indicando que son estos los que establecerán los derechos y obligaciones. Toda norma tiene su razón de validez en una norma superior que puede indicar el contenido y el órgano de aplicación, pero con sólo indicar el órgano ya puede aplicarse y es la autoridad competente la que creará el contenido. Si en cambio lo que se firma resultara un documento difuso que careciera de toda posibilidad de aplicación o, en su caso, un texto incompleto que nunca llegara a completarse, no estaríamos ante un verdadero tratado, sería un producto no jurídico de la actividad convencional. En este sentido Kelsen manifiesta:

Le droit réglant la procédure suivant laquelle il est lui-même créé, il est naturel de distinguer cette procédure réglée par le droit, et le contenu créé suivant cette procédure, la forme juridique et le contenu juridique,- et de parler d'un contenu juridique juridiquement irrélevant, c'est à dire de quelque chose qui est un forme de droit sans constituer une norme juridique (...)⁹⁸.

⁹⁸ Conf. KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 71-72.

VI. Marco Teórico

Como corolario del análisis de los distintos casos jurisprudenciales cabe caracterizar a los tratados tácitos entre Estados como acuerdos de voluntades entre dos o más Estados, que se infieren de la interpretación del texto y del contexto de tratados escritos o de acuerdos verbales o directamente de la conducta de las partes involucradas.

Remiro Brotóns manifiesta que: “Los acuerdos pueden ser verbales, incluso tácitos, producto de una manifestación oral o de una conjunción de actos, comportamientos, y en su caso, omisiones, imputables a sujetos de derecho Internacional”⁹⁹. Esta definición marca bien que no todos los acuerdos verbales son tácitos, pero me parece que no tiene en cuenta los acuerdos tácitos que surgen de tratados escritos, como ocurrió en los casos que hemos analizado entre *Perú y Chile* o en el de *Jan Mayen*.

Por su parte, las cláusulas implícitas de los tratados pueden ser de distinta naturaleza, pueden inferirse del tratado mismo o de la conducta ulterior de las partes, pero también pueden originarse en otras fuentes ya sean normas de derecho consuetudinario o, como en el caso de la *Fábrica de Chorzów* que hemos reseñado, en principios generales de derecho.

A la vez, la circunstancia de que los tribunales no se hayan visto en la obligación de teorizar sobre la existencia de los tratados tácitos y sobre las cláusulas implícitas demuestra que se da por descontada su existencia.

No obstante ello, la C.I.J., en el caso relativo a la *controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*, hizo especial referencia a la necesidad de que los elementos probatorios de la existencia de un acuerdo tácito sean contundentes y que, especialmente en el caso de una frontera marítima, el acuerdo no debe presumirse fácilmente, principio que luego invocó en el asunto relativo a la *delimitación marítima entre Perú y Chile*.

Este mismo criterio fue adoptado por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el asunto de la *delimitación marítima entre Bangladesh*

⁹⁹ Conf. REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, p. 180.

y *Myanmar en el Golfo de Bengala*, expresando, como lo he manifestado más arriba, que concordaba con la C.I.J. en que el establecimiento de una delimitación marítima es una materia de mucha importancia y que un acuerdo al respecto no puede presumirse fácilmente.

Pero si se sigue en detalle el análisis de la Corte, en el caso de Perú y Chile cabe preguntarse qué habrán pensado las partes mientras escuchaban en La Haya el razonamiento del Tribunal durante la lectura de su sentencia, ya que respecto de la mayoría de los textos que se iban invocando, concluía que no daban luz sobre la existencia o no de un acuerdo y solo encontró aquella en uno de los Acuerdos de 1954 referido a la Zona Especial de una anchura de 10 millas marinas de una y otra parte del paralelo que constituía la frontera marítima entre los dos países, a pesar de reconocer que esa zona especial tenía un objetivo estrecho y específico. No obstante ello, como se ha explicado, la Corte estableció la existencia de un acuerdo tácito, aunque manifestó que no se sabía cómo ni cuándo ni por qué medio había sido creado.

En cuanto al comportamiento de los Estados, en los acuerdos tácitos no es necesario que los órganos cuyas conductas se atribuyan al Estado sea la de aquellos funcionarios que tienen la facultad de comprometerlo internacionalmente. Así Cahier al estudiar distintos casos de jurisprudencia internacional manifestó que esta muestra: “(...) que des actes accomplis par des organes internationalement incompétents et qui n’expriment pas forcément la volonté réelle d’un Etat peuvent être une source d’obligations”¹⁰⁰.

Asimismo, la inacción de un Estado lesionado en sus derechos o en sus intereses, es suficiente al cabo de un cierto tiempo para que le sea oponible la situación de hecho que la conducta de otro Estado ha creado. En tal sentido, el mismo autor afirma: “Cette inaction constitue un acquiescement à la nouvelle situation. Elle se manifeste par le silence de l’Etat ou des Etats victimes du comportement d’un autre Etat”¹⁰¹. Esto lo vimos, por ejemplo, en el caso de Pedra Branca-Pulau Batu Puteh, en que la conducta prescindente del Sultanato de Johor ante la construcción y

¹⁰⁰ Conf. CAHIER, Philippe, “Le comportement des Etats comme source de droits et obligations”, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 250.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 251.

operación de un faro, por parte de Gran Bretaña, favoreció finalmente a Singapur.

En última instancia corresponderá a un órgano jurisdiccional internacional el reconocimiento de la existencia o no de aquiescencia, de la existencia o no de un tratado tácito, y como hemos visto puede ser algo arbitrario, pero la misma situación se ha dado múltiples veces cuando la Corte asevera en sus sentencias que determinada figura constituye derecho consuetudinario sin explicar los fundamentos de sus dichos.

Sin embargo algunos autores, entre ellos Kolb, consideran que el silencio calificado o la aquiescencia normativa que deviene del silencio no implican la existencia de un acuerdo de voluntades, sino que los derechos y obligaciones que surgen de una interpretación de los comportamientos, se basan en objetivos elementales de confianza y estabilidad en las relaciones jurídicas, sobre todo en derecho internacional en que no existen órganos centrales que tienen competencia para crear el derecho y determinar su contenido¹⁰².

En tal sentido, este autor manifiesta:

L'acquiescement découle ici du silence prolongé qu'un sujet de droit oppose aux prétentions d'un autre sujet d'une manière telle que son comportement doit être considéré selon la bonne foi-confiance comme équivalant à une acceptation concluante. Mais il ne s'agit pas d'une volonté réelle quoique tacite. Il s'agit au contraire d'interpréter les comportements selon des standards de confiance et de stabilité (...)¹⁰³.

Para este autor, la buena fe, como principio general de derecho, posee una sustancia normativa que comprende distintos aspectos, en su versión positiva, protege la confianza legítima que un comportamiento hace nacer en otro, cualquiera sea su voluntad real y en el aspecto negativo,

¹⁰² Conf. KOLB, Robert, "La bonne foi en droit international public (1)", *Revue Belge de Droit International*, n. 2, 1998, p. 700.

¹⁰³ *Ibidem*.

protege ciertas finalidades basadas en el interés colectivo contra las pretensiones individualistas excesivas, como en el caso de la teoría del abuso del derecho y también prohíbe el comportamiento desleal que consiste en hacer prevalecer una falta propia para obtener jurídicamente una ventaja¹⁰⁴.

En cuanto a la versión positiva de la buena fe, según Kolb, los comportamientos hacen nacer derechos y obligaciones en razón de la confianza legítima que despiertan pero ello no indica que produzcan un acuerdo tácito de voluntades. Pero, en mi opinión, ello sería así si fuese necesario que el acuerdo responda siempre a una voluntad real y no a la representación de la voluntad que deberán interpretar los sujetos implicados o un tercero, que pueden ser otros sujetos o un órgano jurisdiccional. No es necesario que exista una voluntad real.

El principio de buena fe constituye la base de la creación y aplicación del ordenamiento jurídico y en el caso de los tratados, una premisa fundamental para su interpretación junto con *pacta sunt servanda*. De la Guardia califica a ambos principios como premisas fijas e inamovibles en materia de interpretación de tratados¹⁰⁵.

El principio de buena fe se refiere principalmente al contenido de las normas y a la calidad de los procedimientos de creación, pero no indica cuál es la forma exacta que debe tener ese procedimiento para la creación de un tratado. Hemos visto que estos pueden ser escritos, verbales, constar en un instrumento o en varios conexos, entonces, por qué no pueden surgir en forma tácita.

En cuanto a la preocupación de Kolb, contestaría con algunas observaciones de Kelsen quien entiende que cuando se habla de voluntad o de voluntades como es en el caso de los tratados, no se hace referencia a la voluntad real, no es un concepto psicológico. Este autor considera que:

Si designamos con el término 'contrato' a aquello que tiene fuerza obligatoria, entonces el contrato obligatorio y el procedimiento por el cual

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 674.

¹⁰⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto, *op. cit.*, p. 219.

es creado, o sea la expresión del consentimiento de las partes, son dos fenómenos diferentes. Es dudoso, por otra parte, que el procedimiento por el cual el contrato es creado implique necesariamente que en la mente de cada una de las partes haya una intención real, una voluntad que tenga por objeto el contenido del contrato¹⁰⁶.

Lo mismo ocurre, según Kelsen con la creación de las leyes, pues una ley se considera tal aún cuando los individuos que la votan no quieran o no sepan el contenido, pues es votada por el Parlamento con los procedimientos legalmente establecidos. Este autor considera que:

Votar por un proyecto de modo alguno implica querer realmente el contenido de la ley...es un hecho que a menudo, si no siempre, un número considerable de aquéllos que votan por un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta. Todo lo que exige de ellos la Constitución es que voten el proyecto levantando las manos o diciendo sí y esto pueden hacerlo sin conocer el contenido del proyecto o sin haber hecho de tal contenido el objeto de su voluntad¹⁰⁷.

Para Kelsen no hay que entender el término “voluntad” del legislador o “voluntad” de los co-contratantes como una voluntad real, analizada como un fenómeno psicológico, sino como la representación de una voluntad.

Esta posición de Kelsen no puede llamarnos la atención, ya que el artículo 32 de la Convención de Viena caracteriza como medios de interpretación complementarios a los trabajos preparatorios cuyo objetivo es averiguar la voluntad o intención de las partes.

¹⁰⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F., Imprenta Universitaria, 1958, p. 38.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 40.

VII. Reflexión final

En definitiva, lo que resulta de la reseña efectuada es que en derecho internacional existe la figura del tratado tácito, que las partes en una controversia deberán probarlo ya sea infiriéndolo de tratados o de la conducta de las partes. En este caso no es generalmente una sola conducta sino una conjunción de conductas las que darán el marco adecuado para inferirlos. Esta no es la misma situación de los tratados verbales en que ambas partes expresan su consentimiento sobre un punto que está bien definido y a través de funcionarios que tienen la capacidad internacional para comprometer al Estado, tal es el caso del famoso fallo de la *Groenlandia Oriental*. En cambio, en los tratados tácitos, su creación puede ser mucho más descentralizada cuando surge de la conducta de las partes, pero sin ser tan descentralizada que pueda confundirse con una costumbre internacional y su contenido es generalmente más difuso. Sin embargo los tribunales los han reconocido y aplicado en sus sentencias como se desprende de los casos analizados en este trabajo. Finalmente, cabe reiterar que la indicación más sobresaliente de la Corte, a través de su jurisprudencia, es el rigor que se requiere en lo referente a la prueba de su existencia, sobre todo en los casos de delimitación territorial. Pero esa contundencia en última instancia es evaluada por órganos jurisdiccionales que no han desarrollado hasta el presente criterios objetivos para dicha evaluación.

LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO

Julio Barboza*

SUMARIO: I. Introducción; II. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; III. La interpretación; IV. La invasión de las comunidades internacionales; IV.1. El objetor persistente; V. Jurisprudencia y costumbre; VI. Los tribunales penales; VII. Conclusiones.

I. Introducción

No se ha cerrado, en doctrina, la controversia respecto a si la formación de las normas del derecho de gentes depende exclusivamente de la voluntad de los Estados¹. Desde la época del derecho internacional clásico ha sobrevivido más bien triunfalmente la posición voluntarista con un argumento esquemático: los tratados son producto de la voluntad estatal y la costumbre un mero tratado tácito.

Obviamente, la voluntad estatal juega un papel de primera importancia en la creación de normas generales y esto, en apariencia no admite matices en el terreno de los tratados². Tocante las costumbres, es cierto que las costumbres que *no son universales* (las costumbres regionales, las bilaterales o las que se forman por la expansión de las normas de un tratado entre Estados determinados, aunque no pertenezcan a la misma región) se prestan a configurar verdaderos tratados tácitos, a cuyas

* Embajador. Ex Consejero Legal, Cancillería argentina. Ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, O.N.U. Ex Juez del Tribunal Administrativo, O.N.U. Consejero del C.A.R.I.

¹ Va de suyo que otros sujetos del derecho internacional público (D.I.P.) participan, como las organizaciones internacionales (O.I.), en la creación de las normas jurídicas internacionales, pero en última instancia los Estados miembros de tales organizaciones son Estados que, indirectamente, son los que deciden la conducta de las organizaciones.

² Digo “esquemático” y “en apariencia” porque lo que los voluntaristas parecen olvidar es que entre el tratado y la norma finalmente aplicable suele mediar la jurisprudencia de los tribunales, que como veremos, introduce algunos elementos ajenos a la voluntad de los Estados. Ni hablar de lo que sucede con la interpretación de las normas consuetudinarias, como ya veremos.

obligaciones se accede voluntariamente y que constituyen *res inter alios* para los terceros. Hay razones para equiparar esas costumbres a tratados tácitos ya que la actitud de los Estados americanos que las observaban podía equipararse al consentimiento otorgado y al *meeting of the minds* contractual. En cambio, las costumbres universales, aquellas que rigen para la comunidad internacional en su conjunto, sólo requieren, en las palabras del artículo 38.1(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, C.I.J. o “la Corte”, indistintamente), ser “generalmente” aceptadas como derecho”, o sea, no la unanimidad, sino la generalidad de la opinión de la comunidad internacional en su conjunto: Estados no participantes en la formación como derecho de la práctica en cuestión estarían igualmente obligados por ella. Este tema es considerado con más pormenor un poco más abajo, sobre todo en relación con la doctrina del objetor persistente³.

Mi impresión, tras algunas cavilaciones, es que hay algún apresuramiento en equiparar la jurisprudencia a la doctrina y meterlos en la bolsa de las fuentes auxiliares: la doctrina es solamente materia de opinión en el vacío, mientras que la jurisprudencia consiste en decisiones que zanján intereses reales y contrapuestos; una sentencia es más dramática y está mucho más cerca de la realidad y por eso pesa más que muchas doctrinas.

Aclaro que las siguientes reflexiones tienen un carácter más bien de apertura de líneas de pensamiento e investigación que, si son aceptadas, pueden dar lugar a otras investigaciones y pensamientos acaso más prolijos y maduros que las completan.

³ El artículo 38.2 del Estatuto de la C.I.J. debe referirse, en realidad, a las normas que establecen obligaciones *erga omnes*, que sólo pueden ver la luz cuando la máxima comunidad internacional expresa su voluntad general. En las obligaciones *erga omnes* que no son imperativas caben los pactos en contrario, como sucede con el artículo 8 del Tratado de Paz y Amistad Argentina-Chile de 1984. Véase si no: “Artículo 8°. Las Partes acuerdan que en el espacio comprendido entre el Cabo de Hornos y el punto más oriental de la Isla de los Estados, los efectos jurídicos del mar territorial quedan limitados, en sus relaciones mutuas, a una franja de tres millas marinas medidas desde sus respectivas líneas de base. En el espacio indicado en el inciso anterior, cada Parte podrá invocar frente a terceros Estados la anchura máxima de mar territorial que le permita el derecho internacional”.

II. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

En favor de la posición voluntarista militan varias circunstancias. Por de pronto lo hace el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J., que relega “las decisiones judiciales” a la categoría de “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Y agrega: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”. Ambas disposiciones son decisivas para concluir que la jurisprudencia no aporta al derecho internacional normas generales⁴. En efecto, el artículo 59 reza: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Ambas disposiciones, según la doctrina más ortodoxa, son ya normas consuetudinarias de carácter universal y no simples instrucciones a la Corte. Esto también quiere decir que un tribunal internacional podrá basar su fallo exclusivamente en una norma que emane de un tratado, de una costumbre o de los principios generales del derecho: los Estados terceros al litigio no pueden ver reglados sus obligaciones y derechos en el plano internacional a través de otra fuente directa que sea distinta de la voluntad de los sujetos del derecho internacional público⁵.

III. La interpretación

Además de las indicaciones del artículo 38, otra manera de conservar la pureza de la voluntad estatal como fuente única del derecho internacional público es controlar la interpretación de los tratados por los órganos jurisdiccionales, de forma tal que no haya transferencia de poder a los jueces.

De eso se encarga el artículo 31 y concordantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, a mi modo de ver tiene por objetivo principal establecer el significado de textos, contextos y otros indicios para, a través de esos aquellos, interpretar la verdadera voluntad

⁴ Con lo que queda dicho que fuentes principales son las que aportan normas generales al derecho de gentes. Esta generalidad puede ser *erga omnes* o *erga omnes partes*, el primer caso se refiere a normas que afectan a todos los miembros de la comunidad internacional en su conjunto y el segundo a comunidades menores, por ejemplo, las que crea un tratado multilateral o una costumbre especial.

⁵ Esto es algo esquemático. La doctrina considera, aunque sin llegar a conclusiones ciertas, algunas otras fuentes de normas como los actos unilaterales de los Estados y de las OI, entre otros, que no interesan al presente artículo.

original de las partes que celebraron el tratado. Indicativo de esa intención de la Convención son sus artículos 31 y 32, que forman un sistema protector de dicha voluntad⁶.

Observando la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales⁷ surge la impresión de que estos órganos parecen tener mayor obligación que sus equivalentes del derecho interno a mantener un apego a los textos y a través de ellos a la voluntad original de la partes. La clave de esta diferencia, según lo veo, estriba en que en el orden doméstico los jueces son parte del Estado y tienen detrás de sí el poder consiguiente, mientras en el orden internacional, los jueces y árbitros fundamentan su competencia básicamente y en forma inmediata en el tratado que les da jurisdicción y limita sus poderes.

Este orden de cosas, colijo, intenta respetar la soberanía de los Estados contratantes, que se vería afectada por una interpretación alejada de sus voluntades originales: los sujetos del derecho internacional público, como entes soberanos que son no admiten, a menos que expresamente delegada dentro de estrictos límites, la interpretación por un tercero de cuáles son sus derechos y obligaciones internacionales y por ende un fallo que exceda los poderes delegados es nulo. De ahí el artículo 59 del Estatuto de la C.I.J.

En segundo lugar, cuando se habla de un tratado es menester tener en cuenta, de manera muy principal, la comunidad que este tratado crea: si es bilateral se trataría de una comunidad mínima, si es multilateral su importancia e influencia sobre todo lo que a él se refiera se medirá, entre

⁶ Hay varias escuelas de interpretación de la ley (y por extensión de los tratados) una de las cuales mira a la (presunta) intención que se desprende del texto y que permite una interpretación que adecue el texto a las cambiantes condiciones de los nuevos tiempos. Es algo así como si el texto se hubiera independizado de sus autores y por ende de su voluntad original: la interpretación no mira a la intención original de las partes sino a la adecuación del texto a las circunstancias existentes al momento de interpretarse la ley (o el tratado). Otra escuela, contraria a la anterior, utiliza el texto exclusivamente para deducir de él la voluntad originaria de las partes. A esta última corresponden recursos como acudir a los *travaux préparatoires* del tratado, a los documentos posteriores emanados de las partes, incluso a la práctica posterior coincidente de las partes, que no puede presumirse sino confirmatoria de la voluntad original, etc. La primera puede afectar la voluntad soberana de algunos o de todos los Estados creadores del tratado.

⁷ Tribunales judiciales o arbitrales, así como todos aquellos autorizados para interpretar los textos internacionales.

otros factores pero de manera considerable, por la magnitud de la comunidad que él crea⁸.

Esta discriminación entre los tratados según sea la magnitud de la comunidad que aquellos crean contribuye también a la distinción perceptible entre la jurisprudencia de los tribunales judiciales y los arbitrales, en sentido de que la primera tiene más autoridad y es más tenida en cuenta que la segunda, en la que los poderes de los árbitros emanan exclusivamente del tratado, normalmente bilateral, que los designa y que fija su competencia, en tanto que la primera tiene detrás suyo el tratado multilateral que los creó y que representa una comunidad de variable importancia según su magnitud. En el caso de la C.I.J. y de los tribunales del Consejo de Seguridad (en adelante, C.S.), los tribunales se relacionan con la Carta de la O.N.U.; en el de la Corte Penal Internacional (C.P.I.) con el vasto tratado de Roma que le dio origen y la relación de este mismo tratado con la O.N.U., y en el de Nuremberg la Carta de Londres que representaba la poderosa comunidad de vencedores de la Segunda guerra mundial. Dada la prohibición del artículo 59, la distinción anotada marcaría una diferencia del grado de *autoridad persuasiva* dentro de la jurisprudencia internacional: si bien es cierto que en ningún caso se llegaría a la obligatoriedad del precedente⁹, la persuasión muchas veces puede llegar muy cerca de la obligatoriedad.

En suma, la jurisprudencia internacional no puede, teóricamente al menos, aportar normas generales al ordenamiento jurídico internacional, situación que la directiva del artículo 59 del Estatuto de la Corte simplemente hace explícita. La jurisprudencia internacional está limitada,

⁸ Un conjunto de Estados crea un tratado multilateral y éste lo provee de un vínculo jurídico y crea una "comunidad del tratado" que es una comunidad de derecho y tiene una entidad que la diferencia de otras comunidades del derecho internacional. Sugiero que estas comunidades, al tener una suerte de "intereses públicos" comunes, tienen también un "orden público" propio que debe ser compatible con el orden público de la comunidad internacional (C.I.). El orden público internacional sería, en ese caso y debido al carácter descentralizado de la C.I., de forma "archipelágica" por llamarlo de alguna manera. Por ejemplo, el orden público de la Convención de genocidio reclamaba la existencia de una numerosa comunidad del tratado y de ahí la aceptación para ella de la regla panamericana relativa a las reservas en los tratados multilaterales.

⁹ Ya hemos dicho que la introducción de una regla general por la vía interpretativa de los órganos jurisdiccionales –tribunales judiciales y arbitrales– sería violatoria de la soberanía de los terceros Estados, que no la delegaron y consiguientemente no pueden aceptar como una regla que los obligue la interpretación de un tribunal al que no dieron poderes.

tocante la creación o modificación de normas internacionales establecidas, por la soberanía de los Estados, que acota férreamente el poder de jueces y árbitros en ese sentido. Y su autoridad persuasiva podrá depender, entre otros factores pero considerablemente, de la importancia de la comunidad del tratado que valida la designación del cuerpo jurisdiccional encargado de dilucidar la cuestión.

Si los textos deben respetarse inflexiblemente, cabría preguntarse, ¿cómo se explican las incongruencias en la interpretación de algunos textos de tratados constitutivos de importantes organizaciones internacionales? Por ejemplo, que la abstención de un miembro permanente no sea veto en el C.S. parece contradecir el texto claro del artículo 27 de la Carta, o la pertenencia a la Organización de varios Estados, en su momento no soberanos, parece contraria a la regla de la igualdad soberana de sus miembros. La explicación acaso yace en que se trataría de excepciones emergentes de la *naturaleza* de la entidad creada por el tratado constitutivo: las organizaciones internacionales y en especial una como la O.N.U., adquieren una dinámica propia al funcionar. Se podría suponer que los miembros prestaron, al entrar en el tratado, consentimiento para que la eventual interpretación se adapte a la naturaleza cambiante de la entidad objeto del tratado. El Juez Alvarez dijo que “debería subrayarse que una institución, una vez establecida, adquiere vida propia, independiente de los elementos que le dieron nacimiento y debe desarrollarse, no de acuerdo con los puntos de vista de quienes la crearon, sino con los requisitos de la vida internacional”. Asimismo Phillip Jessup, en su Opinión disidente en los casos del *África Sudoccidental*, 1966, explicaba que “Treaties, especially multipartite treaties of a constitutional or legislative character, cannot have an absolutely immutable character”¹⁰.

IV. La invasión de las comunidades internacionales

Los argumentos arriba expuestos son importantes en favor de la supremacía inexorable del texto en la interpretación de los tratados y por ende de la voluntad estatal en la formación de normas internacionales por la vía convencional. Pero hay direcciones por donde se cuelan formas de

¹⁰ C.I.J., *África Sudoccidental* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Segunda fase, Sentencia del 18 de julio de 1966, Opinión disidente del Juez Jessup, p. 439.

voluntades comunitarias en el proceso indicado. El mismo artículo 38.2, al admitir que la costumbre, fuente principal, no necesita de la unanimidad para generar normas universales, abre una ancha vía de ingreso a esas voluntades ajenas. Es ésta una contradicción importante: recordemos que la creación normativa se apoya, a su vez, en un pilar del derecho internacional público como es la noción de soberanía del Estado. Esta noción, sin embargo, parece haber soportado algo, milagrosamente el concepto de *generalidad*, totalmente hostile al de *unanimidad*, que se requeriría para llegar al tratado tácito que asignan los voluntaristas a la costumbre universal. El concepto de *generalidad* parece dar a esa costumbre un carácter *cuasi legislativo*, según el cual es cierto y efectivo que las costumbres universales pueden obligar también a Estados que no han prestado su voluntad para la formación de la norma consuetudinaria.

En un artículo anterior de mi autoría¹¹ hice notar mi convicción de que la costumbre especial¹² podría considerarse un tratado tácito, porque efectivamente los Estados que van adhiriéndose lo hacen prestando su consentimiento. Pero la costumbre universal no necesita la unanimidad para formarse, según la regla también universal del artículo 38.2. La costumbre universal, al no requerir el consentimiento de todos los Estados obligados por ella, tiene una naturaleza diferente de las costumbres regionales, bilaterales u otras especiales porque se forma en un proceso casi legislativo, en el sentido de que un grupo de Estados impone una regla legal a Estados que no participaron en su formación¹³. Esa *generalidad* puede ser la de una mayoría abrumadora o simplemente importante e incluso a veces una minoría como la que finalmente impuso la abolición del corso y otras normas de derecho del mar en la Declaración anexa al Tratado de París de 1856¹⁴ y modernamente ciertas costumbres espaciales impuestas por los pocos Estados con capacidad tecnológica para actuar a la gran mayoría de los restantes miembros de la comunidad internacional, asistentes pasivos a la actuación de aquellos. Ese grupo, que forma una comunidad

¹¹ BARBOZA, Julio, "The Customary rule: from Chrysalis to Butterfly", en *Calixto Armas Barea [et. al.], Liber Amicorum in Memoriam Judge José María Ruda*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-15.

¹² Costumbre especial sería la bilateral, regional o simplemente entre un grupo de Estados aunque carezcan de propinuidad geográfica, por ejemplo, Estados de diferentes continentes ligados por un tratado, algunas de cuyas normas se expanden en costumbres en un grupo mayor de Estados que incluirían a la comunidad pionera de los miembros del tratado.

¹³ BARBOZA, Julio, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ En el caso, Austria, Francia, Prusia, Rusia, Cerdeña, Turquía y Gran Bretaña.

internacional va imponiendo la regla nueva sobre otros sujetos del derecho internacional público¹⁵. Akehurst opina que la mayoría exigible para la creación de la norma consuetudinaria es flexible¹⁶.

Se podría también invocar, en contra de la posición voluntarista, la circunstancia de que los Estados surgidos de la descolonización debieron aceptar *nolis volis* toda una urdimbre normativa consuetudinaria que fue parte importante del marco jurídico en que desarrollaron sus relaciones con los otros miembros de la comunidad internacional en la que habían ingresado y en cuya génesis no habían tenido participación. Sin duda estos países influyeron en la modificación de algunas reglas, pero debió ser de acuerdo con los principios de la misma formación normativa, en actitudes que pudieron poner en duda la generalidad misma de la aceptación necesaria según el artículo 38.2. Es un caso diferente de aquel del objetor persistente, ya que no tuvieron siquiera la posibilidad de tener *persistencia* al haberse completado anteriormente a su nueva calidad soberana el período formativo de esas normas consuetudinarias.

Pienso que detrás de esta vía de excepcionalidad que abre la formación de la costumbre universal está la comunidad internacional en su conjunto, ejerciendo por esa vía ese poder legislativo difuso que,

¹⁵ Pierre-Marie Dupuy hace notar una serie de elementos de hecho que configuran una fuerte compulsión sobre algunos Estados para incorporarse al grupo que sigue la nueva costumbre. Conf. DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, París, 9ª edición, Dalloz, 2008, pp. 353-354. Brigitte Stern, siguiendo estas aguas, argumenta que puede existir alguna presión en la formación de la costumbre y que el contenido de la *opinio juris de cada Estado* va a depender de la "situation de pouvoir" en el orden internacional y expresa: "La volonté d'un Etat, même si elle n'est pas volonté de puissance, implique un élément de puissance. Ainsi certains Etats auront le sentiment d'être liés parce qu'ils auront voulu, parce qu'ils auront librement consenti, certains Etats au contraire auront le sentiment d'être liés parce qu'ils ne peuvent pas ne pas le vouloir, parce que la règle leur est imposée (...) est *règle coutumière internationale celle qui est considérée comme telle par la volonté d'Etats pouvant imposer leur point de vue*".

¹⁶ El autor afirma "(...) where there is no practice which goes against an alleged rule of customary law, it seems that a small amount of practice is sufficient to create a customary rule, even though the practice involves only a small number of States and has lasted for only a short time (...)", AKEHURST, Michael "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 47, 1974, p. 1.

necesariamente, tiene pero que no puede ejercer directamente por su descentralización y falta de personería internacional¹⁷.

IV.1. El objetor persistente

Hasta ahora he considerado la situación de aquellos Estados que no formaron parte de la comunidad autora de la norma nueva, en particular de los Estados que, como las antiguas colonias, ingresaron a la comunidad de Estados soberanos y se encontraron con una cantidad de normas consuetudinarias a cuya formación no contribuyeron. Pero ¿qué sucede con aquellos sujetos que, desde el inicio del proceso de creación normativa rechazaron la nueva práctica y declararon que no les era aplicable? O sea, ¿qué pasa con el objetor persistente?

Según cierta opinión doctrinaria¹⁸, existiría una excepción a la excepción de la generalidad, que sería la del objetor persistente: un Estado que durante el período de formación de una costumbre, se opuso invariablemente a que le fuera aplicada. En tal caso, dice aquella doctrina, la objeción no impide la creación de la regla consuetudinaria, pero una vez creada, la regla no le es aplicable. El *Restatement of the Foreign Relations Laws of the United States* (1987) dice que “(...) en principio, un Estado disidente que indica su disenso con una práctica mientras el derecho está

¹⁷ El poder legislativo de la comunidad de naciones es un poder difuso en el sentido de que ningún órgano de la comunidad puede legislar en su nombre. Patrick Daillier y Alain Pellet consideran que la comunidad internacional es en efecto sujeto del derecho internacional público, sólo que es como un menor del derecho interno con capacidad de goce pero no de ejercicio de sus derechos. Conf. NGUYEN QUOC DINH; Daillier, Patrick & Pellet, Alain, *Droit international public*, 6ª edición, París, 1999, pp. 399-401. Personalmente soy escéptico respecto a la subjetividad internacional, al menos en el estado actual del derecho de gentes, de la comunidad internacional. Sus agentes, los sujetos del derecho internacional público, actúan muchas veces por ella y es así como esa entidad, no muy bien definida y sobre cuya real existencia no hay consenso doctrinario, ve a pesar de ello acrecentar su influencia mientras juega un creciente papel en las relaciones internacionales y en el derecho de gentes.

¹⁸ La llamamos doctrinaria, aunque figura en un *Restatement* norteamericano, porque los *Restatements* no son pronunciamientos oficiales de los Gobiernos sino que reflejan la autorizada opinión de un conjunto de juristas que incluye jueces, profesores universitarios y abogados de la matrícula pertenecientes al foro del Estado que sea, en este caso se trataría del Estado federal de los Estados Unidos, pero no es la opinión oficial del Estado mismo ni una expresión vinculante de su poder judicial y por ende, tiene simplemente una autoridad persuasiva.

aún en proceso de desarrollo, no está obligado por la regla de derecho aun después de su maduración”¹⁹.

Philippe Cahier nos recuerda que el tema fue primeramente tratado, entre otros, por Dupuy y Charney. Benedetto Conforti, a mi criterio, acierta cuando disiente en cuanto a la real entidad de esta doctrina, principalmente porque estaría apoyada solamente en dos fallos: el del *derecho de asilo*²⁰ y el de las *pesquerías*²¹.

Llama un poco la atención que, no obstante ser correcta la observación de Conforti, esta excepción del objetor persistente figura en cuanto escrito existe sobre la costumbre internacional. Sin embargo, el primer fallo citado no se refiere a una costumbre universal, sino a una alegadamente regional latinoamericana y que por ende es oponible, como hemos visto más arriba, sólo a los Estados que han prestado su consentimiento. Tocante el segundo fallo, transcribo el párrafo pertinente: “In any event, the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast”²².

El párrafo en cuestión se refería a la inaplicabilidad a la costa de los fiordos noruegos de la regla de las 10 millas para el cierre de bahías o entre islas de un archipiélago, a la que la Corte negaba entidad normativa porque no alcanzaba la generalidad requerida y es, no obstante la interpretación de los partidarios de la doctrina, apenas un *obiter dictum*, porque hubo otras razones realmente importantes que justificaban el fallo, entre ellas que el método utilizado por Noruega no era contrario al derecho internacional. Es claro que si Noruega hubiera admitido en algún momento la regla de las 10 millas, a la que la Corte acababa de negar validez, la situación acaso se hubiera complicado. La Corte dista mucho de haber dicho todo lo que el locuaz *Restatement* expresa: la persistencia en la negativa es una condición necesaria pero no suficiente para eximir al objetor de las obligaciones en cuestión.

¹⁹ Traducción del autor.

²⁰ C.I.J., *Derecho de asilo* (Colombia/Perú), Sentencia del 20 de noviembre de 1950.

²¹ C.I.J., *Pesquerías* (Reino Unido c. Noruega), Sentencia del 18 de diciembre de 1951.

²² *Ibidem*, p. 19.

De la lectura completa del fallo, pareciera que ese acto unilateral de Noruega gozó de la “tolerancia general” de la comunidad internacional, en lenguaje de la Corte²³ debido a circunstancias relativas a la extremada irregularidad de la costa de Noruega que hacían la aplicación de la regla de las 10 millas en bajamar contraria a la razón. El enunciado del *Restatement* es demasiado general y al referirse a la mera voluntad del Estado objetor más parece una doctrina *ad usum delphini* que una seria norma del derecho internacional. Por otra parte, si un Estado ha rechazado la aplicación de esa norma a su respecto y no quiere aceptar la nueva costumbre, se toparía con la dificultad de probar que existe en derecho internacional una norma consuetudinaria de *opting out* a la regla de la generalidad cuya existencia mal podría sustentar el texto del artículo 38.2. Y para buscar excepciones a dicho texto, no muy bien servirían los dos casos citados, de forma que hablar de excepciones tácitas a un tratado tácito parece algo excesivo. Algunos autores y gobiernos que encuentran que la persistencia es la clave de la excepción yerran al sostener que el mero objetar de aquellos fuera la verdadera causa del pronunciamiento de la Corte en el caso de las pesquerías: el verdadero fundamento fue la excepcionalidad de la situación particular, en este caso lo caprichoso de la costa del Estado objetor que justificó la noción de las líneas de base rectas y convalidó el sistema utilizado por Noruega como acorde con el derecho internacional. Y estaba de acuerdo con el derecho internacional, no porque Noruega nunca la había admitido como aplicable para ella, sino porque era irracional exigir la solución propiciada por el Reino Unido para una costa como la de los fiordos noruegos. Hoy en día las líneas de base recta son de aplicación corriente y aceptada respecto de costas que están muy lejos de los extremos propios de aquellos fiordos.

Por lo demás, esta doctrina del objetor persistente parece haber olvidado a las normas imperativas, que no tienen prácticamente otra vía de formación que la consuetudinaria. ¿Qué pasaría con los derechos humanos fundamentales? El violador persistente de esas normas ¿podría reclamar para sí *legalmente* la exención, por ejemplo, del genocidio por haberse resistido desde el inicio a aceptar la prohibición?

²³ “Resulta de interés el lenguaje utilizado en uno de los dos casos que sirvieron de sustento a esta doctrina: el de las pesquerías anglo-noruegas, en el que se hace mención a ‘la tolerancia general de la comunidad internacional’ hacia la posición noruega y a su concepción de las líneas de base rectas (...)”.

En cuanto a las normas creadoras de obligaciones *erga omnes* que no son imperativas como por ejemplo la de las extensiones marítimas sujetas a alguna forma de soberanía nacional establecidas por la CONVEMAR²⁴ ¿cabría una doctrina como la del objetor persistente? Y la norma del artículo 38, ¿no tiene precisamente en cuenta las normas que crean obligaciones *erga omnes*? Es cierto que Noruega hizo valer para su mar territorial una extensión de cuatro millas en su momento, pero hay que tener en cuenta que no se había formado una regla uniforme para dicha extensión por la generalidad de los Estados miembros de la comunidad internacional.

V. Jurisprudencia y costumbre

En primer lugar, ¿qué es la jurisprudencia? La palabra tiene varias significaciones. Equivale a “ciencia jurídica”, lo que en este momento no es de nuestro interés. Hace también referencia al conjunto de decisiones de los tribunales judiciales, arbitrales, o de otros cuerpos jurisdiccionales (de un país, de una jurisdicción, o internacionales). También se suele decir que hay una línea jurisprudencial cuando aquellos cuerpos jurisdiccionales coinciden en una línea de precedentes que tienen en común lo que podríamos llamar un “núcleo significativo”²⁵.

Según Aftalión y Vilanoba:

(...) se manifiesta como una repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota la influencia de unos fallos sobre

²⁴ No son imperativas porque admiten pacto en contrario. Como ejemplo, no se que haya habido objeción contra el artículo 8º del Tratado de Paz y Amistad Argentina-Chile de 1984 que establece lo siguiente: “Las Partes acuerdan que en el espacio comprendido entre el Cabo de Hornos y el punto más oriental de la Isla de los Estados, los efectos jurídicos del mar territorial quedan limitados, en sus relaciones mutuas, a una franja de tres millas marinas medidas desde sus respectivas líneas de base. En el espacio indicado en el inciso anterior, cada Parte podrá invocar frente a terceros Estados la anchura máxima de mar territorial que le permita el derecho internacional”.

²⁵ Tal núcleo sería uno compuesto por conductas de sujetos del DIP en interferencia, y que en su origen, si llamamos A al Estado que actúa y B al otro, el Estado B tuvo la posibilidad jurídica de permitir o impedir la conducta del estado A. Esta actitud de B daría sentido jurídico de lícito o de ilícito a la conducta de A, sin tener en cuenta los aspectos contingentes, o sea las variaciones tanto en las conductas como en el contexto que no afecten al núcleo significativo.

otros (...) se desprende, por lo tanto, del conjunto de fallos precedentes una norma o regla general vigente en los tribunales sobre un punto determinado y, en la medida en que un tribunal llamado a pronunciarse sobre un nuevo caso ‘similar’ acude a dicha regla para objetivar el sentido jurídico del mismo, para alcanzar la objetividad de su sentencia, se habla de la *jurisprudencia como fuente del derecho*²⁶.

Si bien es cierto que la cita anterior se refiere al derecho interno, resulta aplicable al derecho internacional: hay un estrecho parentesco²⁷ entre la jurisprudencia y la costumbre internacionales, que gira alrededor de la existencia, en ambas, de un número de casos con similar “núcleo significativo”, esto es un nudo de *significación genérica* similar al de otras situaciones y que se repite en cada precedente aunque existan entre ellos variedad en cuanto a los hechos particulares que los constituyan.

En el caso de las costumbres, tal significación genérica establece el contenido de la regla aceptada por los Estados intervinientes como derecho entre ellos²⁸. Los mismos hechos que componen la costumbre internacional antes de la intervención judicial son pensados y reflexionados cuando llegan al ámbito de los tribunales. Tanto la costumbre como la jurisprudencia encuentran su naturaleza común en la repetición del mismo núcleo significativo. Este parentesco autoriza a considerar a la jurisprudencia —en su sentido de repetición de decisiones sobre casos similares— como una *costumbre judicial* que se mezcla, ya sea con el texto del tratado o con la costumbre original y actúa como complemento en tal forma que la norma emergente conlleva elementos surgidos de las reflexiones judiciales que se incorporan a la norma original (del *jus scriptum* o de la costumbre entre sujetos del derecho internacional público) y la norma resultante sustituye a la original.

²⁶ AFTALIÓN, Enrique R. & VILANOBA, José (con la colaboración de Julio Raffo), *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1988, pp. 714-715.

²⁷ Este parentesco es más visible en el orden internacional que en el doméstico. En este último la costumbre aunque juega un papel fundamental porque sostiene todo el sistema normativo de un Estado, es menos visible. En el orden internacional, por ser descentralizado, su actuación se aprecia en el día a día.

²⁸ *Ibidem*, pp. 690-693.

Este mismo proceso se repite en las sucesivas etapas de una línea jurisprudencial de cierta extensión y a medida que los tribunales van aplicando esta costumbre la van judicializando más y más. En un sistema de precedente obligatorio, el derecho consuetudinario se va transformando en un verdadero “derecho judicial”, como sucedió según presumo con el *common law* británico. Un fallo influye sobre otro fallo de manera parecida a lo que sucede en la formación de la costumbre internacional, en la que una cierta conducta es provista de un sentido jurídico genérico por los sujetos del derecho internacional público relacionados con la práctica y ese sentido va influyendo en forma tal que otros sujetos lo van aceptando.

En cierta medida, este paso de la costumbre “nuda” a la costumbre judicial ofrece similitud con la “inyección de textos”²⁹ a una costumbre

²⁹ Eduardo Jiménez de Aréchaga dice en su Curso de la Academia de Derecho internacional de La Haya que: “Recent decisions of the International Court of Justice have recognized or attributed to general conventions adopted at codification conferences important effects with respect to the formation of customary international law”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, “International Law in the Post Third of a Century”, *Recueil des Cours*, vol. 159 (1978), p. 14. Tales efectos serían: a) declaratorio; b) cristizador y c) constitutivo o generador. El primero se refiere a que una regla convencional pueda *declarar* otra consuetudinaria pre-existente; el segundo a que la regla del tratado sea la primera aserción textual de una regla consuetudinaria *in status nascendi* y el tercero a que la regla convencional sea una propuesta *de lege ferenda* y no una existente o *in status nascendi*, lo que representaría, en potencia, un desarrollo progresivo del derecho. *Ibidem*, pp.14-15. Por mi parte, dije a este respecto en el artículo ya citado en nota 11, p.13 que “the three possibilities commented upon might be, for all practical purposes, reduced to one, that of the ‘injection’ of texts into already existing international practices with different effects depending on how early those texts are injected in the process”. Agregué que, en mi opinión, era prácticamente imposible que una costumbre pudiera originarse directamente de un texto: éste debía haber estado precedido por alguna actividad, o referirse a alguna actividad precedente y que tal actividad habría originado sentidos jurídicos positivos o negativos, según se la hubiera permitido o impedido, pero que moldeadas por la necesidad y por principios analógicos, ciertas prácticas hubieran surgido. Las costumbres “instantáneas” originadas según Bin Cheng en la Declaración de 1960 de la Asamblea General, fueron precedidas por actividades espaciales que incluyeron el lanzamiento del *Sputnik* tres años antes. Por lo menos, una importante práctica había ya entonces surgido: no hubo protestas contra el pasaje del satélite por el espacio aéreo de los Estados subyacentes al recorrido del *Sputnik*, excepto Zanzíbar, o contra su circulación en órbita en el espacio cósmico. Por lo demás, los Estados mismos, tanto como los tribunales consideran que los comentarios de las conferencias constituyen práctica estatal. La repetición de estas prácticas y acaso algunos razonamientos analógicos con el derecho del mar apoyaron la aplicación del principio de libertad de paso de tales misiles por el espacio aéreo de los Estados y el principio de la libertad del espacio cósmico. En suma, que

entre sujetos del derecho internacional público que fue descripta en el proceso de codificación: la intervención judicial en buena medida también inyecta elementos extraños a la intención de las partes en la norma consuetudinaria. Hay en un fallo basado en una costumbre algo de lo que sucede en el proceso de codificación de las normas consuetudinarias. En realidad, en una línea de jurisprudencia de alguna extensión y constancia, parece inevitable la introducción de elementos extraños a la conducta “cruda” por así decirlo de la costumbre entre sujetos del derecho internacional público. El derecho emanado de la “nueva costumbre” que es “cuasi legislado” sufre este fenómeno en menor escala porque los textos inyectados están mucho más prolijamente formulados que la costumbre que se forma exclusivamente a través de conductas, y en ese sentido la inyección de textos haría que las técnicas interpretativas se acercasen mucho a las técnicas de interpretación de un tratado.

