

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



Anuario Argentino de Derecho Internacional

VII

1996 - 1997

CORDOBA - REPUBLICA ARGENTINA

La Asociación Argentina de Derecho Internacional agradece a:

ARCOR S.A.I.C.

por su generosa contribución para esta publicación

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

VII

1996 - 1997

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

© ***Asociación argentina de Derecho Internacional***
Queda hecho el depósito que prevee la Ley 11.723

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director

Ernesto J. Rey Caro

Consejeros

Calixto Armas Barea

Gustavo Barbarán

Aldo Armando Cocca

Zlata Drnas de Clément

Enrique Ferrer Vieyra

Carlos Guastavino

Eduardo Hooff

Iris Mabel Laredo

Gualberto L. Sosa

Jorge Torres

Secretaría

Alberto Seve Gastón

DIRECCIÓN, REDACCIÓN Y CORRESPONDENCIA:

Casilla de Correo 749

(5000) Córdoba

República Argentina

Los trabajos publicados expresan las opiniones personales de sus autores y la Dirección no se identifica con ellas.

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Presidente:	Miguel Ángel Ciuro Caldani
Vicepresidente:	Susana Elsa Torres
Secretaria:	Graciela R. Salas
Prosecretario:	Jorge Stähli
Tesorero:	Jorge A. Giner
Protesorera:	Luciana Díaz de García
Consejeros:	Calixto Armas Barea
	Roberto Bartolomeo Carlomagno
	Delia Beatriz Carubini
	Enrique Ferrer Vieyra
	Luis I. Savid Bas
	Alberto Seve de Gastón
	Gualberto Lucas Sosa

COMISIÓN REVISORA DE CUENTAS

Ofelia Stahringer de Caramutti
Carlos Guastavino
María Blanca Noodt Taquela

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Directora: Marta Tejerizo
Secretario: Jorge E. Garay

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Directora: Amalia Uriondo de Martinoli
Secretaria: Nidia Mondino de Reinaldi

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Directora: Iris Mabel Laredo

Secretario: Guillermo Figari

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Directora: Stella Maris Bioeca

Secretaria: María Teresa Moya

SECCIÓN DERECHO ESPACIAL

Director: Manuel Augusto Ferrer

Secretario: Guillermo Ford

SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Director: Jorge Paladino

Secretario: Guillermo Figari

ÍNDICE

“Acuerdo de 1995 sobre Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Trans zonales y Altamente Migratorios” por <i>José A. De Yturriaga</i>	15
“El desarrollo sostenible en el Derecho Comunitario Europeo del Medio Ambiente” por <i>Sergio Marchisio</i>	63
“Unión Europea y Mercosur: Perspectiva Jurídico-Institucional y Política” por <i>Araceli Mangas Martín</i>	97
“No Intervención versus Injerencia Humanitaria y Principio Democrático” por <i>Antonio Ramiro Brotóns</i>	105
“Naturaleza Jurídica del Tratado de Asunción y de Jusprotocolos” por <i>Héctor Gros Espiell</i>	127
“La Comisión de Derecho Internacional y la Responsabilidad Internacional por Crímenes Internacionales” por <i>Francisco Villagrán Kramer</i>	153
“La entrada en vigor del contenido de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y los Intereses Españoles” por <i>José Juste Ruiz</i>	167
“El derecho de los pueblos a disponer de su tiempo histórico” por <i>José Manuel Peláez Narón</i>	185

“Dimensiones Actuales del Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales; Legitimidad y Restricciones establecidas por el Derecho Internacional Humanitario” por <i>Anahí Priotti</i>	207
“La Progresiva Consolidación de la Pesca Responsable en el Derecho Internacional” por <i>Margarita Badenes Casino</i>	227
“Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia” por <i>Nelson Daniel Marcionni</i>	263
“La Solución de Conversias en el Mercosur” por <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	279

LEGISLACIÓN

“Convenios Internacionales aprobados por la República Argentina - Período 01-V-94 al 30-IX-96”. Sistematización a cargo de <i>Maria Fernanda Stioca</i>	301
---	-----

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

MARCHISIO, Sergio - FERRAJOLO, Ornella - JAVICOLI, Viviana - MARCELLI, Fabio - (Dirección: AGO, Roberto - CAPOTORTI, Francesco, CONFORTI, Benedetto. FERRARI BRAVO, Luigi - MONACO, Riccardo) - “La Prassi Italiana di Diritto Internazionale - Terza Serie (1919-1925)”, Istituto di Studi Giuridici sulla Comunità Internazionale, Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Vol. 1-8, Roma, 1995; por <i>Zlata Drnas de Clement</i>	321
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia y DREYZIN DE KLOR, Adriana: “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional”. Fuentes Convencionales, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 1996. Por <i>Graciela R. Salas</i>	323
DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Derecho Internacional Público. Casos Prácticos”, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995, 286 páginas; por <i>Graciela R. Salas</i>	325

- REMIRO BROTONS, Antonio "Civilizados, Bárbaros y Salvajes en el Nuevo Orden Internacional", Estudios Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, 222 páginas; por *Graciela R. Salas* 326
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia: "Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva", Editorial Zavallía, Buenos Aires, 1995, 427 páginas; por *Graciela R. Salas* 328.

CRÓNICAS

- "IN MEMORIAM" *Manuel A. Vieira* 331

ACUERDO DE 1995 SOBRE CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIOS

*José A. de Yturriaga**

*I. Convención de la NU de 1982 sobre Derecho del Mar: Normas
sobre la pesca en alta mar.*

1. CRITERIOS BÁSICOS

El régimen de pesca en la alta mar previsto en la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar descansa en los siguientes criterios: a) derecho general de libre acceso a la pesca; b) obligación de adoptar medidas de conservación; y c) obligación de cooperación⁽¹⁾

(*) Embajador-Representante Permanente de España ante las Organizaciones Internacionales en Viena, Miembro correspondiente de la AADI.

(1) José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española