Y si no, que le pregunten a cualquier abogado que ejerza dentro de este sistema si con el texto desnudo de la ley puede dar una opinión jurídica a un cliente. Creo que no tendría cómo empezar, ya que los tomos de jurisprudencia o el Internet ahora, son indispensables en cualquier estudio jurídico.

Villiger hace notar que la codificación no equivale a la creación de un *speculum* del derecho vigente que refleje estrictamente la norma consuetudinaria³⁰ y nos recuerda que el derecho consuetudinario es a menudo, por su naturaleza misma, vago e impreciso, por lo que sería hasta poco deseable establecer copias fieles de las reglas consuetudinarias. Jennings nos dice que pasar el derecho de una fuente oral a una escrita implica, en sí mismo e inevitablemente, un cambio mayor y Sir Hersch Lauterpacht va aún más lejos en ese sentido, al decir que la codificación debe ser substancialmente de naturaleza legislativa³¹.

no considero que la “nueva costumbre” se origine normalmente en textos, como parece ser la posición de Jiménez de Aréchaga, sino que eso podría suceder sólo muy excepcionalmente. Toda costumbre comienza con alguna práctica, a la que un grupo en algún momento formula con un texto que sirve en adelante de base al desarrollo consuetudinario. Es en ese sentido que hablo de “inyección de textos”.

³⁰ VILLIGER, Mark E., *Customary International Law and Treaties*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer, 1997, p. 102.

³¹ “In particular, *jus scriptum* will lay down the customary rule in a more precise and systematic manner. Rules which were formerly individual may need to be grouped together, or the drafting body may have to undertake a selection among multiple rules, or, at the least,

Me apresuro a declarar que no confundo el proceso de codificación con el de interpretación y aplicación judicial de una costumbre, pero pienso que ambas implican un paso desde la práctica al *jus scriptum* mediante la interpretación y ambas tienen la necesidad de adecuar un enunciado fragmentario y algo vago a un derecho escrito coherente con materiales propios. También es cierto que en ambos casos el paso de la costumbre al *jus scriptum* implica siempre una cirugía mayor. Se constituye así, por la vía jurisprudencial, otra vía de ingreso de materiales jurídicos a la formación de las normas internacionales que escapa de la voluntad de los Estados.

VI. Los tribunales penales

El proceso descrito parece tener su máxima expresión en los tribunales penales internacionales; estos ofrecen caracteres de interés, por la relativa abundancia de sus sentencias, por su relación estrecha con la comunidad internacional en su conjunto derivada de su creación por el C.S. o por el cordón umbilical que une a la Corte Penal Internacional (C.P.I.) y a los tribunales mixtos con la O.N.U., lo que les da a estos tribunales como hábitat el orden público internacional. *Last but not least* interesan por el hecho de que juzgan a individuos y no a Estados por crímenes internacionales³², aunque sus sentencias puedan afectar a Estados y grupos políticos o militares.

Es normal que en las causas que se ventilan en los tribunales internacionales se dirima una disputa entre dos Estados mientras que en los tribunales del C.S. se siguen causas penales en las que se aplican sanciones a los individuos. El fundamento de esas sanciones no parece que pueda ser encontrado fuera de los poderes del propio C.S. conferidos a este órgano por la Carta de las Naciones Unidas, y en los hechos por la comunidad del tratado que crea esa Carta, o sea un tratado cuyos miembros coinciden

establish the relations among them (...). As a result, codification contains a creative element and regularity entails a certain amount of change". Citado por VILLIGER, Mark E., *op. cit.*, p. 107.

³² Traigo a la memoria la fallida incursión de la Comisión de Derecho Internacional en materia de crímenes internacionales de los Estados, que la había sumido en un pantano del que sólo la extrajo el sentido práctico de un relator especial como el australiano James Crawford.

prácticamente con los que componen la comunidad internacional en su conjunto.

La O.N.U., ya lo hemos visto, es la organización internacional que por su naturaleza, sus objetivos y el gran número de sus miembros mejor puede representar a nuestra comunidad internacional, descentralizada y sin personería; esa entidad no descripta pero cuyo peso se advierte en las relaciones jurídicas internacionales, y que tiene que ver estrechamente con un “orden público internacional” cada día más perceptible. Es la comunidad internacional la que, en mi criterio, ejerce la punición de los crímenes internacionales contenidos en los tratados respectivos, a través de los mencionados tribunales.

VII. Conclusiones

La jurisprudencia, considerada como una línea de decisiones judiciales o arbitrales que resuelven en forma similar casos que son similares por tener un mismo núcleo significativo implica un trabajo importante sobre la norma convencional o consuetudinaria considerada aplicable.

Parece claro que ese trabajo se ejerce sobre el mismo “núcleo significativo” de hechos, de forma que los hechos acaecidos son ahora hechos reflexionados por el intérprete.

Se trata, como lo dijo Kelsen, de bajar de la norma general a la norma individual que, teniendo en cuenta los hechos del caso y con sentido genérico, lo habrá de decidir. “Con sentido genérico” quiere decir que puede ser aplicado al mismo núcleo significativo aunque ocurra en otro contexto.

Cuando eso sucede en varias oportunidades y se produce una línea jurisprudencial consistente, la afirmación de encontrarnos frente a una “costumbre judicial” merece consideración.

En la producción del fallo que contiene la norma finalmente aplicable al caso –a los próximos casos– han intervenido en proporción no despreciable voluntades ajenas a las de los Estados afectados. Los jueces no son órganos de los Estados, –incluyendo a los jueces *ad hoc* o a los árbitros designados por las partes– y no hablan por aquellos.

En el caso de una jurisprudencia que aplique la norma de un tratado, la norma individual contenida en la decisión final lleva incorporada una cierta proporción de materiales ajenos a las voluntades estatales que intervinieron al formular la norma general. Esa intervención incorpora tales materiales a través de las reflexiones del órgano internacional que interpreta el “núcleo significativo” y la resultante va a ser la norma que se aplique en la solución del caso *sub lite* con sentido genérico.

En el caso de que fuera aplicable una norma consuetudinaria el proceso es aún más rico en materiales ajenos a la voluntad originaria de los Estados, porque la norma general aplicable ya ha sido sometida al proceso de transformación de la costumbre-conducta al *jus scriptum* y debe ahora ser interpretada como hecho reflexionado por los tribunales. Ya vimos que pasar de la conducta al *jus scriptum* en la codificación es una operación mayor y que la intervención judicial/arbitral implica, como la codificación, una intervención de cirugía mayor. El resultado es un creciente alejamiento de la voluntad original de los Estados que crearon la norma consuetudinaria original.

En una línea relativamente extensa de precedentes, la probabilidad es mayor de que la norma que vaya emanando de las sucesivas intervenciones jurisprudenciales se ensanche más y más en un marco amplio de posibilidades e incorpore una proporción considerable de materiales ajenos a la voluntad estatal que dio origen a la norma, ya sea ésta convencional o consuetudinaria.

Esta norma final así “judicializada” está suficientemente alejada de la que reflejaba la voluntad de los sujetos de derecho internacional como para que se reconozca a la jurisprudencia al menos un carácter de partícipe en la creación normativa.

Esa participación de la jurisprudencia en la creación de normas generales es *erga omnes* si afecta a la comunidad internacional en su conjunto o *erga omnes partes* si sólo afecta a las partes en un tratado o a los miembros de alguna otra forma de comunidad particular.

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES INTERNACIONALES

*Silvina S. González Napolitano**

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto y tipos de intervención de terceros en un procedimiento internacional; III. Intervención de terceros en la Corte Internacional de Justicia; III.1. Intervención de terceros que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia; III.2. Intervención de terceros que son parte en un tratado multilateral; IV. Intervención de terceros en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; IV.1. Intervención de terceros que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia; IV.2. Intervención de terceros que son parte en un tratado multilateral; V. Intervención de terceros en el arbitraje internacional; VI. Algunas conclusiones.

I. Introducción

La intervención de terceros es un instituto que está contemplado en la mayoría de los estatutos o reglamentos de los tribunales judiciales e, incluso, en algunos compromisos o reglamentos de arbitraje. Sin embargo, no es utilizado con frecuencia.

El objeto de este artículo es pasar revista de los requisitos y características de los procedimientos de intervención de terceros y aquellas cuestiones procesales o jurisdiccionales que suelen ser objeto de discusión en el contexto de ciertos tribunales internacionales judiciales, como la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (T.I.D.M.). Ello con el fin de detectar algunas de las falencias que pueden contribuir al escaso uso de este mecanismo. Por último se hará

* Doctora en Derecho (U.B.A.). Profesora Titular Regular de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías (U.B.A.). Profesora en cursos de grado y/o posgrado (U.B.A., Universidad Austral, U.T.D.T. y E.S.G.N.). Miembro Consejero del C.A.R.I.

referencia al tratamiento de la intervención de terceros en arbitraje internacional.

II. Concepto y tipos de intervención de terceros en un procedimiento internacional

La intervención de terceros ha sido definida –de manera amplia– como aquella que se produce en un procedimiento jurisdiccional cuando “durante su desarrollo, ya sea en forma espontánea o provocada, se incorporan a él personas distintas a las partes originarias, a fin de hacer valer derechos o intereses propios, pero vinculados con la causa o el objeto de la pretensión”¹.

En cuanto a su fundamento, se asevera que, dado que los fallos son obligatorios sólo para las partes en litigio y que, en consecuencia, son *res inter alios acta* respecto de terceros, el otorgarle a los terceros la posibilidad de intervenir bajo ciertas circunstancias es visto como un reconocimiento del hecho de que un fallo puede ejercer una influencia de facto sobre la posición de terceros Estados; entonces, al permitir la intervención, se pueden evitar litigios repetitivos y eventualmente resultados contradictorios en fallos de un mismo tribunal en distintos casos².

Pueden existir dos tipos de intervención: 1) de un Estado que tiene un interés jurídico que puede ser afectado por el fallo de un litigio entre otros Estados³; 2) de un Estado parte en un tratado multilateral en un litigio entre otros Estados en el cual el tribunal proceda a interpretar dicho tratado multilateral⁴. El primer instrumento internacional en contemplar esto último ha sido la Convención de La Haya de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, que en su artículo 56 dispuso:

¹ ROJAS, Jorge, “La intervención de terceros en el arbitraje”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. 6 (2006), p. 350.

² ZIMMERMANN, Andreas, “International Courts and Tribunals, Intervention in Proceedings”, en WOLFRUM, Rudiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, versión disponible en <http://www.mpepil.com> (2010), para. 4.

³ Tal el caso del art. 62 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (E.C.I.J.) y del art. 31 del Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

⁴ Como el art. 63 del E.C.I.J.

El laudo no es obligatorio sino para las Partes que hayan concluido el compromiso. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean parte otras Potencias que las Partes en controversia, éstas notifican a las primeras el compromiso concluido entre las mismas. Cada una de estas Potencias tiene el derecho de intervenir en el proceso. Si una o varias de ellas han ejercido ese derecho, la interpretación contenida en el laudo será igualmente obligatoria para las mismas.

También se alude a la intervención espontánea o provocada. Es espontánea “cuando implica una decisión personal, voluntaria y expresa del tercero de tomar intervención en un determinado proceso”; es provocada “cuando son las partes [litigantes] las que compelen al tercero a tomar intervención en una causa”⁵.

A su vez, en algunos ámbitos, tal como ha interpretado la Corte Internacional de Justicia, un Estado —u otro litigante— puede intervenir “como parte” o como “no parte” en un procedimiento, dependiendo de si ha aceptado o no la jurisdicción para someterse ante dicho tribunal como parte en ese caso, puesto que para intervenir como “no parte” no es necesario haber aceptado la jurisdicción del tribunal, sino sólo cumplir con los requisitos establecidos para intervenir en el estatuto o reglamento de dicho tribunal. Con el consentimiento de las partes en el caso, el tercero interviniente puede tornarse en una parte plena. De modo que habría dos estatus distintos: tercero interviniente parte y tercero interviniente no parte.

En efecto, ser parte en un caso no es lo mismo que ser un tercero interviniente, puesto que las partes y los terceros intervinientes tienen distintas posiciones y funciones:

- el tercero que solicita ser interviniente puede solicitar se le provea de copia de los escritos de las partes (el tribunal decide);
- el tercero interviniente no tiene derecho a elegir juez *ad hoc*;

⁵ ROJAS, Jorge, *op. cit.*, p. 350.

- el tercero interviniente tiene derecho a tomar parte del procedimiento escrito y oral en la medida en que lo permita el reglamento del tribunal⁶.

La decisión del tribunal sobre la intervención de un tercero es obligatoria para el tercero interviniente, en la medida en que la intervención le fue admitida. Igualmente para las partes del caso hacia el tercero, en la misma medida.

En un sentido estricto, cabe distinguir entre un tercero interviniente y un *amicus curiae*, que es permitido en el ámbito de algunos tribunales internacionales, como por ejemplo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La presentación de una persona o entidad como *amicus curiae* implica que esta podrá brindar su opinión o su conocimiento sobre una cuestión que es objeto de debate ante el tribunal y puede servir de ayuda para resolver la disputa, pero no quedará ligada al proceso ni estará obligada por la sentencia a ser dictada por el tribunal. Aunque la persona tenga algún interés en participar como *amicus curiae*, a diferencia del tercero interviniente, no posee un interés jurídico en el resultado del proceso⁷.

Asimismo, corresponde diferenciar al tercero interviniente del comúnmente denominado “tercero necesario” o “tercera parte necesaria”. En efecto, el tercero interviniente tiene un interés jurídico en el resultado del caso, por eso está facultado para solicitar la intervención en el procedimiento. Sin embargo, el tribunal puede resolver el caso aunque el tercero no sea parte en el procedimiento. Por el contrario, el “tercero necesario” es una persona o entidad que no puede faltar en el procedimiento puesto que para resolver el caso el tribunal debe expedirse necesariamente sobre su conducta, de modo que el tercero tiene algo más que un interés jurídico en la controversia⁸.

⁶ GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, “La solución pacífica de las controversias internacionales”, en *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, Buenos Aires, 2015, capítulo 39, § 3.2.5.1.4.

⁷ SANDS, Philippe y MACKENZIE, Ruth, “International Courts and Tribunals, Amicus Curiae”, en WOLFRUM, Rudiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, versión disponible en <http://www.mpepil.com> (2010), para. 4.

⁸ Ver C.I.J., *Oro amonedado sacado de Roma en 1943* (Italia c. Francia, Reino Unido y EE.UU.), Fallo del 15 de junio de 1954; *Timor Oriental* (Portugal c. Australia), Fallo del 30 de junio de 1995, para. 35.

Tradicionalmente, la intervención de terceros que tengan un interés jurídico en el resultado del litigio tenía lugar básicamente en los procedimientos judiciales. Sin embargo, como veremos más adelante, no han faltado instrumentos en pos de habilitar la intervención de terceros en el marco de un procedimiento arbitral.

III. Intervención de terceros en la Corte Internacional de Justicia

El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional incorporó la participación de terceros en los artículos 62 y 63, que son homónimos de los artículos 62 y 63 del Estatuto de la sucesora Corte Internacional de Justicia (E.C.I.J.). El idioma en el que originalmente fueron redactados es el francés. Allí se contempla tanto la intervención de terceros que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia como la intervención de aquellos que son parte en un tratado multilateral a ser interpretado por el tribunal. Dichas normas se encuentran reglamentadas en los artículos 81 a 86 del actual Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (R.C.I.J.).

Los artículos 62 y 63 son en cierta forma ambiguos u oscuros⁹, por lo que han sido objeto de largos debates tanto en el seno de la propia Corte como entre los doctrinarios. Incluso presentan ciertas diferencias entre los distintos idiomas oficiales en los que han sido redactados.

III.1. Intervención de terceros que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia

En el artículo 62 del E.C.I.J. se establece la posibilidad de que intervengan –en un procedimiento contencioso¹⁰– terceros interesados que tengan un interés jurídico que pueda ser afectado por la decisión de la Corte:

⁹ ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court of Justice 1920-2005*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, vol. 3, 4ª edic., 2006, p. 1440.

¹⁰ Este artículo no resulta aplicable en procedimientos consultivos, en los cuales los Estados participan en virtud de otras disposiciones estatutarias. Cfr. CHINKIN, Christine, “Article 62”, en ZIMMERMANN, Andreas, TOMUSCHAT, Christian, OELLERS-FRAHM, Karin y TAMS, Christian (eds), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edic., 2012, p. 1533.

1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir.

2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición.

Los textos en inglés y en francés del artículo 62 presentan notables diferencias entre sí, como puede observarse:

1. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene.

1. Lorsqu'un Etat estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention.

2 It shall be for the Court to decide upon this request.

2. La Cour décide.

Lo previsto en este artículo no se trata de un “derecho” a intervenir, a diferencia de la intervención contemplada en el artículo 63, sino en todo caso un derecho a solicitar la intervención¹¹, ya que es la Corte la que tiene la prerrogativa de decidir si le permite o no intervenir¹². En este sentido se hace referencia a una “intervención por autorización”¹³ o “intervención discrecional”¹⁴, por oposición a la “intervención de derecho” prevista en el artículo 63 del E.C.I.J. Aunque también es cierto que la Corte no tiene una discreción absoluta que le permita rechazar o aceptar una solicitud

¹¹ Cabe destacar que la Corte no tiene poder para obligar a un Estado a intervenir. Cfr. C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Jurisdicción y admisibilidad, Fallo del 16 de noviembre de 1984, para. 88. Ver también CHINKIN, Christine, “Article 62”, *op. cit.*, p. 1536.

¹² C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Honduras de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 35.

¹³ TORRES BERNARDEZ, Santiago, “L'intervention dans La procédure de la CIJ”, *Recueil des Cours*, vol. 256 (1995), p. 304.

¹⁴ ROSENNE, Shabtai, *op. cit.*, p. 1440.

simplemente por razones políticas, sino que debe decidir si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 62 del Estatuto¹⁵.

Como ya se adelantó, un Estado puede intervenir como “parte” o como “no parte” en el procedimiento. Cabe aclarar que el artículo 62 alude a cualquier “Estado”, no requiriendo por ende ser parte en el Estatuto.

Una cuestión objeto de preocupación es la falta de acceso a la información que tienen los terceros Estados, previo a decidir si tienen interés jurídico en intervenir en determinado caso, dado que los documentos que presentan las partes en una disputa suelen ser reservados hasta que la Corte decida hacerlos públicos. Si bien el artículo 53 del R.C.I.J. autoriza a la Corte (o incluso a su Presidente, en caso de no estar reunida) —luego de conocer la opinión de las partes— a decidir si pone a disposición de cualquier Estado que tenga derecho a comparecer ante la Corte y así lo haya pedido, ejemplares de los alegatos escritos presentados y sus anexos, en ocasiones esto se frustra por la oposición de los litigantes, aunque no sea jurídicamente determinante para la decisión del tribunal¹⁶. La falta de acceso a esta información puede ser la causa de la presentación de solicitudes de intervención que describen de manera vaga o imprecisa en qué medida el Estado puede tener un interés jurídico que sea afectado por el futuro fallo de la Corte.

De acuerdo con el R.C.I.J., la solicitud de intervención debe ser presentada antes del cierre del procedimiento escrito (salvo circunstancias excepcionales) y, en cuanto a su contenido, se debe indicar: 1) el interés jurídico que pudiera ser afectado por la decisión en el asunto; 2) el objeto preciso de la intervención; 3) toda base de competencia que existiría entre el Estado que solicita intervenir y las partes en el asunto. Este último requisito (contenido en el art. 81 del R.C.I.J.) ha sido objeto de debate en el seno de la Corte¹⁷, aunque finalmente se reconoció que la intervención no requiere

¹⁵ *Ibidem*, para. 36; C.I.J., *Plataforma continental* (Túnez/Jamajahiriya Árabe Libia), Petición de permiso para intervenir, Fallo del 14 de abril de 1981, para. 17.

¹⁶ Cfr. CHINKIN, Christine, “Article 62”, *op. cit.*, p. 1540.

¹⁷ En la petición de intervención de Malta, en el caso relativo a la *Plataforma continental* (Túnez c. Libia), la Corte consideró innecesario decidir la cuestión planteada respecto de si debía existir un vínculo jurisdicción (en el caso concreto no existía ese vínculo), al determinar que Malta no había demostrado tener un interés jurídico que podía ser afectado por el fallo. C.I.J., *Plataforma continental* (Túnez/Jamajahiriya Árabe Libia), Petición de permiso para intervenir, Fallo del 14 de abril de 1981, para. 36. Idéntica solución se adoptó

nexo jurisdiccional con las partes en la disputa, salvo que el Estado en cuestión desee intervenir “como parte”. Como ya vimos, ser parte en un caso no es lo mismo que ser un tercero interviniente.

La solicitud de intervención se transmite a las partes, quienes pueden presentar sus observaciones, así como también al Secretario General de las Naciones Unidas, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los otros Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte (art. 83 del R.C.I.J.). Salvo que se estipule otra cosa, la decisión de la Corte sobre la admisión de la intervención se toma con carácter prioritario (art. 84 del R.C.I.J.). Si se presenta una objeción a la petición de permiso para intervenir o a la admisibilidad, la Corte debe oír al Estado que solicita intervenir y a las partes. La Corte decide si la petición es admisible y, en tal caso, determina el alcance de la intervención.

En términos de prueba, no se exige lo mismo para probar un interés de orden jurídico que un derecho establecido¹⁸. La Corte ha reconocido que corresponde al Estado que solicita la intervención la carga de la prueba, tanto de la existencia del interés jurídico como de que este podría ser afectado por la decisión de la Corte en el caso concreto. Esto a veces se torna dificultoso por cuanto al momento de presentar una solicitud el Estado no siempre ha tenido acceso a la documentación necesaria como para probar acabadamente en qué medida le afectará la decisión en el caso, como ya advertimos.

Es importante resaltar que la intervención de terceros no debe ser utilizada para introducir un nuevo caso, ni para interpretar o revisar un fallo dictado previamente¹⁹. La intervención no es un mecanismo que sustituya a un procedimiento contencioso, puesto que el interviniente (por lo menos el interviniente “no parte”) sólo adquiere determinados derechos,

respecto de la petición de intervención de Italia en el caso relativo a la *Plataforma continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Solicitud de permiso para intervenir, Fallo del 21 de marzo de 1984, para. 38.

¹⁸ C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Honduras de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 37.

¹⁹ *Ibidem*, para. 47 y 65.

pero no todos los derechos de una parte litigante; lo mismo en cuanto a las obligaciones que se le imponen²⁰.

De acuerdo con la práctica de la Corte, las decisiones de una solicitud de permiso para intervenir han sido adoptadas o rechazadas tanto a través de providencias como de fallos. Al decidir, la C.I.J. tiene un poder discrecional.

El Juez *ad hoc* Weeramantry, en su opinión separada del caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, examina a fondo el instituto de la intervención y efectúa comparaciones y distinciones entre el derecho interno y el derecho internacional. Resulta pertinente mencionar algunas de las consideraciones de oportunidad judicial que Weeramantry estima militan a favor²¹ o en contra²² de permitir la intervención de un tercero, en caso de que se demuestre la existencia de un interés de orden jurídico. Como consideraciones a favor, pueden mencionarse las siguientes:

- La intervención sirve como economía procesal, al permitir que se debatan en un solo caso disputas que podrían requerir dos o más casos separados.
- El interviniente tiene la posibilidad de proteger sus derechos en una instancia existente (aunque no sea parte en ella) sin tener que iniciar una nueva.
- El interés de la comunidad de que el mayor número de litigios posible sea dirimido en el menor tiempo posible.
- Los terceros proveen elementos de hecho y de derecho que aseguran una decisión conforme a la verdad y la justicia, generando mayor credibilidad y autoridad.
- Evita el riesgo de fallos contrarios sobre una misma cuestión.
- Se evitan fallos reiterativos inútiles.
- La Corte puede emitir un fallo más eficaz y armonioso porque tomará en cuenta los intereses directos e indirectos de todas las partes involucradas.

²⁰ AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Nueva York, 2003, p. 327.

²¹ C.I.J., *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), Solicitud de las Filipinas de permiso para intervenir, Fallo del 23 de diciembre de 2001, Opinión separada del Juez *ad hoc* Weeramantry, para. 20.

²² *Ibidem*, para. 21.

- La historia legislativa del artículo 62 muestra la intención de disponer de la intervención sin perjuicio de la regla de que los fallos son solo obligatorios entre las partes.
- El rol de la C.I.J. va más allá de la mera solución de controversias hacia la prevención global de los conflictos.
- La gran autoridad persuasiva que poseen normalmente las decisiones de la Corte, que influyen, al menos de facto, en los intereses jurídicos de todos los Estados.
- La Corte juega un doble rol de tribunal de primera y de doble instancia, por lo que es doblemente importante que sus consideraciones de hecho se basen en el panorama más completo posible.
- En derecho internacional un tercero puede no estar en posición de ejercer una acción para proteger sus derechos.

Como consideraciones en contra, pueden citarse las siguientes:

- Los Estados pueden abstenerse de someter sus controversias a la Corte si temen que terceros Estados pueden interferir con un procedimiento de intervención.
- Puede permitir que los Estados logren indirectamente, por medio de la intervención, lo que no pueden obtener directamente, a menos que tengan un vínculo jurisdiccional.
- Históricamente, la evolución del derecho internacional ha mostrado una reticencia hacia la interferencia de terceras partes en la solución judicial o arbitral de disputas bilaterales.
- Si se permite un derecho a la intervención irrestricto, prácticamente cualquier tercer Estado podría encontrar algún interés en cualquier disputa internacional.
- Los derechos de terceros Estados son protegidos por una regla según la cual las decisiones de la Corte son obligatorias solo entre las partes.
- Un Estado puede beneficiarse de las ventajas de la participación en la instancia sin las obligaciones que le incumben a las partes en virtud del Estatuto.
- Podría ser utilizado para prejuzgar sobre el fondo de sus reclamos en contra de una de las partes en la instancia, pero en otra controversia en la que la Corte no tiene que entender.
- Podría ser utilizado para obtener una opinión cuasi-consultiva.

Al presente, en la C.I.J. se han presentado solicitudes de intervención bajo el artículo 62 del E.C.I.J. en nueve casos (esto último si

tomamos en cuenta que los casos de los *Ensayos nucleares* de la década del '70 son dos, aunque con idéntico objeto).

La primera vez que se hizo lugar a un pedido de intervención en el seno de la Corte Internacional de Justicia fue en el caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), en el cual una Sala del tribunal autorizó a Nicaragua a intervenir, por considerar que tenía un interés de carácter jurídico que podía ser afectado por una parte del fallo, en particular la decisión sobre el régimen jurídico de las aguas del Golfo de Fonseca (pero no respecto de espacios marítimos situados fuera del golfo o que involucraran las islas del golfo)²³. La Sala aclaró que el Estado interviniente no se convertía en parte en las actuaciones, ni adquiría los derechos u obligaciones inherentes a la condición de parte, si bien tenía derecho a ser oído por la Sala; puntualmente podía presentar una declaración escrita y participar en el procedimiento oral. En cuanto a las limitaciones, Nicaragua no podía presentar argumentos respecto del compromiso concertado por las partes, el cual era para ese Estado *res inter alios acta*, ni sobre la controversia terrestre entre El Salvador y Honduras²⁴.

También por primera vez en este caso se confirma que por la naturaleza jurídica y la finalidad de la intervención de terceros, no es un requisito necesario para aceptar la solicitud la existencia de un vínculo válido de jurisdicción entre el presunto interviniente y las partes en el caso²⁵, algo que había sido objeto de debate en otros casos anteriores, pero que la Corte en pleno por una razón u otra se había abstenido de decidir. La interpretación de la Sala fue confirmada por la C.I.J. en pleno en casos posteriores²⁶. De modo que, el consentimiento para la intervención surge del E.C.I.J. y no de un consentimiento *ad hoc* dado por las partes litigantes en

²³ Para un estudio pormenorizado de esta decisión ver RIQUELME CORTADO, Rosa M., *La intervención de terceros Estados en el proceso internacional. Un caso test: La intervención de Nicaragua en la controversia marítima Honduras/El Salvador*, Tecnos, Madrid, 1993.

²⁴ C.I.J., *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), Solicitud de permiso para intervenir, Fallo del 13 de septiembre de 1990, para. 102-104.

²⁵ *Ibidem*, para. 101.

²⁶ C.I.J., *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), Solicitud de Guinea Ecuatorial de permiso para intervenir, Providencia del 21 de octubre de 1999, para. 14-15; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), Solicitud de las Filipinas de permiso para intervenir, Fallo del 23 de octubre de 2001, para. 35; *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), Solicitud de permiso para intervenir, Providencia del 4 de julio de 2011, para. 31.

un procedimiento judicial específico. En tal sentido, la Corte puede permitir una intervención incluso si uno o ambos Estados litigantes se oponen a la solicitud.

Respecto del caso que acabamos de reseñar, se ha señalado que el órgano competente para decidir si se permite la intervención es aquel que ha sido constituido para entender en la controversia, sea una sala o el tribunal en pleno. Así lo entendió la Corte en pleno en este caso, dejando en manos de la Sala la consideración de la solicitud de intervención por tratarse de una cuestión incidental, pese a que Nicaragua argumentaba que correspondía al tribunal en pleno²⁷.

En el caso de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, la Corte aceptó la solicitud de intervención de Guinea Ecuatorial como tercero interviniente no parte, al entender que había interés jurídico suficiente²⁸. En efecto, se trataba del interés de informar a la Corte sobre sus propios derechos legales e intereses en lo atinente a la delimitación marítima. Guinea Ecuatorial reclamaba derechos soberanos en el Golfo de Guinea hasta la línea media en relación con los Estados litigantes. Por lo tanto, deseaba que si la Corte iba a determinar una frontera marítima entre Camerún y Nigeria, que no se extendiese dentro de las aguas de Guinea Ecuatorial. Ni Camerún ni Nigeria se oponían a la solicitud de intervención, que finalmente fue concedida por la Corte.

La C.I.J. también aceptó la intervención de Grecia como “no parte” en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia). Cabe recordar que Alemania demandó a Italia porque los tribunales italianos habían aceptado un reclamo de particulares contra Alemania por hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y habían declarado que los fallos dictados por tribunales griegos en el caso “Distomo” eran ejecutables en Italia, procediendo a adoptar medidas de embargo contra “Villa Vigoni” –propiedad alemana en Italia–. Grecia manifestó su intención de intervenir respecto de los fallos rendidos por los tribunales griegos, ya que la decisión de la C.I.J. sobre si los fallos griegos e italianos

²⁷ C.I.J., *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), Solicitud de permiso para intervenir, Providencia del 28 de febrero de 1990.

²⁸ C.I.J., *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), Solicitud de Guinea Ecuatorial de permiso para intervenir, Providencia del 21 de octubre de 1999, para. 13.

podían ser ejecutados en Italia debido a la inmunidad jurisdiccional de Alemania era de interés jurídico para Grecia. Este Estado quería informar a la Corte sobre sus derechos e intereses jurídicos de manera de que no fueran afectados cuando la Corte decidiera cuestiones de inmunidades jurisdiccionales y responsabilidad del Estado. Grecia consideraba que tenía un interés jurídico por el hecho de que Alemania había reconocido o prestado su aquiescencia respecto de su responsabilidad hacia Grecia por los actos y omisiones del Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial. Además, Grecia pretendía informar sobre el enfoque y desarrollo en los últimos años sobre la inmunidad de jurisdicción en los tribunales griegos; si bien reconocía que en esto último no había un interés jurídico, solo quería brindar esta información en el contexto de su intervención. Alemania sostenía que Grecia no había demostrado un interés jurídico afectado por la decisión en el presente caso, sino sólo un interés general sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción). Tampoco sobre la responsabilidad del Tercer Reich por violaciones al derecho internacional humanitario porque ese no era el objeto de la disputa ante la C.I.J. La Corte recordó que el Estado que pretendía intervenir debía identificar un interés jurídico que pudiera ser afectado por su decisión y mostrar de qué manera podía ser afectado (no tenía que demostrar que iba a ser afectado, sino que “podía” serlo)²⁹. En este caso la Corte debía considerar las decisiones de las cortes griegas en el caso “Distomo”, a la luz del principio de inmunidad del Estado, por lo tanto Grecia tenía un interés jurídico suficiente. En conclusión, por amplia mayoría (15 votos contra 1), la C.I.J. hizo lugar a la solicitud de intervención de Grecia, pero limitó su alcance a la cuestión de las decisiones de los tribunales griegos en el caso “Distomo” a la luz del principio de inmunidad del Estado³⁰.

²⁹ Ver también C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Costa Rica de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 26.

³⁰ C.I.J., *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), Solicitud de permiso para intervenir, Providencia del 4 de julio de 2011, para. 25, 26 y 32. El Juez Gaja, que votó en contra, consideró que el interés de orden jurídico mencionado en el artículo 62 del Estatuto debía existir de acuerdo con el derecho internacional. Según su opinión, Grecia no podía sostener que tenía un interés jurídico respecto de los fallos griegos ejecutados en Italia. La cuestión de si, al ejecutar tales fallos, se viola el derecho internacional atañe exclusivamente a las relaciones entre Italia y Alemania, sin importar si las cortes griegas en sus propios fallos otorgan inmunidad de jurisdicción a Alemania. *Ibidem*, Declaración del Juez *ad hoc* Gaja.

Contrariamente, la Corte por diversos motivos rechazó o no resolvió el resto de las solicitudes de intervención presentadas en otros casos. En los dos casos de los *Ensayos nucleares*, la C.I.J. decidió diferir la solicitud de Fiji hasta que se expidiera sobre la jurisdicción y admisibilidad de la demanda³¹ y un año después dio por decaída la solicitud de intervención debido al fallo en el que decidió que la controversia había devenido sin objeto³².

En el caso de la *Plataforma continental Libia/Túnez*, la Corte no debía proceder a una delimitación de la plataforma continental entre los dos Estados, sino determinar de los principios y normas de derecho internacional que podían aplicarse a la delimitación en cuestión. Al solicitar intervenir, Malta esgrimió que podían afectarle las conclusiones de la Corte al identificar y evaluar los factores geográficos y geomorfológicos pertinentes para la delimitación, así como otros pronunciamientos tales como la importancia de circunstancias especiales o la aplicación de principios equitativos. La C.I.J. decidió que no podía concederse a Malta el permiso para intervenir bajo el artículo 62. Como Malta había adjuntado a su petición la reserva expresa de que su intervención no debía tener el efecto de poner en juego sus propias reclamaciones frente a Túnez y Libia, la Corte consideró que por ello no podía considerarse que el interés de orden jurídico invocado era tal que podría ser afectado por la decisión del litigio. Además, Malta trataba de asegurarse la oportunidad de argumentar a favor de una decisión en la que la Corte se abstuviera de adoptar y aplicar criterios particulares, que de otro modo podían considerarse apropiados para la delimitación entre Túnez y Libia. Según la Corte, Malta no tenía derecho a colocar a las partes en el caso en tal posición³³.

El Juez Oda si bien votó a favor del fallo reconoció que el artículo 62 del Estatuto se había interpretado de manera muy estricta, pues no era evidente que un Estado que deseara intervenir debía en todas las circunstancias poner en juego sus intereses de la misma forma que una parte en el caso. Asimismo, consideró que la Corte había exigido a Malta una prueba demasiado exigente para determinar si tenía un interés de orden

³¹ C.I.J., *Ensayos Nucleares* (Nueva Zelandia c. Francia), Providencia del 12 de julio de 1973; *Ensayos Nucleares* (Australia c. Francia), Providencia del 12 de julio de 1973.

³² C.I.J., *Ensayos Nucleares* (Nueva Zelandia c. Francia), Fallo del 20 de diciembre de 1974; *Ensayos Nucleares* (Australia c. Francia), Fallo del 20 de diciembre de 1974.

³³ C.I.J., *Plataforma continental* (Túnez/Jamajahiriya Árabe Libia), Petición de permiso para intervenir, Fallo del 14 de abril de 1981.

jurídico que pudiera ser afectado por la decisión en el asunto³⁴. Por su parte, el Juez Schwebel entendió que la petición de Malta no era una intervención en el sentido del artículo 62, por lo que la Corte podía rechazarla como la de un Estado “no parte”. Sin embargo, no admitía que Malta no hubiera probado que tenía un interés jurídico que pudiera ser afectado³⁵.

En el asunto de la *Plataforma continental Libia/Malta*, el interés jurídico de Italia para intervenir era la protección de los derechos de soberanía que reclamaba sobre ciertas zonas de la plataforma continental a que se refería este litigio. La C.I.J. consideró que la solicitud de intervención era formalmente admisible, pero no podía acceder a ella dado que no era una intervención genuina bajo el artículo 62, ya que para no afectar los derechos que alegaba Italia primero tenía que reconocerlos o rechazarlos, algo que no podía hacer sin el consentimiento de las otras partes. No obstante, el tribunal tomó nota de los reclamos de Italia y sostuvo que al fallar tomaría en consideración la existencia de reclamos de otros Estados en la misma región y que su decisión declarararía expresamente el no prejuzgamiento de los intereses de Italia³⁶.

Los cinco magistrados que votaron en contra de esta decisión expusieron sus opiniones disidentes. El Vicepresidente Sette-Camara consideró que a la luz de las tradiciones que se remontaban al derecho romano, era suficiente con que un Estado considerara que tenía un interés de orden jurídico, no estaba obligado a producir prueba, de forma positiva e indisputable, de la existencia del interés jurídico. De hecho era suficiente con que este pudiera ser afectado. Este magistrado no comparte el enfoque seguido por la Corte en cuanto trata al objeto de la intervención y al interés de orden jurídico como si se trataran de una misma cuestión. Lo que la Corte debe evaluar, según su criterio, es el interés de orden jurídico, que es lo que exige el Estatuto, en lugar del objeto de la intervención, que es mencionado en el artículo 81(2)(b) del Reglamento. Según este Juez, Italia no había invocado ninguna disputa con las partes como para que se exigiera un nexo jurisdiccional, sino un interés de orden jurídico que justificaba la aplicación del artículo 62 del Estatuto. Para Sette-Camara, aquí lo que estaba en juego no era solo el objeto de la solicitud de Italia,

³⁴ *Ibidem*, Opinión Separada del Juez Oda.

³⁵ *Ibidem*, Opinión Separada del Juez Schwebel.

³⁶ C.I.J., *Plataforma continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Solicitud de permiso para intervenir, Fallo del 21 de marzo de 1984.

sino la utilidad de la institución de la intervención en el marco del Estatuto, un mecanismo indispensable para la buena administración de justicia³⁷. Por su parte, el Juez Oda consideró que la solicitud de Italia encajaba en la institución de la intervención prevista en el Estatuto y que dicho Estado tenía un interés jurídico que podía ser afectado por la decisión en este caso. Aclaró que si bien en el caso de la *Plataforma continental entre Libia y Túnez* se había pronunciado en contra de la intervención de Malta ello había sido por considerar que en una delimitación entre Estados adyacentes, el interés de un tercer Estado que se situaba en el lado opuesto y lejano de las costas de esos Estados adyacentes no sería, *prima facie*, afectado en gran medida por una delimitación ni por una declaración de los principios y reglas que podían ser aplicados en la delimitación. En cambio, el caso de la delimitación entre Libia y Malta era distinto porque se trataba de Estados enfrentados, uno de los cuales tenía al solicitante de la intervención como su vecino cercano³⁸. En el mismo sentido, el Juez Schwebel también consideraba que lo que pretendía Italia era una “genuina intervención” bajo el artículo 62 y que Italia claramente tenía un interés jurídico que podía ser afectado en la decisión de este caso entre Libia y Malta³⁹. El Juez Jennings, quien tampoco estuvo de acuerdo con la decisión de la mayoría, entre otras cosas, se refirió al argumento dado por la Corte respecto a que Italia estaba suficientemente protegida por el artículo 59 del Estatuto. Jennings puntualizó que el artículo 62, que era tan parte del Estatuto como el artículo 59, disponía de una solución para el problema ante el cual se enfrentaba la Corte. Si el artículo 59 fuera a asegurar que los derechos de un tercer Estado nunca iban a ser afectados por el fallo, ello significaba que los derechos de un tercer Estado nunca iban a poder ser afectados en el sentido del artículo 62. En consecuencia, interpretar un artículo del Estatuto de ese modo implicaba privar a otro artículo de la misma sección de todo significado, lo que no podía ser correcto⁴⁰.

En el caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, si bien la Corte aclaró que a los efectos de la intervención, los intereses jurídicos a ser probados podían no limitarse a la parte dispositiva de un fallo, sino también a sus fundamentos, no obstante desestimó la solicitud de Filipinas, por no estar convencida de que podían verse afectados

³⁷ *Ibidem*, Opinión Disidente del Vice-presidente Sette-Camara.

³⁸ *Ibidem*, Opinión Disidente del Juez Oda, para. 43.

³⁹ *Ibidem*, Opinión Disidente del Juez Schwebel.

⁴⁰ *Ibidem*, Opinión Disidente del Juez Jennings, para. 34.

determinados intereses jurídicos habida cuenta de las circunstancias concretas de este caso⁴¹. Puntualmente, Filipinas subrayaba que tenía interés directo en la interpretación de la frontera de 1930 entre los Estados Unidos y el Reino Unido por ser sucesor de los Estados Unidos, y que dicho acuerdo no podía interpretarse como un instrumento de cesión, por lo que Gran Bretaña no podía haber adquirido la soberanía sobre Pulau Sipadan y Pulau Ligitan por dicho título. Además, Filipinas resaltaba la importancia de un instrumento de 1878 referido a la concesión por el Sultán de Sulu de territorios en la Isla de Borneo septentrional, que era la fuente de la soberanía sobre dichos territorios, los cuales reivindicaba. Aducía que dicho instrumento era de arrendamiento y no de cesión del título de soberanía. Indonesia afirmaba que Filipinas no tenía ningún interés territorial en las islas de Sipadan y Ligitan, como había reconocido a través de una nota enviada a Indonesia, por lo tanto no tenía un interés de orden jurídico que lo habilitara a intervenir en este caso. Por su parte, Malasia destacaba que la cuestión de la soberanía sobre las islas en cuestión era totalmente independiente de la cuestión del régimen jurídico de Borneo septentrional. Incluso Filipinas reconocía que el instrumento de concesión no incluía a tales islas. La Corte afirmó que un Estado que alegara un interés de orden jurídico distinto del fondo del caso corría necesariamente con la carga de probar su existencia. Según la Corte, la concesión de 1878 no era una cuestión planteada entre Indonesia y Malasia en este caso, puesto que dichas partes no se amparaban en dicho instrumento como fuente de su título de soberanía. También descartó los argumentos basados en otros instrumentos invocados. Por lo tanto, aunque Filipinas ha demostrado tener cierto interés en consideraciones jurídicas de esta controversia, no probó que tuviera un interés de orden jurídico que pudiera verse afectado por la interpretación que pudiera hacer en este caso.

Cabe destacar que tanto Indonesia como Malasia se oponían a la intervención de Filipinas en dicho caso. Una de las objeciones se debía a que la solicitud no había sido presentada en tiempo oportuno, sino luego de que las partes hubieran presentado sus memoriales y réplicas escritas. Si bien la Corte reconoció que la presentación se hizo cuando ya estaba muy avanzado el procedimiento, lo que no se ajustaba a la disposición de carácter general que figuraba en el artículo 81(1) del Reglamento de la C.I.J.,

⁴¹ C.I.J., *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), Solicitud de las Filipinas de permiso para intervenir, Fallo del 23 de diciembre de 2001, para. 37-83.

no obstante no cabía sostener que Filipinas estuviese infringiendo el requisito de dicho artículo, ya que de acuerdo con el compromiso que habían suscripto los litigantes, se preveía la posibilidad de que se llevaran a cabo una o más series de alegaciones escritas. Sin embargo, esto último no se había concretado al comunicar con posterioridad las partes que habían acordado que no era necesario un canje de contrarréplicas. De cualquier modo, Filipinas cuando presentó su solicitud no podía saber si las actuaciones escritas habían concluido ciertamente. Incluso, de acuerdo con el propio compromiso, la Corte podría haber autorizado o prescrito de oficio la presentación de nuevos escritos. Por lo que concluyó que no podía aceptar que la solicitud de Filipinas se hubiera presentado fuera de tiempo⁴².

Oda, el único Juez que votó en disidencia, consideró que la Corte debía haber interpretado el artículo 62 de manera flexible y hecho lugar a la solicitud de Filipinas como interviniente sin ser parte. Sin la participación en la etapa de fondo y habiéndosele denegado el acceso a las actuaciones escritas, el Estado que pretendía intervenir no tenía manera de saber qué cuestiones se planteaban, como para probar por anticipado que su interés se vería afectado por el dictado del fallo en ese asunto. En cuanto a la carga de la prueba, Oda entendía que debían ser las partes litigantes en el caso principal las que probaran que el interés del tercer Estado no se vería afectado por el fallo a dictarse. Al momento de presentarse la solicitud de intervención, Filipinas no podía haber sabido cómo las respectivas reclamaciones de Indonesia y Malasia respecto de dos islas en cuestión guardarían relación con su propia reclamación de soberanía sobre Borneo septentrional⁴³.

En la *Solicitud de examen del caso de los ensayos nucleares*, la Corte rechazó las solicitudes de permiso para intervenir presentadas por Australia, Samoa, Islas Salomón, Islas Marshall y Estados federados de Micronesia, al haber rechazado la solicitud principal de Nueva Zelanda por medio de la cual se intentaba reabrir el caso de los ensayos nucleares⁴⁴.

⁴² *Ibidem*, para. 18-26.

⁴³ *Ibidem*, Opinión Disidente del Juez Oda.

⁴⁴ C.I.J., *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte, el 20 de diciembre de 1974, en el caso de los ensayos nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia), Providencia del 22 de septiembre de 1995, para. 65-68.

Por último, en la *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), la C.I.J. también rechazó dos solicitudes de intervención, una de Costa Rica y otra de Honduras. En cuanto a la primera petición, Costa Rica solicitaba intervenir como no parte para informar a la Corte sobre la naturaleza de sus derechos jurídicos e intereses y asegurar que la decisión sobre la delimitación marítima no afectara tales derechos e intereses. Según Nicaragua, Costa Rica no cumplía el requisito de identificar el objeto preciso de su intervención, sino que su solicitud era vaga e insuficiente, tampoco aportaba elementos de prueba; por el contrario, Colombia interpretaba que Costa Rica había satisfecho los requisitos para intervenir y que no estaba obligada a adjuntar evidencia para apoyar cada argumento en esta etapa⁴⁵.

La Corte sostuvo que el interés por el que el Estado buscaba intervenir tenía que ser de naturaleza jurídica, es decir ser objeto de un reclamo real y concreto de aquel Estado, basado en derecho, en lugar de un reclamo de naturaleza meramente política, económica o estratégica⁴⁶. Además, no cualquier clase de interés jurídico, sino uno que pudiera ser afectado por la futura decisión a ser rendida por el tribunal. Por ello la decisión por la que se concede la intervención debe ser vista como “preventiva”, ya que pretende proteger un interés jurídico en riesgo de ser afectado en el procedimiento⁴⁷. Además, la C.I.J. consideró que el Estado que buscaba intervenir tenía que producir toda la evidencia disponible para convencer a la Corte de la existencia de su interés jurídico⁴⁸.

Si bien durante la audiencia Costa Rica había presentado –incluso a través de gráficos– cuál era el área marítima específica en la que tenía interés jurídico en proteger, Nicaragua notaba que las partes litigantes no pretendían una delimitación en el área de interés marcada por Costa Rica, por cuanto no sería afectada por la decisión de la Corte en este caso; asimismo, Colombia aseguró que sus reclamos dejaban el punto de delimitación final abierto, de manera de no afectar intereses de terceros Estados⁴⁹. La Corte se apoyó en esto y, en una votación bastante reñida (9 votos contra 7), concluyó que Costa Rica no había demostrado que tenía un

⁴⁵ C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Costa Rica de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 31-32, 45-47.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 26.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 27.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 49-50.

⁴⁹ *Ibidem*, para. 74, 77.

interés jurídico que podía ser afectado por la decisión a adoptarse en el procedimiento principal. En efecto, su interés sólo podía ser afectado si el límite marítimo se extendiera más allá de cierta latitud. Sin perjuicio de ello, la Corte también podía terminar la línea en cuestión antes de que alcanzara un área en la cual se involucraran intereses de terceros Estados (aunque no intervinieran en el procedimiento) y para ello citó su fallo en el caso de la *Delimitación marítima en el Mar Negro*, respecto de las costas de Bulgaria y Turquía que yacían al sur de la zona a delimitar⁵⁰. La Corte también reconoció que, como cuestión de principio, los intereses de un tercer Estado podían protegerse sin definir los límites geográficos de un área en particular, y para ello recordó que en el fallo final del caso de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* la Corte adoptó la misma posición con respecto a Guinea Ecuatorial (que intervenía como no parte) que respecto de Santo Tomé y Príncipe (que no lo hacía)⁵¹.

No obstante la Corte reconoce que la protección que otorgaba el artículo 59 del E.C.I.J. en cuanto a que el fallo era obligatorio solo para las partes y respecto del caso que ha sido decidido podía no ser siempre suficiente para proteger los intereses de terceros Estados⁵², recordó que era igualmente cierto que el hecho de tener en cuenta las costas de terceros Estados de la región, en tanto factor geográfico, para efectuar una eventual delimitación entre dos Estados ribereños, no significaba que un interés jurídico de un tercer Estado ribereño fuera necesariamente susceptible de ser afectado⁵³.

En su opinión disidente, el Juez Al-Khasawneh afirmó que debió haberse hecho lugar a la solicitud de Costa Rica y criticó el enfoque restrictivo que aplicó la Corte en materia de intervención. Consideró que la

⁵⁰ C.I.J., *Delimitación marítima en el Mar Negro* (Rumania c. Ucrania), Fallo del 3 de febrero de 2009, para. 112.

⁵¹ C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Costa Rica de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 86, refiriendo al asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria, intervención de Guinea Ecuatorial), Fallo del 10 de octubre de 2002, para. 238.

⁵² C.I.J., *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria, intervención de Guinea Ecuatorial), Fallo del 10 de octubre de 2002, para. 238.

⁵³ C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Costa Rica de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 85. Ver también C.I.J., *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras), Solicitud de Nicaragua de permiso para intervenir, Providencia del 13 de septiembre de 1990, para. 77.

protección que brinda el artículo 59 del Estatuto no puede sustituir la protección que brinda el artículo 62. Según Al-Khasawneh, no hay distinción entre “interés de orden jurídico” y un “derecho” a los propósitos de una intervención. También criticó el intento de definir el concepto de intereses jurídicos por parte de la mayoría de la Corte, por entender que era innecesario y no aportar claridad en el caso en cuestión⁵⁴.

Según el Juez Abraham, la intervención prevista en el artículo 62 es un derecho, no en el sentido de que sea suficiente para un Estado expresar su deseo de intervenir y se le conceda automáticamente, sino en el sentido de que no es una facultad cuyo ejercicio esté subordinado a una autorización que la Corte podría decidir aceptar o rechazar, caso por caso, según su percepción del interés de una buena administración de justicia. Este magistrado considera que en este caso los intereses de Costa Rica podían ser afectados por un futuro fallo de la Corte por dos razones. Si la Corte acepta la línea de delimitación sugerida por Colombia, o incluso una línea un poco más hacia el este, la línea adoptada se extendería hacia el sur de tal manera que podría ingresar al área de los intereses de Costa Rica. El uso del método de la “flecha direccional” no es suficiente para subsanar ese riesgo, ya que la Corte necesita saber dónde poner la flecha. La información que pudo haber provisto el tercer Estado durante el procedimiento de solicitud de intervención no sustituye la información completa que pueda brindar una vez que sea autorizado a intervenir. Este Juez concluye que con el enfoque restrictivo que adoptó la Corte resulta difícil ver bajo qué circunstancias podría autorizar en el futuro una intervención de un tercer Estado en un caso de delimitación marítima⁵⁵.

La Jueza Donoghue disiente respecto de la intervención de Costa Rica como no parte. Explica que en casos de delimitación en los cuales la zona a ser delimitada se superpone con el reclamo de un tercer Estado, entonces la decisión de la Corte puede afectar un interés jurídico de ese tercer Estado. En este caso, Costa Rica describió un área mínima de interés que se superpone con el área en disputa entre Nicaragua y Colombia. La mayoría de la Corte decidió que podía proteger los intereses de Costa Rica al delimitar la zona, deteniéndose próximo al área reclamada por Costa Rica. Pero justamente esto apoya la conclusión de que Costa Rica tiene un interés

⁵⁴ Ibidem, Opinión Disidente del Juez Al-Khasawneh.

⁵⁵ Ibidem, Opinión Disidente del Juez Abraham.

jurídico que puede ser afectado por la decisión de la Corte. Justamente, la Corte va a tener que estimar el punto en el que el tercer Estado puede tener un interés para evitar ubicarse en dirección a dicha zona. Por ello resultaba apropiado que interviniera como no parte, para que informara a la Corte sobre sus intereses⁵⁶.

Los Jueces Cançado Trindade y Yusuf, en una opinión disidente conjunta, consideran que Costa Rica cumplió con las condiciones exigidas por el artículo 62 y que la decisión de la mayoría de la Corte se basó en razones de política más que en tales requisitos. Consideran que los fines del artículo 62 no pueden cumplirse por el ejercicio de alguna clase de “diligencia debida judicial” sin otorgar al solicitante de la intervención una audiencia sobre los méritos del caso. Expresan su preocupación respecto del razonamiento de la Corte en su parágrafo 89, en cuanto a que si fuera necesario terminaría la línea de delimitación antes de que alcanzara el área en que estuvieran involucrados intereses jurídicos de terceros Estados. No entienden cómo sabría la Corte acerca de tales áreas sin otorgar una audiencia a los terceros Estados en el procedimiento principal. El hecho de que la Corte se comporte como sustituto de los terceros Estados que solicitan intervenir, hace que el mecanismo de intervención pierda todo su significado. Además de considerar que la mayoría de la Corte tergiversa el interés de orden jurídico de Costa Rica, introduce un nuevo estándar de prueba al requerirle demostrar que su interés necesita una protección que no puede ser provista a través del efecto relativo de las decisiones de la Corte en virtud del artículo 59 del Estatuto. Según estos Jueces, tal estándar de prueba no puede basarse en el artículo 62(1) del Estatuto ni en el procedimiento de intervención de terceros, sino en cuestiones políticas. Por último, en cuanto a la relación entre los artículos 62 y 59, los Jueces Cançado Trindade y Yusuf reiteran que la institución de la intervención fue concebida en una perspectiva más amplia, puesto que el artículo 59 tiene un objetivo específico y restringido y se aplica a todas las decisiones de la Corte. Por el contrario, la intervención bajo el artículo 62 fue concebida, con el propósito de la buena administración de justicia, para operar antes de la adopción de la decisión final de parte de la Corte, que es cuando entra en acción el artículo 59⁵⁷.

⁵⁶ Ibidem, Opinión Disidente de la Jueza Donoghue.

⁵⁷ Ibidem, Opinión Disidente Conjunta de los Jueces Cançado Trindade y Yusuf.

El Juez *ad hoc* Gaja también se mostró a favor de que la Corte admitiera la solicitud de intervención de Costa Rica. Opinó que resultaba paradójico que la Corte dijera que iba a tomar nota de la información provista por el tercer Estado en su solicitud y que en un caso de delimitación marítima, el único modo para un tercer Estado de proveer información acerca de su interés jurídico sea a través de una solicitud que la Corte consideró inadmisibles⁵⁸.

En cuanto a la segunda petición, Honduras solicitaba intervenir como “parte” en el procedimiento tendiente a arreglar definitivamente tanto el diferendo sobre la línea de delimitación entre el punto final de la frontera fijada por la Corte en 2007 (caso entre Honduras y Nicaragua) y el punto tripartito sobre la línea fronteriza del tratado de delimitación marítima de 1986 entre Honduras y Colombia. Al efecto, invocaba como base de jurisdicción el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, el mismo que otorgaba jurisdicción a la Corte para resolver el asunto principal entre Nicaragua y Colombia. En subsidio, para el supuesto de que la Corte rechazara su intervención como parte, solicitaba intervenir como “no parte” a fin de proteger sus derechos e informar a la Corte acerca de la naturaleza de sus derechos e intereses jurídicos en el Caribe que pudieran ser afectados por la decisión de la Corte. Nicaragua se oponía, mientras que Colombia no cuestionaba la intervención como no parte, y dejaba librado a la Corte la cuestión de la posible intervención como parte⁵⁹.

La Corte coincidió con Honduras en que si se le permitía intervenir como parte –a diferencia de la intervención como no parte–, el Estado interviniente podía reclamar por el reconocimiento de “derechos” propios, y la decisión final sería obligatoria para ese Estado en virtud del artículo 59 del E.C.I.J. Sin embargo, cualquiera fuera la capacidad en la cual interviniera, el Estado solicitante debía cumplir las condiciones establecidas en el artículo 62 del Estatuto y demostrar que poseía un interés jurídico que podía ser afectado⁶⁰.

En cuanto a lo sustancial, Honduras argüía que el fallo de 2007 no había resuelto toda su frontera en el Mar Caribe, sino que se había detenido

⁵⁸ *Ibidem*, Declaración del Juez *ad hoc* Gaja.

⁵⁹ C.I.J., *Disputa territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Honduras de permiso para intervenir, Fallo del 4 de mayo de 2011, para. 13.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 29-30.

en un meridiano, sin resolver el área que yacía al este de aquel, así como tampoco había determinado el punto final de la frontera. Tampoco el fallo de 2007 se había expedido sobre el Tratado de 1986. En consecuencia, Honduras solicitaba que la Corte fijara el punto tripartito⁶¹.

La Corte aclara que al analizar los intereses que posea Honduras, no debe buscar interpretar el sentido o alcance del fallo de 2007 –en el sentido del artículo 60 del E.C.I.J.– ni considerar una cuestión que deba tratar en la fase de los méritos del procedimiento principal, ya que no debe anticipar su decisión sobre el fondo⁶². Según la C.I.J., los intereses de Honduras conciernen esencialmente a dos cuestiones: si el fallo de 2007 resolvió todo el límite marítimo en el Mar Caribe; y qué efecto tendría la decisión a ser adoptada en el procedimiento pendiente sobre los derechos de Honduras bajo el Tratado de 1986 –un tratado bilateral de delimitación marítima celebrado entre Honduras y Colombia–. La Corte notó que algunos de los argumentos que Honduras mencionaba ya habían sido expuestos en el otro caso y la Corte ya los había considerado y rechazado en el fallo de 2007, por lo tanto eran cosa juzgada para Honduras⁶³. Asimismo, recordó que en aquel fallo había decidido no expedirse sobre el punto final de la frontera debido a los intereses de potenciales terceros Estados en la zona. Según la Corte, lo decidido con respecto al límite entre dicho Estado y Nicaragua en 2007 era definitivo. Honduras no podía ser aquí un “tercer Estado” por cuanto ya había sido “parte” en aquel procedimiento⁶⁴.

La Corte reconoció que en el sector geográfico invocado por Honduras, había tres Estados involucrados: Honduras, Colombia y Nicaragua. Estos tres Estados habían concluido delimitaciones marítimas a través de tratados bilaterales, los cuales por el principio *res inter alios acta* no conferían derechos a terceros Estados, ni les imponían obligaciones⁶⁵. Por ello, el fallo de 2007 no se había apoyado en el Tratado de 1986. Además, como el límite marítimo entre Colombia y Nicaragua debía ser determinado de acuerdo con la línea costera y configuraciones marítimas entre las dos partes, la Corte no iba a considerar el Tratado de 1986⁶⁶.

⁶¹ Ibidem, para. 51.

⁶² Ibidem, para. 56.

⁶³ Ibidem, para. 61.

⁶⁴ Ibidem, para. 63.

⁶⁵ Ibidem, para. 72.

⁶⁶ Ibidem, para. 73.

En conclusión, la C.I.J. rechazó el pedido de Honduras sea para intervenir como parte o como no parte, por no haber demostrado tener un interés de naturaleza jurídica que pudiera ser afectado por la decisión de la Corte en este caso.

El Juez Abraham está de acuerdo en rechazar la solicitud de intervención como “parte”, aunque desapruueba su fundamento, al igual que desapruueba que se haya rechazado la solicitud de intervención como “no parte”. Según Abraham, si la Corte constata la existencia de las condiciones establecidas en el artículo 62, debe autorizar la intervención. Pero en este caso la Corte no investigó esto, sino que se limitó a razonar como si tuviera el poder discrecional de aceptar o rechazar la solicitud. Para este Juez, no existe una base de competencia entre Honduras y las dos partes litigantes, como para aceptar su intervención como “parte”. En efecto, considera que la delimitación marítima entre Honduras y Nicaragua fue arreglada completamente por el fallo de la Corte de 2007, en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá, el cual excluye la aplicación de la cláusula compromisoria contenida en el artículo XXXI de dicho Pacto. En cambio, la Corte debió haber concedido la intervención como “no parte” ya que, según él, existía una posibilidad de que el fallo futuro afectara sus intereses jurídicos. Por un lado, era posible que la Corte fijara el punto terminal de la línea bisectriz trazada en su fallo de 2007 entre Nicaragua y Honduras, afectando así los intereses de Honduras. Por el otro, el fallo podría tener incidencias directas sobre el tratado bilateral de 1986 concluido entre Honduras y Colombia. Si la Corte adoptara la línea de delimitación propuesta por Colombia, Honduras podría reivindicar, sobre la base de ese tratado, los espacios que este le hubiera atribuido. Pero si decidiera atribuir todo o parte de esos espacios a Nicaragua, Honduras no podría reivindicar nada ya que no existe entre ella y Nicaragua base jurisdiccional alguna para fundar dicho reclamo.

La Jueza Donoghue también está en desacuerdo con la decisión de la mayoría de rechazar la intervención de Honduras como “no parte”. Entiende que cuando el artículo 62 se refiere al interés jurídico que puede ser afectado por la decisión en el caso, debe ser leída a la luz del artículo 59 del Estatuto, que limita la facultad de un fallo de afectar a terceros. Por lo tanto, el efecto del artículo 62 está necesariamente por debajo de la imposición de obligaciones jurídicas vinculantes. Por último, la Jueza

rechaza la práctica de la Corte de tomar en cuenta los intereses de los terceros rehusándose a fijar puntos terminales definitivos, práctica que milita contra la admisión de la intervención y que implica una intervención de facto. Considera que en este caso existe una posible superposición de reivindicaciones, que justifica la intervención como “no parte”. Contrariamente, coincide con la mayoría en que no debe aceptarse la intervención como “parte” por cuanto la cuestión de la ubicación de un punto tripartito constituye un nuevo litigio, que no puede dar lugar a una intervención.

III.2. Intervención de terceros que son parte en un tratado multilateral

El artículo 63 del E.C.I.J. prevé que, en un caso ante la Corte —entre dos o más Estados— en el cual se deba interpretar un tratado multilateral, tengan derecho a intervenir otros Estados también parte en dicho tratado.

El texto en español del artículo 63 dispone:

1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados.
2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

También aquí podemos observar algunas variantes con los textos en inglés y en francés:

1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith.

2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it.

1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai.

2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et, s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard.

Si bien se trata de un “derecho” para los terceros Estados⁶⁷, el artículo 63(2) dispone que si un Estado ejerce el derecho a intervenir en el proceso, “la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él”. Esto ha sido visto como una derogación de la regla general establecida en el artículo 59 del E.C.I.J.⁶⁸.

Para que resulte practicable este derecho, se requiere que el Secretario de la Corte efectivamente proceda a notificar en tiempo oportuno a todos los Estados partes de un tratado multilateral, cuando la Corte ha sido llamada a interpretarlo. No obstante, la práctica no ha sido consistente, ya que no siempre la comunicación se efectuó a todos los Estados a quienes debía enviarse, “inmediatamente” o “sin demora” y acompañada de la mínima información necesaria para que los Estados puedan evaluar la conveniencia de su intervención⁶⁹.

⁶⁷ Amerasinghe aclara que “under Article 63 locus standi does not depend on the third state's signature of the statute of the ICJ or acceptance of jurisdiction as a second step under Article 36 of the statute. All that is required is being a party to the convention in issue”; AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, p. 323.

⁶⁸ DAMROSCH, Lori Fisler, “Multilateral Disputes”, en DAMROSCH, Lori F. (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1987, p. 381; CHINKIN, Christine, “Article 63”, en ZIMMERMANN, Andreas et. Al., *op. cit.*, p. 1574.

⁶⁹ ROSENNE, Shabtai, *op. cit.*, pp. 1448-1449.

De acuerdo con el Reglamento de la Corte, todo Estado que quiera hacer uno de este derecho deberá presentar una declaración de intervención lo más pronto posible antes de la fecha fijada para la apertura del procedimiento oral (salvo circunstancias excepcionales) y, en cuanto a su contenido, se deberá precisar el asunto y la convención a que se refiere; los datos en que se base el Estado declarante para considerarse parte en la convención; la indicación de las disposiciones de la convención cuya interpretación estima que está en discusión; una exposición de la interpretación que él da a esas disposiciones; la lista de los documentos en apoyo, los cuales deberán acompañarse (art. 82 del R.C.I.J.).

Como puede notarse, a diferencia de la intervención prevista en el artículo 62 del Estatuto, aquí el Estado que pretende intervenir no tiene que probar la existencia de un interés jurídico, puesto que dicho interés, en realidad, se presume⁷⁰.

La declaración de intervención se trasmite a las partes, quienes pueden presentar sus observaciones, así como también al Secretario General de las Naciones Unidas; a los Miembros de las Naciones Unidas; a los otros Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte y a cualquier otro Estado al que se hubiese enviado la notificación prevista en el artículo 63 del Estatuto (art. 83 del R.C.I.J.).

Salvo que se estipule otra cosa, la decisión de la Corte sobre la admisibilidad de la intervención se toma con carácter prioritario (art. 84 del R.C.I.J.). Si se presenta una objeción a la admisibilidad de una declaración de intervención, la Corte debe oír al Estado que solicita intervenir y a las partes. La Corte decide si la declaración de intervención es admisible.

Si se admite la declaración de intervención, al Estado que interviene se le proporcionan copias de los alegatos escritos y de los documentos anexos, a fin de que pueda presentar sus observaciones al respecto, tanto por escrito como durante el procedimiento oral (art. 86 del R.C.I.J.).

⁷⁰ QUENEUDEC, Jean-Pierre, "La notion d'Etat intéressé en droit international", *Recueil des Cours*, vol. 255 (1995), p. 419. Según este jurista, ello es así por cuanto la calidad de parte en una convención, cuya interpretación está en juego en una instancia jurisdiccional entre dos Estados, confiere ipso facto un interés al tercer Estado en relación al proceso. Se trata de una presunción legal *juris et de jure*.

La Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo ocasión de aplicar el artículo 63 de su Estatuto por única vez en el caso del S.S. *Wimbledon*⁷¹, que involucraba una demanda de las potencias aliadas contra Alemania, por haber impedido en 1921 el paso del buque –que llevaba material militar a Polonia– por el Canal de Kiel, so pretexto de la existencia de un estatus de neutralidad. Los Estados demandantes invocaban el artículo 380 del Tratado de Versalles, el cual establecía que el Canal de Kiel debía permanecer siempre libre y abierto a todos los buques de guerra y mercantes de todas las naciones que estuviesen en paz con Alemania. Polonia, en tanto Estado signatario del Tratado de Versalles requirió intervenir e invocó el artículo 62 del Estatuto. La Corte, luego de efectuar una distinción entre los dos tipos de intervención previstos en los artículos 62 y 63 de su Estatuto, notó que si bien Polonia no mencionaba expresamente el artículo 63 en la nota enviada por su representante al solicitar la intervención, se desprendía que tal requerimiento se efectuaba debido a la participación de Polonia en el Tratado de Versalles y dado que el caso trataba de la violación de derechos e intereses garantizados a dicho Estado por el artículo 380. No obstante, en una audiencia Polonia aclaró que se amparaba en el derecho previsto en el artículo 63, que no insistía en la intervención en virtud del artículo 62 y que no tenía intención de demandar a Alemania por los daños que le hubiera causado el asunto del Wimbledon. De acuerdo con la Corte, la actitud de Polonia la dispensaba de tener que verificar la existencia de los requisitos bajo el artículo 62 y constató que, en el caso, estaba en juego la interpretación de ciertas cláusulas del Tratado de Versalles, y como Polonia figuraba entre los participantes de dicho tratado, procedía admitir la intervención en virtud del artículo 63 de su Estatuto.

En el caso de *Groenlandia Oriental*, si bien Islandia presentó una solicitud de intervención, luego la retiró⁷².

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia tuvo oportunidad de recibir declaraciones de intervención en virtud del artículo 63 solo en cuatro casos.

⁷¹ C.P.J.I., S.S. “*Wimbledon*” (Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania), Cuestión de la intervención de Polonia, Fallo del 28 de junio de 1923, *Serie A*, n. 1, p. 11.

⁷² Ver cartas del Primer Ministro de Islandia al Secretario de la Corte, *P.C.I.J.*, *Serie C*, n. 67, pp. 4081-4082. Cfr. CHINKIN, Christine, “Article 62”, *op. cit.*, pp. 1535-1536.

En primer lugar, en el caso *Haya de la Torre*, Cuba requirió intervenir en el procedimiento iniciado por Colombia contra Perú, puntualmente respecto de la interpretación de la Convención de La Habana sobre asilo (1928). Perú sostuvo que el pedido era inadmisibile por ser tardío y porque constituía un intento de recurso por parte de un tercer Estado contra el fallo que se había dictado en 1950 en el *caso relativo al derecho de asilo*. La Corte consideró que como toda intervención es un incidente procesal, sólo podía admitirse si se refería al objeto del procedimiento de que se trataba. El caso bajo análisis concernía a la entrega de Haya de la Torre a las autoridades peruanas, por lo que era una cuestión distinta de la que había decidido en 1950. En consecuencia, la Corte decidió admitir la intervención ya que, de acuerdo con Cuba, tenía por objeto la necesidad de interpretar un aspecto nuevo de la Convención de La Habana⁷³.

En segundo lugar, en el caso *Nicaragua*, El Salvador presentó una declaración de intervención en virtud del artículo 63 del E.C.I.J. y solicitó la celebración de una audiencia sobre la cuestión de la intervención. Por medio de una providencia, la Corte tomó nota que El Salvador se reservaba el derecho de entender —en la fase posterior de fondo— respecto de la interpretación de una serie de convenciones que habían sido invocadas en este caso, en las cuales era parte, pero decidió que no llevaría a cabo la audiencia solicitada y que la declaración de intervención era inadmisibile en cuanto se refiriera a esa fase actual del procedimiento⁷⁴. En rigor, esta providencia es poco clara —al igual que los términos de la propia declaración de El Salvador⁷⁵, la cual fue posteriormente complementada—, ya que no permite al lector que no está directamente vinculado al procedimiento de ese caso comprender cuáles fueron los motivos de tales decisiones. Sin embargo, con la lectura de las opiniones separadas que algunos jueces agregaron a la providencia pueden despejarse algunas dudas y desentrañarse los motivos que tuvo la mayoría del Tribunal para rechazar la celebración de una audiencia y declarar inadmisibile la declaración de intervención. En ese momento la situación era la siguiente: al tomar esa

⁷³ C.I.J., *Haya de la Torre* (Colombia c. Perú), Fallo del 13 de junio de 1951.

⁷⁴ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Providencia del 4 de octubre de 1984.

⁷⁵ Es llamativo que el propio Juez Schwebel, que votó en contra de la decisión de no llevar a cabo la audiencia y de no hacer lugar a la intervención, reconociera que la declaración de El Salvador era poco clara, ya que le generaba dudas y, además, no especificaba cuáles eran las disposiciones a interpretar. Ver *ibidem*, Opinión disidente del Juez Schwebel.

decisión la Corte se encontraba en plena fase de jurisdicción, debatiendo si era competente para entender en la disputa, incluso previamente había decidido que sólo recibiría actuaciones escritas vinculadas a la fase de jurisdicción⁷⁶. La declaración de El Salvador parecía referirse al fondo de la disputa, por ello la mayoría de los Jueces consideró que resultaba inconveniente celebrar una audiencia vinculada a cuestiones de fondo en esa etapa⁷⁷. De hecho, un mes y medio más tarde dictó su fallo sobre jurisdicción⁷⁸. Otros en cambio consideraban que era en vano llevar a cabo la audiencia cuando ya consideraban que la declaración era inadmisibles⁷⁹. Además, la declaración de intervención de El Salvador no identificaba claramente cuáles eran las disposiciones convencionales involucradas en la fase jurisdiccional ni cuáles eran los artículos sobre cuya interpretación se refería⁸⁰, por ello la Corte la declaró inadmisibles en esa etapa pero tomó nota de la reserva de El Salvador, dejando así a salvo su derecho de presentar una nueva declaración de intervención en la correspondiente etapa de fondo (algo que no ocurrió). Según Estados Unidos, El Salvador pretendía en la fase jurisdiccional la interpretación del artículo 36 del E.C.I.J. y varias disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, ya que consideraba que de la interpretación de tales provisiones surgía que la Corte no tenía jurisdicción para entender en este caso⁸¹.

En tercer lugar, la C.I.J. recibió pedidos de intervención en el caso de la *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo del caso de los ensayos nucleares*. Si bien Samoa, las Islas Salomón, las

⁷⁶ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Providencia del 10 de mayo de 1984, para. 41.D.

⁷⁷ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Providencia del 4 de octubre de 1984, Opinión separada del Juez Nagendra Singh. Este magistrado consideraba que si se hacía esa audiencia se iban a tocar temas que pertenecían al fondo, con lo cual iba a haber dos series de audiencias sobre el fondo de la disputa, lo que resultaba inoportuno e insostenible.

⁷⁸ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Jurisdicción y admisibilidad, Fallo del 26 de noviembre de 1984.

⁷⁹ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Providencia del 4 de octubre de 1984, Opinión separada del Juez Bedjaoui.

⁸⁰ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Providencia del 4 de octubre de 1984, Opinión separada de los Jueces Ruda, Mosler, Ago, Sir Robert Jennings y de Lacharrière, para. 3. En el mismo sentido, ver Opinión separada del Juez Oda, para. 2.

⁸¹ Ver observaciones escritas de Estados Unidos del 14 de septiembre de 1984, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/9623.pdf>.

Islas Marshall y los Estados Federados de Micronesia habían presentado declaraciones de intervención bajo el artículo 63 del E.C.I.J., como la Corte decidió que no procedía la solicitud de examen de la situación presentada por Nueva Zelanda, en consecuencia, decidió también rechazar aquellas declaraciones de intervención⁸². Ello demuestra que las declaraciones de intervención siempre son incidentales a la demanda principal, de modo que si cae esta última por falta de jurisdicción o inadmisibilidad de la demanda, caerán también las declaraciones de intervención presentadas.

En este caso se planteaba la situación de que algunos Estados (Samoa, las Islas Salomón, las Islas Marshall y los Estados Federados de Micronesia) requerían intervenir en su doble carácter: tanto en virtud del artículo 62 como del 63 del Estatuto. Al respecto, dichos Estados advertían que nada en el Estatuto les impedía invocar acumulativamente ambos artículos, citando el caso *Wimbledon*⁸³.

Por último, cabe mencionar la declaración de intervención de Nueva Zelanda en el caso de la *Caza de ballenas en la Antártida* (Australia c. Japón), aceptada por la C.I.J. en 2013⁸⁴. En dicho asunto, Nueva Zelanda solicitó intervenir como “no parte” en el procedimiento, a efectos de la interpretación de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (1946). Respecto a ello, Japón manifestó su preocupación debido a que Australia había elegido un juez *ad hoc* y en la Corte también había un juez de nacionalidad del Estado que pretendía intervenir. La C.I.J. sostuvo que la intervención no iba a afectar la igualdad de las partes en la disputa, ya que el Estado que interviene no es parte en el proceso. Por lo tanto, Australia y Nueva Zelanda no tenían un mismo interés, a los efectos de ser contadas como una misma parte en el caso (art. 31(5) del E.C.I.J.). En consecuencia, la presencia de un juez en la Corte de nacionalidad del Estado interviniente (Nueva Zelanda) no afectaba el derecho a elegir un juez *ad hoc* por una de las partes (en este caso, Australia). Asimismo, la Corte aclaró que en las declaraciones en virtud del artículo 63 del E.C.I.J., no tiene que

⁸² C.I.J., *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte, el 20 de diciembre de 1974, en el caso de los ensayos nucleares* (Nueva Zelanda c. Francia), Providencia del 22 de septiembre de 1995, para. 65-68.

⁸³ Ver solicitudes de permiso para intervenir y declaraciones de intervención de tales Estados en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&tk=cd&case=97&code=nzfr&p3=1>.

⁸⁴ C.I.J., *Caza de ballenas en la Antártida* (Australia c. Japón), Declaración de intervención de Nueva Zelanda, Providencia del 6 de febrero de 2013.

requerir que exista un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión en el caso. Sólo se requiere que el Estado sea parte en la convención a ser interpretada. Sin embargo, ello no significa que la declaración de intervención tenga efecto automático, ya que tiene que ser admitida por la Corte. En este caso, la disposición a ser interpretada era el artículo 8 de la mencionada Convención, que permite que los Estados autoricen a sus nacionales a matar ballenas con propósitos científicos, sujeto a las restricciones y número que fijen los Estados partes.

En el anexo que se incluye al final de este artículo se agrega un cuadro que sintetiza la jurisprudencia de la C.I.J. en materia de intervención de terceros Estados.

Si bien el artículo 63 del E.C.I.J. se refiere a la intervención de Estados, por su parte, el artículo 43 del R.C.I.J., de acuerdo con la enmienda que entró en vigor en 2005, establece que la Corte puede pedirle al Secretario que notifique a cualquier organización internacional pública que sea parte en una convención cuya interpretación se dirima en un caso ante la Corte. En tal caso, la organización en cuestión puede presentar observaciones escritas sobre el tratado objeto de interpretación y eventualmente ser escuchada en audiencia pública.

IV. Intervención de terceros en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar

El Estatuto del T.I.D.M., contenido en el Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), incorpora el instituto de la intervención de terceros –sea que tengan un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia, sea para partes en un tratado internacional a ser interpretado– en los artículos 31 y 32. Estas normas están desarrolladas en los artículos 99 a 104 de las Reglas establecidas por el Tribunal.

IV.1. Intervención de terceros que tienen un interés jurídico que puede ser afectado por la sentencia

En el artículo 31 del Estatuto del T.I.D.M. se establece la posibilidad de que intervengan terceros interesados, similar a lo determinado en el artículo 62 del Estatuto de la C.I.J., aunque con algunos matices:

1. Si un Estado Parte considera que tiene un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión del Tribunal, podrá solicitar del Tribunal que le permita intervenir en el proceso.
2. El Tribunal decidirá con respecto a dicha solicitud.
3. Si la solicitud fuere aceptada, el fallo del Tribunal respecto de la controversia será obligatorio para el Estado solicitante en lo que se refiera a las cuestiones en las que haya intervenido.

Como puede observarse, el inciso 1 alude específicamente a un “Estado Parte” en la CONVEMAR. En consecuencia, algunos autores afirman que esta formulación debe interpretarse de manera restrictiva, no permitiendo intervenir a Estados que no sean Parte en aquella Convención⁸⁵. A su vez, es suficiente con ser un Estado Parte para poder presentar una solicitud de intervención, no siendo necesario que los litigantes presenten su conformidad en el caso concreto⁸⁶.

Además, se agrega expresamente en el inciso 3 que el fallo del Tribunal respecto de la controversia será obligatorio para el Estado interviniente. Respecto de esto último, cabe advertir una pequeña diferencia en los textos del Estatuto en distintos idiomas, ya que en lugar de la expresión “Estado solicitante” usada en español —o “*Etat intervenant*” (Estado interviniente) que surge del Estatuto en francés—, el texto en inglés refiere al “*intervening State Party*” (Estado Parte interviniente). Probablemente el texto en inglés haya llevado a algún jurista a señalar que dicha disposición parece excluir la posibilidad del interviniente “no parte”, a diferencia de lo que la sala de la C.I.J. resolvió al considerar la intervención de Nicaragua en la controversia entre El Salvador y Honduras, a la que ya hemos referido, recordando además que como regla general los fallos sólo tienen fuerza obligatoria entre las partes, pero para el T.I.D.M. los fallos son

⁸⁵ AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, p. 321.

⁸⁶ *Ibidem*.

también obligatorios para los intervinientes⁸⁷. Sin embargo, otros autores, puntualizan que el propio Reglamento del Tribunal, en el artículo 99(3)⁸⁸, deliberadamente confirma que un Estado puede intervenir independientemente del método de solución de controversias que haya escogido según el artículo 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), es decir, aunque ese Estado no haya aceptado la jurisdicción de este Tribunal⁸⁹. Wolfrum explica que el artículo 103(4) del Reglamento deja en claro que el interviniente no se convierte en parte en el procedimiento al presentar su solicitud de intervención puesto que, a diferencia de una parte litigante, no podrá nombrar juez *ad hoc* ni presentar excepciones a la jurisdicción⁹⁰.

De todas formas, sea que el Estado que interviene tenga o no un nexo jurisdiccional con el Tribunal, el efecto jurídico de la decisión final pareciera ser el mismo en virtud de que el artículo 62(3) del Estatuto establece que el interviniente quedará obligado por el fallo⁹¹.

Como los textos en inglés, francés y español son igualmente auténticos según el artículo 320 de la CONVEMAR, podríamos deducir que la referencia a “Parte” en el artículo 31(3) del texto en inglés del Estatuto puede no necesariamente implicar alusión a “Parte en el procedimiento o controversia”, sino “Parte en la CONVEMAR”, en el sentido usado por el inciso 1 de dicho artículo. Si así no fuera, y consideráramos que el Estatuto admite un “interviniente parte” en la controversia, los textos en español y en francés del artículo 31(3) del Estatuto estarían más en línea con lo que prescribe el artículo 99(3) del Reglamento. No obstante, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar aún no cuenta con práctica al respecto que pueda echar luz a esta cuestión.

⁸⁷ TREVES, Tullio, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pp. 153-154.

⁸⁸ El artículo 99(3) del Reglamento del T.I.D.M. establece: “Permission to intervene under the terms of article 31 of the Statute may be granted irrespective of the choice made by the applicant under article 287 of the Convention”.

⁸⁹ ZIMMERMANN, Andreas, *op. cit.*, para. 11.

⁹⁰ WOLFRUM, Rüdiger, “Intervention in the proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, en RAO, Chandrasekhara y KHAN, Rahmatullah (eds.), *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, p. 171.

⁹¹ ZIMMERMANN, Andreas, *op. cit.*, para. 13.

Si bien las normas procedimentales previstas en el Estatuto y el Reglamento del T.I.D.M. son similares a las del Estatuto y Reglamento de la C.I.J., pueden observarse algunas especificaciones. Por ejemplo, el artículo 99(1) del Reglamento del T.I.D.M. dispone que la solicitud de permiso para intervenir, salvo circunstancias excepcionales, debe presentarse dentro del plazo de 30 días a partir de que la contramemoria esté disponible según el artículo 67(1) del Reglamento. Es decir, aquí hay un plazo máximo bien definido.

En cuanto al contenido de la petición, el artículo 99(2) del Reglamento del T.I.D.M. se refiere a que debe mencionar el interés jurídico que se considera que puede ser afectado y el objeto preciso de la intervención, pero no hay referencia alguna a la base de jurisdicción que pudiera existir entre el interviniente y las partes, como en cambio prevé el R.C.I.J. Por el contrario, como ya se mencionó, el artículo 99(3) aclara que el permiso para intervenir puede ser concedido sin perjuicio de la elección que se haya hecho del método de solución de controversias en virtud del artículo 287 de la CONVEMAR.

El artículo 101(2) del Reglamento estipula que copia de la solicitud de intervención debe transmitirse a los Estados Partes, a cualquier otra parte que haya sido notificada en virtud del artículo 32(2) del Estatuto, al Secretario General de las Naciones Unidas y, si se trata de un procedimiento a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, al Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

Además, como ya se adelantó, el artículo 103(4) del Reglamento, a diferencia del R.C.I.J. que omite referirse a estas cuestiones, explícita que el Estado Parte interviniente no tendrá derecho a elegir un juez *ad hoc* ni a objetar un acuerdo sobre desistimiento del procedimiento al que hayan alcanzado las partes en la controversia. Esta previsión tuvo, entre sus objetivos, el impedir la proliferación de jueces *ad hoc* integrando el Tribunal⁹².

Se ha considerado que las disposiciones que regulan la intervención de terceros en el marco del T.I.D.M. no alientan la presentación de este tipo de solicitudes. Por un lado, el interviniente no tendrá los beneficios de una

⁹² WOLFRUM, Rüdiger, *op. cit.*, p. 171.

parte litigante en el procedimiento, aunque, por el otro, estará obligada por el fallo final en lo que le concierna⁹³.

IV.2. Intervención de terceros que son parte en un tratado multilateral

El artículo 32 del Estatuto del T.I.D.M. prevé el derecho de intervención en casos de interpretación o aplicación de la CONVEMAR —o del acuerdo internacional que confiera competencia al Tribunal—, de cualquier parte en dicho tratado. Si se ejerce este derecho, la interpretación contenida en el fallo es obligatoria también para el interviniente:

1. Cuando se planteen cuestiones de interpretación o de aplicación de la Convención, el Secretario lo notificará inmediatamente a todos los Estados Partes.
2. Cuando, con arreglo a los artículos 21 y 22 de este Anexo, se planteen cuestiones relativas a la interpretación o la aplicación de un acuerdo internacional, el Secretario lo notificará a todas las partes en él.
3. Las partes a que se refieren los párrafos 1 y 2 tendrán derecho a intervenir en las actuaciones y, si ejercen ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para ellas.

Aquí también encontramos algunas pequeñas diferencias entre el Reglamento del T.I.D.M. y el de la C.I.J. En el artículo 100(1) del Reglamento del T.I.D.M. se prevé que la declaración de intervención, salvo circunstancias excepcionales, debe presentarse dentro del plazo de 30 días a partir de que la contramemoria esté disponible según el artículo 67(1) del Reglamento.

Por último, también aquí, el artículo 104(3) del Reglamento explicita que el interviniente no tendrá derecho a elegir un juez *ad hoc* ni a objetar

⁹³ *Ibidem.*

un acuerdo sobre desistimiento del procedimiento al que hayan alcanzado las partes en la controversia.

Respecto de este tipo de intervención, Tullio Treves advierte que los Estados partes en los tratados multilaterales deberán evaluar los *pros* y los *contras* de presentar una declaración de intervención, considerando si su interés por influir en la interpretación de una disposición prevalece sobre el riesgo de quedar vinculado por una eventual interpretación no deseada que el tribunal pueda adoptar, pese a los argumentos que hizo valer el interviniente⁹⁴.

V. Intervención de terceros en el arbitraje internacional

Como vimos, ya en 1899 la Convención de La Haya contempló —en el artículo 56— la intervención de terceros que fueran partes en una convención, en lo que respecta a la interpretación de alguna de sus disposiciones en el marco de un procedimiento arbitral. De igual modo, el Acta General de Ginebra para el Arreglo Pacífico de las Diferencias Internacionales (1928) estableció en el artículo XXXVII, el derecho a intervenir de los Estados partes en un convenio a ser interpretado por el tribunal.

En lo que concierne a aquellos que tengan un interés jurídico, existen tratados y reglamentos de arbitraje que prevén esta posibilidad, aunque no es algo muy común, como sí lo es en el contexto de los tribunales judiciales.

Por ejemplo, algunos tribunales arbitrales mixtos creados por acuerdos entre Estados, luego de la primera guerra mundial, autorizaron la intervención en el proceso de cualquier persona que tuviera un interés legítimo en el caso, sobre la base de lo establecido en las reglas procesales acordadas, aunque las partes en litigio se opusieran en el caso concreto a la intervención de un tercero. Ello por cuanto, como señala Amerasinghe, el consentimiento dado —sea a través de un tratado o compromiso, sea a través de un reglamento de procedimiento— no puede retirarse por medio de una oposición⁹⁵.

⁹⁴ TREVES, Tullio, *op. cit.*, p. 156.

⁹⁵ AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, p. 319.

Algunos tribunales exigieron justificación de la existencia de un interés legítimo⁹⁶. En lo que respecta a la distinción entre interés legítimo y jurídico, se ha indicado que el primero puede ser definido como incluyendo no solamente un interés material y *de hecho* sino también un interés puramente moral, tratándose en consecuencia de un concepto más amplio, aunque, en definitiva dependerá de la apreciación del tribunal⁹⁷.

En cuanto a instrumentos más recientes, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte –NAFTA– (1992) prevé la posibilidad de la participación de una tercera Parte en carácter de “reclamante”. Así, el artículo 2008(3) prescribe lo siguiente: “Cuando una tercera Parte considere que tiene interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como Parte reclamante mediante entrega de su intención de intervenir a su sección del Secretariado y a las Partes contendientes. La notificación se entregará tan pronto sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que una de las Partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel”. El inciso siguiente aclara que si la tercera Parte no se decide a intervenir como reclamante, de abstenerse de continuar o iniciar un procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado o ante el GATT. El artículo 2013 agrega que la tercera Parte, previa entrega de notificación escrita a las Partes contendientes y a su sección del Secretariado, “tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes”. Por otra parte, el artículo 1128 dispone que “[p]revia notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado”.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965) –al igual que las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)– no contempla la posibilidad de intervención de terceros en el arbitraje. No obstante algunos tribunales arbitrales del CIADI se han enfrentado a la intervención de Estados Partes del NAFTA en lo que

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 317-318. En la nota al pie 21 este autor cita el caso *Comte Andrassy c. Estado checoslovaco, T.A.M.*, vol. 7, p. 880, donde se exigió prueba de un interés legítimo.

⁹⁷ AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, p. 330.

concierno a la interpretación de dicho tratado en procedimientos instituidos de conformidad con este último⁹⁸.

Tampoco prevé la intervención de terceros el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1975 ni, por ende, el Reglamento del Tribunal de Reclamos entre EE.UU. e Irán, en el cual se basa.

Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje Revisado de la CNUDMI de acuerdo con la modificación de 2010, establece en su artículo 17(5):

El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas.

Puede observarse que en este último reglamento se exige como regla general que el tercero sea parte en el acuerdo de arbitraje, a diferencia de otros contextos en los cuales el tercero puede participar sin una base jurisdiccional. Esto tiene lógica si tenemos en cuenta la importancia del consentimiento de las partes litigantes en el arbitraje respecto de la mayoría de las cuestiones que rigen el procedimiento. Sin embargo, también se exige que el tercero sea “invitado” por una de las partes litigantes. Esto ha llevado a sostener que en realidad esta disposición más bien “excluye la intervención” y que la parte que se incorpora o agrega al procedimiento será un participante pleno en el arbitraje⁹⁹. Vemos, entonces, suele haber

⁹⁸ Por ejemplo, en el caso *United Parcel Service*, tanto México como EE.UU. hicieron presentaciones conforme al artículo 1128 del NAFTA. *United Parcel Service of America c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre el Fondo del 24 de mayo de 2007, para. 3.

⁹⁹ CASTELLO, James E. y DIGÓN, Rocío, “Maximizing Possibilities for Joinder in International Arbitration”, en ROVINE, Arthur W., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers 2011*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 117-118.

una confusión entre el instituto de la intervención de terceros y la incorporación de una nueva adicional al arbitraje¹⁰⁰.

Así, Amerasinghe afirma que un principio generalmente aceptado dispone que las intervenciones no pueden tener lugar sin el acuerdo de las partes principales en la disputa sometida al tribunal, y que no existe un derecho inherente a la intervención¹⁰¹. Incluso este jurista se refiere a la aplicación de dicho principio también en el contexto de los tribunales judiciales internacionales. En tal sentido, en 1901 el tribunal arbitral del caso *Guano* (Chile/Francia) expresó que de acuerdo con las reglas de la intervención en materia de arbitraje internacional, la intervención espontánea de un tercero no es admisible más que con el consentimiento de las partes que han concluido el compromiso¹⁰².

VI. Algunas conclusiones

Pese a que los estatutos o reglamentos prevén dos modalidades para la intervención de terceros ante un tribunal internacional judicial, existe escasa práctica al respecto, sobre todo si lo comparamos con otros procedimientos incidentales.

En cuanto a la C.I.J., en cuyo Estatuto se basaron otros tribunales, la mayor parte de las solicitudes de intervención en virtud del artículo 62 se han presentado en casos de delimitación marítima, y en su mayoría han sido rechazadas, ya que la Corte ha tenido una posición sumamente restrictiva al analizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Estatuto y el Reglamento, en especial al considerar el interés jurídico a ser afectado. Incluso se ha demorado en interpretar que no era necesario acreditar la existencia de un nexo jurisdiccional para admitir una intervención de tercero. Esto último vino a explicitarlo una sala de la Corte (en el caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima*, El Salvador/Honduras), antes de que lo hiciera el tribunal en pleno.

¹⁰⁰ Como ejemplo de provisión sobre incorporación de partes adicionales, ver artículo 7 del nuevo Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), adoptado en 2012.

¹⁰¹ AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, pp. 315, 320.

¹⁰² Arbitraje, *Caso Guano* (Chile/Francia), Sentencia del 5 de julio de 1901, *R.I.A.A.*, vol. 15, p. 315. Cfr. AMERASINGHE, Chittharanjan F., *op. cit.*, pp. 315-316.

Al leer las decisiones sobre intervención, junto con las opiniones disidentes, la sensación que puede quedar al lector es que la C.I.J. no ha evaluado todos los casos con la misma vara. Si bien el tribunal debe velar por que no haya intromisiones innecesarias en un procedimiento entre dos o más partes, en los asuntos vinculados a delimitaciones marítimas en los cuales el pedido fue rechazado, la intervención del tercero parecía más justificada que en otros casos en los cuales se concedió la solicitud de intervención, como el de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*.

La amplia discrecionalidad del tribunal al resolver los pedidos de intervención en muchas ocasiones va en desmedro de la eficacia de la propia institución. Como se ha mencionado, en algunos casos la Corte ha aseverado que si bien no aceptaba la intervención, de todas formas el interés jurídico que tuviera el tercero quedaba asegurado por el artículo 59 del Estatuto (pedidos de intervención de Malta y de Italia en los casos de la *Plataforma continental entre Libia/Túnez y Libia/Malta*) o que tomaría en cuenta en la zona a delimitar la existencia de otros Estados que reivindicaran espacios marítimos, absteniéndose incluso de efectuar la delimitación requerida en zonas de reclamos superpuestos. Estas prácticas no hacen más que atentar contra la utilidad de este procedimiento de intervención de terceros, como advirtieron varios jueces de la Corte. Si los terceros están a salvo porque el fallo es sólo obligatorio para las partes o porque la Corte se abstiene de delimitar en un sector, entonces ¿qué efecto útil tiene el procedimiento previsto en el artículo 62 del Estatuto? Ello al margen del hecho de que el tribunal, al no efectuar una completa delimitación marítima en el procedimiento principal, deja la puerta abierta para eventuales futuros conflictos entre las propias partes litigantes.

La existencia de requisitos poco claros tampoco contribuye a la utilización de este procedimiento incidental. Por ejemplo, la solicitud o declaración de intervención puede desestimarse si se presenta muy tarde (como se discutió en el caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*), o incluso muy temprano (como se determinó respecto de la solicitud de El Salvador en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*).

De todas formas, consideramos que aunque falle en su intención de ser interviniente, por el solo hecho de presentar una solicitud o declaración

de intervención, el tercero se asegura de que la Corte tenga conocimiento de su posición –al menos en forma preliminar– al resolver ese caso.

La solicitud de intervención en virtud del artículo 63 del Estatuto presenta menos inconvenientes al no ser necesario probar un interés jurídico, sino sólo que el Estado es parte en el tratado a ser interpretado. Sin embargo, algunos se preguntan por qué habiendo cada vez más tratados multilaterales se recurre tan poco a este mecanismo. Tal vez los Estados al evaluar los *pros* y los *contras* de presentar una declaración de intervención, sientan que es preferible quedar al margen y no opinar sobre la interpretación de ese tratado antes que asumir el riesgo de quedar vinculado por una eventual interpretación no deseada.

Asimismo, el artículo 63 del E.C.I.J. tampoco está libre de ambigüedades y deja flotando un buen número de preguntas. Por ejemplo, ¿la intervención de terceros en la interpretación de un tratado internacional es permitida para las partes de un tratado –tal como se define en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)– o también para los signatarios o contratantes? ¿Es procedente la presentación de una declaración de intervención respecto de cualquier tratado que se invoque en el procedimiento principal o únicamente respecto de los tratados más relevantes para dicho asunto?

En cuanto al T.I.D.M., si bien las reglas que rigen el procedimiento de intervención han sido elaboradas sobre la base de aquellas de la C.I.J., hemos resaltado que cuentan con algunos agregados, que tuvieron por finalidad aclarar ciertos puntos que eran discutidos en el ámbito de aquella Corte. Sin embargo, algunos de ellos trajeron nuevas preocupaciones. Así, se ha advertido que el interviniente no tiene los beneficios de una parte litigante en el procedimiento, aunque está obligado por el fallo final que dicte el Tribunal de Hamburgo en dicho asunto. Asimismo, cabe preguntarse si en dicho tribunal tiene sentido la distinción entre interviniente “parte” y “no parte” que fuera acuñada por la Corte de La Haya.

La intervención de terceros en el arbitraje internacional tiene sus propias particularidades. En algunos ámbitos, la intervención solo procede previa invitación de alguna de las partes litigantes o tiene que ser aceptada por estas al momento de la presentación de la solicitud en cuestión, o estar expresamente prevista en el compromiso o en las reglas procesales. Incluso

una vez otorgado el derecho al tercero, no puede revocarse por medio de una oposición en el caso concreto. Esto hace que la participación del tercero se presente más bien como un supuesto de incorporación de una nueva parte al procedimiento arbitral principal que de una intervención en el sentido previsto en el contexto de la C.I.J. y el T.I.D.M.

Sin duda, el desafío mayor de los tribunales internacionales al evaluar la admisibilidad de una solicitud de intervención, dentro del margen de discrecionalidad que poseen, es lograr un equilibrio entre los derechos de las partes litigantes frente a los intereses de los terceros Estados que pretender intervenir, es decir, tomar una decisión en base a la verificación del cumplimiento de los requisitos reglamentarios, sin desalentar a futuros Estados a intervenir cuando sea necesario y, a la vez, no permitiendo abusos o interferencias inapropiadas o injustificadas en el procedimiento principal.

ANEXO

La intervención de terceros en procedimientos ante la C.P.I.J. y la C.I.J.

Referencias:

* Intervención según el artículo 62 del Estatuto

** Intervención según el artículo 63 del Estatuto

CASO Y PARTES	OBJETO DEL CASO	TERCERO QUE SOLICITA INTERVENIR	INTERÉS DEL TERCERO	RESULTADO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN
<p>S.S. Wimbledon **</p> <p>Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania</p>	<p>Las autoridades alemanas habían impedido el paso del buque inglés Wimbledon (fletado por una sociedad francesa, que llevaba material militar a Polonia), por el Canal de Kiel, en contra de lo establecido por el Tratado de Versalles</p>	Polonia	<p>Interpretación del art. 380 del Tratado de Versalles que disponía que el canal de Kiel debía permanecer siempre libre y abierto a todos los buques de guerra y mercantes de todas las naciones que estuviesen en paz con Alemania.</p>	<p>(1923) La C.P.J.I. hizo lugar a la solicitud de intervención</p>
<p>Haya de la Torre **</p> <p>Colombia c. Perú</p>	<p>La determinación del modo de ejecución del fallo de la C.I.J. de 1950 (en el que la Corte había determinado que el asilo no se había concedido de acuerdo con la Convención de La Habana de 1928), si Colombia estaba obligada a entregar a Haya de la Torre y si el asilo había cesado.</p>	Cuba	<p>Interpretación de la Convención de La Habana sobre asilo (1928).</p>	<p>(1951) La C.I.J. admitió la declaración de intervención.</p>
<p>Ensayos nucleares *</p> <p>Australia c. Francia</p> <p>Ensayos nucleares *</p> <p>Nueva Zelanda c. Francia</p>	<p>Legalidad de los ensayos nucleares atmosféricos en la región del Pacífico Sur</p>	Fiji	<p>Debido al depósito de sustancias radioactivas, el territorio de Fiji y su población resultaban afectados por el programa nuclear llevado a cabo por Francia en dicha zona.</p>	<p>(1973) La C.I.J. decidió diferir la solicitud hasta que se expidiera sobre la jurisdicción y admisibilidad de la demanda.</p> <p>(1974) La C.I.J. dio por decaída la solicitud de intervención debido al fallo en el que decidió que la controversia había devenido sin objeto.</p>

CASO Y PARTES	OBJETO DEL CASO	TERCERO QUE SOLICITA INTERVENIR	INTERÉS DEL TERCERO	RESULTADO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN
Plataforma continental * Túnez/ Jamahiriya Árabe Libia	Determinación de los principios y normas de derecho internacional que podían aplicarse a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Túnez	Malta	Podrían afectarle las conclusiones de la Corte al identificar y evaluar los factores geográficos y geomorfológicos pertinentes para la delimitación, así como otros pronunciamientos tales como la importancia de circunstancias especiales o la aplicación de principios equitativos.	(1981) La C.I.J. decidió que no podía concederse a Malta el permiso para intervenir bajo el art. 62. Como Malta había adjuntado a su petición la reserva expresa de que su intervención no debía tener el efecto de poner en juego sus propias reclamaciones frente a Túnez y Libia, la Corte consideró que por ello, no podía considerarse que el interés de orden jurídico invocado era tal que podría ser afectado por la decisión del litigio. Además, Malta trataba de asegurarse la oportunidad de argumentar a favor de una decisión en la que la Corte se abstuviera de adoptar y aplicar criterios particulares, que de otro modo podían considerarse apropiados para la delimitación entre Túnez y Libia. Malta no tenía derecho a colocar a las partes en el caso en tal posición.
Plataforma continental * Jamahiriya Árabe Libia/Malta	Delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta.	Italia	El interés jurídico era la protección de los derechos de soberanía que reclamaba sobre ciertas zonas de la plataforma continental a que se refería este litigio.	(1984) La C.I.J. consideró que la solicitud era formalmente admisible. Pero no podía acceder a su solicitud de intervención. La solicitud de Italia no era una intervención genuina bajo el art. 62, ya que para no afectar los derechos que alegaba Italia primero tenía que reconocerlos o rechazarlos, algo que no podía hacer sin el consentimiento de las otras partes.

CASO Y PARTES	OBJETO DEL CASO	TERCERO QUE SOLICITA INTERVENIR	INTERÉS DEL TERCERO	RESULTADO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN
Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua ** Nicaragua c. EE.UU.	Controversia relativa a la responsabilidad por actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.	El Salvador	Interpretación de ciertos artículos del Estatuto de la C.I.J., de la Carta de las Naciones Unidas y de tres tratados interamericanos, así como de las declaraciones presentadas aceptando la jurisdicción obligatoria de la Corte.	(1984) La C.I.J. rechazó la declaración de intervención por considerarla inadmisibles en tanto se refiriera a esa etapa (de jurisdicción).
Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima * El Salvador /Honduras	Delimitación de la frontera terrestre. Determinación de la situación jurídica insular y de los espacios marítimos (aguas dentro y fuera del Golfo de Fonseca).	Nicaragua	Podía verse afectado por la decisión sobre el régimen jurídico de las aguas del Golfo de Fonseca	(1990) La Sala de la C.I.J. aceptó como interviniente no parte, limitado a la decisión el régimen de las aguas del Golfo de Fonseca (no sobre las islas o las aguas fuera del Golfo)
Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria * Camerún c. Nigeria	Controversia de soberanía sobre la Península de Bakassi. Determinación del límite marítimo entre ambos Estados.	Guinea Ecuatorial	Interés de informar a la Corte sobre sus derechos legales e intereses en lo que respecta a la delimitación marítima. Guinea Ecuatorial reclama derechos soberanos en el Golfo de Guinea hasta la línea media en relación con Camerún y Nigeria.	(1999) La C.I.J. consideró que había interés jurídico suficiente e hizo lugar a la intervención como tercero no parte.
Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan * Indonesia/ Malasia	Determinar a cuál de los dos Estados pertenece la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan.	Filipinas	Interés de proteger los derechos dimanantes de su reclamo de soberanía sobre el territorio de Borneo septentrional. Informar a la Corte acerca de la naturaleza y el alcance de los derechos históricos y jurídicos de Filipinas que pueden verse afectados por la decisión de la Corte. Valorar el papel indispensable de la Corte en la prevención general de los conflictos y no meramente en la resolución de las controversias jurídicas.	(2001) La C.I.J. desestimó la solicitud de Filipinas, por no haber demostrado la existencia de intereses jurídicos que podían verse afectados por la decisión de la Corte, habida cuenta de las circunstancias concretas de este caso.

CASO Y PARTES	OBJETO DEL CASO	TERCERO QUE SOLICITA INTERVENIR	INTERÉS DEL TERCERO	RESULTADO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN
Inmunidades jurisdiccionales del Estado * Alemania c. Italia	Determinar si hubo violaciones a las inmunidades jurisdiccionales de Alemania. Los tribunales italianos declararon ejecutables en Italia fallos de tribunales griegos (caso "Distomo") y adoptaron medidas de embargo contra una propiedad alemana.	Grecia	Interés de intervenir respecto de los fallos rendidos por tribunales internos griegos y ejecutados por cortes italianas. También informar sobre sus derechos e intereses jurídicos de manera que no sean afectados cuando la C.I.J. decidiera cuestiones de inmunidades jurisdiccionales y responsabilidad internacional del Estado.	(2011) La C.I.J. hizo lugar como tercero interviniente no parte pero limitó su alcance a la cuestión de las decisiones de los tribunales griegos en el caso "Distomo".
Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte, el 20 de diciembre de 1974, en el caso de los ensayos nucleares * Nueva Zelanda c. Francia	Legalidad de la realización de una última serie de ensayos de armas nucleares (subterráneos) en el Pacífico meridional a partir de septiembre de 1995, que fuera anunciada por Francia.	Australia, Samoa, Islas Salomón, Islas Marshall y Estados federados de Micronesia	Como Nueva Zelandia invocó en su solicitud derechos <i>erga omnes</i> , que serían afectados por la decisión de Francia. Australia consideraba que tenía un interés jurídico en la observancia de tales obligaciones por parte de Francia. Samoa, las Islas Salomón, las Islas Marshall y Estados federados de Micronesia también se referían a las normas <i>erga omnes</i> involucradas en este caso como fundamento de sus solicitudes.	(1995) Al rechazar la solicitud principal de examen de la situación presentada por Nueva Zelandia, rechazó también las solicitudes de permiso para intervenir y las declaraciones de intervención que habían sido presentadas.
**		Samoa, Islas Salomón, Islas Marshall y Estados federados de Micronesia	Samoa, las Islas Salomón, las Islas Marshall y Estados federados de Micronesia entendían que como Nueva Zelandia había invocado ciertos artículos de la Convención para la protección de los recursos naturales y medio ambiente de la región del Pacífico Sur (1986), tenían derecho a intervenir a los efectos de la interpretación de dicha Convención, de la cual eran parte.	

CASO Y PARTES	OBJETO DEL CASO	TERCERO QUE SOLICITA INTERVENIR	INTERÉS DEL TERCERO	RESULTADO DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN
Disputa territorial y marítima * Nicaragua c. Colombia	Disputa sobre un grupo de cuestiones legales subsistentes entre los dos Estados concernientes al título sobre el territorio y delimitación marítima en el Caribe occidental.	Honduras	Solicita intervenir como parte en el procedimiento tendiente a arreglar definitivamente tanto el diferendo sobre la línea de delimitación entre el punto final de la frontera fijada por la Corte en 2007 (caso entre Honduras y Nicaragua) y el punto tripartito sobre la línea fronteriza del tratado de delimitación marítima de 1986 entre Honduras y Colombia. En subsidio, solicita intervenir como no parte a fin de proteger sus derechos e informar a la Corte acerca de la naturaleza de sus derechos e intereses jurídicos en el Caribe que pudieran ser afectados por la decisión de la Corte.	(2011) La C.I.J. rechazó el pedido de Honduras sea para intervenir como parte o como no parte, por no haber demostrado tener un interés de naturaleza jurídica que pudiera ser afectado por la decisión de la Corte en este caso.
		Costa Rica	Costa Rica solicita intervenir como no parte para informar a la Corte sobre la naturaleza de sus derechos jurídicos e intereses y asegurar que la decisión sobre la delimitación marítima no afecte tales derechos e intereses.	(2011) La C.I.J. rechazó el pedido de Costa Rica teniendo en cuenta que las partes litigantes no habían solicitado una delimitación en el área marítima que Costa Rica tenía interés jurídico en proteger.
Caza de ballenas en la Antártida ** Australia c. Japón	Legalidad del programa aplicado por Japón que trae como consecuencia la caza de ballenas a gran escala. Se alega la violación de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (1946).	Nueva Zelanda	Interpretación de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas (1946).	(2013) La C.I.J. admitió la declaración de intervención como no parte.

LAS CONTRIBUCIONES DE AMÉRICA LATINA A LA PAZ Y AL DERECHO INTERNACIONAL

*Mauricio Alice**

SUMARIO: I. Introducción; II. El mantenimiento de la paz; II.1. La obligación del arreglo pacífico de controversias; II.2. El marco normativo regional; II.3. Las contribuciones de la región al desarrollo del derecho internacional; III. América Latina y su tradición de respeto del derecho internacional; III.1. Los distintos mecanismos utilizados para resolver conflictos en la región; III.2. El pacifismo de la región; IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo los Estados de América Latina han manejado sus conflictos y han hecho posible que la región pueda ser considerada una de las más pacíficas del planeta. Asimismo, el presente trabajo revisará el desarrollo de normas y principios de derecho internacional en la región, junto con sus contribuciones al derecho internacional general.

El primer eje de análisis tiene que ver con el apego de los Estados de la región a principios y normas que ellos mismos contribuyeron a desarrollar, desde su independencia hasta nuestros días, y que, en relación con el primer eje, han hecho de la resolución pacífica de conflictos una referencia constante. Repasando la historia del Sistema Interamericano, vemos que su desarrollo fue progresivo y evolucionó dentro de un marco jurídico establecido por resoluciones de las conferencias internacionales americanas, hasta la adopción de diversos tratados que terminaron de darle forma, incluso en materia de solución de controversias. De allí que es

* El autor es diplomático de carrera, Entre otras funciones diplomáticas, fue Representante Alternativo de Argentina ante la Organización de los Estados Americanos (OEA). Fue profesor del curso "Sistema Jurídico Interamericano" en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) (2007-2008) y de Negociación Internacional en la Universidad Torcuato Di Tella (2004-2009). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI.

posible hablar de un “Sistema Jurídico Interamericano”, entendiendo por tal el conjunto de normas –convencionales y consuetudinarias– e instituciones y principios generales de derecho internacional –público y privado– que rigen y estructuran las relaciones de los Estados entre sí y con los demás sujetos del derecho en el continente, desarrolladas desde la emancipación hasta nuestros días¹. Resulta frecuente hablar de “Sistema Interamericano”, cuyo origen puede situarse temporalmente en la primera Conferencia Internacional Americana (1890), que estableció la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas. Para Gordon Connell-Smith, el Sistema Interamericano comprende ciertos tratados y acuerdos entre los países americanos; numerosas instituciones interamericanas creadas con el fin de promover objetivos comunes y el acatamiento de principios acordados; y una forma de diplomacia multilateral, a través de la cual los Estados americanos conducen sus relaciones internacionales². Si bien hay una tendencia a vincular el Sistema Interamericano a la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), cabe tener presente que aquel precede al establecimiento de este Organismo y es mucho más abarcativo. Al abordar esta temática, y dada su relevancia, considero oportuno revisar algunas de las contribuciones de la región al derecho internacional, incluyendo una breve referencia a la discusión sobre la existencia o no de un “derecho americano”.

El segundo eje de análisis se concentra en la prevalencia de la paz en las relaciones entre Estados en una región geográfica que ha estado determinada no tanto por la ausencia de conflictos como por la tendencia histórica a privilegiar la búsqueda de su arreglo pacífico, apelando para ello a los diversos mecanismos previstos en el derecho internacional público en general y, particularmente, en el marco de las normas que forman parte del sistema interamericano. En efecto, si revisamos la historia observamos que frente a otras regiones, América Latina ha demostrado ser una de las zonas más pacíficas del mundo, entendiéndolo en términos de relaciones entre Estados³, desde la independencia de estos últimos hasta nuestros días, y

¹ ALICE, Mauricio, *El Sistema Jurídico Interamericano*, Buenos Aires, Ugerman Editor, 2006, p. 15.

² CONNELL-SMITH, Gordon, *El Sistema Interamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 13.

³ La ausencia de conflictos armados contrasta con la calificación de América Latina como la región más violenta en términos de delitos, sobre todo en América Central y el Caribe donde

particularmente, a la luz del uso de la fuerza, que caracteriza una guerra y un conflicto armado⁴. A partir de la constatación de la afirmación precedente, resulta apropiado considerar qué han hecho y hacen los Estados de América Latina para asegurar la vigencia de la paz en la región.

II. El mantenimiento de la paz

II.1. La obligación del arreglo pacífico de controversias

El arreglo pacífico de las controversias internacionales es un principio de derecho internacional contemporáneo consagrado en la Carta de la O.N.U., en la que el mantenimiento de la paz ya se convirtió en el “centro explicativo” de los objetivos y la evolución de las Naciones Unidas hacia el imperativo “*pacta sunt servanda*”⁵. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas proscribió el uso de la fuerza armada para el arreglo de las controversias internacionales, lo que se convirtió en uno de sus propósitos básicos: “lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”, así consagrado en el artículo 1, párrafo 1 de la Carta de la O.N.U., la cual dedica un capítulo entero –el VI– al cumplimiento de este propósito.

El artículo 2, párrafos 3 y 4 de la Carta de la O.N.U., contiene dos obligaciones paralelas que requieren de sus Estados Miembros: (1) arreglar “sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”; y (2) abstenerse en sus relaciones internacionales “de recurrir a la

se concentran las tasas más elevadas del mundo en homicidios, según lo afirma el “Global Peace Index” (GPI), elaborado por el Institute for Economics and Peace (2014). Disponible en: <http://www.visionofhumanity.org/sites/default/files/2014%20Global%20Peace%20Index%20REPORT.pdf> (acceso el 26 enero 2015).

⁴ La Universidad de Upsala (Suecia) caracteriza la guerra de acuerdo con un factor de intensidad: por lo menos 1.000 combatientes muertos en un año; y al conflicto armado como: “una lucha de incompatibilidad que involucra al gobierno y/o [sic] territorio donde el uso de fuerzas armadas entre dos grupos, uno de los cuales es al menos el gobierno, causa al menos 25 muertes relacionadas con el conflicto en un periodo de un año”, *Uppsala Conflict Database Program* (UCDP), 2013, disponible en: http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/definitions/definition_of_armed_conflict/ (acceso el 10 diciembre 2014).

⁵ SIDJANSKI, D, “L’O.N.U. et la norme *pacta sunt servanda*”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 8, 1955.

amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. En ese sentido lo reconoció la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte” o C.I.J., indistintamente) al afirmar que el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales⁶. Este es un postulado supremo consagrado en la Carta no sólo como una herramienta que asegura la vigencia y valor de este instrumento jurídico sino también como un camino para procurar garantizar la supervivencia de sus Estados miembros, a la vez que un marco de referencia obligada para asegurar que no resulten comprometidas ni la paz ni la seguridad internacional.

Existe consenso, y así lo entendió la Corte, en que la prohibición contenida en dicho dispositivo es no sólo parte del derecho de los tratados y de la costumbre internacional sino también una norma imperativa general o de *ius cogens*⁷, esto 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”, según lo establece el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Este deber general contenido en la Carta de la O.N.U. coexiste con una cierta ambivalencia expresada por la libertad que tienen las partes en una controversia o conflicto de elegir los medios de arreglo o de solución que consideren adecuados. Este es el postulado que emana del artículo 33.1 *in fine*, Capítulo VI (“Arreglo Pacífico de Controversias”), cuando luego de enumerar diversos medios —la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales—, añade “u otros medios pacíficos de su elección”.

Los principios de la Carta de la O.N.U. con respecto al arreglo de las controversias internacionales han sido elaborados con mayor profundidad en la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad

⁶ C.I.J., *Asunto del Canal de Corfú* (Reino Unido c. Albania), Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 35.

⁷ C.I.J., *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Sentencia del 27 de junio de 1986, para. 190.

con la Carta de las Naciones Unidas”⁸, en la que se reiteran los mandatos contenidos en la Carta de la O.N.U. respecto del deber de abstención del uso o amenaza de la fuerza y del arreglo pacífico de las controversias. Esta Declaración establece, asimismo, que los Estados parte en una controversia internacional, así como los demás Estados, “(...) se abstendrán de toda medida que pueda agravar la situación al punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, a la vez que destaca que el arreglo de las controversias internacionales “se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios”, principio éste también contenido en la Carta de la O.N.U., reproduciendo los mecanismos que este último también prevé.

El Capítulo VIII de la Carta de la O.N.U. prevé los denominados “Acuerdos Regionales”, como un ámbito o mecanismo para la solución de controversias. El artículo 52.2 dispone que los miembros de la O.N.U. que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos –un ejemplo de los cuales es la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.)– “harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlos al Consejo de Seguridad” y añade el 52.3 que el “Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo bien a iniciativa de los Estados interesados bien a iniciativa del Consejo de Seguridad”.

II.2. El marco normativo regional

La resolución de conflictos, durante los primeros años del Sistema Interamericano, estuvo dominada por la idea del arreglo pacífico de controversias. Este llamado sistema de solución o arreglo pacífico de controversias en el continente se utilizó como un recurso a los procedimientos prescriptos por el derecho internacional en los casos en que la diplomacia directa había fracasado. Algunos de esos procedimientos eran de naturaleza principalmente jurídica, como los buenos oficios, el arbitraje y la conciliación, con elementos político-legales en la instancia de mediación y medidas técnicas tales como la investigación o el denominado *fact-finding*. Después de la segunda guerra mundial, los procedimientos de

⁸ A.G.N.U. 2625(XXV), 24 de octubre de 1970.

solución pacífica o el arreglo pacífico de las disputas estaban asociados al esquema de seguridad colectiva que, a su vez, implicaba compromisos mutuos para oponerse a la agresión.

El Sistema Interamericano vivió originalmente dentro de un marco jurídico establecido por resoluciones de las conferencias internacionales americanas⁹, hasta la sanción de diversos tratados que terminaron de dar forma a este sistema de solución de controversias, a saber: la Carta de la O.E.A., el Tratado Americano de Solución de Controversias o “Pacto de Bogotá” y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (T.I.A.R.). Algunas breves palabras sobre cada uno de ellos.

1. La Carta de la O.E.A.: El artículo 2 de la Carta establece entre los propósitos esenciales de la Organización, “Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros”. En el artículo 3 de la Carta, los Estados miembros reafirman, como principio, que “Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos”.

La Carta dispone que las controversias internacionales entre los Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica que ella prevé. Entre los métodos de solución pacífica de controversias se distingue entre aquellos que acercan a las partes para que ellas mismas resuelvan sus diferencias, y los métodos que implican la intervención de un órgano formal que las dirima con autoridad de cosa juzgada. Entre los primeros, conocidos comúnmente como métodos diplomáticos, se incluye la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. A su vez, los métodos jurisdiccionales comprenden el arbitraje y el procedimiento judicial. Estos métodos o procedimientos pacíficos están previstos en el artículo 24 de la Carta de la O.E.A., reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, sin perjuicio de agregar aquellos otros “que especialmente acuerden, en cualquier momento las partes”.

⁹ Sobre evolución histórica del Sistema Interamericano, ver Alice, Mauricio, *op. cit.*, pp. 29-55.

2. El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o “Pacto de Bogotá”: Este Tratado fue adoptado en el curso de la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948. El Pacto de Bogotá es el “tratado especial” al que hace referencia el artículo 27 de la Carta de la O.E.A.¹⁰ y precisa los diversos medios de solución pacífica de controversias que pueden ser aplicados por los Estados parte en él, los cuales coinciden con los mencionados en el artículo 25 de la Carta, ya mencionados precedentemente.

El Pacto de Bogotá fue firmado por los entonces 21 Estados miembros de la Organización y cuenta hoy con la ratificación de 14 de ellos. La mayor parte lo ratificó entre los años 50 y 60, habiéndose sumado en tiempos más recientes Ecuador (2008) y Bolivia (2011). Los Estados que lo denunciaron fueron El Salvador (1973) y Colombia (2012). Muchos de los Estados que lo ratificaron, sin embargo, formularon reservas que incidían en la validez y eficacia de este instrumento, al estar relacionadas con el mecanismo automático de arbitraje obligatorio y recurso a la C.I.J. Debido a ello se hicieron intentos orientados a su enmienda que resultaron infructuosos y que pusieron de manifiesto la existencia de divergencias de fondo acerca de la conveniencia de revisar o sustituir el Pacto de Bogotá¹¹. De hecho, entre 1948 y 1986, varios casos planteados entre Estados americanos fueron presentados ante la C.I.J. sin invocar el “Pacto de Bogotá”¹².

3. El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (T.I.A.R.): fue concebido como un mecanismo de seguridad colectiva frente a actos de agresión, aunque contiene también procedimientos de solución pacífica de

¹⁰ Artículo 27: “Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable”.

¹¹ Ver *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos* (O.E.A./Ser.G CP/CSH-278/00), 13 de marzo de 2000.

¹² Entre ellos: C.I.J., casos de *Derecho de asilo* (Colombia c. Perú), 1950; *Sentencia arbitral del Rey de España* (Honduras c. Nicaragua), 1958; *Delimitación del límite marítimo en la región del golfo de Maine* (Canadá c. Estados Unidos), 1981; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), 1984; *Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares* (Paraguay c. Estados Unidos), 1998; *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos), 2003; y *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay* (Argentina c. Uruguay), 2006.

controversias una vez que este ha sido puesto en práctica. En 1975 se introdujo un Protocolo de enmiendas a la Convención, el que nunca entró en vigor al no haber alcanzado el número necesario de ratificaciones. Jean Michel Arrighi nos recuerda que “hasta ahora los Estados americanos han utilizado el tratado en veinte ocasiones: dieciocho veces por conflictos entre Estados y dos veces, las dos últimas, para situaciones de origen extracontinental en el interior del área geográfica definida por el artículo 4”¹³.

II.3. Las contribuciones de la región al desarrollo del derecho internacional

Esta región se ha caracterizado por su apego al derecho internacional a lo largo de su historia. Desde su independencia, en el siglo XIX, los Estados del nuevo mundo revelaron que poseían una “mentalidad internacional”¹⁴. En efecto, en América Latina siempre hubo una fuerte tradición de respeto al derecho internacional, visto como un vehículo para prevenir la guerra y oponerse a las intervenciones eventuales de potencias extra regionales. Arie Kacowicz, afirma que “desde su independencia, los países de América latina desarrollaron gradualmente instituciones complejas y un sofisticado sistema regional de derecho internacional, que incluía una serie de normas regionales que regularon su comportamiento internacional y nacional”¹⁵. Por su parte, Yepes afirma que los Estados de América Latina han proclamado ciertas doctrinas y principios acordes con sus necesidades y las condiciones en las que se formaron, habiendo muchos de estos principios sido aceptados como parte integrante del derecho internacional general¹⁶.

¹³ ARRIGHI, Jean Michel, “L’Organisation des Etats Américaines et le Droit International”, *Recueil des Cours*, vol. 355 (2011), pp. 264-271. Ver también *Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, Applications*, Organization of American States, General Secretariat, vol. 1, 1948-1959 (1973); vol. 2, 1960-1972 (1973), vol. 3-I, 1973-1976 (1977), vol. 3-II, 1977-1981 (1982), vol. 4, 1982-2003 (2004).

¹⁴ FERNANDEZ, Raoul, “L’Amérique du Sud et la Société des Nations”, en *L’origine et l’œuvre de la Société des Nations*, tomo II, 1924, p. 137.

¹⁵ KACOWICZ, Arie M., “America Latina como sociedad internacional: una variación grociana del orden regional y de la comunidad”, en *Puente@Europa* - Università di Bologna, [online], disponible en <http://www.ba.unibo.it/BuenosAires> (acceso el 7 abril 2012).

¹⁶ YEPES, José M., “Matière préliminaire: La contribution de l’Amérique latine au développement du droit international public et privé”, *Recueil des Cours*, vol. 2 (1930), p. 698.

Se ha escrito bastante sobre la importancia de la contribución del Sistema Interamericano al derecho internacional general¹⁷, y desde esta perspectiva, hemos visto que con el curso de los años la tendencia al regionalismo se ha fortalecido y generalizado. Sea que se trate de las normas y principios jurídicos, en particular los que corresponden a la solución pacífica de controversias, la prohibición del uso de la fuerza, la no intervención en los asuntos internos de un Estado, el respeto a la integridad territorial, y el del *uti-possidetis*. O bien que se trate de la práctica desarrollada en materia de reconocimiento de gobiernos (doctrinas Tobar, Wilson, Estrada) o las doctrinas relacionadas con la prohibición del cobro compulsivo de la deuda pública (Monroe, Drago, Stimson) o las normas relativas a la protección diplomática (Calvo), estas reglas fueron simplemente consideradas inaplicables contra terceros Estados o limitadas en su alcance geográfico¹⁸. Además, como señaló Barberis, junto con la firma de los tratados, vimos el desarrollo en América de una serie de usos y prácticas relativas a cuestiones que surgieron con mayor frecuencia en las relaciones internacionales. Así, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con la Guerra Civil, la responsabilidad por daños causados a extranjeros, a la delimitación de las fronteras internacionales, al asilo diplomático y a la libertad de navegación fluvial, presentaban en América características especiales¹⁹. Valga lo precedente tan solo como una síntesis de ese desarrollo y contribuciones, dado que un análisis exhaustivo del tema excedería los límites y propósito del presente trabajo.

El desarrollo del derecho internacional ha sido una constante del Sistema Interamericano, debiendo subrayarse sus contribuciones a su

¹⁷ Ver BARBERIS, Julio A., “Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine”, *Recueil des Cours*, vol. 235 (1992), p. 94; KACOWICZ, Arie M., *The Impact of Norms in International Society: The Latin American Experience, 1881–2000*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2005, p. 66; PUIG, Juan C., *Les principes du droit international public américain*, Paris, Pédone, 1954, p. 27; YEPES, José M., *op. cit.*; URRUTIA, Francisco J., “La codification de droit international en Amérique”, *Recueil des Cours*, vol. 2 (1928); CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “Los aportes latinoamericanos al derecho y la justicia internacionales”, en *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, tomo I, San José, Costa Rica, 2003, p. 58.

¹⁸ NGUYEN QUOC DINH; DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *Droit international public*, 7ª edición, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 75-76.

¹⁹ BARBERIS, Julio A., *op. cit.*, p. 94.

codificación, tanto en materia de derecho internacional público como privado. Antonio Remiro Brotóns destacó que:

América Latina fue la primera que concibió la idea de codificar el Derecho de Gentes, interés que está fuertemente arraigado en la conciencia y cultura política latinoamericana como traducción de solidaridad y singularidad regional (...). Pero lo que más interés despierta de la experiencia codificadora americana es su labor de anticipación sobre la regulación normativa de diversos ámbitos del Derecho Internacional (casos, por ejemplo, del principio de no intervención o del régimen jurídico de reservas a los tratados)²⁰.

El Sistema Interamericano también fue precursor respecto del establecimiento de un órgano consultivo en asuntos jurídicos, como fue la creación en 1906 del Comité de Jurisconsultos, que más tarde se convirtió en el Comité Jurídico Interamericano (C.J.I.). También hay que señalar que muchos acuerdos se han negociado, firmado y ratificado durante las conferencias panamericanas y desde la creación de la O.E.A., a veces antes de la adopción de acuerdos similares a nivel mundial, sobre diversas materias del derecho internacional, tales como las convenciones en materia diplomática y consular, el arbitraje, la corrupción o la cooperación judicial, o incluso convenciones que no alcanzaron un consenso dentro de las Naciones Unidas como la Convención interamericana contra el terrorismo. El Sistema Interamericano también fue capaz de superar los problemas relacionados con la coexistencia de dos tradiciones jurídicas en las Américas.

Reiteradamente, y sobre la base de lo dicho precedentemente, se ha subrayado la tradición jurídica de este hemisferio, que llevó incluso a hablar de la existencia de un “derecho americano”. Revisando la historia, la idea de crear un derecho internacional exclusivo de las Américas, es decir, un “derecho internacional americano”, aparece en los primeros años después de la independencia de las colonias españolas en el continente y fue utilizado en varias ocasiones en los congresos y conferencias que reunían a las

²⁰ REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 527.

repúblicas americanas. Fue quizás en el Congreso de Panamá de 1826, que se utilizó por primera vez esa expresión, siendo retomada luego en reuniones similares. Así, en la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889) el proyecto de Convención sobre el Arbitraje leía en su artículo 1: “Las Repúblicas del norte, del centro y del sur de América adoptan el arbitraje como principio de derecho internacional americano para la solución de controversias y de diferendos que pudieran surgir entre ellas”. La misma expresión fue utilizada en la XI Conferencia Panamericana (México, 1901-1902).

Los debates sobre la existencia de un “derecho interamericano”²¹ o de un “derecho americano” se sucedieron entre los juristas latinoamericanos²², entre los defensores de su existencia, como Alejandro Alvarez (1910) y aquellos que la negaban, como Manoel Augusto Sa Vianna (1912). Respecto de estos debates, Julio Barberis constató que los principales temas de discusión podían resumirse en cuatro: el concepto de derecho internacional americano, la hipótesis de su existencia teórica, su existencia real en esa época, y finalmente la relación del derecho internacional americano con el derecho internacional universal²³. Respetando los límites del presente trabajo, valga reproducir aquí la conclusión de Barberis sobre la tercera cuestión, esto es, la existencia de un derecho internacional americano:

(...) la réponse à donner à cette question varie dans le temps. Il est très possible que si cette analyse avait été faite au cours des décennies précédentes nous aurions pu identifier un plus grand nombre de normes juridiques régionales. Cela tient à ce que l'Amérique latine a connu un processus que nous avons qualifié de «généralisation» et au

²¹ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, “L'évolution récente du régionalisme interaméricain”, en *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain - Société Française pour le Droit International, Colloque de Bordeaux 1976*, Paris, Pédone, 1976, p. 60; BARBERIS, Julio A., “Las Normas Propias del Derecho Internacional Latinoamericano”, en *O.E.A. - Comité Jurídico Interamericano, XXV Curso de Derecho Internacional*, vol. 18, Washington DC, 1998; ALVAREZ, Alejandro, “Latin America and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 3, n. 2 (1909), pp. 269-353.

²² Entre ellos, Calvo, Alcorta, Alvarez, Sa Vianna y Pessoa.

²³ BARBERIS, Julio A., *op. cit.* (“Les règles spécifiques...”), p. 95.

cours duquel certaines normes régionales ont été incorporées dans le droit international universel²⁴.

III. América Latina y su tradición de respeto del derecho internacional

III.1. Los distintos mecanismos utilizados para resolver conflictos en la región

La práctica entre los Estados americanos registra varios casos en los cuales las controversias internacionales han sido resueltas mediante procedimientos pacíficos, incluidos mecanismos *ad hoc*, entre ellos: Costa Rica y Nicaragua, Honduras y Nicaragua, Panamá y Estados Unidos, Honduras y El Salvador, Perú y Ecuador²⁵.

En el ámbito de la resolución pacífica de los conflictos internacionales, el hemisferio mostró una persistente ambivalencia entre, por un lado, el deber genérico de los Estados del arreglo pacífico y, por otro lado, la libertad de elección que se les acuerda en relación con los medios a emplear para dicho arreglo. Esta tensión inherente entre el deber genérico de resolución pacífica y la libre elección de los medios ha tenido repercusiones en relación con la aplicación de los instrumentos internacionales²⁶.

Cabe destacar que antes del Pacto de Bogotá, el procedimiento más común entre los medios de solución que los Estados americanos utilizaban para el arreglo de las controversias que surgían entre ellos, incluyendo con países europeos, era el arbitraje²⁷. Fue en la Primera Conferencia Americana (Washington, 1889-1890) que se establecieron las bases de un futuro tratado de arbitraje entre países americanos para resolver los conflictos, que

²⁴ *Ibidem*, pp. 224-225.

²⁵ Ver ALICE, Mauricio, *op. cit.*, pp. 144-153; CAÇADO TRINDADE, Antonio A., "Regional arrangements and conflict resolution in Latin America", en *Conflict resolution: new approaches and methods*, UNESCO's series on Peace and Conflict issues, París, Unesco, 2000, pp. 141-162.

²⁶ *Ibidem*, p. 144.

²⁷ CAICEDO CASTILLA, José J., "El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre soluciones pacíficas", en *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 4 (1948), pp. 5-33.

puede considerarse como “un principio de derecho internacional americano para la solución de conflictos, disputas o controversias que surja entre dos o más Estados”²⁸. Las sucesivas conferencias panamericanas se ocuparían recurrentemente de esta institución.

Pero aun con anterioridad a la primera Conferencia Internacional americana de 1889, los Estados de la región mostraban su tendencia a recurrir a mecanismos para el arreglo pacífico de sus controversias, en particular el arbitraje²⁹. De hecho, el primer proyecto de Convención sobre el Arbitraje fue uno de los resultados del Congreso de Panamá (1826), convocado por iniciativa de Simón Bolívar. En efecto, desde su independencia, los Estados de América Latina han hecho uso del arbitraje como principio y como una práctica que se deriva de su sometimiento a la solución pacífica de las controversias. Según el “*Survey of International Arbitrations*” de Stuyt, entre 1794 y 1938, los Estados de América Latina participaron en aproximadamente 200 arbitrajes antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, la mayor parte de ellos habiendo tenido lugar después de su independencia; esto es, desde 1829, fecha del primer arbitraje, hasta 1910³⁰.

Juan Carlos Puig dice que en tiempos pasados, hasta llegar a la Segunda Guerra Mundial, los países latinoamericanos se distinguieron por su apego a las formas pacíficas de solución de conflictos y especialmente al arbitraje, sobre todo en sus relaciones con los Estados europeos³¹. Esto no se debió a que aquellos procedimientos fueran más perfectos, de mayor calidad que los que podrían darse en el presente, explica Puig, sino que esa solución impuesta o preconizada estaba amparada y auspiciada por el régimen internacional³². Los pequeños y medianos países de la periferia no estaban en condiciones de resistir las presiones que ejercían las grandes Potencias,

²⁸ Artículo 1.

²⁹ LUPINACCI, Julio C., “Los procedimientos jurisdiccionales en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)”, en *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1962, p. 165 (citado por ARRIGHI, Jean Michel, *op. cit.*, p. 277).

³⁰ STUYT, Alexander M., *Survey of International Arbitrations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 3ª edición, 1990.

³¹ PUIG, Juan C., “Solución Pacífica de Conflictos en América Latina y Crítica de los Procedimientos Existentes”, en *Seminario internacional Zona de Paz: Hacia una Alternativa de Seguridad Regional para América Latina*, Santiago de Chile, FLACSO, 5-7 de junio de 1985, pp. 9-11.

³² *Ibidem*.

primero para que consintieran en una forma pacífica de solución; luego, para que aceptaran la propuesta de arreglo o la decisión del juzgador. Comparados con otros países europeos medianos o pequeños, el récord de los latinoamericanos en materia de arbitraje es impresionante, afirmaba Puig, al mostrar que, por ejemplo, Argentina fue parte en 9 procesos; Bolivia en 7; Brasil en 16; Colombia en 20; Chile en 32; Ecuador en 11; Perú en 31; México en 2; y Venezuela en 25³³. A partir de 1939 y hasta nuestros días, sólo Chile y Argentina han recurrido conjuntamente al arbitraje en dos oportunidades³⁴. Después de 1910 el número de arbitrajes comienza a disminuir hasta el punto de que los arbitrajes que se referían a los países de América Latina ni siquiera llegaban a una treintena de casos. El recurso al arbitraje fue gradualmente abandonado por los Estados de la región hacia mediados del siglo XX. Lionel Summers observa que después de la Segunda Guerra Mundial, los arbitrajes más relevantes fueron los relacionados con los conflictos fronterizos entre Chile y Argentina y entre Honduras y Nicaragua³⁵.

Vale la pena recordar también, que los Estados de América Central establecieron mediante un Tratado (1907)³⁶ la Corte de Justicia Centroamericana –que fue el primer tribunal permanente creado en el mundo para juzgar conflictos entre Estados aplicando el derecho internacional– la que funcionó durante diez años³⁷, y uno de cuyos fallos más célebres fue el relacionado con el conflicto entre El Salvador y Nicaragua.

La adopción del Pacto de Bogotá proporcionó un instrumento específico para la resolución de conflictos en la región y se aplicó, por ejemplo, en el conflicto limítrofe entre Honduras y Nicaragua en 1957, habitualmente citado como uno de los casos de arreglo de controversias alcanzado gracias a la intervención de la O.E.A. El Consejo Permanente de la Organización creó en esa ocasión un Comité *ad hoc*, que trabajó en

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ SUMMERS, Lionel M., “Arbitration and Latin America”, *California Western International Law Journal*, vol. 3 (1972-1973), pp. 5-7.

³⁶ La Convención fue firmada en Washington DC, el 20 de diciembre de 1907, por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

³⁷ El 12 de marzo de 1918 caducó la Convención que le había dado origen, por lo que la Corte de Cartago dejó de existir.

estrecha colaboración con los gobiernos de estos dos países para ayudarles a encontrar una solución. La ratificación del Pacto de Bogotá por esos dos Estados abrió el camino para una amplia gama de posibilidades: la mediación, el arbitraje y el recurso a la Corte Internacional de Justicia. La estrategia de la O.E.A. no era transar la cuestión sino garantizar que Nicaragua y Honduras alcanzaran por sí mismas una solución a su conflicto.

La profundización en el desarrollo de mecanismos o esquemas institucionales de resolución de conflictos se proyectó a la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Habana, de 1940, en la que se creó la “Comisión Interamericana de Paz”, que curiosamente coexistió con los procedimientos contemplados en el Pacto de Bogotá, aunque tenía su propia base legal y operaba a un nivel básico de buenos oficios. Pese a que los poderes de la Comisión se extendieron hasta 1959, esta fue sustituida en el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, por la “Comisión Interamericana de Solución Pacífica de Controversias”, que tenía mayores poderes que la anterior en tanto órgano subsidiario del Consejo Permanente de la O.E.A. Sin embargo, esta última tampoco tuvo una larga existencia puesto que desapareció con el Protocolo de Cartagena, de 1985, y sus funciones fueron asumidas por el Consejo Permanente de la O.E.A., dotado ahora de la facultad de establecer comisiones *ad hoc* –con el consentimiento de las partes involucradas– (artículos 85 a 87) y por el Secretario General de la O.E.A., que a partir de entonces tiene la facultad de llevar a la atención de la Asamblea General toda cuestión que a su juicio pueda afectar la paz en el continente (artículo 116)³⁸.

La resistencia de los Estados de la región en aceptar el Pacto o apelar a su aplicación llevó, en reiteradas ocasiones, a buscar soluciones *ad hoc* al margen de los mecanismos institucionales aludidos precedentemente. Así, para citar algunos ejemplos, tenemos los casos de los conflictos entre Costa Rica y Nicaragua, a fines de los 70; entre El Salvador y Honduras, en 1980; y entre Perú y Ecuador, en los 80 y 90. Una de las muestras más claras de la búsqueda de mecanismos *ad hoc*, por la incapacidad expuesta por las organizaciones internacionales, lo constituyen los conflictos y tensiones que se desarrollaron en América Central y que se resolvieron a través del llamado “Proceso de Contadora”. Otro medio al que apelaron los

³⁸ ALICE, Mauricio, *op. cit.*, p. 146.

Estados americanos han sido las negociaciones directas, las que resultaron exitosas en casos como los de Argentina y Uruguay sobre el Río de la Plata y su frente marítimo, así como entre Argentina y Brasil sobre el uso de las aguas del Río Paraná, o entre Estados Unidos y Panamá en relación con el régimen del canal de Panamá. Algunos Estados americanos apelaron también a más de un mecanismo de solución pacífica en sus negociaciones, como fue el caso de la controversia entre Argentina y Chile por el Canal de Beagle, cuyo laudo arbitral de 1977, fue sucedido por la mediación de la Santa Sede, lo que llevó al Tratado de Paz de 1984. La resolución de esta controversia marcó en cierto modo el camino para el arreglo de otra disputa fronteriza entre ambos países, en este caso sobre Laguna del Desierto, la que se sometió a un Tribunal Arbitral, que produjo su laudo el 21 de octubre de 1994, seguido de otra sentencia solicitada por Chile para la revisión e interpretación del primero, del 13 de octubre de 1995. Otro ejemplo de un proceso mixto es el contenido en el Protocolo de Arbitraje de Washington de 1922 entre Chile y Perú, en que se dejó establecido que si el plebiscito de Tacna y Arica era declarado improcedente por el árbitro, las Partes convenían en acudir a los buenos oficios de Estados Unidos para alcanzar un arreglo. Sin embargo, como el árbitro declaró procedente el plebiscito, esta cláusula no se aplicó³⁹.

En la búsqueda de resolver conflictos limítrofes entre Estados de la región, también se buscó el auxilio de la C.I.J. ante cuyos estrados comenzaron a acudir en los años 1950 y 1960, y con mayor énfasis a partir de los años 1980 y 1990, marcando una clara tendencia en los 2000. Así, ante este órgano se dirimieron y dirimen cuestiones tales como el *caso de asilo* entre Colombia y Perú (1950-51), el *conflicto fronterizo entre Honduras y Nicaragua relativo al laudo arbitral del Rey de España de 1906* (1958-1960), el caso *Nicaragua contra Estados Unidos* (1984-1986), la *disputa fronteriza entre el Salvador y Honduras* con intervención de Nicaragua (1986-1992), entre Colombia y Nicaragua (2001-2012), entre Argentina y Uruguay (2006-2010), entre Perú y Chile (2008-2014), o entre Bolivia y Chile (2013-pendiente), para citar algunos ejemplos.

En los años 2000 se realizaron la mayor cantidad de presentaciones por Estados de nuestra región ante el máximo tribunal internacional, coincidiendo con una cierta “revalorización del Pacto de Bogotá”, por

³⁹ *Ibidem*, p. 148.

cuanto la mayor parte de las demandas invocan el artículo XXXI de este Tratado como base de la competencia de aquel para entender en ellas⁴⁰. En efecto, entre 1986 y 2014, el Pacto fue invocado en catorce casos⁴¹. En general, América Latina es la región con el mayor número de casos ante la C.I.J. “Entre 1945 y 2008, los Estados Iberoamericanos tuvieron 21 casos ante la Corte —el 18%—, siendo Nicaragua el país con el mayor número de casos”⁴². De los catorce casos pendientes en el día de hoy ante la C.I.J., seis corresponden a Estados de esta región, casi el 50%.

III.2. *El pacifismo de la región*

Esta región ha sido caracterizada como la más pacífica del planeta debido a que desde el siglo XIX el Sistema Interamericano ha sido testigo de

⁴⁰ Artículo XXXI. De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

⁴¹ 1) *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas* (Nicaragua c. Costa Rica), 1986-1987; 2) *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas* (Nicaragua c. Honduras), 1986-1992; 3) *Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras* (Nicaragua c. Honduras), 1999-2007; 4) *Diferendo territorial y marítimo* (Nicaragua c. Colombia), 2001-2012; 5) *Diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos* (Costa Rica c. Nicaragua), 2005-2009; 6) *Diferendo marítimo* (Perú c. Chile), 2008-2014; 7) *Aspersiones aéreas con herbicidas tóxicos* (Ecuador c. Colombia), 2008; 8) *Cuestiones en materia de relaciones diplomáticas* (Honduras c. Brasil), 2009-2010; 9) *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua), solicitud de medidas provisionales, 2010-2013; 10) *Construcción de una carretera en Costa Rica paralela al Río San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), 2013-pendiente; 11) *Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico* (Bolivia c. Chile), 2013-pendiente; 12) *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas desde la costa nicaragüense* (Nicaragua c. Colombia), 2013-pendiente; 13) *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Colombia), 2013-pendiente; 14) *Delimitación marítima en el Mar Caribe y en el Océano Pacífico* (Costa Rica c. Nicaragua), 2014-pendiente.

⁴² CRESPO, Iñigo S., “Tendencias en los litigios entre Estados de Iberoamérica ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2010, pp. 216-236.

escasos enfrentamientos bélicos a gran escala. Así, en el siglo XIX tuvo lugar la Guerra del Pacífico (1879-1883), que enfrentó a Chile contra Bolivia y Perú. En el siglo XX, en tanto, hubo tres guerras de envergadura: la Guerra del Chaco, entre Bolivia y Paraguay (1932-1935), la Guerra entre Perú y Ecuador (1941), y la Guerra de Malvinas, entre Argentina y el Reino Unido (1982). Sin embargo, si se compara con otras regiones del planeta, la relación sigue siendo menor para esta región tanto por su frecuencia como por su intensidad y el número de víctimas ocasionadas.

Respecto de América del Sur, se han ensayado diversas explicaciones que justifican la existencia de una “zona de paz”. Así, Arie Kacowicz habla de “zona de paz estable”, al subrayar que se trata de “una de las regiones más armoniosas en términos de guerras internacionales, al haberse producido sólo dos guerras en el siglo XX: la Guerra del Chaco, entre Bolivia y Paraguay (1932-1935), y la Guerra entre Perú y Ecuador (1941, seguida de enfrentamientos menores en 1981 y 1995)”⁴³. La “larga paz sudamericana” ha sido motivo de análisis y debate entre diversos estudiosos como por ejemplo, Martin (2006), Dominguez (2003), Mares (2001), Hobsbawn (2000), Kacowicz (1998), McIntyre (1995), Child (1988) o Holsti (1996) quien, luego de recordar que en América del Sur no ha habido guerras de secesión y, a diferencia de otras áreas, no ha habido ninguna guerra entre los Estados sudamericanos desde 1941, la caracteriza como un “sistema internacional diferente”⁴⁴.

En los párrafos precedentes se mostraron los esfuerzos y las tendencias registradas en la búsqueda de los Estados de la región por solucionar sus controversias de manera pacífica. Apelando a los diferentes mecanismos a su alcance, aquellos le asignaron prioridad a la paz, como divisa suprema a la hora de resolver los conflictos que los enfrentaban.

Ya vimos que el arbitraje fue el mecanismo de solución de controversias más utilizado durante el siglo XIX y primer decenio del siglo XX, para ir cediendo paso lentamente a diversos mecanismos *ad hoc*, que se emplearon sobre todo en las últimas tres décadas del siglo XX. Gradualmente, los países de la región fueron, a partir de los años 1980,

⁴³ KACOWICZ, Arie M., *Zones of Peace in the Third World*, Nueva York, State University of New York, 1998, p. 68.

⁴⁴ HOLSTI, Kalevi J., *The State, War, and the State of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 150-151.

inclinándose por un órgano jurisdiccional poco utilizado por ellos hasta entonces: la Corte Internacional de Justicia. Esta inclinación por someter sus controversias al máximo tribunal internacional se evidenció como una marcada tendencia en los años 2000, y es hoy un órgano insoslayable para los Estados de la región que necesitan resolver los conflictos que los oponen.

Al hacer referencia a las razones que explican el porqué ha habido tantos conflictos territoriales y tan pocas guerras internacionales, Kacowicz menciona una diversidad de factores⁴⁵, entre los que se destacan los “antecedentes históricos, culturales y normativos comunes”⁴⁶. Esta afirmación nos servirá de introducción a las conclusiones contenidas en los párrafos que siguen.

IV. Conclusiones

¿Qué es lo que explica la tendencia generalizada de los países de la región a resolver sus controversias apelando a medios pacíficos? Uno de los aspectos que sirven para caracterizar a la región ha sido su apego a los principios y normas que sus Estados contribuyeron a desarrollar gradualmente y en conjunto desde su independencia hasta nuestros días, y que hicieron del arreglo pacífico de las controversias una referencia constante. Alejandro Alvarez explica que:

The former Spanish colonies of America were born simultaneously into political life, forming a family of states in which the pride of independence, the love of liberty and the spirit of fraternity, developed an implacable hatred towards all foreign domination, and an eager striving for the formation of a political entity which would protect them against all attacks on their sovereignty and maintain peace among themselves⁴⁷.

⁴⁵ KACOWICZ, Arie M., *op. cit.* (*Zones of Peace...*), p. 68.

⁴⁶ El tema se encuentra reflejado con mayor extensión en ALICE, Mauricio, “La Resolución de Conflictos entre Estados en América Latina”, *Revista La Trama*, n. 44 (febrero 2015). Disponible online en: <http://www.revistalatrama.com.ar>.

⁴⁷ ALVAREZ, Alejandro, “Latin America and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 3, n. 2 (1909), pp. 269-353.

Los hombres que lideraron las campañas de liberación de América, entre ellos Bolívar y San Martín, estaban guiados por dos concepciones esenciales, a saber, la creación en América de una gran confederación o asociación de los países y el establecimiento de un cuerpo de principios jurídicos específicos aplicables a estos nuevos Estados⁴⁸. A partir del Pacto de Unión, Liga y Confederación suscrito en el Congreso de Panamá, en 1826, hemos asistido al desarrollo e institucionalización de las normas y principios de derecho, incluidos los relacionados con la solución pacífica de controversias, a través de las conferencias panamericanas, hasta y aún después de la creación de la O.E.A.

La profusión de acuerdos o medios para la solución pacífica de los conflictos se ha convertido en una consecuencia de la costumbre y del espíritu de promover la conciliación y el entendimiento entre los Estados. Es notable que ninguna otra región haya sido tan prolífica en la producción de tratados, convenios, resoluciones y declaraciones orientados a la consecución de este objetivo. En otras palabras, como lo afirma Puig “ninguna otra región tiene una serie de recursos jurídicos tan diversa y en ocasiones tan sofisticada”⁴⁹. Coincide Kacowicz cuando afirma que “ninguna otra región en el mundo tiene tantos tratados, cartas, documentos, convenciones y resoluciones multilaterales y bilaterales, que contiene obligaciones para el arreglo pacífico de las controversias internacionales”⁵⁰.

La aparición de las normas e instituciones en América Latina fue el resultado de un proceso evolutivo gradual después de la independencia de las antiguas colonias y reflejan los intereses y necesidades de los países de la región, así como su cultura y tradición. Según Kacowicz un argumento positivista sirve para explicar la aparición de normas en la sociedad latinoamericana como una necesidad funcional o como respuesta de una región débil que confrontaba un ambiente hostil de parte de las grandes potencias⁵¹. Como afirman Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet:

⁴⁸ BARBERIS, Julio A., *op. cit.* (“Les règles spécifiques...”), p. 93.

⁴⁹ PUIG, Juan C., “Controlling Latin American Conflicts: Current Juridical Trends and Perspectives for the Future”, en MORRIS, Michael A. y MILLAN, Victor (eds.), *Controlling Latin American Conflicts*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1983, p. 11.

⁵⁰ KACOWICZ, Arie M., *op. cit.* (“The Impact of Norms...”), pp. 43. Ver también KACOWICZ, Arie M., *op. cit.* (“America Latina como sociedad internacional ...”).

⁵¹ KACOWICZ, Arie M., *op. cit.* (“The Impact of Norms...”), p. 55.

Le développement du droit régional s'est exprimé en Amérique latine par la voie de normes et principes de droit, ou se combinent le processus coutumier traditionnel –dont la légitimité a été admise par la jurisprudence internationale (C.I.J., affaire Haya de la Torre, 1951)– et la diplomatie parlementaire au sein des conférences et organisations régionales⁵².

En definitiva, como se ha visto, un consenso normativo común sobre cómo manejar o resolver los conflictos en la región es la aplicación acotada a esta parte del mundo de la lógica *Grociana*. Como señala Arturo Sotomayor Velázquez:

(...) la preferencia latinoamericana por los enfoques jurídico y legal parece tener una justificación enraizada en una cultura diplomática profundamente normativa y principista; pues, desde su independencia, los países latinoamericanos han preferido guiarse por normas basadas en el Derecho Internacional Público e incluso han adoptado principios que regulan su comportamiento⁵³.

La consolidación del multilateralismo y la solución pacífica de las controversias entre los países de América han garantizado la ausencia de conflictos violentos en la región en los últimos años, según lo observó el ex Secretario General de la O.E.A., César Gaviria, al cierre de la Conferencia Especial sobre Seguridad Hemisférica (México, 2003), destacando el rol eficaz del multilateralismo como mecanismo de resolución de controversias entre los Estados, lo que debe ser interpretado en este continente, dijo, como “una vía auxiliar o como una guía a la voluntad de las partes para buscar una solución a los conflictos que las enfrentan”. Desde esta perspectiva, los organismos internacionales son conducentes a la estabilidad y la paz al ser una consecuencia de los intereses y objetivos que son comunes a sus miembros, al favorecer la satisfacción colectiva de aquellos, al servir de

⁵² NGUYEN QUOC DINH; DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 76.

⁵³ SOTOMAYOR VELÁZQUEZ, Arturo C., “Nos vemos en la Corte!: El arreglo judicial de disputas en América Latina y sus implicaciones para el sistema interamericano”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 8, n. 3 (2008), p. 44.

base para la formulación y desarrollo de normas de conducta, al facilitar la integración de sus miembros y al fomentar la confianza de estos entre sí.

Por otra parte, es importante señalar que las únicas situaciones de controversia entre Estados que han sido la fuente de cierta preocupación en la región en la primera década de 2000, no respondieron a cuestiones de límites, y fueron resueltas con el apoyo o la mediación de países amigos, como por ejemplo, el conflicto entre Venezuela y Colombia (2004), o la crisis entre Ecuador y Colombia (marzo de 2008). La única situación en relación con una disputa fronteriza fue el caso de la incursión del Ejército de Nicaragua, el 18 de octubre de 2010 en territorio costarricense, que reactivó la tensión entre estos dos países y que, después de una segunda incursión, el 1 de noviembre de 2010, llevó a Costa Rica a solicitar la mediación de la Organización de los Estados Americanos, y a interponer una demanda contra Nicaragua ante la C.I.J. Fuera de estas contadas situaciones, hoy no puede pensarse en el riesgo del estallido de un conflicto bélico entre Estados de la región, y la búsqueda de la Corte como vía para dar solución a los problemas que los enfrentan es hoy una tendencia evidente. Como se dijo precedentemente, de los catorce casos pendientes en el día de hoy ante la C.I.J., seis corresponden a Estados de esta región, casi el 50%, y la mayor parte a América Central.

Como hemos visto, históricamente la mayor parte de los casos presentados ante la C.I.J. correspondió a Estados centroamericanos. Orozco explica que, en América Central:

(...) históricamente la mayoría de las disputas se han resuelto mediante alguna forma de arbitraje o de negociación bilateral y que hoy en día, sin embargo, casi todos los conflictos fronterizos en la región son una continuación de arreglos incompletos o de disputas pendientes que coinciden con el intento de algunos partidos por revivir viejos conflictos para su propia ventaja política⁵⁴.

⁵⁴ OROZCO, Manuel, "Conflictos Fronterizos en América Central: Tendencias Pasadas y Sucesos Actuales", en *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, DOMÍNGUEZ, Jorge (comp.), Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2003, p. 131.

En todo caso, es evidente que, hoy en día, la prioridad está puesta en la búsqueda de medios pacíficos para resolver sus controversias.

Finalmente, en lo que respecta a definiciones de “paz estable”, Boulding la describe como una situación en la cual la probabilidad de guerra es tan pequeña que no entra en los cálculos de ninguno de los involucrados⁵⁵. En coincidencia, Kacowicz caracteriza una “zona de paz estable” como aquella en la que la guerra se vuelve improbable, sino imposible, y en la que, mediante un proceso gradual de aprendizaje, las partes desarrollan un marco normativo común sobre cómo manejar y resolver sus conflictos internacionales por medios pacíficos. O sea, dice, que se requieren dos condiciones para alcanzar una paz estable: 1) una activa satisfacción con su status quo territorial, y 2) un marco normativo común, a veces acentuado por una cultura común⁵⁶. A su vez, Jorge Domínguez observa que “desde el pasado siglo diecinueve, el sistema internacional latinoamericano ha visto guerras con una frecuencia relativamente escasa”; y explica que tres características clave de este sistema internacional explican la infrecuencia de las guerras: 1) la estructura del sistema internacional en América del Sur y América Central; 2) su relativo aislamiento del sistema global internacional; y 3) el renacimiento en el siglo XXI de una ideología de latino americanismo compartido que fomentó la creación de instituciones durante el segundo cuarto del siglo XX para contener la guerra y las disputas militarizadas⁵⁷.

En suma, es posible concluir que la comunidad de intereses, un amplio abanico de antecedentes comunes a los países de la región, y su común adhesión a principios y normas que contribuyeron a desarrollar y a consolidar, son la base de sustentación de la búsqueda por resolver, pacíficamente, las controversias interestatales que los oponen; sin riesgo de guerras ni amenazas de recurrir a medios violentos. Como lo afirmó Robert Schuman: la paz no es sólo la ausencia de guerra sino el logro de objetivos comunes y actividades pacíficas emprendidas en conjunto.

⁵⁵ BOULDING, Kenneth E., *Stable Peace Studies*, Austin, University of Texas Press, 1978, p. 13.

⁵⁶ KACOWICZ, Arie M., *op. cit.* (Zones of Peace...), p. 61.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ, Jorge (comp.), *op. cit.*, pp. 15-42.

LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ISLAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO Y SU INTERPRETACIÓN EN LA CONTROVERSIA ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA

*Leopoldo M. A. Godio**

SUMARIO: I. Introducción; II. Islas, islas artificiales, rocas, arrecifes, archipiélagos y otras elevaciones. Calificación y requisitos; II.1. Islas e islas artificiales; II.2. Rocas; II.3 Arrecifes y archipiélagos; II.4. Elevaciones en bajamar; III. La utilización de islas en asuntos de delimitación marítima. Controversias destacadas; IV. El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Debates de interés en torno a la calificación de formaciones marítimas; IV.1. La identificación y calificación de las formaciones marítimas susceptibles de apropiación decididas por la Corte Internacional de Justicia; IV.2. La delimitación marítima realizada por la Corte y sus consideraciones sobre el tamaño de las islas y su población; V. Conclusiones.

“[T]he land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward...”¹

I. Introducción

Las islas han adquirido, en las últimas décadas, un marcado protagonismo en procedimientos arbitrales y judiciales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte” o “C.I.J.”, indistintamente)² y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,

* Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (U.B.A.). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

¹ C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Fallo, para. 96.

² Por ejemplo, cabe mencionar los asuntos C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 40; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 659; y *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, p. 61. Para un examen de las controversias marítimas que involucran aspectos insulares en el

este último en su primer asunto de fondo sobre delimitación marítima, decidido en 2012³.

Entre ellos, uno de los casos más recientes en la materia y que mereció la intervención de la C.I.J., se inicia con la solicitud de Nicaragua contra Colombia en 2001. Allí la Corte debió considerar no sólo el régimen particular de las islas y sus efectos para la delimitación marítima en el asunto concreto, sino también su naturaleza, los títulos de soberanías invocados, las características de los archipiélagos y sus límites, así como la aplicación del *uti possidetis iuris*, el examen de la *effectivités*, la posición de terceros Estados, el valor probatorio de los mapas y las pretensiones destinadas al obtener la delimitación de una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas, entre otras cuestiones a la luz del derecho internacional.

Geográficamente, las islas son simples porciones de tierra rodeada de agua que, sin intervención del hombre, se encuentran sobre el nivel de ésta en pleamar⁴. Sin embargo, para su consideración como tales, conforme el derecho internacional, debemos remitirnos a las normas y principios que rigen a esta especialidad, fundamentalmente ante la magnitud de sus efectos

Hemisferio Occidental y en Europa durante el siglo XX ver NYMAN, Elizabeth, "Island Exceptionalism and International Maritime Conflicts", *The Professional Geographer*, vol. 65, n. 2, 2013, pp. 221-229. La autora analiza el comportamiento de los Estados insulares y afirma que aquellos se inclinan a controlar y poblar el área disputada. Ídem.

³ Conf. T.I.D.M., *Disputa concerniente a la delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, Sentencia del 14 de marzo de 2012. Sin el deseo de reabrir el debate sobre la fragmentación del derecho internacional y el rol de los tribunales internacionales, aspecto en auge desde finales de los años 90 del siglo XX y que a criterio personal consideramos agotado por la interpretación del artículo 95 de la Carta, coincidimos —no obstante lo anterior— con Aust al sostener que constituye un error creer que todos los tribunales internacionales tienen que decidir una cuestión jurídica de la misma manera, del mismo modo que tampoco es acertado creer que diferentes cortes internas de un Estado decidirán una cuestión de modo análogo (o incluso de opuesto, si se quiere). Conf. AUST, Anthony, "Peaceful settlement of disputes: a proliferation problem?", en Tafsir M. Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds.) *Law of the Sea. Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 131-141.

⁴ González Napolitano afirma que las islas naturales no visibles cuando la marea ha crecido se denominan "elevaciones en bajamar". Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., "Los desastres naturales y sus efectos en islas y Estados insulares: posibles soluciones jurídicas", en Silvina S. González Napolitano (Dir.), *Respuestas del derecho internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda, SGN Editora, 2015, p. 98.

en materia de delimitación marítima, que involucra espacios como el mar territorial, la plataforma continental o la zona económica exclusiva (en adelante, ZEE), entre otras.

No obstante lo anterior, el concepto jurídico de “isla” ha seguido un desarrollo gradual, tanto en la práctica de los Estados como en las negociaciones de las distintas conferencias sobre derecho del mar desde la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930. Posteriormente, el establecimiento de sus principales elementos y requisitos fueron considerados, estudiados y debatidos en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, C.D.I.) que elaborara el proyecto de artículos que sirviera como base de trabajo para la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958 (en adelante, la I Conferencia)⁵ destinada a regular, mediante cuatro convenciones, el mar territorial, el alta mar, la plataforma continental, la zona contigua, la pesca y la conservación de los recursos vivos⁶.

Al respecto Kolb sostiene que la explicación de su reducida redacción, en materia de islas, puede encontrarse durante el proceso de preparación en la C.D.I., cuando Sir Lauterpacht sugirió adoptar la propuesta del Reino Unido en incluir la idea de una ocupación y control efectivo para la definición de “isla”. Sin embargo, a pesar del apoyo de otros miembros, se encontró con la oposición del Relator Especial François quien interpretó, como posible, que las rocas podrían ser utilizadas con fines de radiodifusión u observación meteorológica y que, en consecuencia, cada piedra podría ser objeto de control, generando confusiones. El resultado: el retiro de la propuesta de Lauterpacht, no porque dudara de sus méritos, sino para evitar largos debates sobre el alcance de las palabras “control” y “eficaz”⁷.

⁵ El mismo reconocía la falta de uniformidad que representaba, en la práctica, la delimitación del mar territorial. La C.D.I. consideraba que el derecho internacional no autorizaba una extensión más allá de las 12 millas, pero que debía fijarse su extensión mediante una conferencia internacional. Conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, Doc. A/3159 y Corr.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, pp. 250-297.

⁶ Las cuatro convenciones eran: 1) la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua; 2) la Convención sobre Plataforma Continental; 3) la Convención sobre Alta Mar; y 4) la Convención sobre Conservación de los Recursos Vivos en el Mar.

⁷ Conf. KOLB, Robert, “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer: les ‘rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine

De todos modos el fracaso de la I Conferencia no se debió, estrictamente, al régimen propuesto para las islas, sino por otra serie de razones que impidieron determinar, exitosamente, la extensión, la naturaleza y los derechos y deberes de los Estados en el mar territorial, por lo que cada uno de ellos procedió unilateralmente a fijarlos según su criterio y de acuerdo su interés nacional particular. En otras palabras, si bien la situación de las islas tenía una incidencia en la atribución de espacios marítimos, a nuestro entender no fue determinante en el resultado final de la Conferencia de 1958.

Actualmente, el régimen de las islas es reconocido por la Parte VIII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, la “Convención de 1982” o “la Convención”, indistintamente), que reemplaza a las convenciones de 1958 en la materia⁸.

Hipotéticamente, la idea de una isla puede originar múltiples situaciones con efectos jurídicos claramente diferenciados y fue por ello que, oportunamente, los negociadores de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, la “III Conferencia”) resolvieron, ante la idea de que la definición utilizada en la Convención de 1958 era demasiado vaga y simplista considerando la enorme diversidad de las islas⁹, disponer de un régimen específico que distingue las islas

ou à une vie économique propre...”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, p. 886.

⁸ DIPLA, Haritini, ‘Islands’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 1. Sobre la III Conferencia, González Napolitano refiere que aquella reconoció que las islas, islotes y rocas poseían una influencia significativa en la determinación de líneas de base y que sus debates se orientaron a la calificación de las islas y sus efectos, con especial énfasis en cuestiones de delimitación marítima. Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, pp. 98-99.

⁹ Conf. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Documents of the Conference, First (Nueva York, 3-15 de diciembre de 1973) and Second (Caracas, 20 de junio al 29 de agosto de 1974) Sessions A/CONF.62. En particular ver la sesión 39^o del 14 de agosto de 1974. Entre ellos, cabe recordar que Listre, el orador de la delegación argentina expresó, entre sus preocupaciones, la situación de la ocupación de islas por potencias coloniales frente a Estados en desarrollo al sostener “(...) in order to prevent the colonial or occupying Powers from adding a new element to their illegitimate interests in the islands and territories in question”. *Ibidem*, para. 64-71. Véase también idénticas las preocupaciones del delegado tunecino Kedadi, realizadas ese mismo día en la sesión siguiente, *ibidem*, para. 22-30.

artificiales de las naturales, así como también a estas respecto de atolones, arrecifes, elevaciones en bajamar, construcciones artificiales y aquellas zonas imposibilitadas de habitación humana o vida económica, entre otros¹⁰.

A diferencia de las Conferencias de 1958 y 1960, el régimen de islas obtuvo un mayor debate entre 1973 y 1982, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, debido a la creación de nuevos y amplios espacios marítimos como la ZEE o la plataforma continental que afectaban, en alguna medida, las clásicas libertades de los mares y océanos, por ejemplo, en aspectos pesqueros y sus consecuencias en las flotas extranjeras dedicadas a la actividad¹¹. En opinión de Symonides, fue justamente en las deliberaciones de la III Conferencia cuando la definición de “isla” y la generación de derechos en los espacios marítimos circundantes adquirió su importancia ante la creación de la ZEE conformando, entre otras razones¹², un elemento clave en la construcción del consenso adoptado como método de negociación por las delegaciones allí presentes¹³.

En síntesis, durante la III Conferencia tuvo lugar un debate entre Estados conservadores y aquellos que querían establecer una evolución en el régimen de islas que, en la aguda observación de Kolb, se tradujo en una ruptura dentro del artículo 121 entre sus dos primeros párrafos y el tercero sin que ello, necesariamente, permita una interpretación autónoma del último¹⁴.

¹⁰ Respecto del inicio de las negociaciones de la III Conferencia, ver STEVENSON, John R. y OXMAN, Bernard H., “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1974 Caracas Session”, *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, pp. 1-30. Sobre las islas en particular, se recomiendan los puntos XII y XIII, pp. 23-25.

¹¹ VAN DYKE, Jon M., MORGAN, Joseph R. y GURISH, Jonathan, “The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When Do Uninhabited Islands Generate an EEZ?”, *San Diego Law Review*, vol. 25, 1988, p. 442.

¹² SYMONIDES, Janusz, “The legal status of islands in the new Law of the Sea”, *Revue de droit international, des sciences diplomatiques, politiques, et sociales*, vol. 65 (3), 1987, p. 161.

¹³ La idea del consenso se encuentra como apéndice al Reglamento de la III Conferencia: “Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible. La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos por llegar a un consenso”. Fuente: Doc. Oficiales de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. I, Doc.A/CONF. 62/SR 19.

¹⁴ Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 888.

Este autor recuerda que los esfuerzos para una codificación del concepto de islas se concentraban en tres grandes ideas: la distinción legal entre diversas categorías de islas, de acuerdo a su tamaño; la consideración de otros factores poco claros a los fines de una delimitación marítima; y la que no mostraba interés en su regulación. En el primer grupo, Malta había llegado a definir a una isla como “una extensión natural de la tierra, con una superficie de más de un kilómetro cuadrado” y que, debido a su arbitrariedad y exactitud, fue rápidamente eliminada para su debate en la III Conferencia. El segundo grupo, liderado por una serie de Estados africanos, llamaba a determinar las zonas marítimas adyacentes a las islas en base a “principios de equidad” según el tamaño, la población, la proximidad con el continente, la estructura geológica y geomorfológica, entre otros¹⁵.

Ya en la sesión de Caracas, en 1974, el enfrentamiento se presentó entre los Estados que intentaban examinar la situación de las islas como un sistema único e igualitario (argumentando la injusticia de privar a las pequeñas islas de poseer una ZEE y la posibilidad de explotar sus recursos); y aquel que pretendía lograr un régimen diferenciado de varios sub-régimenes, que tuviese en cuenta la diversidad de estas, incluyendo sus intereses especiales. Sobre el trabajo de este último grupo, Kolb destaca la labor de Rumania (luego respaldada por Turquía y un grupo de Estados africanos) al comenzar señalando distinciones entre formaciones deshabitadas que no merecían considerarse “islas” y su evolución hacia una distinción entre islas, islotes y rocas, con fundamento en la práctica estatal, la jurisprudencia y la doctrina internacional, con el objeto de evitar soluciones injustas, llegándose a afirmar incluso que la existencia de instalaciones militares o de policía no resultaba suficiente para justificar la creación de una ZEE alrededor de la formación, ya que las meras instalaciones de gestión pública no eran suficientes para justificar la vida económica y social, entendidas como un todo. Al final de la sesión la mayoría de las delegaciones se pronunciaron a favor de un régimen diferenciado¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 888-889.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 889-891. Finalmente hubo una propuesta de catorce países africanos, que propuso definir “isla”, “islote” y “roca”, negando en esta última la jurisdicción de un Estado, excepto como área de seguridad. *Ídem*.

Tras intensas consultas informales tendientes a reducir opciones insatisfactorias para las delegaciones, el tema adquirió un renovado ímpetu entre 1978 y 1982, principalmente sobre la situación del artículo 121(3) y su propuesta de eliminación por Japón, Reino Unido, Grecia, Brasil, Portugal, Ecuador, Irán, Zambia y Australia. No obstante, no logró su objetivo no por razones de fondo, sino para evitar poner en peligro el equilibrio general del consenso alcanzado en distintos temas y a fin de preservar el acuerdo global¹⁷.

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurre con el régimen de islas cuando se presenta una controversia entre dos o más Estados y no se aplique la Convención de 1982 para una de estas partes. Para responder lo anterior, es necesario abordar necesariamente otras preguntas como: ¿podríamos remitirnos a las convenciones anteriores si aquellos Estados son parte de ellas? y en caso negativo ¿es posible recurrir al principio de dualidad de fuentes para reclamar una aplicación de la costumbre en el caso? ¿Constituye la totalidad del régimen de islas de la Convención de 1982 una codificación del derecho internacional? ¿Qué ocurre con las islas artificiales?

II. Islas, islas artificiales, rocas, arrecifes, archipiélagos y otras elevaciones. Calificación y requisitos

II.1. Islas e islas artificiales

Según el artículo 121 de la Convención de 1982, las islas son extensiones naturales de tierra, rodeadas de agua y sobre el nivel de pleamar. La norma dispone que estas poseen mar territorial, zona contigua, ZEE y plataforma continental y determina, por otra parte, que las rocas no aptas para la habitación humana o vida económica propia carecerán de ZEE y de una plataforma continental¹⁸, es decir, derechos de soberanía sobre los recursos vivos y no vivos en estos dos espacios.

Lo anterior permite considerar como isla a toda extensión natural de tierra que cumpla los requisitos del artículo 121(1) de la Convención, a pesar de no reunir las condiciones aptas para la habitación humana y

¹⁷ *Ibidem*, p. 893.

¹⁸ Conf. artículo 121 (3) de la Convención de 1982.

carecer de vida económica propia, que dispone: “Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”.

Por otra parte, las islas artificiales se asimilan, jurídicamente, a las instalaciones, estructuras y construcciones realizadas por el Estado ribereño. Estas, según los artículos 11 y 60(8) de la Convención, no poseen mar territorial propio ni pueden ser utilizadas para la delimitación de los distintos espacios marítimos. Sobre este punto, se afirma que el último artículo dispone que las “islas artificiales”, independientemente de su denominación, en realidad no constituyen “islas” según la calificación legal de la Convención¹⁹.

Al analizar la norma Dipla conceptúa, en criterio que coincidimos, como conforme al derecho internacional, a las islas producidas naturalmente sin la intervención del hombre y que se encuentren en pleamar. Asimismo agrega que el artículo 121 de la Convención de 1982 encuentra su antecedente directo en el artículo 10 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958, que define a una isla como una extensión natural de tierra, rodeada de agua y encima de ésta durante la época de marea alta²⁰.

En ese sentido, el término “extensión natural de la tierra” es también precisado por Dipla, para quien se trata de una elevación que emerge del fondo del mar como consecuencia de fenómenos naturales, conformada por arena, barro, depósitos de grava, piedra caliza o restos de corales, entre otros, descartando las formaciones de hielo. De lo anterior podemos sostener que las islas artificiales se encontrarían excluidas del régimen de la Parte VIII²¹.

La C.I.J. resolvió la cuestión manteniendo su *status* original y considerarlas, en otras palabras, naturales. Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso de *delimitación marítima y terrestre entre Qatar y Bahrein*, decidido en 2001, cuando la C.I.J. afirmara que una isla es “(...) una extensión natural

¹⁹ Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 100.

²⁰ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 2.

²¹ *Ibidem*, para. 3-4. Una pregunta que excede el trabajo propuesto pero merece atención es: ¿Qué ocurre con las islas naturales que requieren, debido a la erosión y el cambio climático, de la intervención del hombre para mantenerse sobre el nivel del mar?

de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar” y que, luego de analizar las pruebas de las partes y las conclusiones de los expertos, consideró probado que Qit’at Jaradah era una elevación en marea baja que sólo satisfacía los requisitos para su utilización a los fines de una posterior delimitación²².

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que las islas naturales son asimiladas a las otras extensiones terrestres y que, en consecuencia, poseen derecho a todos los espacios marítimos pertinentes, tal como lo justifica la interpretación del mismo artículo 121(2) de la Convención, al codificar el derecho consuetudinario²³ en los siguientes términos:

Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.

II.2. Rocas

González Napolitano, citando a Munavvar, señala que una roca es definida como una masa sólida de limitada extensión y agrega que el artículo 121 no precisa su significado para el derecho internacional²⁴. Sin embargo, de lo anterior y en concordancia con el artículo 121(1) ya indicado, cabe reconocer la posibilidad de que las rocas adquieran, posteriormente, las aptitudes necesarias para ser calificadas plenamente como islas y gozar, en consecuencia, de espacios marítimos propios. En efecto, ello es producto de una interpretación, por exclusión, de su inciso 3° que dispone: “Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida

²² C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 63, para. 195.

²³ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 61, para. 185; y *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 696, para. 113.

²⁴ Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 100. Al respecto, Walker, define a las rocas como “[...] a solid natural mass, of limited extent, including sand, sandstone, otherwise solidified sand, or igneous matter...”, Conf. WALKER, George K. (ed.), *Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 286.

económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental”.

En otras palabras, la norma constituye una excepción que habilita, en teoría, que las rocas generen amplias zonas de soberanía o derechos de soberanía hasta una distancia máxima de 200 millas bajo jurisdicción estatal²⁵.

Al analizar el artículo 121(3), González Napolitano coincide en afirmar que la norma está redactada negativamente “(...) de modo que no se establecen los espacios marítimos que se les reconocen, sino los que no pueden tener ciertas rocas. Así, las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tienen zona económica exclusiva ni plataforma continental. Por implicancia, podría deducirse que dichas rocas tendrían sólo (...) mar territorial, zona contigua y, eventualmente, aguas interiores” y agrega que “Pareciera ser entonces, que para que las rocas puedan tener derecho a todos los espacios marítimos, incluso zona económica exclusiva y plataforma continental, se tienen que dar estos requisitos: a) que se cumplan las condiciones establecidas por el artículo 121 (1) (...); b) que sea apta para la habitación humana “y” –u “o”, según la interpretación que se haga– que sea apta para mantener vida económica propia”²⁶. También se pregunta si este último punto se trata de requisitos alternativos o acumulativos y luego cita a Charney para afirmar que “(...) basta que la roca cumpla con uno de estos dos requisitos” para eliminar la restricción contenida en el inciso 3^o²⁷.

En su examen del artículo 121(3) Kolb advierte que se trata de un aspecto sensible que parece, a simple vista, trivial pero que pocos autores son los que pueden dar un significado real de su interpretación, criticando las calificaciones de Churchill y Lowe, por considerarlas subjetivas, la ambigüedad de Brown y considerando a O’Connell, Dipla y Symonides como autores de un catálogo de naturaleza retórica para justificar sus dichos²⁸. Sin embargo, sobre el aspecto de la habitación humana, Kolb cita a Gidel y afirma que su encuadre en tal calificación se encontraría en las

²⁵ Esta afirmación se encuentra sumamente cuestionada. Para un inicio sobre estos debates ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, pp. 100-104.

²⁶ *Ibidem*, p. 100.

²⁷ *Ibidem*, p. 101.

²⁸ Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 879.

condiciones naturales que permitirían la residencia estable de grupos humanos organizados²⁹.

Los requisitos de habitación humana y vida económica propia pueden presentar dificultades ya que el progreso tecnológico posibilita, hipotéticamente, un cambio en su situación ante determinadas rocas que adquieran, en el futuro, una productividad económica que incentive el asentamiento de personas en su superficie, modificando por vía de hecho su *status* jurídico particular preexistente³⁰.

Desde luego, esta atribución de espacios marítimos a las rocas incitó serios debates y disputas. Por caso, uno de los mejores ejemplos para ilustrar la importancia de estos asuntos para la comunidad internacional sea, quizás, el de las Rockall y sus alrededores, reclamadas por el Reino Unido, en la década del 70 del siglo XX, que merecieran las protestas de Dinamarca, Islandia e Irlanda, provocando así el posterior retiro de aquella en 1997³¹. Sin embargo, aún persisten controversias pendientes sobre esta clase de asuntos como, por ejemplo, la histórica disputa Corea y Japón en relación a Dokdo/Takeshima³² o la situación de las Senkaku/Diaoyu Island³³ y las Spratly Islands en el Mar de China³⁴.

²⁹ En palabras textuales de Gidel, citado por Kolb, "(...) conditions naturelles permettent la résidence stable de groupes humains organisés". Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 885.

³⁰ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 8.

³¹ Su circunferencia es de unos 100 metros, pero, de ser aceptada la pretensión británica de considerarlas como "isla", aquel Estado obtendría una ZEE no inferior a 125.000 millas cuadradas. Conf. SYMONIDES, Janusz, *supra* nota 11, p. 161.

Sobre esta controversia, cabe advertir que el Reino Unido la reactivó al presentar el límite exterior de la plataforma continental de Rockall ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental el 31 de marzo de 2009. Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 103.

³² DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 9.

³³ Un análisis del rol de las islas en esta controversia y una postura que intenta minimizar su importancia puede en JANG, Heeyong D., "Diminishing Role of Islands in Maritime Boundary Delimitation: Case Studies of Dokdo/Takeshima Island and the Senkaku/Diaoyu Islands", *University of Hawai'i Law Review*, vol. 35: 139, 2013, pp. 139-196. En sentido contrario, un interesante análisis del caso desde las relaciones internacionales y los intereses particulares de las partes que contempla, incluso, las distintas alternativas pacíficas disponibles se puede consultar en JACKSON HARRIS, Joseph, "The Pacific War, Continued: Denationalizing International Law in the Senkaku/Diaoyu Island Dispute", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 42: 587, 2014, pp. 587-613.

³⁴ Sin dudas, se trata de unas de las controversias sobre formaciones marítimas más importantes de la región e involucran a la República Popular de China, Taiwán y Vietnam en

No obstante, la importancia de las rocas y la proyección de sus derechos sobre los espacios marítimos atraen una atención creciente en los Estados, al menos en los últimos cincuenta años. Su evolución es excepcionalmente ejemplificada por Remiro Brotóns, al describir cómo aquellas eran consideradas accidentes geográficos modestos que representaban una amenaza para la navegación o directamente, eran causales de naufragios, mientras que, actualmente, son utilizadas en una desesperada búsqueda de títulos históricos u ocupación que pueden despertar sospechas. Por caso, justamente menciona dos nombres que son objeto del caso en estudio: Roncador y Quitasueño que, en opinión del Catedrático señalado, representan lo que la gente pensaba de ellos³⁵.

II.3 Arrecifes y archipiélagos

En los mares tropicales con bajo niveles de agua, suelen presentarse atolones y otras formaciones insulares que constituyen una franja de arrecifes. Los primeros conforman pequeñas islas de piedra que se complementan con un arrecife de coral circular u oval que, en algunos casos, pueden incluir una laguna. Su característica distintiva es la presencia de un arrecife orgánico³⁶. Durante la III Conferencia, las delegaciones de los

tres cuestiones claves: 1) la soberanía sobre las formaciones; 2) la naturaleza y calificación de cada una de ellas; y 3) su delimitación. Conf. BOUCHAT, Clarence J., "Dangerous Ground: The Spratly Island and U. S. Interests and approaches", *Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press*, December 2013, p. ix. Para un análisis sobre sus consecuencias en la navegación ver Chircop, Aldo [et. al], *The Regulation of International Shipping: International and Comparative Perspectives. Essays in Honor of Edgar Gold*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 180 y ss.

³⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, "About the Islands", en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, Brill, 2015, pp. 335-336. El autor culmina su idea expresando que "This contentiousness would never have existed if the sovereignty projection over sea of sterile rocks incompatible for human settlement, lacking a tree, incapable of offering refuge to the solitary ship wrecker, had been neutralized. It would have sufficed to make the nearest States, the Parties in Treaties and the international organizations for maritime cooperation responsible for guaranteeing the safety of life at sea, for articulating the means to prevent accidents by erecting lighthouses and other complementary systems. But the legal evolution, interpreted at Court, has been the opposite. What poetic license can the player of a bad script allow himself?", *Ibidem*, p. 336.

³⁶ Oxford Reference le define como un arrecife orgánico que encierra total o casi totalmente una laguna, rodeado en su exterior por el mar abierto. El arrecife puede estar compuesto por coral y o algas calcáreas. Un atolón se forma sobre una estructura existente como un volcán

Estados del Caribe y el Océano Pacífico argumentaron que debían ser consideradas a los efectos de la delimitación mediante líneas de base recta, ya que se trata de formaciones interrelacionadas en sentido geológico, geográfico y ecológico que merecen un control total por parte de los Estados ribereños a las que pertenecen.

Por ello, el artículo 6 de la Convención de 1982 establece la siguiente regla al habilitar el empleo de puntos referenciales (el borde exterior del arrecife y las islas) para la medición del mar territorial y el establecimiento de las aguas interiores del Estado ribereño:

En el caso de islas situadas en atolones o de islas bordeadas por arrecifes, la línea de base para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar del lado del arrecife que da al mar, tal como aparece marcada mediante el signo apropiado en cartas reconocidas oficialmente por el Estado ribereño.

Por otra parte, respecto de los archipiélagos, Dipla sostiene que estos adquirieron un *status* especial a partir de la Convención de 1982 al brindársele un régimen propio en la Parte IV, en particular su artículo 46, que reconoce como “archipiélago” a un grupo de islas y partes de estas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales que, estrechamente relacionados entre sí, formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tales³⁷.

II.4. Elevaciones en bajamar

A efectos de determinar las características de las islas, debe distinguirse entre aquellas y las elevaciones en bajamar, ya que no todas las formaciones insulares se mantienen siempre sobre el nivel de pleamar

sumergido y extinguido. Fuente: Oxford University Press. Disponible en <http://www.oxfordreference.com> (consulta el 04/03/2015). De modo similar ver WALKER, George K., *supra* nota 23, pp. 109-110.

³⁷ Asimismo, por “Estado archipelágico” se entiende a un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos, pudiendo incluir otras islas. Como ejemplos de Estados archipelágicos podemos mencionar a Filipinas, Indonesia y Fiji, entre otros. Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 16.

careciendo ellas, en consecuencia, del *status* de islas y los espacios marítimos que les son propios³⁸.

Según Dipla, para su determinación resulta relevante el artículo 13 de la Convención de 1982, inspirado en el artículo 11 de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958. En efecto esta norma, que codificó la costumbre internacional, dispone:

1. Una elevación que emerge en bajamar es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial.

2. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté situada en su totalidad a una distancia del continente o de una isla que exceda de la anchura del mar territorial, no tendrá mar territorial propio.

Sin embargo, elevaciones emergentes en bajamar pueden ser consideradas, a los fines de una delimitación, sólo en caso que se haya construido en ellas faros o instalaciones análogas con carácter permanente que se mantengan en pleamar, tal como lo establece el artículo 7(4) de la Convención, que expresa:

Las líneas de base rectas no se trazarán hacia ni desde elevaciones que emerjan en bajamar, a menos que se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua, o que el trazado de líneas de base hacia o desde elevaciones

³⁸ *Ibidem*, para. 10.

que emerjan en bajamar haya sido objeto de un reconocimiento internacional general.

III. La utilización de islas en asuntos de delimitación marítima. Controversias destacadas

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la importancia del artículo 121 en asuntos de delimitación marítima, particularmente, entre Estados próximos con costas opuestas o adyacentes.

A partir de los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*³⁹, posteriores disputas en la materia han sido objeto de estudio por la C.I.J. e influido en los negociadores de la III Conferencia⁴⁰. En los últimos treinta años, algunos de ellos involucraron la presencia de islas como los asuntos entre Libia y Malta⁴¹, Qatar y Bahreín⁴², Nicaragua y Honduras⁴³ o Rumania y Ucrania, que solucionaran su histórica controversia respecto del Mar Negro⁴⁴, aunque se ha aclarado correctamente que estos dos últimos casos trataron, en particular, la capacidad de las islas para generar espacios

³⁹ Conf. C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos y República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencias del 20 de febrero de 1969, p. 3.

⁴⁰ Por ejemplo, los artículos 15, 74 y 83 de la Convención que, sin dudas, actualmente son reconocidas como costumbre internacional. Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 20.

⁴¹ C.I.J., *Plataforma Continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Sentencia del 3 de junio de 1985, p. 13.

⁴² C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 40.

⁴³ C.I.J., *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 659.

⁴⁴ C.I.J., *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, pp.120-123, para. 179-188, titulada: "The presence of Serpents' Island in the area of delimitation". Sin embargo, también es enriquecedora la experiencia arbitral en la materia, como el asunto entre Eritrea y Yemen, decidido en 1999, en el que el Tribunal Arbitral estableció el límite de una línea media entre las costas continentales, aunque reconoció que algunas islas cercanas al continente debían ser consideradas como parte de la costa y, en consecuencia, utilizadas como punto para el establecimiento de la línea de base. Conf. *Delimitación Marítima (Eritrea/Yemen)*, Laudo del Tribunal Arbitral, Segunda Etapa, 17 de diciembre de 1999.

marítimos o su utilización como costa relevante para determinar su proyección y delimitación⁴⁵.

Dipla sostiene que la práctica de los Estados y los distintos tratados celebrados en materia de delimitación que presentan aspectos referidos a islas no permiten formular opiniones concluyentes, especialmente por razones de ubicación, superposición de espacios, tamaño o población, entre otras. Según el autor, lo anterior equivale a una falta de precisión que constituye la razón por la que cortes y tribunales internacionales consideran las circunstancias especiales o relevantes a fin de obtener una solución equitativa que evite o minimice el impacto de una decisión que presente características insulares particulares⁴⁶.

Sin embargo la C.I.J. reconoció en el diferendo entre Qatar y Bahrein que las islas, sin importar su tamaño, son susceptibles de apropiación y generan 12 millas de mar territorial, al tiempo que las elevaciones en bajamar no pueden serlo, a pesar de su correcta utilización para la medición de las líneas de base⁴⁷.

Incluso, en el mismo asunto consideró que la definición de isla contenida en el artículo 121(1) y 121(2) constituye una manifestación de la costumbre internacional. Aunque no analizó especialmente el 121(3), la Corte observó que las disposiciones del párrafo 2° se encuentran limitadas por la referencia a lo dispuesto en el 3°, estableciendo un vínculo esencial⁴⁸

⁴⁵ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, “El territorio insular a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 2012”, en Ernesto J. Rey Caro y María Cristina Rodríguez de Taborda (Dir.), *Estudios de Derecho Internacional*, Tomo I, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 491.

⁴⁶ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 20-22. Conf. C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos; y República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencias del 20 de febrero de 1969, pp. 36-37, para. 57; *Plataforma Continental* (Libia/Malta), Sentencia del 3 de junio de 1985, pp. 48-58, para. 64 y 79; entre otros.

⁴⁷ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, pp. 96 y 101-102, para. 182 y 204- 206. La Corte también reafirmó parte de estos criterios de atribución en el asunto sobre *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 751, para. 302.

⁴⁸ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, pp. 91, 97 y 99, para. 167, 185 y 195.

y que vale agregar, en opinión de Infante Caffi, forman un régimen indivisible⁴⁹.

Su utilización en materia de delimitación marítima ha sido determinante para establecer las “costas relevantes”, principalmente, en los casos en cuyas proyecciones se superpongan o generen una desproporción entre las áreas y sus líneas delimitadas, inicialmente, entre las partes⁵⁰, sin importar su tamaño, adquiriendo así tal notoriedad⁵¹.

IV. El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Debates de interés en torno a la calificación de formaciones marítimas

En el presente acápite omitiremos, por razones de brevedad, toda referencia a los argumentos de las partes sobre apropiación soberana y sus interesantes planteos (entendiendo que el análisis de cada uno de estos merecen, a nuestro entender, un dedicado y extenso trabajo autónomo), concentrándonos, en consecuencia, sólo en algunas reflexiones vinculadas a las islas y otras formaciones marítimas como parte de discusiones o consideraciones relevantes.

El 6 de diciembre de 2001, Nicaragua inició el procedimiento contra Colombia ante la C.I.J.⁵², con el objeto de solucionar las controversias sobre un grupo de asuntos entre los dos Estados, referidos a ciertos territorios insulares y su eventual delimitación marítima en el Mar Caribe Occidental, respecto del cual Nicaragua se encuentra en la parte sur-occidental y Colombia en el sur.

Establecidos los plazos por la Corte para la Memoria y la Contra-Memoria de las partes, Colombia presentó en tiempo y forma de acuerdo con las disposiciones del artículo 79(1) del Reglamento, una solicitud de

⁴⁹ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, p. 491.

⁵⁰ Conf. C.I.J., *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, pp. 89 y 96-97, para. 78 y 97-99.

⁵¹ C.I.J., *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 751, para. 302.

⁵² El acceso a la Corte tiene su fundamento en el artículo LX del Pacto de Bogotá y en las declaraciones formuladas por las partes, en virtud del artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, consideradas como aceptación de la jurisdicción obligatoria de ésta, de conformidad con el párrafo 36 del Estatuto de su continuadora.

excepciones preliminares a la jurisdicción de la C.I.J. que, luego de las suspensiones, respuestas, observaciones y audiencias públicas de rigor, resultó finalmente competente sobre las formaciones marítimas reclamadas, a excepción de las islas de San Andrés, Santa Catarina y Providencia, toda vez que la cuestión de su soberanía ya había sido atribuida por un tratado celebrado entre las partes en 1928 a favor de Colombia⁵³, reanudándose el procedimiento en 2008⁵⁴.

A tenor de la Memoria, Contra-Memoria, Réplica y Dúplica presentadas por las partes, la disputa trató en esencia sobre la soberanía de un grupo de islas y formaciones en la medida que eran susceptibles de apropiación, junto a la determinación del curso de una frontera marítima única entre Nicaragua y Colombia, de conformidad con principios equitativos y circunstancias relevantes y aplicables por el derecho internacional general al caso.

IV.1. La identificación y calificación de las formaciones marítimas susceptibles de apropiación decididas por la Corte Internacional de Justicia

Ya en el inicio de sus consideraciones sobre el fondo del asunto, la Corte comenzó a precisar algunas cuestiones para el debate sobre la caracterización de distintas formaciones marítimas. Por ejemplo, señaló que en el oeste del Mar Caribe existen numerosos arrecifes, algunos de los cuales alcanzan a sobresalir en forma de cayos, es decir, islas pequeñas compuestas, principalmente, por arena proveniente del desgaste de los arrecifes, debido a la acción del oleaje y los vientos. Agrega también que los cayos más extensos pueden acumular suficiente sedimento para permitir la colonización y el establecimiento de vegetación. Por otra parte, los atolones y bancos, son también comunes en esta área, definiendo al primero como un arrecife de coral que contiene una laguna y al segundo como una roca arenosa elevada cuya cumbre se establece a menos de 200 metros debajo de la superficie, aclarando que los bancos cuyo tope se aproximen a la

⁵³ Cabe destacar que la decisión de la Corte, sobre este punto, se adoptó por unanimidad. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Objeciones Preliminares, 13 de diciembre de 2007, p. 876, para. 142 (3).

⁵⁴ En 2010 Costa Rica y Honduras solicitaron participar como intervinientes, de conformidad con el artículo 62 del Estatuto de la C.I.J., denegando la Corte tal pretensión mediante decisiones separadas. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Permiso para Intervenir, 4 de mayo de 2011, p. 348.

superficie del mar (convencionalmente, a menos de 10 metros en marea baja), son llamados bajíos o bancos de arena⁵⁵.

Sobre los elementos de la controversia, la C.I.J. señaló siete formaciones: a) los Cayos Alburquerque (situados a 100 millas de la costa nicaragüense y a 375 millas de la colombiana), un atolón de 8 km de diámetro, separados de un canal de 386 metros de ancho y cuyas aguas son poco profundas; b) Cayos Este Sudeste (localizados a 120 y 360 millas de Nicaragua y Colombia, respectivamente), constituyen un grupo de cayos situados en un atolón; c) Roncador (ubicado a 190 millas de Nicaragua y 320 de Colombia), se trata de un atolón establecido en un banco de 15 km de largo y 7 km de ancho y posee, en su proximidad, al Cayo Roncador, localizado a media milla, con una superficie de 550 metros de largo y 300 de ancho; d) el banco de Serrana (emplazado a 170 millas de Nicaragua y 360 millas de Colombia), que posee en su interior varios cayos, siendo el más extenso de ellos “Serrana”, de unos 1000 metros de largo y 400 de ancho; e) Quitasueño, localizado a 45 millas de Serrana, presenta características geográficas cuyo *status* legal propio es controvertido por las partes; f) el banco de Serranilla (situado a 200 millas de Nicaragua y 400 de Colombia) posee en su interior tres cayos; y g) el banco de Bajo Nuevo (ubicado a 265 y 360 millas de Nicaragua y Colombia, correspondientemente), contando en su espacio con tres cayos.

En definitiva, las Partes coincidían en que los Cayos de Alburquerque, Este Sudeste, Roncador, Serrana y Bajo Nuevo se encontraban sobre pleamar y que, por lo tanto, constituían islas susceptibles de apropiación.

Sin embargo, diferían sobre la particular situación de Quitasueño y sus formaciones que, según Nicaragua se trataba de un bajío en el que todas ellas permanecían sumergidas en ocasión de altas mareas, es decir, que eran elevaciones en bajamar y que además se trataba de una pieza individual de residuos coralinos como parte de un cadáver de un animal muerto y que no era, en consecuencia, tierra naturalmente formada, impidiendo su calificación de isla⁵⁶. Colombia, por su parte, argumentó que las islas

⁵⁵ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, pp. 637-638, para. 20.

⁵⁶ María Teresa Infante Caffi agrega, citando a Reichler, que Nicaragua sostenía que se trataba de un *shoal*, es decir, un “banco” y que ello tenía sustento en antecedentes históricos.

coralinas se formaban naturalmente y que no existe impedimento legal para tal hipótesis, añadiendo que Quitasueño se encontraba compuesta por 34 formaciones calificables de islas por encontrarse en pleamar y que, al menos 20 de ellas se situaban en un radio de 12 millas de distancia.

Finalmente, ambas partes controvierten también la importancia del tamaño de Quitasueño. Nicaragua afirmó que era crucial, ya que su cima posee una extensión de 10 a 20 cm, mientras que para Colombia, según su réplica, el derecho internacional consuetudinario no decretaba cuestiones de tamaño para la calificación de una isla.

De este modo y sin perjuicio de la decisión adoptada por la C.I.J. que atribuyó a Colombia las formaciones Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este-Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla, contamos con una identificación y culminación de los puntos geográficos que originaran la controversia sobre su calificación y apropiación que nos permite destacar, a partir de este momento, los principales aspectos de utilidad para la evaluación de las formaciones marítimas como insulares y sus efectos.

En el caso de análisis y a partir de las pruebas aportadas y producidas por las partes, la Corte consideró la situación de Quitasueño en forma separada, debido a su especial configuración. Al respecto, sostuvo que su formación principal (catalogada como “QS32”), se encontraba por encima del nivel de pleamar y que, además, la postura de Nicaragua referida a su composición de residuos coralinos carecía de mérito. Pese a ello, razonó que el derecho internacional define una isla por su formación natural y su situación sobre el nivel de pleamar, sin importar la constitución geológica, agregando que, en el caso particular, la formación QS32 se encuentra conformada por material sólido adherido y no de residuos sueltos, siendo los corales y el tamaño de la formación irrelevante, considerándola así catalogable como una isla susceptible de apropiación⁵⁷.

La autora se pregunta si es posible declarar una posible zona contigua más allá del mar territorial. Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, pp. 499-500.

⁵⁷ Textualmente, la C.I.J. lo expresó con la siguiente fórmula: “International law defines an island by reference to whether it is ‘naturally formed’ and whether it is above water at high tide, not by reference to its geological composition. The photographic evidence shows that QS 32 is composed of solid material, attached to the substrate, and not of loose debris. The fact that the feature is composed of coral is irrelevant”. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 645, para. 37.

No obstante, la C.I.J. consideró que, a partir de la información y los análisis proporcionados por las partes, las otras formaciones de Quitasueño no reúnen evidencia suficiente para ser consideradas como islas, ya que se trata de meras elevaciones en bajamar. En consecuencia, estas sólo poseen los efectos que reconoce el derecho internacional consuetudinario codificado por la Convención de 1982, en su artículo 13, y ser consideradas, en las condiciones allí establecidas, como puntos utilizados para medir la anchura del mar territorial de QS32⁵⁸.

Por otra parte, resulta interesante la observación de la Corte al sostener que las Partes no sugirieron que la formación QS32 sea otra cosa distinta a una roca incapaz de mantener habitación humana o vida económica propia, por lo que la misma carece, en consecuencia, de derecho a una plataforma continental y una ZEE propia, de conformidad con el artículo 121(3) de la Convención de 1982⁵⁹.

IV.2. La delimitación marítima realizada por la Corte y sus consideraciones sobre el tamaño de las islas y su población

A partir de las formaciones marítimas determinadas como apropiables, de conformidad con el derecho internacional y el rechazo a la solicitud nicaragüense respecto de la delimitación la plataforma continental más allá de las 200 millas⁶⁰, la Corte reconoció la existencia de una superposición entre el derecho de Nicaragua a una plataforma continental y una ZEE, desde su costa territorial, y el derecho de Colombia a un idéntico derecho a partir de las islas sobre las cuales se decidió que tenía soberanía.

La C.I.J., a tenor de las disposiciones de los artículos 74, 83 y 121 de la Convención de 1982 (referidas a ZEE, plataforma continental e islas,

⁵⁸ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, pp. 645 y 692-693, para. 37 y 182. El considerar al artículo 13 como parte de la costumbre internacional resulta relevante, toda vez que Colombia no es Estado Parte de la Convención de 1982. Fuente disponible en http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea (consulta el 15/03/2015).

⁵⁹ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 693, para. 183.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 665-670, para. 113-131.

respectivamente) y sin perjuicio del acuerdo de las partes en que debían ser consideradas como declaratorias de costumbre internacional, sostuvo que el carácter consuetudinario del artículo 121 constituye, en todos sus párrafos, un régimen jurídico indivisible con *status* de costumbre internacional⁶¹.

Asimismo, y en atención a que la C.I.J. sólo se pronunció sobre los derechos de soberanía que se superponen entre Nicaragua y Colombia, sin considerar los cayos más pequeños adyacentes a las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina (al interpretar que estos se encuentran inmediatamente adyacentes a aquellas y son inicialmente irrelevantes) otorgando, en definitiva, 531 kilómetros a Nicaragua y 65 kilómetros a Colombia⁶². Asimismo, la Corte, al examinar los planteos de las partes sobre el área relevante para cada una de ellas sostuvo que, dependiendo de la configuración presentada en el contexto geográfico general, el área en cuestión podía incluir o excluir ciertos espacios marítimos, especialmente, cuando se comprueba que el trazado produciría un resultado desproporcionado e inequitativo, concluyendo que el límite marítimo debía seguir la frontera prevista en la sentencia del caso entre Nicaragua y Honduras, decidido por la C.I.J. en 2007, hasta alcanzar el límite de un área común denominada *Joint Regime Area* y continuar una serie de indicaciones hacia la frontera de la ZEE de Nicaragua, considerando los límites establecidos entre Colombia-Panamá y Colombia-Costa Rica, contabilizando una superficie total de 209.280 kilómetros cuadrados⁶³.

Respecto del tamaño de las formaciones en disputa y su población, que Nicaragua señalaba como excepcional ante las reducidas dimensiones de la superficie insular, la ausencia de habitantes y la inexistencia de vida económica y, por ende, aplicable el artículo 121(3) y que, en consecuencia, aquellas sólo tenían un derecho a mar territorial sin posibilidad de contar con una ZEE ni a una plataforma continental. Asimismo Nicaragua agregó que, para arribar a una solución equitativa, cada formación debía conformar un enclave de 3 millas desde sus líneas de base.

En respuesta, Colombia negaba la base jurídica propuesta por su contraria al sostener que los Cayos Alburquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo eran islas que poseían los mismos derechos

⁶¹ Ibidem, p. 674, para. 139 *in fine*.

⁶² Ibidem, pp. 679-680, para. 149-152.

⁶³ Ibidem, pp. 682-686, para. 155-166.

marítimos que cualquier otra formación terrestre, es decir: 12 millas de mar territorial, ZEE y plataforma continental, argumento que completó señalando la existencia de viviendas destinadas a las fuerzas armadas y otras instalaciones en la mayoría de ellas que, en efecto, equivalen a una capacidad de mantener habitación humana o vida económica propia.

Sobre esta cuestión, la Corte evita pronunciarse sobre Serranilla y Bajo Nuevo por encontrar que se sitúan fuera del área calificada como relevante, considerando innecesario establecer sus derechos marítimos. Sin embargo la C.I.J., continuando su interpretación en *Qatar c. Bahrein* (2001), reconoce que una isla relativamente pequeña puede dar derecho a zonas marítimas importantes y que, incluso, una formación contenida en la excepción del 121(3) tiene derecho a un mar territorial, tal como lo refleja también el derecho internacional consuetudinario⁶⁴.

Es a partir de este punto, y sobre una tesis colombiana planteada en la Contra-Memoria, que la Corte analizó la superposición de espacios marítimos de distinta naturaleza jurídica y afirmó que “(...) el mar territorial de un Estado puede estar restringido, conforme lo previsto en el artículo 15 [de la Convención de 1982]... en caso de superposición con el mar territorial de otro Estado. En el presente asunto no hay superposición de este tipo (...) la coincidencia es entre el derecho derivado de cada isla de Colombia a contar con mar territorial y el derecho de Nicaragua a una plataforma continental y zona económica exclusiva. La naturaleza de estos dos derechos es diferente (...)”⁶⁵.

Asimismo, la C.I.J. recordó que, en su propia jurisprudencia, nunca había restringido el derecho de un Estado a establecer un mar territorial de 12 millas en caso de superposiciones con la ZEE y la plataforma continental

⁶⁴ Ibidem, pp. 689-690, para. 175-177. No obstante, autores como Tanaka aún duda sobre el carácter de norma consuetudinaria del artículo 121 (3), con fundamento en la insuficiencia de práctica estatal y formula críticas adicionales al sistema de delimitación empleado por la C.I.J.. Conf. TANAKA, Yoshifumi, “Reflections on the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 930.

⁶⁵ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 690, para. 177. Para un análisis de la delimitación realizada por la C.I.J. y su crítica a la utilización del método de la equidistancia provisional y sus etapas ver GAO, Jianjun, “A Note on the Nicaragua v. Colombia Case”, *Ocean Development & International Law*, vol. 44, 2013, pp. 219-234.

de otro Estado y, continuó el criterio sentado en su decisión en la controversia entre *Nicaragua y Honduras* (2007), considerando también otros precedentes arbitrales e incluso la sentencia del Tribunal de Hamburgo en el *asunto sobre delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar y en la Bahía de Bengala*, el primer diferendo de fondo en materia de delimitación marítima que particularmente, en la materia que nos interesa, estudió la situación del mar territorial y los efectos de la *St. Martin's Island* (una isla de 8 km² y una población de 7.000 habitantes), como perteneciente a Bangladesh, en la medida que no se superpongan con la soberanía marítima de Myanmar⁶⁶.

Finalmente, la Corte decidió rechazar la solicitud de Nicaragua, tendiente a establecer un enclave de 3 millas alrededor de estas islas, independientemente de su situación o no de excepción, toda vez que la norma sólo es pertinente en la medida que sea necesario determinar sus derechos de soberanía adyacentes al mar territorial. Concretamente, la C.I.J. siguió la tesis del área relevante, desde la costa nicaragüense hasta las 200 millas de las líneas de base desde las cuales se mide el mar territorial, al tiempo que aceptó la tesis colombiana respecto de las islas Providencia, San Andrés y Santa Catarina, en cuanto no debían sufrir un efecto de enclave hacia el oriente a partir de las líneas de base de Nicaragua⁶⁷.

⁶⁶ Conf. T.I.D.M., *Disputa concerniente a la delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, Sentencia del 14 de marzo de 2012, para. 143-144, 151-152 y 169. En esencia, los hechos del caso se centran en la delimitación del mar territorial, la ZEE y la plataforma continental entre las partes en la Bahía de Bengala, sin perjuicio de los derechos contenidos más allá de las 200 millas. Sus antecedentes, según Bangladesh se remontan a unas minutas del año 1974 refrendadas luego, por ambos Estados, en 2008. Myanmar negó que las mismas le fueran vinculantes y obligatorias, debido a que éstas no sólo dejaban sin resolver la controversia de modo integral, sino que además carecían de firma autorizada por alguien con capacidad de obligar al Estado. El Tribunal, en su decisión por unanimidad, sostuvo que las minutas de 1974/2008, invocadas por Bangladesh, no constituían un acuerdo vinculante expreso ni tácito. Para un análisis pormenorizado del caso ver EIRIKSON, Gudmundur, "The Bay of Bengal Case before the International Tribunal for the Law of the Sea", en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, Brill, 2015, pp. 512-528.

⁶⁷ Sobre el cumplimiento de la decisión de la Corte por las partes en disputa, sugerimos consultar KHAN, M. Imad & RAINS, David J., "Doughnut hole in the Caribbean Sea: The maritime boundary between Nicaragua and Colombia according to the International Court of Justice", *Houston Journal of International Law*, vol. 35, n. 3, pp. 608-609.

V. Conclusiones

A pesar de que el régimen legal de las islas se encuentra, a nuestro entender, adecuadamente reconocido en el artículo 121 de la Convención, presenta dificultades en materia de delimitación marítima cuando formaciones insulares se superponen con una masa continental u otras islas. Sin embargo, encontramos elementos de interés para destacar en el caso analizado y que constituyen, en nuestra opinión, una contribución para la consolidación y el desarrollo del derecho internacional.

El principal aporte de la C.I.J. en la disputa y su relación con las islas es la confirmación jurisprudencial del derecho que estas poseen, independientemente de sus características, a un mar territorial de 12 millas.

Un segundo aspecto sobresaliente de la decisión consiste en la profundidad del análisis al abordar la situación relativa a la costa de un Estado, respecto de islas de otro Estado y que le enfrentan en sus proyecciones marítimas, sumado al hecho de encontrarse a gran distancia de la costa principal, como surge en el caso de Colombia.

Sin embargo, también resulta evidente que, a pesar de haber expresado algunos criterios sobre una posible delimitación respecto de proyecciones marítimas próximas y la existencia de islas, la C.I.J. no profundizó sus consideraciones en la hipótesis de presentarse un supuesto de menor extensión, aunque su fundamento radicaría en la existencia de una superposición de espacios soberanos, es decir, tratarse de mar territorial de diferentes Estados o bien, tal como lo sostuvo la misma Corte, encontrarse en presencia de un límite histórico o acordado.

Finalmente, consideramos acertada la reflexión de Infante Caffi, que compartimos, al sostener que en el fondo, el asunto entre Nicaragua y Colombia "(...) se trataba de responder cómo y qué se debía delimitar dada la presencia de las formaciones marítimas colombianas (no su costa continental) y la zona económica exclusiva y la plataforma continental nicaragüense (...)">⁶⁸. En definitiva, la decisión puede calificarse como un paso más en el desarrollo de una jurisprudencia coherente de la Corte en

⁶⁸ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, pp. 504-505.

materia de islas, aclarando e interpretando aspectos de un régimen particular perteneciente a una Convención que, al momento del pronunciamiento del tribunal, celebraba su trigésimo aniversario de la apertura a la firma.

De este modo, podemos vislumbrar un auspicioso futuro para las interpretaciones realizadas por la Corte respecto del artículo 121 de la Convención de 1982, más allá de brindar seguridad jurídica en el caso concreto aclarando el marco normativo vigente, sino también en la previsibilidad y perdurabilidad futura que, junto con las decisiones que pueda adoptar el Tribunal de Hamburgo, constituirán sin dudas las más sólidas bases del derecho del mar contemporáneo.

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS
FUNCIONARIOS DEL ESTADO. INMUNIDAD *RATIONE PERSONAE* E
INMUNIDAD *RATIONE MATERIAE*

Marcos Nelio Mollar*

SUMARIO: I. Introducción; II. Inmunidad y jurisdicción penal; III. Inmunidad *ratione personae*; IV. Inmunidad *ratione materiae*; V. Conclusiones.

I. Introducción

El tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado reviste un gran interés para los Estados y la comunidad internacional en su conjunto. El debate sobre este tipo de inmunidad está abierto desde hace varias décadas tanto en los ámbitos políticos como jurídicos, así como en el ambiente académico y científico.

En los últimos tiempos, se ha incrementado la cantidad de causas penales incoadas por crímenes de derecho internacional contra jefes de Estado y otros funcionarios de alto rango. La causa *Pinochet*, el asunto relativo a la *Orden de detención del 11 de abril de 2000* y el asunto relativo a *Ciertas cuestiones sobre asistencia mutua en materia penal*, han atraído un interés particular respecto de esta esfera del derecho, así como de la necesidad de abordar las incertidumbres que puedan existir en relación con las normas aplicables a la inmunidad.

A los efectos de nuestro estudio, limitaremos el análisis a la inmunidad de los funcionarios de un Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado y no de la jurisdicción penal internacional, cuyo tratamiento ha sido ya objeto de regulación específica en los instrumentos internacionales que crean y regulan el funcionamiento de los tribunales

* Profesor de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales en la Universidad Católica Argentina y Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires. Es además miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

penales internacionales. Tampoco nos ocuparemos de la cuestión de la inmunidad de un funcionario respecto de la jurisdicción del Estado de su propia nacionalidad, ni de la inmunidad de funcionarios y agentes del Estado que, como los agentes diplomáticos y consulares, los agentes en misión especial u otros, se rigen por normas convencionales *ad hoc*.

Los aspectos procesales de la inmunidad –tales como las cuestiones relativas a la forma de alegación, el momento de alegación, o la eventual renuncia a la inmunidad, entre otras– revisten un interés especial para el tema, toda vez que el ejercicio efectivo de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se produce necesariamente en el marco de un proceso judicial. Sin embargo centraremos nuestro estudio en las cuestiones sustantivas más que en los aspectos procesales.

En primer lugar analizaremos la interrelación de los conceptos de “inmunidad” y “jurisdicción penal”, para luego detenernos en la distinción, generalmente aceptada en la práctica, entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*.

II. Inmunidad y jurisdicción penal

El concepto de jurisdicción ha sido objeto de múltiples tratamientos en el plano del derecho internacional pero el empleo de dicho término puede tener diversos significados en los ordenamientos internos.

La jurisdicción penal del Estado existe en tanto el Estado de la jurisdicción tiene competencia para ejercer un conjunto de actos –judiciales y eventualmente ejecutivos– cuya finalidad no es otra que determinar o concluir la existencia de una concreta responsabilidad penal individual por actos constitutivos de crímenes o delitos tipificados conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado¹.

Los títulos basados en la territorialidad, en la personalidad (activa o pasiva), en el principio de protección o en la jurisdicción universal constituyen la base potencial de la competencia de los Estados en el

¹ Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/661, 04/04/2013, p. 14.

ejercicio de la jurisdicción penal entendida en sentido estricto y, con excepción de la personalidad activa, todos ellos podrían dar lugar al ejercicio de la jurisdicción penal contra un extranjero que podría detentar la condición de funcionario y por ello, pretender beneficiarse de la inmunidad².

La labor que está llevando a cabo la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (C.D.I.) sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado resulta imprescindible para completar nuestro estudio³. La Relatora Especial sobre el tema, Concepción Escobar Hernández, elaboró el siguiente proyecto de definición de jurisdicción penal:

Se entiende por ‘jurisdicción penal’ el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarias para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de ‘jurisdicción penal’ es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción⁴.

En lo que respecta a la “inmunidad”, por lo general, se entiende la exención o exclusión de una institución, una persona o sus bienes, de la

² *Ibidem*, p. 15.

³ El tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones (2006). En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo actual y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin. El ex Relator Especial presentó tres informes que la Comisión examinó en su 60º período de sesiones (2008) y en su 63º período de sesiones (2011). En 2012 la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en reemplazo del Sr. Kolodkin, que ya no formaba parte de la Comisión. Hasta la fecha la Relatora Especial ha presentado un informe preliminar en 2012 (A/CN.4/654), un segundo informe en 2013 (A/CN.4/661) y un tercer informe en 2014 (A/CN.4/673).

⁴ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, p. 16.

jurisdicción del Estado; un impedimento al ejercicio de la jurisdicción; una limitación de la jurisdicción; una protección utilizada para obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción en relación con la institución, la persona o los bienes; y por último, el derecho a que no se ejerza la jurisdicción respecto de la institución, la persona y los bienes, es decir el derecho a no estar sujeto a la jurisdicción⁵.

En derecho internacional hay diversos tipos de inmunidades que abarcan una serie de aspectos, que comprenden, en general: a) las inmunidades diplomáticas; b) las inmunidades consulares; c) las inmunidades de Estado; d) las inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus respectivos funcionarios, y e) las “inmunidades de los soberanos y jefes de Estado”. Como ya lo adelantáramos, nos

⁵ Por ejemplo, K. Stefko entendía por inmunidad “la exención de la jurisdicción de las autoridades locales”, *Diplomatic Exemption from civil jurisdiction*, Lwow, 1938, p. 30, citado en Przetacznik, F. *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, La Haya-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1983, p. 10. En el *Diccionario de Derecho Internacional Público*, la inmunidad se define del siguiente modo: “Exención que hace que las personas, los artefactos o los bienes que se benefician de ella (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, buques y aeronaves de Estado y, en el pasado, los extranjeros en países con capitulaciones) queden excluidos de los procedimientos o las obligaciones derivadas del derecho común”. En Salomon, J. (ed.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Brylout, 2001, p. 558, la inmunidad de jurisdicción se define como “exención que permite que ciertas entidades y personas (Estados, jefes de Estado, agentes diplomáticos, funcionarios consulares, organizaciones internacionales y sus agentes, fuerzas militares extranjeras, etc.) queden excluidas de la acción de las jurisdicciones del Estado de residencia o de un tercer Estado”. C. Kessedjian afirma que la concepción de inmunidad de jurisdicción consiste en “impedir que un Estado o una organización internacional sean demandadas ante la jurisdicción de otro Estado”, conf., Kessedjian, C., “Immunité”, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international*, 1998, p. 5. Steinberger, H. señala: “En el marco del derecho internacional público, el derecho relativo a la inmunidad del Estado hace referencia a los principios y las normas jurídicas conforme a los cuales un Estado extranjero puede reclamar la excepción o suspensión de la jurisdicción de otro Estado o alegar que no responde ante ella”, “State Immunity”, en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, 2000, p. 615. St. Wirth considera que “la inmunidad del Estado es el derecho a no quedar sujeto al ejercicio de la jurisdicción extranjera”, “Immunity for core crimes? The I.C.J.’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, *Revista Europea de Derecho Internacional*, vol. 13, n. 4, 2002, p. 882. I. O. Jlestova opina que “la inmunidad del Estado supone su no subordinación a la jurisdicción de otro Estado”, *Problemas de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero (legislación y práctica)*, Moscú, 2002, p. 9. Conf. Informe Preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentado por Roman Anatolyevitch Kolodkin, ex Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/601, 29/05/2008, pp. 27-28.

centraremos en las inmunidades reconocidas a estos últimos y a otros funcionarios del Estado no comprendidos en regímenes especiales⁶.

La Relatora Especial, en el marco de su labor sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, define a la “inmunidad de jurisdicción penal extranjera” como “la protección que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado”⁷.

La inmunidad es considerada como una institución base en el derecho internacional. Para algunos, el fundamento de la inmunidad se justifica por la función desempeñada, mientras que otros, por el contrario, pusieron un especial énfasis en el carácter representativo de los funcionarios del Estado y, en última instancia, en la “personificación” del Estado en tales funcionarios para justificar la inmunidad.

La inmunidad encuentra también su fundamento en la igualdad soberana del Estado y en la estabilidad de las relaciones internacionales. No obstante ello, la inmunidad representa también una limitación a la soberanía del Estado del foro, en la medida que impide el ejercicio de su jurisdicción.

⁶ La práctica internacional ha identificado la existencia de normas que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber: la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18/04/1961; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24/04/1963 y la Convención sobre las Misiones Especiales, 16/12/1969; la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, 14/03/1975; la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, 13/02/1946; la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados, 14/12/1946; el conjunto de reglas que rigen en los supuestos de estacionamiento de tropas en el territorio de un tercer Estado, bien sean las incluidas en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas (los denominados SOFA), bien las incluidas en acuerdos de sede o en convenios de cooperación militar que contemplen el estacionamiento de tropas; así como otras normas convencionales y consuetudinarias aplicables en estos ámbitos. Conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013), Asamblea General, Documentos Oficiales, 68º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/68/10), p. 60.

⁷ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, proyecto de artículo 3.b), p. 17.

Al respecto, se han propuesto tres teorías básicas sobre el otorgamiento de inmunidades⁸. Según la “teoría de la extraterritorialidad” se creaba una ficción jurídica con arreglo a la cual los locales de una misión o el alojamiento temporal de un soberano en una jurisdicción extranjera eran percibidos como una extensión del territorio del Estado acreditante. En el caso del soberano, la extraterritorialidad se fundaba en el principio *par in parem non habet imperium* o *par in parem non habet jurisdictionem*. A consecuencia de la igualdad de los Estados, ningún Estado puede pretender tener jurisdicción sobre otro⁹. La inmunidad también se ha deducido de los principios de independencia y de dignidad de los Estados¹⁰ y de no injerencia¹¹.

La “teoría representativa” funda las inmunidades en el supuesto de que la misión personifica al Estado acreditante. En lo tocante al soberano o Jefe de Estado, este representa en su persona el poder colectivo del Estado¹² y es considerado su principal órgano y representante en la totalidad de sus relaciones internacionales; todos sus actos jurídicos pertinentes son considerados actos de su Estado; y su competencia para realizar tales actos es el *jus repraesentationis omnimoda*¹³.

La “teoría de la necesidad funcional” justifica a las inmunidades como necesarias para que la misión cumpla sus funciones. En la elaboración de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la C.D.I. se guió por la teoría funcional para resolver los problemas respecto de los cuales la

⁸ Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Memorando de la Secretaría, Doc. A/CN.4/596, 31/03/2008, pp. 21-22.

⁹ Jennings, Robert y Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª edición, Londres-Nueva York, Longman, 1992, vol. 1, p. 341, citado en Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 21.

¹⁰ *Ibidem*, p. 342.

¹¹ Caso *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, pp. 581 a 663 (en adelante “*Pinochet* (No. 3)”), Lord Saville de Newdigate, p. 642; Lord Millet, p. 645, y Lord Phillips de Worth Matravers, p. 658. Disponible también en

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>.

¹² Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2ª edición (1871), vol. II, pp. 127-128. Véase también Watts, Arthur, “The Legal Position in International Law of Heads of States of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours*, vol. 247, 1994-III, pp. 9 a 136, citados en Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 22.

¹³ Jennings, Robert y Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's, op. cit.*, pp. 341-343.

práctica no proporciona orientaciones precisas, aunque también ha tenido presente el carácter representativo del jefe de la misión y de la propia misión¹⁴. La teoría de la necesidad funcional parece representar una racionalización más contemporánea de las inmunidades¹⁵.

En el asunto relativo a la *Orden de detención*, se reconoció que las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores se otorgan para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados¹⁶. La Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), en la mencionada causa, sostuvo que la inmunidad de jurisdicción de los ministros titulares de relaciones exteriores no significa en absoluto que gocen de impunidad respecto de cualquier delito que pudieran haber cometido y señaló además que la inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo¹⁷.

La inmunidad sustantiva o material es aquella en virtud de la cual la persona que goza de inmunidad puede no quedar sujeta a las leyes, y por consiguiente, a la jurisdicción legislativa del Estado.

La inmunidad de jurisdicción penal, no exime al que la disfruta de la jurisdicción legislativa del Estado, sino sólo de la inmunidad de la jurisdicción ejecutiva y judicial, es decir, la inmunidad respecto del proceso y de las acciones procesales¹⁸. O si se prefiere, la inmunidad de jurisdicción

¹⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 10º período de sesiones (28 de abril a 4 de julio de 1958), Asamblea General, Documento Oficiales, 13º período de sesiones, Suplemento Nº 9 (A/3859), Comentarios generales sobre la sección II, para. 1) a 3).

¹⁵ *Ibidem*. La C.D.I. observó: “*there is now a third theory which appears to be gaining ground in modern times, namely, the ‘functional necessity’ theory*”.

¹⁶ C.I.J. *Asunto relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia del 14 de febrero de 2002, para. 53.

¹⁷ *Ibidem*, para. 60.

¹⁸ S. Sucharitkul señaló: “Las inmunidades de que se trata [inmunidades de los Estados extranjeros ante las autoridades nacionales] se refieren fundamentalmente a la jurisdicción o al ejercicio del poder local o la autoridad territorial, y no a las inmunidades frente al derecho sustantivo o a disposiciones jurídicas esenciales. Se trata de inmunidades que excluyen la aplicación de las normas procesales o, en el mejor de los casos, del procedimiento legal o el enjuiciamiento, pero no la aplicación de las normas locales. Cuando se invoca la inmunidad del Estado, la jurisdicción local puede quedar suspendida. Pero esa inmunidad puede retirarse en cualquier momento por diversos motivos, lo que permitiría continuar el procedimiento

penal no libera al funcionario de la obligación general de respetar la legislación del Estado extranjero ni le libera tampoco de responder por sus actos ante otras jurisdicciones.

Aunque “inmunidad” y “jurisdicción” son conceptos interrelacionados, como observó la Corte Internacional de Justicia en la causa de la *Orden de detención*, son diferentes. En efecto, en dicha oportunidad la Corte indicó que “*it is only where a State has jurisdiction under international law in relation to a particular matter that there can be any question of immunities in regard to the exercise of that jurisdiction*”¹⁹. Es decir, la inmunidad sólo se plantea si existe jurisdicción²⁰. Además señaló, “(...) *the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction*”²¹.

A efectos de analizar el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, se suelen abordar tres cuestiones principales, a saber: a) qué funcionarios del Estado gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera (alcance subjetivo); b) qué actos están comprendidos en dicha inmunidad (alcance material), y c) si el derecho internacional reconoce algunas excepciones o limitaciones a la inmunidad mencionada²².

De acuerdo con una interpretación que parece ser ampliamente aceptada por los Estados²³, los órganos judiciales²⁴ y la doctrina²⁵, es

legal y reanudar completamente la aplicación del derecho sustantivo local”. Citado en Doc. A/CN.4/601, nota al pie nº 127, p. 31.

¹⁹ *Asunto relativo a la orden de detención*, doc. cit., para. 46. El entonces Presidente de la Corte, G. Guillaume, expresó la misma idea: “... *a court’s jurisdiction is a question which it must decide before considering the immunity of those before it. In other words, there can only be immunity from jurisdiction where there is jurisdiction*”, Ibidem p. 36, para. 1. En su opinión separada, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Burgenthal compartieron ese criterio: “*If there is no jurisdiction en principe, then the question of an immunity from a jurisdiction which would otherwise exist simply does not arise*”, Ibidem p. 64, para. 3.

²⁰ Ibidem Opinión separada conjunta de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buerenthal, para. 5.

²¹ Ibidem para. 59.

²² Doc. A/CN.4/596, doc. cit., p. 56.

²³ La distinción fue reconocida por ambas partes en las actuaciones orales de la causa relativa a *ciertas cuestiones sobre asistencia mutua en materia penal* (Djibouti c. France) ante la

frecuente que las cuestiones atinentes a los beneficiarios, los actos comprendidos y las posibles excepciones se examinen con referencia a dos categorías diferentes de inmunidades de los funcionarios del Estado, la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*²⁶.

C.I.J.: CR 2008/3, p. 15 (Condorelli, en nombre de Djibouti); CR 2008/5, p. 50 (Pellet, en nombre de Francia). Conf. Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 56.

²⁴ La distinción fue utilizada originalmente en el contexto de la inmunidad diplomática, y está bien establecida en el contexto de dicha inmunidad (véase, por ejemplo, Dinstein, Yoram, "Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15, 1966, pp. 76-89). Véase también, por ejemplo, Alemania, Tribunal Constitucional Federal, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*, Causa No. 2 BvR 1516/96, reproducido en *International Law Reports*, vol. 115, p. 606. Para su utilización en el contexto de la inmunidad de otros funcionarios del Estado, véase, por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Al-Adsani v. Reino Unido*, demanda No. 35763/97, sentencia, 21 de noviembre de 2001, para. 65; Suiza, Tribunal Federal, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, ATF 115 Ib 496, pp. 501-502 (reproducido en Caflisch, Lucius, "La pratique suisse en matière de droit international public 1980", *Revue suisse de droit international et droit européen*, 1991, pp. 535-536); *Pinochet* [No. 3], p. 581 en particular: Lord Browne-Wilkinson, *Ibidem*, p. 592; Lord Goff de Chieveley, p. 598; Lord Hope de Craighead, p. 622; Lord Hutton, p. 629; Lord Saville de Newdigate, p. 641; Lord Milletyt, pp. 644-645]. Cabe señalar, empero, que, en su sentencia en la causa del *Orden de detención*, la C.I.J. examinó la cuestión de la inmunidad de un ministro de relaciones exteriores en ejercicio y la comparó con la de un ex ministro sin referirse a esta clasificación (para una crítica del razonamiento de la Corte en este aspecto, véase Cassese, Antonio "When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium Case*", *Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 862-864. Conf. Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 56.

²⁵ Esta distinción fue utilizada por la C.D.I. en el párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 43º período de sesiones (29 de abril a 19 de julio de 1991), Asamblea General, Documentos Oficiales, 46º período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/46/10), pp. 18-19). Véase también, entre otros: Cassese, Antonio "When May Senior State Officials...", *op. cit.*, pp. 862-864; Klingberg, Vanessa, "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *German Yearbook of International Law*, vol. 46, 2003, p. 544; Mitchell, Andrew D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25, 1999, pp. 230 y 231; ROBERTSON, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice*, London, The Penguin Press, 1999, p. 402. En los trabajos del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los jefes de Estado y de gobierno en el derecho internacional, la distinción fue utilizada explícitamente por Sucharitkul (Instituto de Derecho Internacional, *Anuario*, vol. 69 (2000-2001), p. 467), Verhoeven, ("Rapport provisoire", *Ibidem*, p. 488), Salmon (*Ibidem*, p. 563), Fox (*Ibidem*, p. 579) y Dinstein (*Ibidem*, p. 624). Conf. Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 56.

²⁶ En las decisiones judiciales y en la doctrina ocasionalmente se emplea una terminología diferente, calificando a la inmunidad *ratione personae* también como inmunidad "personal" o

Ambas categorías presentan importantes elementos en común, pero también elementos que las diferencian de manera significativa. Entre los primeros se encuentra su fundamento y finalidad, que no es otro que garantizar el principio de igualdad soberana de los Estados, evitar las injerencias en asuntos internos y facilitar el mantenimiento de relaciones internacionales estables, asegurando que sus funcionarios y representantes puedan desempeñar sin dificultades ni obstáculos externos las funciones que les son propias²⁷.

A continuación realizaremos un análisis de las cuestiones que se plantean en cada tipo de inmunidad.

III. Inmunidad *ratione personae*

La Relatora Especial sobre el tema en la C.D.I. también se ha ocupado de definir el concepto de “inmunidad *ratione personae*”, entendiéndolo por tal:

(...) la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales²⁸.

“absoluta”, y describiendo a veces a la inmunidad *ratione materiae* como “funcional” u “orgánica”. Conf. Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, pp. 56/57.

²⁷ En este sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha afirmado en su resolución de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en el caso de crímenes internacionales que “*Immunities are conferred to ensure an orderly allocation and exercise of jurisdiction in accordance with international law in proceedings concerning States, to respect the sovereign equality of States and to permit the effective performance of the functions of persons who act on behalf of States*” (art. II.1). Como ya fue señalado, la C.I.J. ha destacado este carácter funcional y finalista de la inmunidad en el asunto *Orden de detención*, *doc. cit.*, para. 53.

²⁸ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, proyecto de artículo 3.c), p. 20.

Escobar Hernández caracteriza la inmunidad *ratione personae* por los siguientes elementos:

a) Se reconoce únicamente a ciertos órganos del Estado que ocupan un lugar destacado en el mismo y que, en virtud de su cargo, representan al Estado en las relaciones internacionales, de manera automática y en virtud de normas de derecho internacional;

b) Se aplica a todos los actos realizados por los representantes del Estado, sean privados u oficiales; y,

c) Tiene una dimensión claramente temporal, que se circunscribe al período de tiempo en que los órganos beneficiarios de la inmunidad están en ejercicio de su mandato.

La determinación del alcance personal o subjetivo, esto es, a quienes alcanza la inmunidad *ratione personae*, comprende al jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores, categorías que se han consolidado en la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, aunque es cierto que el reconocimiento de dicha inmunidad se predicó originariamente del jefe de Estado y se extendió después al jefe de gobierno, tras la sentencia de la C.I.J. en el asunto de la *Orden de detención*, su extensión al ministro de relaciones exteriores no suscita dudas.

La C.D.I. considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para conceder la inmunidad *ratione personae* a los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado²⁹. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos³⁰.

²⁹ La C.I.J. ha afirmado que “*it is a well-established rule of international law that the Head of State, the Head of Government and the Minister for Foreign Affairs are deemed to represent the State merely by virtue of exercising their functions*” (Asunto relativo a las actividades

La afirmación de que los jefes de Estado se benefician de la inmunidad *ratione personae* no es objeto de controversia, reconociéndose la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que así lo establecen. Además, diversas convenciones contienen disposiciones que se refieren directamente a la inmunidad de jurisdicción del jefe de Estado. La Convención sobre las Misiones Especiales, en su artículo 21.1; la Convención de Viena sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, en su artículo 50.1; la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en el artículo 3.2.

También ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*³¹ y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*³².

El reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* a favor del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores se ha producido porque el derecho internacional ha ido aproximando paulatinamente sus funciones de representación del Estado a las del jefe de Estado. Como ejemplo de ello se puede citar el reconocimiento de los poderes plenos del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores en el proceso de celebración de los tratados³³. La inmunidad de los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores se menciona en la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y, de manera implícita, en la Convención de las Naciones

armadas en el territorio del Congo (nueva solicitud: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda), Sentencia, 3 de febrero de 2006, para. 46.

³⁰ *Asunto relativo a la orden de detención*, doc. cit., para. 53-54.

³¹ La C.I.J. dijo que “*in international law it is firmly established that [...] certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State [...] enjoy[s] immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal*”, *Asunto de la Orden de detención*, doc. cit., para. 51 y 54.

³² La Corte reafirmó que “*A Head of State enjoys in particular “full immunity from criminal jurisdiction and inviolability...*”, C.I.J., *Asunto relativo a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* (Djibouti c. Francia), Sentencia de 04/06/2008, para. 170 (disponible en www.icj-cij.org).

³³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 7.2.a).

Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes³⁴.

La C.I.J. ha declarado expresamente en la decisión de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que está claramente establecido en el derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas que tienen un rango elevado en el Estado, tales como el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, gozan en los Estados de inmunidades de jurisdicción, tanto civil como penal³⁵. Dicha afirmación ha sido posteriormente reiterada por la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*³⁶. La mayoría de los miembros de la Comisión han expresado su opinión de que la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* refleja el estado actual de evolución del derecho internacional y que, por tanto, debe concluirse que existe una norma consuetudinaria que reconoce la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del ministro de relaciones exteriores³⁷.

Corresponde ahora preguntarse qué otros funcionarios del Estado gozarían de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* mientras estuvieran en ejercicio de sus funciones.

No es extraño encontrar en la práctica ejemplos en virtud de los cuales el derecho internacional reconoce inmunidad *ratione personae* con carácter general a otros funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores. En este sentido, ya

³⁴ El artículo 21 de la Convención de Viena sobre las Misiones Especiales se refiere tanto al Jefe de Estado como al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores, si bien lo hace en párrafos separados (en el párrafo 1 se menciona al Jefe de Estado y en el párrafo 2, al Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado). Igual modelo es seguido por la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que también se refiere a esos funcionarios en párrafos separados del artículo 50. Por el contrario, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes ha optado por incluir únicamente una mención del Jefe de Estado (art. 3, para. 2) y las otras dos categorías deben considerarse incluidas en el concepto de “representantes del Estado” contenido en el artículo 2.1.b) iv).

³⁵ *Asunto relativo a la orden de detención*, doc. cit., para. 51.

³⁶ *Asunto relativo a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, doc. cit., para. 170.

³⁷ Doc. A/68/10, doc. cit., p. 66.

han sido objeto de codificación tres casos en que funcionarios de nivel inferior gozan de dicha inmunidad, a saber, el de los agentes diplomáticos, que están comprendidos en la inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor, con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, 1961; el de los representantes del Estado que envía en una misión especial y los miembros de su personal diplomático, que también gozan de inmunidad de jurisdicción penal en el Estado receptor con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales, 1969, y el del jefe de misión y los miembros del personal diplomático de una misión ante una organización internacional de carácter universal, con arreglo al artículo 30 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, 1975³⁸.

Algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional han apoyado su posición favorable a la inclusión, en el proyecto de artículos sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera, de otros funcionarios de alto rango con una referencia a la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, considerando que el empleo de la expresión “*telles que*” (tales que)³⁹ debe interpretarse como una cláusula que permite la extensión del régimen de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores que tienen una importante responsabilidad dentro del Estado y que desarrollan alguna actividad representando al Estado en sectores propios de su competencia. En este sentido, algunos miembros de la Comisión han mencionado que los ministros de defensa o de comercio internacional disfrutaran de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, para otros miembros de la Comisión, el empleo de la expresión “*telles que*” no puede tener como efecto ampliar el ámbito de las personas

³⁸ También hay acuerdos consulares bilaterales que disponen que los miembros del personal diplomático a quienes se asignen funciones consulares seguirán gozando de los derechos, privilegios e inmunidades que se les otorgan en virtud de su estatuto diplomático, y que también disponen que los funcionarios consulares gozarán de inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa en el Estado receptor, salvo en caso de acciones civiles; véanse, por ejemplo, los artículos 23 y 32 del Acuerdo Consular entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular China, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1477, p. 210. Conf. A/CN.4/596, *doc. cit.*, p. 62.

³⁹ *Asunto relativo a la orden de detención*, *doc. cit.*, para. 51.

que se beneficiarían de esta categoría de inmunidad, ya que la Corte la utiliza en el marco de un litigio específico⁴⁰.

La Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* volvió a ocuparse del tema de la inmunidad de los otros altos funcionarios del Estado distintos del jefe de Estado, jefe de gobierno y ministro de relaciones exteriores. En este caso la Corte da un tratamiento separado a la inmunidad del jefe de Estado de Djibouti y a la de otros dos altos cargos, a saber: el fiscal general y el jefe de la seguridad nacional. Respecto del jefe de Estado la Corte se pronuncia de modo nítido para concluir que, con carácter general, se beneficia de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* aunque ello no se aplique en el caso en cuestión como consecuencia de que la invitación para declarar cursada por las autoridades francesas no tiene carácter coercitivo⁴¹. Respecto de los otros dos funcionarios de alto nivel la Corte argumenta que los actos que se les imputan no fueron realizados en ejercicio de sus funciones⁴² y manifiesta, además, que no existe ninguna base en derecho internacional que permita afirmar que los funcionarios concernidos tienen derecho a beneficiarse de inmunidades personales, teniendo en cuenta que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y que la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales no se aplica en este caso⁴³.

La práctica estatal referida a esta cuestión no es extensa y, además, no es coherente ni constante, al respecto. Por lo que no es posible proceder a una enumeración taxativa de quienes sean dichos órganos, habiéndose manifestado opiniones muy diferentes en cuanto a la naturaleza y la extensión de los altos funcionarios que deberían resultar beneficiados por este tipo de inmunidad⁴⁴. Por el contrario, se aprecia una tendencia constante entre los patrocinadores de la teoría extensiva a proponer como

⁴⁰ Doc. A/68/10, *doc. cit.*, p. 67.

⁴¹ *Asunto relativo a ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, *doc. cit.*, para. 170-180.

⁴² *Ibidem*, para. 191.

⁴³ *Ibidem*, para. 194.

⁴⁴ Para algunos Estados debería reconocerse la inmunidad *ratione personae* a los Ministros de Defensa, y comercio (Suiza y Noruega), al Ministro responsable del sistema financiero teniendo en cuenta la actual situación mundial (Noruega), a viceprimeros ministros, a los ministros del gobierno en general y a los jefes del legislativo (China, Reino Unido, Irlanda). Conf. Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, p. 25.

fórmula más adecuada la identificación de los criterios que justificarían la atribución de la inmunidad *ratione personae* a esos “otros altos funcionarios” del Estado⁴⁵.

La cuestión se planteó también en los trabajos del *Institut de Droit International*⁴⁶ y determinó la adopción de una disposición en la cual, si bien se reconoció la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción de los jefes de gobierno, se expresó que ello era “(...) *without prejudice to such immunities to which other members of the government may be entitled on account of their official functions*”⁴⁷.

La Comisión ya se ha referido a otros funcionarios de alto nivel en su Proyecto de artículos sobre las misiones especiales y en su Proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal⁴⁸ y considera que los “otros funcionarios de alto rango” no se benefician de la inmunidad *ratione personae*, sin perjuicio de las reglas propias de la inmunidad *ratione materiae*⁴⁹.

El reconocimiento de una inmunidad *ratione personae* que equiparase con la troika a otros altos funcionarios del Estado, tendría como consecuencia impedir a los tribunales competentes de un tercer Estado ejercer su jurisdicción, privándole de un poder que forma parte de su propia soberanía. Una consecuencia de estas características tan solo se puede producir por aplicación de una norma de derecho internacional consuetudinario que así lo establezca. Una norma que se ha consolidado para los miembros de la troika, pero cuya existencia para otros altos

⁴⁵ La necesidad de determinar dichos criterios ha sido puesta de manifiesto en particular por Japón, Chile, Irlanda, Francia, República de Corea, China, Portugal, India, Federación de Rusia e Israel. De manera especial, algunos Estados han puesto el énfasis en que se tengan en cuenta como criterios esenciales el rango de la persona afectada, su participación en la cooperación y en las relaciones internacionales y la necesidad de viajar (ver, en particular, la intervención del Reino Unido). Conf. Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, p. 25.

⁴⁶ Vinculados a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno.

⁴⁷ Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 26 de agosto de 2001, artículo 15, párrafo 2, disponible en <http://www.idi-iil.org/>.

⁴⁸ La Comisión ha empleado en otras ocasiones la expresión “personalidad oficial” (Proyecto de artículos sobre la represión y sanción de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas) y “otras personalidades de rango elevado” (Proyecto de artículos sobre las misiones especiales).

⁴⁹ Doc. A/68/10, *doc. cit.*, p. 70.

funcionarios del Estado no parece que pueda demostrarse en el estadio actual de evolución del derecho internacional⁵⁰.

El alcance material de la inmunidad *ratione personae* no ha suscitado problemas en la práctica. La extensión de esta inmunidad a cualquiera de los actos, privados u oficiales, que haya sido realizado por el jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores no ha sido objeto de discusión.

Esta solución es coherente con la ofrecida por diversos instrumentos internacionales que definen regímenes particulares y en los que se contempla igualmente una suerte de inmunidad que también responde a la naturaleza *ratione personae*, tales como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre las Misiones Especiales⁵¹.

Esta posición es seguida igualmente en la jurisprudencia internacional, que se refiere a este tipo de inmunidad como inmunidad “plena”, “total”, “completa”, “integral” o “absoluta”, precisamente para declarar que se aplica a cualquier acto realizado por las personas beneficiarias de la inmunidad⁵².

Tal “plenitud” se traduce pues, en la aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* a cualquiera de los actos realizados por un jefe de Estado, jefe de gobierno o ministro de relaciones exteriores, con independencia de su naturaleza –privados u oficiales–, del lugar en que se hayan producido y con independencia igualmente de la eventual naturaleza del viaje (visita

⁵⁰ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, p. 26.

⁵¹ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, artículos 31 y 39.2. Convención sobre las Misiones Especiales, artículos 31 y 43.2. En ambos casos debe llamarse la atención sobre el distinto tratamiento dado a la inmunidad de jurisdicción penal y a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, al admitir respecto de estas últimas excepciones que están directamente vinculadas a la realización de actos privados. De la misma manera, al regular el cese de la inmunidad se establece en dichas convenciones una distinción entre los actos oficiales y los restantes actos, lo que implica un reconocimiento implícito de que los actos no oficiales (privados) estuvieron protegidos por la inmunidad durante el período en que resultó aplicable la inmunidad *ratione personae* en relación con un agente diplomático o en relación con los miembros de una misión especial.

⁵² La C.I.J. se refiere a este alcance material de la inmunidad *ratione personae* como “inmunidad plena” (*asunto relativo a la orden de detención, doc. cit.*, para. 54).

oficial o privada) que realiza al extranjero cuando se produce la pretensión de ejercer la jurisdicción penal extranjera por un determinado Estado⁵³.

Como ha señalado la C.I.J. en la causa relativa a *la Orden de detención de 11 de abril de 2000*, refiriéndose en especial a un ministro de relaciones exteriores, es necesario hacer extensiva la inmunidad a los actos realizados tanto a título privado como oficial para garantizar que los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* no se vean impedidos de ejercer las funciones propias de su cargo, ya que las consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones oficiales son igualmente graves con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados a título “oficial” o a actos realizados a título “privado”. De tal manera que, no es posible hacer una distinción entre los actos realizados por un ministro de relaciones exteriores a título “oficial” y los que hubiera realizado a título “privado”⁵⁴. Los actos a los que se extiende la inmunidad *ratione personae* son aquellos que un jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores hayan realizado durante su mandato o con anterioridad a este. Ello se explica por la finalidad perseguida por la inmunidad *ratione personae*, que se refiere tanto a la protección de la igualdad soberana del Estado, como a la garantía de que los beneficiarios de este tipo de inmunidad puedan desarrollar sin trabas sus funciones de representación del Estado durante todo su mandato. Por lo que se refiere a los actos realizados antes del mandato, debe destacarse que la inmunidad *ratione personae* se aplica a ellos solo si la jurisdicción penal de un tercer Estado pretende ejercerse durante el período en que el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores están en ejercicio. Y ello porque, como ha señalado la C.I.J. en el asunto *Orden de detención*:

(...) no distinction can be drawn between (...) acts performed before the person concerned assumed office as Minister for Foreign Affairs and acts committed during the period of office. Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such

⁵³ Ibidem, para. 55.

⁵⁴ Ibidem.

impediment to the exercise of those official functions are equally serious (...) regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office (...)⁵⁵.

En lo que se refiere a la aplicación temporal de la inmunidad *ratione personae* tampoco es objeto de controversia. Por el contrario, se puede identificar un amplio consenso en torno a la afirmación de que la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* tan solo resulta aplicable durante el período de tiempo en que el jefe de Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores se encuentran en el ejercicio de dicho mandato. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* nace con el nombramiento de la persona beneficiaria y se extingue con la terminación de su mandato⁵⁶.

La propia Comisión de Derecho Internacional, en los comentarios al Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, afirmó que las inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones⁵⁷.

Por consiguiente, tras el término del citado mandato, los actos realizados durante el período de ejercicio de funciones o con anterioridad a él dejarán de estar cubiertos por la inmunidad *ratione personae* y podrán ser sometidos, según los casos, a la jurisdicción penal que no pudo ejercerse durante el período de mandato.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el jefe del Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Véase Doc. A/CN.4/601, *doc. cit.*, para. 79 y Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, para. 90.

⁵⁷ Y añade: “[a]ll activities of the sovereigns and ambassadors which do not relate to their official functions are subject to review by the local jurisdiction, once the sovereigns or ambassadors have relinquished their posts”, Doc. A/46/10, *doc. cit.*, para. 19 del comentario al proyecto de artículo 2.1 b) v).

mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*⁵⁸, como veremos en el punto IV del presente trabajo.

Respecto del carácter absoluto o restringido de la inmunidad *ratione personae*, hasta la fecha se han expresado dos posiciones opuestas. Para una cierta posición este tipo de inmunidad no admite excepción alguna y, por consiguiente, es oponible a cualquier acto realizado por las personas beneficiadas por la inmunidad. Para otros, por el contrario, ciertos actos realizados por un jefe de Estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores o, en su caso, otra persona potencialmente beneficiaria de la inmunidad, no estarían cubiertos por esta si se trata de un acto contrario a normas de *jus cogens* o que puedan ser calificados como crímenes internacionales⁵⁹.

La cuestión de una excepción a la inmunidad *ratione personae* fue notoriamente planteada ante la C.I.J. en la causa de la *Orden de detención*. En dicha oportunidad la Corte señaló que, habiendo examinado detenidamente la práctica de los Estados, inclusive la legislación nacional y las escasas decisiones de los más altos tribunales nacionales, como la Cámara de los Lores (en la causa *Pinochet*) o el Tribunal de Casación de Francia (en la causa *Gaddafi*), no ha podido deducir de esa práctica la existencia con arreglo al derecho internacional consuetudinario de ninguna forma de excepción a la norma que otorga inmunidad de jurisdicción penal e inviolabilidad a los ministros de relaciones exteriores en ejercicio, cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad⁶⁰.

En otro sentido, el Magistrado Al-Khasawneh, en su Opinión disidente, expresó que es posible argumentar que la eficaz lucha contra los crímenes graves ha adquirido un carácter de *jus cogens* que refleja el

⁵⁸ Doc. A/68/10, *doc. cit.*, p. 75.

⁵⁹ Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/654, 31/05/2012, pp. 16-17. Para mayor abundamiento véase también Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, pp. 100 y ss. y Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentado por Roman Anatolyevitch Kolodkin, ex Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/631, 10/06/2010, pp. 31 y ss.

⁶⁰ *Asunto relativo a la orden de detención*, *doc. cit.*, para. 58.

reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los vitales intereses y valores comunitarios que procura proteger y realzar. Consiguientemente, cuando esta norma jerárquicamente superior entra en conflicto con las normas relativas a la inmunidad, ella debe prevalecer⁶¹. En su Opinión disidente, la magistrada *ad hoc* Van den Wyngaert encontró un “problema fundamental” en el enfoque general de la Corte que hace caso omiso de todo el reciente movimiento del moderno derecho penal internacional hacia el reconocimiento del principio de la responsabilidad personal por los crímenes básicos de derecho internacional⁶².

Como podemos ver, el tema de las excepciones a la inmunidad *ratione personae* es una cuestión controvertida, cuyo debate parece aún no haberse agotado.

IV. Inmunidad *ratione materiae*

En su actual labor como Relatora Especial, Escobar Hernández, definió a la “inmunidad *ratione materiae*” como “la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como ‘actos oficiales’”⁶³.

Así, caracteriza la inmunidad *ratione materiae* por los siguientes elementos⁶⁴:

- a) Es reconocida con carácter general a los funcionarios del Estado;
- b) Los actos a los que se extiende la inmunidad serán únicamente aquellos que puedan calificarse como “actos oficiales” o “actos realizados en el ejercicio de funciones oficiales”; y,
- c) No está sometida a límite temporal alguno, ya que la inmunidad *ratione materiae* subsiste incluso después de que la persona beneficiada por la inmunidad haya perdido la condición de funcionario⁶⁵.

⁶¹ Ibidem, Opinión disidente del magistrado Al-Khasawneh, para. 7.

⁶² Ibidem, Opinión disidente de la magistrada Van den Wyngaert, para. 27.

⁶³ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, proyecto de artículo 3.d), p. 20.

⁶⁴ Tercer Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/673, 02/06/2014, p. 7.

⁶⁵ Doc. A/CN.4/661, *doc. cit.*, p. 19.

El concepto de “funcionario” del Estado reviste una especial importancia para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, no ha sido definido, con carácter general, por el derecho internacional⁶⁶. Elaborar una lista de todos aquellos cargos o puestos a los que se calificarían como “funcionarios” no resulta viable si tenemos en cuenta la gran diversidad de modelos existentes en los sistemas jurídicos estatales. En consecuencia, la determinación de “criterios identificativos”, aplicados caso a caso, parece ser el método más adecuado para delimitar el alcance subjetivo de la inmunidad⁶⁷.

El análisis de la práctica judicial y convencional resulta sumamente útil para identificar las personas respecto de las cuales se han venido aplicando o alegando la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y, además, para verificar la existencia de criterios identificativos de las personas a las que calificamos como “funcionarios”.

En los casos donde se ha reconocido la inmunidad de jurisdicción penal *ratione materiae* a los funcionarios extranjeros, los tribunales nacionales han relacionado esa inmunidad de jurisdicción con su condición como agente que actúa por cuenta del Estado. Esta jurisprudencia ha reconocido dos grandes grupos de funcionarios: los que se sitúan en los niveles más altos de la estructura estatal, que dirigen departamentos ministeriales u otras estructuras administrativas del Estado, que tienen una elevada capacidad de decisión y que, en ocasiones, reciben atribuciones de representación del Estado tanto a nivel interno como internacional y aquellos que no tienen capacidad decisoria y que se limitan a cumplir y ejecutar decisiones adoptadas por funcionarios de nivel superior⁶⁸.

La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado en dos ocasiones sobre el tema, en el asunto *Orden de detención* y en el asunto *Ciertas cuestiones relativas a la asistencia judicial en materia penal*. De las respectivas sentencias, se pueden deducir ciertos elementos que pueden resultar útiles para definir el concepto de funcionario: a) la existencia de dos categorías de personas que se benefician, respectivamente, de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*; b) la

⁶⁶ Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, párr. 5; Doc. A/CN.4/601, *doc. cit.*, párr. 108; Doc. A/CN.4/673, *doc. cit.*, párr. 21.

⁶⁷ Doc. A/CN.4/673, *doc. cit.*, p. 9.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 16.

identificación de los primeros como funcionarios de alto nivel que ejercen funciones representativas del Estado a nivel internacional; c) la identificación de los segundos como órganos del Estado que actúan en nombre y por cuenta de dicho Estado; y d) la consideración del desempeño de funciones oficiales como un elemento central para identificar a las personas eventualmente cubiertas por la inmunidad⁶⁹.

En lo que respecta a la práctica convencional, existen ciertos tratados que contienen disposiciones en las que se utiliza el término “funcionarios” o, de una forma más amplia, se hace referencia a categorías de personas que podrían encuadrarse en este concepto⁷⁰. De todos ellos es posible deducir ciertos criterios identificativos del concepto de funcionario del Estado, aplicables tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la inmunidad *ratione materiae*, a saber:

- a) El funcionario tiene un vínculo con el Estado. Dicho vínculo puede presentar diversas formas (constitucional, estatutario o contractual) y puede ser temporal o permanente. El vínculo puede ser *de iure* o *de facto*;
- b) El funcionario actúa en representación del Estado en el ámbito internacional o desempeña funciones oficiales tanto a nivel internacional como a nivel interno; y,
- c) El funcionario ejerce atribuciones del poder público, actuando en nombre y por cuenta del Estado. Las atribuciones del poder público incluyen las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales⁷¹.

Para la Comisión de Derecho Internacional el término funcionario del Estado comprende, además del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, cualquier otra persona que actúe por

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 17-18.

⁷⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18/04/1961 (preámbulo, arts. 31, 37, 38, entre otros); Convención sobre las Misiones Especiales, 16/12/1969 (arts. 14, 31, 36, 37, entre otros); Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal, 14/03/1975 (arts. 30, 36, 39, 60, 66, entre otros); Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24/04/1963 (arts. 1.d), 1.e), 43, entre otros); Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 14/12/1973 (art. 1.b); Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados y de sus Bienes, 02/12/2004 (art. 2.1.b) iv); Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 09/12/1948 (art. 4); Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 10/12/1984 (art. 1); Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, 1998 (art. 27).

⁷¹ Doc. A/CN.4/673, *doc. cit.*, pp. 21 y ss.

cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones del poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado.

El primer criterio para la determinación de las personas a las que se aplica la inmunidad *ratione materiae* es la existencia de un vínculo con el Estado. Este vínculo está relacionado con el concepto de “acto realizado a título oficial” que constituye el elemento de alcance material de esta inmunidad, pero no puede identificarse ni confundirse con el mismo. La referencia al vínculo ha de limitarse a la constatación de que el individuo puede actuar en nombre y por cuenta del Estado, desempeñando funciones que implican el ejercicio de atribuciones del poder público –que incluye el ejercicio de prerrogativas legislativas, judiciales y ejecutivas– en virtud de las competencias que le asigna el derecho nacional. El rango jerárquico del funcionario no es, en sí mismo, un elemento suficiente ni autónomo para concluir que una persona es funcionario del Estado a los efectos de nuestro estudio⁷².

La elección del término empleado para denominar a las personas a las que se aplicaría la inmunidad no es una cuestión menor. El término debe ser fácilmente comprensible e inequívoco y lo suficientemente amplio en su significado para incluir a todas las personas afectadas. El ex Relator Especial de la C.D.I. sobre el tema, Kolodkin, prefirió utilizar el término “funcionario” frente al de “órgano”. Diversos miembros de la Comisión expresaron su opinión de que era posible emplear otros términos tales como “agente” o “representantes”. La actual Relatora Especial, por su parte, ha analizado el diferente significado de los términos “funcionario”, “*official*” y “*représentant*”, concluyendo que estos no tienen un significado uniforme ni equivalente y, por tanto, no pueden utilizarse como términos intercambiables en las distintas versiones lingüísticas del proyecto de artículos. La Relatora Especial considera que los términos “agente del Estado” u “órgano del Estado” presentan la ventaja de ser empleados habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta del mismo. Además, el significado amplio permite su utilización para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público.

⁷² Ibidem, pp. 56/57.

En consecuencia, la Relatora Especial considera que el término “órgano” es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera⁷³.

La limitación del alcance material de la inmunidad *ratione materiae* que comprende sólo a los “actos oficiales” comporta la necesidad de determinar qué actos pueden ser considerados de índole oficial.

A fin de determinar si un funcionario del Estado actúa o no en el ejercicio de sus funciones oficiales, algunos miembros de la CDI consideran útil analizar la relación entre las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado y las normas sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado. Según otra opinión, las normas sobre la atribución de responsabilidad al Estado parecerían tener un valor limitado porque su finalidad era posiblemente distinta de la inmunidad⁷⁴.

En general, se reconoce que todo acto de un funcionario del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado⁷⁵. Como observó la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, “[a]ccording to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule [...] is of a customary character...”⁷⁶. En consecuencia, la cuestión es cuál comportamiento de un funcionario puede (o debe) considerarse de índole oficial y, por lo tanto, es atribuible al Estado, es decir qué debe considerarse un comportamiento del Estado, y cuál no puede

⁷³ Por ello la Relatora Especial ha sugerido a la Comisión que se pronuncie sobre la denominación de las personas que se benefician de esta inmunidad, modificando el título del tema así como la referencia que en los proyectos de artículos ya aprobados se hace al término “funcionario” para sustituirlo por el de “órgano”. Ver Doc. A/CN.4/673, *doc. cit.*, p. 55.

⁷⁴ Doc. A/67/10, *doc. cit.*, p. 108.

⁷⁵ Véanse los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionales ilícitos, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, del 23 de abril al 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001, Doc. A/56/10, pp. 68 y ss.

⁷⁶ C.I.J., *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999, para. 62.

considerarse como tal y puede (o debe) considerarse comportamiento de índole personal⁷⁷.

La Comisión de Derecho Internacional ya ha examinado también esta cuestión⁷⁸. En su comentario sobre el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se señala: “[a] este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado”⁷⁹. Por lo tanto, los actos de un funcionario para ser considerados actos oficiales, tienen que haberse realizado de manera aparente en esa calidad o “bajo las apariencias de autoridad”. De todo esto se desprende que la caracterización del comportamiento de un funcionario como comportamiento oficial no depende de los motivos de la persona ni del contenido del comportamiento, sino que se define por el hecho de que el funcionario actúe como tal⁸⁰.

Es preciso analizar también si un comportamiento *ultra vires* o comportamiento ilícito puede atribuirse al Estado y, por consiguiente, quedar amparado por la inmunidad. Los actos realizados al margen de las funciones del funcionario que actúa en calidad de tal, no se convierten en actos personales. Estos actos, si se realizan en el marco de las funciones, y adquieren, por ejemplo, carácter *ultra vires*, siguen siendo actos oficiales y, por consiguiente, se atribuyen al Estado. El artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados está dedicado a esa cuestión⁸¹. Así, la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera se aplica a los funcionarios que han cometido tales actos⁸².

⁷⁷ Doc. A/CN.4/631, *doc. cit.*, p. 15.

⁷⁸ “Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal”, comentario al proyecto de artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, Doc. A/56/10, *doc. cit.*, p. 72.

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Doc. A/CN.4/631, *doc. cit.*, pp. 15/16.

⁸¹ “Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones. El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”, Doc. A/56/10, *doc. cit.*, pp. 76 y ss.

⁸² Doc. A/CN.4/631, *doc. cit.*, p. 18.

Otra cuestión a considerar es la de si la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, que parece pertinente en el contexto de la inmunidad de los Estados, también se aplica en el contexto de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Al señalar que en la doctrina existen opiniones encontradas sobre esta cuestión, la Secretaría concluyó en su memorando que “parecería haber fundamentos razonables para considerar que un órgano del Estado que realice un acto *jure gestionis* que es atribuible al Estado está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto”⁸³. Como ya ha señalado la Comisión, a efectos de atribuir un comportamiento a un Estado “no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como ‘comercial’ o como *acta iure gestionis*”⁸⁴. En tal caso, el alcance de la inmunidad del Estado y el alcance de la inmunidad de su funcionario no son iguales, pese a que se trata fundamentalmente de la misma inmunidad. El funcionario que realiza un acto de índole comercial, cuando ese acto se atribuye al Estado, goza de inmunidad de jurisdicción extranjera, mientras que el propio Estado no goza de tal inmunidad con respecto a ese acto (si se trata de la jurisdicción civil o penal aplicable al funcionario, respecto del Estado sólo puede aplicarse la jurisdicción civil)⁸⁵.

Se debe analizar además la cuestión de si los funcionarios gozan de inmunidad *ratione materiae* con respecto a actos realizados antes del periodo en que ejercieron el cargo, en el periodo en que ejercieron el cargo y después de él.

Dado que la inmunidad *ratione materiae* protege al funcionario únicamente respecto de los actos que este realiza en su calidad de tal, esa inmunidad no abarca los actos realizados por esa persona a título personal, antes de asumir el cargo. Esos actos no son actos atribuibles al Estado y tampoco adquieren ese carácter cuando esa persona empieza a ejercer función pública. Y a la inversa, en el caso de un ex funcionario que gozaba de inmunidad *ratione materiae* respecto de actos realizados en el ejercicio de su cargo, esos actos no dejan de considerarse actos del Estado porque el funcionario haya cesado en el cargo y, por consiguiente, este continúa

⁸³ Memorando de la Secretaría, A/CN.4/596, *doc. cit.*, párr. 161.

⁸⁴ Comentario al artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Doc. A/56/10, *doc. cit.*, pp. 68 y ss.

⁸⁵ Doc. A/CN.4/631, *doc. cit.*, p. 17.

gozando de esa inmunidad, que constituye en esencia una inmunidad del Estado⁸⁶.

Asimismo, el carácter de la estancia de un funcionario o un ex funcionario en el extranjero, inclusive en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción, difícilmente podría influir en la inmunidad *ratione materiae*. Por lo visto, esa persona gozará de inmunidad de jurisdicción penal extranjera en relación con los actos que haya realizado en su condición de funcionario, independientemente de si se encuentra en el extranjero en una visita oficial o de viaje con fines personales⁸⁷.

No existe tampoco un consenso suficiente sobre la posibilidad de introducir o no excepciones a esta categoría de inmunidad, en particular vinculadas con la violación de normas de *ius cogens* o con la comisión de crímenes internacionales. El debate se plantea en términos similares a los antes señalados en relación con la inmunidad *ratione personae*, aunque debe destacarse que la posibilidad de introducir una excepción para la inmunidad *ratione materiae* parece haber recibido mayor apoyo que en el caso de la inmunidad *ratione personae*⁸⁸.

Como se mencionó anteriormente, en la causa de la *Orden de detención* la C.I.J. determinó que la inmunidad de jurisdicción penal de un Ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio no estaba sujeta a ninguna excepción en los casos de crímenes de derecho internacional. Sin embargo, la Corte no abordó directamente la cuestión de la posible existencia de tal excepción en relación con la inmunidad *ratione materiae* de un ex Ministro de Relaciones Exteriores.

Parte de la doctrina ha tomado como fundamento diversos argumentos y consideraciones para afirmar la existencia de una excepción a la inmunidad *ratione materiae* con respecto a los crímenes de derecho internacional. Algunos autores se han fundado en la supuesta naturaleza de *jus cogens* de las normas que establecen tales crímenes. La consecuencia de

⁸⁶ Ibidem, pp. 19/20.

⁸⁷ Ibidem, p. 21.

⁸⁸ Doc. A/CN.4/654, *doc. cit.*, p. 18. Para mayor abundamiento véase también Doc. A/CN.4/596, *doc. cit.*, pp. 100 y ss. y Doc. A/CN.4/631, *doc. cit.*, pp. 31 y ss.

ello sería que dichas normas deben prevalecer sobre las normas relativas a la inmunidad, que no parecerían tener la condición de *jus cogens*⁸⁹.

Si bien en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia: con intervención de Grecia), la Corte Internacional de Justicia se ocupó de un asunto relativo a la inmunidad de los Estados, el razonamiento básico de la Corte podría aplicarse también al tema que nos ocupa. En dicho asunto la Corte afirmó que no había ningún conflicto entre una norma de *jus cogens* y una norma de derecho consuetudinario que exigiera que un Estado concediera inmunidad a otro. Las dos series de normas se ocupan de asuntos distintos, ya que las normas sobre la inmunidad del Estado tienen carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden ejercer o no jurisdicción sobre otro Estado, y no guardan relación alguna con la cuestión de las normas sustantivas, que podrían ser de *jus cogens*, ni con la cuestión de si la conducta que da lugar a la acción judicial es lícita o ilícita⁹⁰.

V. Conclusiones

La inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado se trata de un tema clásico del derecho internacional, que, sin embargo, debe ser considerado a la luz de nuevos problemas y planteamientos.

No existe un tratado internacional de carácter universal que regule exhaustivamente todas las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios estatales. La costumbre internacional es la principal fuente de derecho internacional sobre la materia.

La inmunidad de los funcionarios del Estado se justifica generalmente sobre la base de las teorías funcional y representativa. Además, los principios de derecho internacional relativos a la igualdad soberana de los Estados y a la no injerencia en sus asuntos internos, así como la necesidad de garantizar la estabilidad de las relaciones internacionales y el desempeño de las actividades de los Estados en forma independiente, son factores que también dan fundamento a la inmunidad.

⁸⁹ Doc. A/CN.4/596, doc. cit., p. 138.

⁹⁰ Doc. A/67/10, doc. cit., p. 110.

La inmunidad *ratione personae* se otorga por referencia a la condición de la persona de que se trata, mientras que la inmunidad *ratione materiae* se otorga por referencia a las características de la conducta a que se refiere. De ello se deriva que a los funcionarios de alto rango, como los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se les otorgará una amplia inmunidad *ratione personae* mientras desempeñen el cargo, pero seguirán gozando de una más limitada inmunidad *ratione materiae* una vez que hayan dejado el poder, en lo que respecta a los actos oficiales o aquellos realizados en el ejercicio de funciones oficiales. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Subsiste la controversia sobre la cuestión de las posibles excepciones a estas inmunidades, en particular, respecto de una norma *ius cogens* y de los crímenes de derecho internacional. El debate se enriquece aún más por la incorporación de ciertos elementos nuevos tales como la definición de la responsabilidad penal internacional del individuo, la creación de tribunales penales internacionales y, en general, la puesta en marcha de mecanismos adecuados para la lucha contra la impunidad respecto de los más graves crímenes internacionales, que parecen reflejar una tendencia hacia la limitación de las inmunidades y su alcance.

Al examinar las diversas relaciones existentes entre las normas relativas a la inmunidad de los funcionarios del Estado y los principios y valores esenciales de la comunidad internacional y el derecho internacional, incluidos los que tienen por objeto la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad, conviene considerar el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, al afirmar la inexistencia de conflicto entre normas de *ius cogens* y normas de derecho consuetudinario que exigieran que un Estado concediera inmunidad a otro, ya que las primeras son normas sustantivas mientras que las últimas se ocupan de cuestiones procesales.

Cabe finalmente destacar el trabajo actual de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema y considerar su futura labor la que, sin dudas, constituirá una significativa contribución para el examen de las

principales cuestiones jurídicas que se plantean en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Aldana Rohr*

SUMARIO: I. Introducción; II. Obligación de extraditar o juzgar en el derecho internacional contemporáneo; III. Obligación de extraditar o juzgar en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia; IV. La jurisdicción nacional y los derechos internos frente a la obligación *aut dedere aut judicare*; V. La jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*; VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

La cooperación internacional es uno de los propósitos de las Naciones Unidas y al cual diversas organizaciones regionales remiten entre sus objetivos. En reiteradas oportunidades, los Estados han expresado el deseo de cooperar entre sí en la lucha contra la impunidad de delitos de trascendencia internacional¹.

Los tratados han sido, mayormente, el fundamento de la cooperación penal internacional en todo el mundo, ante su ausencia, el principio de reciprocidad cobra especial relevancia. En el espectro de la cooperación internacional, los tratados son el más formal de los instrumentos que se pueden utilizar tanto en casos de asistencia jurídica, como de extradición².

* Abogada (U.B.A.). Docente de Derecho Internacional Público (U.B.A./U.N.La.M.) y Derechos Humanos y Garantías (U.B.A.).

¹ Véase, por ejemplo A.G.N.U., Res. 2840 (XXVI), 18/12/1971, “Cuestión del castigo de los crímenes de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”; A.G.N.U., Res. 3074 (XXVIII), 03/12/1973, “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”.

² Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, pp-19-24, para. 43.

En numerosas convenciones la obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad se hace efectiva, en particular, por medio de la obligación de juzgar o extraditar³. Así, en los casos de delitos graves de trascendencia internacional, el fin de la obligación de extraditar o juzgar es impedir que los presuntos autores no puedan encontrar refugio en ningún Estado evitando el castigo y asegurándose impunidad.

En primer lugar analizaremos la “obligación de extraditar o juzgar” (*aut dedere aut judicare*) en el derecho internacional contemporáneo, para luego continuar con su abordaje en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, C.I.J.). Seguidamente, nos referiremos al ejercicio de la jurisdicción nacional y los derechos internos frente la obligación *aut dedere aut judicare* para concluir con un breve análisis de la relación que existe entre la jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*.

II. Obligación de extraditar o juzgar en el derecho internacional contemporáneo

Desde las primeras resoluciones de la Asamblea General (en adelante A.G.N.U.) se expresaba la necesidad de asegurar el enjuiciamiento y castigo de los responsables de crímenes internacionales⁴, reflejando la importancia de la cooperación mutua para evitar la evasión de la justicia, en especial a través de la detención y envío de los responsables a los países donde se han cometido tan abominables actos para que sean juzgados y castigados según las leyes de aquellos países⁵.

Del mismo modo, se entendía que la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo era contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas⁶.

³ C.I.J., *Obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica c. Senegal), Sentencia del 20 de julio de 2012, para. 50, 68 y 74-75.

⁴ A.G.N.U., Res. 3 (I), 13/02/1946, Extradición y castigo de criminales de guerra.

⁵ A.G.N.U., Res. 95 (I), 11/12/1946, Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg. Adoptada por unanimidad.

⁶ A.G.N.U., Res. 284, *doc. cit.*

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 intentó codificar esta obligación, regida por el derecho internacional consuetudinario imperante en aquel momento, y no era un resultado del desarrollo progresivo del derecho internacional⁷. Así, se afirmaba “Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen de genocidio, contra la humanidad, crímenes de guerra, concederá la extradición de esa persona o la juzgará”⁸.

Asimismo, la obligación de juzgar y extraditar ha sido ampliamente debatida por el *Institut de droit International*⁹ e incluida por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante C.D.I.) en su programa de trabajo, en 2005, bajo el título “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”¹⁰.

La extradición es la máxima expresión de la cooperación jurídica entre Estados. Se trata de un proceso formal por el cual un Estado solicita el regreso forzoso de una persona acusada de un delito o condenada por este a

⁷ GALICKI, Zdzislaw, *Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 59° sesión de la C.D.I. (2007), Doc. A/CN.4/585, para. 7. Textualmente: “También es importante recordar que el proyecto de código era en gran medida una codificación del derecho internacional consuetudinario que imperaba en 1996, y no un resultado del desarrollo progresivo del derecho internacional, como se confirmó dos años más tarde al aprobarse el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Por el contrario, en el Informe Final del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (2014), *doc. cit.*, se manifestó lo contrario, véase para. 13. Textualmente “Cuando la Comisión aprobó el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (“el Proyecto de código”) en 1996, la disposición sobre la obligación de extraditar o juzgar que contenía constituyó desarrollo progresivo del derecho internacional, como se explica en el párrafo 4 del informe de 2013 del Grupo de Trabajo. Desde la conclusión del Proyecto de código de 1996, puede que haya habido otros casos de desarrollo del derecho internacional que reflejen la práctica de los Estados y la *opinio juris* a este respecto”.

⁸ Artículo 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996.

⁹ Resolución de Oxford, Sesión de Oxford, 1880. Revisión de los artículos 13 y 14 de la Resolución de Oxford (Extradición), Sesión de Ginebra, 1892. Revisión del artículo 26 de la Resolución de Oxford (Extradición), Sesión de París, 1894. Nuevos Problemas en materia de extradición, Sesión de Cambridge, 1983.

¹⁰ En su 57° periodo de sesiones (2005), la C.D.I. decidió incluir el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)” en su programa de trabajo.

fin de someterla a juicio o que cumpla la condena en el Estado requirente¹¹. Originalmente la extradición se basaba en pactos, la cortesía o la buena voluntad entre jefes de Estados soberanos¹².

Así, “la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y, eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos”¹³. Su fundamento legal puede derivar de un tratado multilateral, bilateral, o excepcionalmente de la costumbre. Sólo puede concederse hacia un Estado que tenga jurisdicción, por cualquier título, para perseguir penalmente y juzgar al presunto infractor, en cumplimiento de una obligación jurídica internacional que vincule al Estado en cuyo territorio se encuentre esa persona¹⁴.

Por su parte, la obligación de juzgar, en casos de delitos graves, se vincula directamente con la obligación de los Estados partes de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en distintos instrumentos internacionales a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos convencionalmente¹⁵. Esta obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse¹⁶.

¹¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, para. 42.

¹² Véase Informe de 2004 del grupo de trabajo oficioso de expertos sobre las mejores prácticas de extradición, párag. 8. Disponible en http://www.unodc.org/pdf/ewg_report_extraditions_2004.pdf

¹³ C.S.J.N., *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición s/ cuaderno de prueba de la defensa*, XXXI. Recurso de hecho, causa N° 172-112-94, considerando 5°.

¹⁴ *Obligación de juzgar o extraditar*, doc. cit., para. 120.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Co.I.D.H., *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, para. 166.

¹⁶ Co.I.D.H., *Valle Jaramillo c. Colombia*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de noviembre de 2008, para. 100.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Co.I.D.H.) también ha precisado la relación entre la obligación de garantía y la de juzgamiento frente a una situación de violación sistemática de derechos humanos. En el caso *Goiburú y otros c. Paraguay*, expresó que:

(...) la plena realización de la justicia en este tipo de casos se imponía como un deber inexcusable de haber solicitado, con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados. Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos el Paraguay debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido¹⁷.

Así, en:

(...) un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos (...). El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a

¹⁷ Co.I.D.H., *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, para. 130.

los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo¹⁸.

La Co.I.D.H. declaró que “el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales¹⁹ y universales²⁰ en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe en ese sentido,

¹⁸ *Ibidem*, para. 131.

¹⁹ Carta de la Organización de Estados Americanos, Preámbulo y artículo 3.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y Resolución N° 1/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre juzgamiento de crímenes Internacionales. Citado en el texto original.

²⁰ Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, Preámbulo y artículo 1.3; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Res. de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de las Naciones Unidas, Res. 2200 A (XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos; Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad, Res. 2391 (XXIII) de la Asamblea General de 26 de noviembre de 1968; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Res. 260 A (III) de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Res. 39/46 de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984; Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, Res. 47/133 de la Asamblea General, 47 U.N. GAOR Supp. (no. 49) at 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992), artículo 14; Principios de las Naciones Unidas sobre la efectiva prevención e investigación de ejecuciones extra-legales, arbitrarias y sumarias, E.S.C. Res. 1989/65, U.N. Doc. E/1989/89 para. 18 (24 de mayo de 1989); Principios de las Naciones Unidas de Cooperación Internacional en la Detección, Arresto, Extradición y Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, Res. 3074 de la Asamblea General, Doc. A/9030 (1973); Resolución sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, Res. 2840 de la Asamblea General, Doc. A/Res/2840 (1971); Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996; Proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1er periodo de sesiones, tema 4 del programa, A/HRC/1/L.2, 22 de junio de 2006; Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 2312 (XXII), 14 de diciembre de 1967, y Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Res. 429 (V), 14 de diciembre de 1950. Citado en el texto original.

ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables”²¹.

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante C.S.N.U.), actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta ha adoptado algunas resoluciones que ponen de manifiesto la obligación de juzgar en situaciones calificadas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas. Así, en ciertas ocasiones, decidió que todos los Estados “velen por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos”²² y que “todos los Estados se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se pueda enjuiciar y sancionar de modo que quede debidamente reflejada la gravedad del delito”²³.

Así, la fórmula “extraditar o juzgar” se utiliza comúnmente para designar “la obligación alternativa concerniente al presunto autor de una infracción, (...) que figura en una serie de tratados multilaterales orientados a lograr la cooperación internacional en la represión de determinados comportamientos delictivos”²⁴. El cumplimiento efectivo de estas obligaciones requerirá, por lo tanto, que el Estado adopte distintas medidas en su derecho interno, desde tipificar el delito que puede motivar la extradición, establecer su jurisdicción, investigar, juzgar o extraditar.

El propósito fundamental de este principio es garantizar que las personas que son responsables de crímenes especialmente graves sean llevadas ante la justicia previendo el enjuiciamiento y castigo efectivos por una jurisdicción competente²⁵.

²¹ Co.I.D.H., *Goiburú y otros c. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de septiembre de 2006, para. 132.

²² Res. C.S.N.U. 1373, 28/09/2001, 4385ª sesión.

²³ Res. C.S.N.U. 2178, 24/09/2014, 7272ª sesión.

²⁴ GALICKI, Zdzislaw, *Observaciones preliminares sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, Anexo a la recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo (2004), Doc. A/59/10, para. 1.

²⁵ Comentario al art. 9 Proyecto de Código Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996, para. 2.

En el informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar del Relator Especial 2006 se señaló que entre las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar se debían incluir los principios generales del derecho, la legislación nacional y las decisiones judiciales, y no únicamente los tratados y las normas consuetudinarias²⁶.

En el tercer informe sobre el tópico en estudio, –respecto del tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar–, se afirmó que:

(...) hay un consenso bastante amplio acerca de que los tratados internacionales constituyen una fuente generalmente reconocida de la obligación de extraditar o juzgar. El número de tratados internacionales en que se establece la obligación *aut dedere aut judicare* aumenta cada año. Ese hecho no basta en sí mismo para justificar la codificación de una norma consuetudinaria de carácter vinculante, aunque el desarrollo de una práctica internacional basada en un número creciente de tratados que establecen y confirman esa obligación puede llevar, por lo menos, a iniciar la formulación de una norma consuetudinaria adecuada²⁷.

En 2011, el entonces Relator Especial Galicki propuso en su cuarto informe el siguiente Proyecto de artículo 4, titulado “la costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*”, con la siguiente redacción:

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa

²⁶ GALICKI, Zdzislaw, *Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar* (“*aut dedere aut judicare*”), 58ª sesión de la C.D.I. (2006), Doc. A/CN.4/571, para. 48. Textualmente: “48. A partir de todo lo anterior, el Relator Especial está convencido de que, en relación con el plan de acción preliminar, entre las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar se deben incluir los principios generales del derecho, la legislación nacional y las decisiones judiciales, y no únicamente los tratados y las normas consuetudinarias”.

²⁷ GALICKI, Zdzislaw, *Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar* (*aut dedere aut judicare*), 60ª sesión (2008), Doc. A/CN.4/603, para. 124.

obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.

2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a [las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra] 3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*jus cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2.

No obstante, el Proyecto de artículo no fue bien recibido ni en la C.D.I., ni en la Sexta Comisión. Hubo desacuerdo general con la conclusión de que la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar pudiera deducirse de la existencia de normas consuetudinarias que prohibían determinados crímenes internacionales.

Posteriormente se planteó la cuestión del impacto del principio *aut dedere aut judicare* en la responsabilidad internacional cuando guardaba relación con obligaciones *erga omnes* o normas de *jus cogens*, como la prohibición de la tortura. Al respecto, la delegación mexicana sugirió que se hiciera un análisis de los siguientes aspectos: a) frente a quién se tiene la obligación; b) quién puede solicitar una extradición; y c) quién tiene interés jurídico para invocar la responsabilidad internacional de un Estado por incumplir su “obligación de juzgar o extraditar”²⁸.

El alcance de la obligación de extraditar o juzgar establecido convencionalmente debe analizarse caso por caso, sin embargo es posible destacar algunas tendencias generales y características comunes en las convenciones más recientes que enuncian la obligación de extraditar o juzgar. Una de las tendencias más destacadas parece ser la “fórmula de La

²⁸ Informe final Grupo de Trabajo de la C.D.I., *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 66º período de sesiones (2014), Doc._A/CN.4/L.844, para. 30.

Haya”²⁹ que implica que el Estado que detiene a una persona, someta, sin excepciones, el asunto del presunto infractor a una autoridad competente si no concede la extradición³⁰ o a la inversa, siendo complementada, en algunos casos, por disposiciones adicionales³¹.

Así, las disposiciones correspondientes parecen estar encuadradas en dos categorías fundamentales: a) las cláusulas según las cuales la obligación de juzgar sólo nace cuando no se entrega al presunto infractor tras una solicitud de extradición; y b) las que imponen una obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto infractor se halle en el territorio del Estado, obligación de la que este puede quedar exento concediendo la extradición³².

²⁹ *Ibidem*, para. 16. A efectos ilustrativos: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2000), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), entre otros.

³⁰ Informe final Grupo de Trabajo de la C.D.I., *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)*, 65º período de sesiones (2013), A/68/10, para. 19.

³¹ *Ibidem*, para. 19. Esta obligación es complementada por disposiciones adicionales que exigen que los Estados partes: a) tipifiquen el delito correspondiente en sus ordenamientos nacionales; b) establezcan su jurisdicción sobre el delito cuando tengan un vínculo particular con él o cuando el presunto infractor se encuentre en su territorio y no lo extradite; c) adopten disposiciones para que el presunto infractor esté detenido preventivamente y se proceda a una investigación preliminar; y d) consideren que el delito da lugar a extradición. En particular, en lo que respecta a la opción enjuiciamiento de la obligación, las convenciones se limitan a subrayar que el asunto se someta a una autoridad competente a los efectos de enjuiciamiento. En menor medida, existe también la tendencia a que, a falta de enjuiciamiento por el Estado de detención, el presunto delincuente deba ser extraditado absolutamente sin excepción.

³² *Ibidem*, para. 22-28. Los instrumentos que contienen cláusulas de la primera categoría imponen a los Estados partes (al menos a aquellos que no tienen un vínculo especial con el delito) la obligación de juzgar únicamente cuando la extradición se ha solicitado pero no se ha concedido, en contraposición a la obligación *ipso facto* de juzgar al presunto infractor que se encuentre en su territorio. Esos instrumentos reconocen la posibilidad de que un Estado pueda negarse a acceder a una solicitud de extradición de una persona por motivos previstos en el instrumento en cuestión o en la legislación nacional. Sin embargo, en el caso de que se deniegue la extradición, el Estado tiene la obligación de juzgar a la persona. En otras palabras, estos instrumentos se centran principalmente en la opción de extraditar y prevén la alternativa de juzgar como garantía frente a la impunidad. Las cláusulas de la segunda categoría imponen a los Estados una obligación de juzgar *ipso facto* que nace en cuanto se determina la presencia del presunto infractor en el territorio del Estado en cuestión, con independencia de cualquier solicitud de extradición. Únicamente en el supuesto

Así, la C.D.I. ha encarado el tema desde la primera perspectiva, mientras que en el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*³³, la C.I.J. lo ha hecho desde la segunda.

A los efectos de ilustrar los distintos matices que pueden adoptar estas cláusulas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional expresa la obligación de juzgar subsidiariamente a la obligación de extraditar, si se trata de un nacional³⁴; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, cuando no conceda la extradición³⁵; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas cuando no se conceda la extradición plantea la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes “como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción”, es decir en aplicación al principio de jurisdicción universal, sobre el cual nos referiremos más adelante³⁶.

Las solicitudes de extradición formales conllevan importantes requisitos concernientes a la protección de derechos humanos –doble incriminación, *ne bis in idem*, *nullem crimen sine lege*, principio de especialidad³⁷–, y frente a un riesgo real de incumplimiento –aplicación de la pena de muerte, condenas en rebeldía, riesgo de ser juzgado por motivos de origen étnico, religión, nacionalidad u opiniones políticas, solicitante de refugio–, el Estado requerido puede invocar una causal de denegación³⁸, que

de que se presente una solicitud de extradición, puede el Estado elegir discrecionalmente entre la extradición y el enjuiciamiento. Véase también Estudio de la Secretaría (2010).

³³ *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*

³⁴ Artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

³⁵ Artículo 14 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

³⁶ Artículo VI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

³⁷ Informe Final de la C.D.I., *Obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)* (2014), Doc. A/69/10, para. 22.

³⁸ Artículo 12: Prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso: La obligación de extraditar no puede ser sustituida por la deportación, rendición extraordinaria u otra forma informal de envío de un sospechoso a otro país. En este sentido, los Estados deben abstenerse de recurrir a la expulsión de un extranjero con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso. Proyectos de artículos sobre Expulsión de extranjeros aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura. C.D.I., 66° Sesión, Doc. A/CN.4/L.832 (2014).

dependiendo el caso será obligatoria o facultativa. En algunos supuestos también puede condicionar la extradición a la exigencia de brindar garantías por parte del Estado requirente.

Por ejemplo, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante C.I.D.H.), ha indicado que los Estados Partes que han abolido de manera absoluta la pena de muerte, pueden ser responsables por violación del derecho a la vida en caso de extraditar a una persona a un país en el cual se le puede imponer la pena de muerte, sin las debidas salvaguardas que aseguren que dicha pena no será impuesta y/o aplicada³⁹. En idéntico sentido, la C.I.D.H. establece que la prohibición absoluta de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, implica que los Estados pueden ser internacionalmente responsables por la devolución de una persona que se encuentra bajo su jurisdicción, sea mediante la figura de deportación o extradición, a un país donde exista un riesgo de sufrir dichos actos⁴⁰.

En estas situaciones, contempladas en los tratados, modelos de tratados y legislaciones nacionales, los Estados consideran que una extradición no debe ser concedida⁴¹. Por ejemplo, la Oficina de Naciones Unidas sobre Droga y Crimen ha preparado distintos modelos de tratados, que establecen la obligación de juzgar o extraditar⁴², por ejemplo frente a delitos de terrorismo⁴³, incorporando causales de negación fundadas en la posible violación de los derechos humanos del extraditable⁴⁴.

En el caso concreto, habrá que analizar si existe la alternativa de juzgamiento por el Estado requerido, pues la obligación de extraditar o juzgar se basa en una alternativa que permite que el Estado decida qué

³⁹ C.I.D.H., Informe 78/13, *Wong Ho Win c. Perú*, para. 224.

⁴⁰ *Ibidem*, para. 235.

⁴¹ Véase SOLERNÓ, Diego M., "Extradición y Derechos Humanos", *La Ley - Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, 2014, pp. 3-12.

⁴² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 16.

⁴³ Véase artículo 6.3.5. El deber de juzgar o extraditar en el derecho internacional en Ley Modelo sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo. Disponible en http://www.unodc.org/documents/legal-tools/AML_MLawEnglish.pdf

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 6.3.3 sobre Razones obligatorias de denegación. Véase también Ley Modelo de extradición, Capítulo 2: Razones de denegación de un pedido de extradición. Disponible en http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf.

parte de la obligación desea cumplir, presumiéndose que una vez cumplida una de las partes de esta obligación compuesta —ya sea *dedere* o *judicare*—, el Estado queda eximido de cumplir la otra⁴⁵.

III. Obligación de extraditar o juzgar en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia

En el caso concerniente a la *Obligación de juzgar o extraditar*, la C.I.J. precisó el alcance de las obligaciones dimanantes de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, afirmando que:

(...) the obligation for the State to criminalize torture and to establish its jurisdiction over it finds its equivalent in the provisions of many international conventions for the combating of international crimes. This obligation, which has to be implemented by the State concerned as soon as it is bound by the Convention, has in particular a preventive and deterrent character, since by equipping themselves with the necessary legal tools to prosecute this type of offence, the States parties ensure that their legal systems will operate to that effect and commit themselves to coordinating their efforts to eliminate any risk of impunity⁴⁶.

La C.I.J. resolvió que los Estados partes en la Convención contra la Tortura tienen la obligación de tipificar la tortura, establecer su jurisdicción sobre el crimen de tortura a fin de dotarse del instrumento jurídico necesario para juzgar ese delito y proceder inmediatamente a una investigación de los hechos desde el momento en que el sospechoso se encuentre en su territorio respectivo, sin dilación, en particular una vez se haya presentado la primera denuncia contra el sospechoso⁴⁷ y adoptar las medidas necesarias dentro de un plazo razonable⁴⁸. De esta interpretación de

⁴⁵ GALICKI, Zdzislaw, *Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar* (“*aut dedere aut judicare*”), *doc. cit.*, para. 49.

⁴⁶ *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, para. 75.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 115 y 117.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 114 y 115.

la C.I.J. se colige que la “obligación de juzgar”, que nace con independencia de la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso, siendo las autoridades nacionales libres de decidir si procede o no iniciar la acción penal a la luz de las pruebas a su disposición y de las normas pertinentes del procedimiento penal, es una obligación de medios⁴⁹. Así la C.I.J. afirmó que: “(...) extradition is an option offered to the State by the Convention, whereas prosecution is an international obligation under the Convention, the violation of which is a wrongful act engaging the responsibility of the State”⁵⁰.

La obligación de juzgamiento nacería frente a una violación ocurrida bajo su jurisdicción o respecto de la cual también pueda ejercerla, con fundamento convencional, consuetudinario, e incluso en la legislación nacional. En el caso de una solicitud de extradición de otro Estado con jurisdicción exclusiva sobre el delito, la obligación de juzgar, como alternativa, derivaría de una obligación convencional o consuetudinaria, y ante la ausencia de ello, el Estado donde el presunto infractor se encuentre podría acceder a su juzgamiento, discrecionalmente. En tales circunstancias, los interrogantes se plantearían en relación con las dificultades probatorias, y a la cooperación en materia penal que el resto de los Estados estén dispuestos a brindar, en especial el Estado cuya extradición fue denegada.

En este caso, la C.I.J. dejó en claro que “(...) the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)”⁵¹. No obstante, invocando el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵² agregó que “(...) the obligation to prosecute the alleged perpetrators of acts of torture under the Convention applies only to facts having occurred after its entry into force

⁴⁹ *Ibidem*, para. 90 y 94.

⁵⁰ *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*, para. 95. Véase también para. 121. La C.I.J. concluyó que Senegal debía adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para someter el caso a las autoridades competentes para su juzgamiento, sino extraditaba al Sr. Habré.

⁵¹ *Obligación de juzgar o extraditar, doc. cit.*, para. 99.

⁵² Artículo 28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

for the State concerned”⁵³ y que nada en la Convención contra la tortura revela una intención distinta⁵⁴.

La C.I.J. también tuvo oportunidad de expresarse al respecto de la obligación de juzgar y extraditar y del límite impuesto por las inmunidades en el caso concerniente a la *Orden de arresto del 11 de abril de 2000* al decir que:

(...) thus although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions⁵⁵.

IV. La jurisdicción nacional y los derechos internos frente a la obligación *aut dedere aut judicare*

El término jurisdicción se refiere al poder de los Estados de sujetar personas o bienes a sus leyes, instituciones judiciales o capacidad ejecutiva. Cuando dos Estados tienen jurisdicción sobre un delito se plantean ciertos interrogantes, pues no existe jerarquía dada por tratado de derecho penal internacional. Por lo general la jurisdicción se determina por el lugar de comisión del delito, la nacionalidad del delincuente, o de las víctimas⁵⁶, aunque también existe el principio de jurisdicción universal, sobre el que

⁵³ *Obligación de juzgar o extraditar*, doc. cit., para.100.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 100.

⁵⁵ C.I.J., *Orden de arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, para. 59.

⁵⁶ BANTEKAS, Ilias, “Criminal Jurisdiction of States under International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, para. 1.

nos referiremos en el siguiente apartado. Estos conflictos de jurisdicciones aparecen cuando una conducta criminal tiene un elemento extraterritorial, que involucra, de algún modo, a más de un Estado, lo que se resuelve en aplicación de algún tratado bilateral o multilateral de extradición⁵⁷.

La norma *aut dedere aut judicare* obliga únicamente al Estado donde se encuentra al sospechoso. Para que esta obligación sea cabalmente cumplida, el Estado debe asegurarse de que sus tribunales puedan ejercer su jurisdicción. Esto implica el deber del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para enjuiciarlo o bien para extraditarlo, ya que es el único que está en posición de cumplir con esa obligación. Los requisitos de procedimiento para iniciar las investigaciones penales que correspondan estarán regidos por el derecho local del Estado territorial, mientras que los requisitos para otorgar la extradición se regirán por un tratado bilateral o multilateral, y ante su ausencia, por legislación nacional, bajo condición de reciprocidad.

Ante la ausencia de un tratado, la legislación interna aborda la cuestión de cómo tramitar las solicitudes recibidas de extradición o asistencia con fundamento en el principio de reciprocidad, entendido como una promesa unilateral de que un Estado se comportará de la misma manera respecto de otro Estado si se presentara la necesidad en el futuro⁵⁸. El principio de reciprocidad es de larga data en las relaciones entre Estados respecto de cuestiones de derecho internacional y diplomacia. Como principio, es básicamente una promesa de que el Estado requirente otorgará al Estado requerido el mismo tipo de asistencia en el futuro, si se presentara la ocasión. Este principio normalmente se incorpora a los tratados, los

⁵⁷ *Ibidem*, para. 2.

⁵⁸ Sobre este tema la C.D.I. intentó durante diez años, desde 1997, una labor de codificación y desarrollo progresivo con miras a la construcción de una teoría general, concluyendo en 2006 con la adopción de los principios rectores (C.D.I., *Actos Unilaterales de los Estados, Informe del Grupo de Trabajo*, Doc. A/Cn.4/L.703), que versan únicamente sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional. En términos generales se considera *acto jurídico unilateral del Estado* a la manifestación de voluntad de un solo sujeto del derecho internacional, cuya validez no depende *prima facie* de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos –creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones– para el sujeto que la emite y para terceros, en determinadas circunstancias. Barberis agrega que el acto unilateral *debe ser regido por el derecho de gentes*.

memorandos de entendimiento y el derecho interno⁵⁹. Por ejemplo, en la ley argentina establece que “en ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad”⁶⁰.

La obligación de juzgar o extraditar no pertenece sólo al derecho internacional, también al derecho interno o constitucional. Como cuestión práctica, cuando sea de aplicación la norma *aut dedere aut judicare*, el Estado donde se encuentre al sospechoso debe asegurarse que sus tribunales puedan ejercer todas las formas posibles de jurisdicción geográfica, incluida la jurisdicción universal, en los casos en que no se halle en situación de extraditar al sospechoso a otro Estado o de entregar a esa persona a un tribunal penal internacional”⁶¹.

V. La jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*

La jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare* están relacionadas, pero son conceptualmente diferentes. La jurisdicción universal es la capacidad del tribunal de cualquier Estado de juzgar por delitos cometidos fuera de su territorio a personas no vinculadas con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado⁶². En virtud de la norma conexas *aut dedere aut judicare*, un Estado no debe proteger a una persona sospechosa de haber cometido determinadas categorías de delitos. En vez de ello, se le exige o bien que ejerza la jurisdicción (lo que incluiría necesariamente la jurisdicción universal en determinados casos), que extradite a la persona a un Estado que sea capaz de hacerlo y esté dispuesto a ello, o que entregue a la persona a un tribunal penal internacional que

⁵⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, pp-19-24, para. 55.

⁶⁰ Ley de cooperación internacional en materia penal (ley 24.767), artículo 3.

⁶¹ Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation*, Londres, septiembre, 2001. *doc. cit.* en GALICKI, Zdzislaw, *Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (“aut dedere aut judicare”)*, para. 31.

⁶² Amnistía Internacional, *Universal Jurisdiction a Preliminary Survey of Legislation Around the World* Amnesty International Publications, 2011, Londres, p. 6. “This rule is now part of customary international law, although it is also reflected in treaties, national legislation and jurisprudence concerning crimes under international law, crimes under national law of international concern”.

tenga jurisdicción sobre el sospechoso y el delito⁶³. Este último caso, es considerado como la tercera alternativa que tendría el Estado territorial, sin embargo el fundamento es distinto, aunque no es objeto de este trabajo analizar los regímenes establecidos para los tribunales penales internacionales, ni internos internacionalizados, pues estos constituyen la *lex specialis* en el caso de que se trate.

Así, en el caso que se trate de un crimen cometido en el extranjero sin ningún nexo con el Estado del foro, la obligación necesariamente será el reflejo del ejercicio de la jurisdicción universal⁶⁴. El fundamento estaría dado por la gravedad del delito, y es el extremo abordado por los Principios Princeton⁶⁵ “se entiende por jurisdicción universal una jurisdicción penal sustentada exclusivamente en la naturaleza del delito, con prescindencia del lugar en que este se haya cometido, la nacionalidad del autor presunto o condenado, la nacionalidad de la víctima o todo otro nexo con el Estado que ejerza esa jurisdicción”⁶⁶. Además, deben agregarse aquellos delitos que se cometen en espacios no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado.

Entonces, el principio de la jurisdicción universal se aplica a dos categorías de delitos: (a) aquellos que son universalmente considerados atroces y repugnantes; y (b) los cometidos en lugares que están más allá de la autoridad exclusiva de ningún Estado. Los defensores de este principio proclaman que todos los países del mundo deben poseer jurisdicción legislativa, judicial, y ejecutiva sobre la aplicación de (a) y (b), con independencia de cualquier vínculo entre ellos y el crimen, el acusado, o de la víctima⁶⁷.

⁶³ Amnistía Internacional, *doc. cit* en GALICKI, Zdzislaw, *Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (“aut dedere aut judicare”)*, para. 31.

⁶⁴ Anexo Informe del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (2013), *doc. cit.*, para. 24.

⁶⁵ Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, Anexo, Doc. A/ 56/677 de las Naciones Unidas, Nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Tema 164 del programa, Establecimiento de la Corte Penal Internacional.

⁶⁶ Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal. Véase Principio 1: Fundamentos de la jurisdicción universal. Principio 2: Delitos graves de derecho internacional. A los fines de los presentes Principios, los delitos graves de derecho internacional comprenderán: 1) la piratería; 2) la esclavitud; 3) los crímenes de guerra; 4) los crímenes contra la paz; 5) los crímenes de lesa humanidad; 6) el genocidio; y 7) la tortura.

⁶⁷ BANTEKAS, Ilias, *op. cit.*, para. 22.

Tradicionalmente se ha reconocido la jurisdicción universal sobre el delito de piratería, no por su gravedad, sino porque el delito por definición se comete fuera de la jurisdicción de cualquier Estado, en alta mar, siendo receptado incluso convencionalmente⁶⁸.

Uno de los ejemplos de jurisdicción universal, que tiene vinculación con la gravedad de la violación y que también ha sido receptado convencionalmente puede encontrarse en las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario, que prevén tal principio respecto de las graves violaciones al derecho internacional humanitario. La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario por lo que respecta a los crímenes de guerra cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales⁶⁹.

Además de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I, existen otros tratados en los que se obliga a los Estados Partes a establecer la jurisdicción universal para determinados crímenes, incluso si se producen durante un conflicto armado. Se trata, en particular, de la Convención contra la Tortura, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales⁷⁰.

⁶⁸ Artículo 101 y ss. de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982).

⁶⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 683. Norma 157. Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. También disponible en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf. Si bien el Estatuto de la Corte Penal Internacional no obliga a los Estados a establecer la jurisdicción universal para los crímenes de guerra que menciona, varios países han incorporado la lista de crímenes de guerra que figura en el Estatuto a su legislación nacional y concedido a sus tribunales jurisdicción para juzgar a las personas que presuntamente hayan cometido esos crímenes de guerra en base al principio de la jurisdicción universal.

⁷⁰ Convención contra la Tortura (1984), art. 5; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (1994), art. 10; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), art. 4; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), art. 16, párr. 1.

Como se ha indicado previamente, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de personas también establece, subsidiariamente frente a una negativa a conceder la extradición, la obligación de juzgar “como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción”⁷¹. Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ofrece expresamente tres alternativas a los Estados en cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada: 1) proceder a su extradición o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales; 2) su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido; o 3) someter el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal⁷².

La C.I.J., en el caso relativo a la *Orden de arresto del 11 de abril de 2000*, analizó la “orden internacional de detención *in absentia*” contra el Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi, imputándole, como autor y coautor, delitos constitutivos de graves infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos adicionales, así como crímenes de lesa humanidad. La orden de detención se distribuyó internacionalmente por conducto de la Interpol⁷³. Al respecto, el Presidente de la Corte Guillaume opinó que “*universal jurisdiction in absentia as applied in the present case is unknown to international law*”⁷⁴. Aquí cabe destacar, que este tipo de condena es contraria a las garantías mínimas del debido proceso⁷⁵.

⁷¹ Convención Americana sobre Desaparición Forzada de personas. Artículo VI: Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

⁷² *Ibidem*, artículo XI.

⁷³ *Orden de arresto del 11 de abril 2000, doc. cit.*, para. 13-21. La C.I.J. consideró que la orden de detención dictada el 11 de abril de 2000 contra el Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi y su difusión a nivel internacional constituían violaciones de una obligación jurídica que el Reino de Bélgica tenía contraída con la República Democrática del Congo en el sentido de que no se había respetado la inmunidad de jurisdicción penal ni la inviolabilidad de que disfrutaba con arreglo al derecho internacional quien era a la sazón Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo.

⁷⁴ *Orden de arresto del 11 de abril 2000, doc. cit.*, Opinión separada del Presidente Guillaume, para. 12.

⁷⁵ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 6 del Convenio Europeo de

En el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte ha interpretado que:

Article VI only obliges the Contracting Parties to institute and exercise territorial criminal jurisdiction; while it certainly does not prohibit States, with respect to genocide, from conferring jurisdiction on their criminal courts based on criteria other than where the crime was committed which are compatible with international law, in particular the nationality of the accused, it does not oblige them to do so⁷⁶.

VI. Reflexiones finales

Aunque existe una relación recíproca entre la obligación *aut dedere aut judicare* y el ejercicio de la jurisdicción universal, se trata de dos conceptos diferentes con objetivos afines: evitar la impunidad de las personas presuntamente responsables de la comisión de delitos internacionales, privándolas de refugios seguros. La adopción de medidas que posibiliten el ejercicio de la jurisdicción universal aparece, en algunos casos como una alternativa a la obligación *aut dedere aut judicare*.

Así, la presencia física del presunto perpetrador será el presupuesto necesario para el ejercicio de la jurisdicción universal o para la activación de la obligación *aut dedere aut judicare*.

La determinación de si la obligación de extraditar o juzgar se ha convertido o se está convirtiendo en una norma de derecho internacional consuetudinario, o si se trata de desarrollo progresivo del derecho internacional, no ha sido determinado expresamente ni por la C.D.I. en su

Derechos Humanos. Véase también T.E.D.H., *Colozza c. Italia*, Sentencia del 12 de febrero de 1985.

⁷⁶ C.I.J., *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 26 de febrero de 2007, para. 442.

informe final sobre el tópico, ni por la C.I.J. en el caso relativo a la *Obligación de juzgar o extraditar*⁷⁷. Sin perjuicio de ello, la Opinión separada del Juez Abraham hace referencia a la cuestión:

(...) in my opinion, there is no rule of customary international law requiring Senegal to prosecute Mr. Habré before its courts, either for the acts of torture, or complicity in torture, that are alleged against him – in that connection, there is indeed an obligation, but it is purely conventional – or for war crimes, crimes against humanity and the crime of genocide, which do not come within the scope *ratione materiae* of the Convention against Torture – in that regard there is, at present, no obligation under international law.

Asimismo, el Juez *ad hoc* Sur también se expresó al respecto “*despite the Court’s silence – perhaps even on account of it – it seems clear that the existence of a customary obligation to prosecute or extradite, or even simply to prosecute, cannot be established in positive law*”.

No obstante, cabe destacar que numerosos tratados internacionales que sancionan las violaciones graves de derechos humanos o derecho internacional humanitario contienen distintas versiones del principio *aut dedere aut judicare*. Asimismo, la A.G.N.U. se ha referido a tal principio en reiteradas ocasiones en relación a crímenes internacionales.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que hay indicios de que existe cierta *opinio iuris* con relación a que los crímenes internacionales no deben quedar sin investigación, juzgamiento, ni castigo y que con el objetivo de evitar la impunidad de sus perpetradores, la consolidación de la práctica de la obligación de juzgar o extraditar puede ser el medio idóneo para asegurar el efectivo juzgamiento de los presuntos responsables, sin necesidad de que exista un tratado que lo precise expresamente.

⁷⁷ Véase *Obligación de juzgar o extraditar*, *doc. cit.*, Opinión separada del Juez Abraham, para. 21 y Opinión en disidencia del Juez *ad hoc* Sur, para. 18 y 32.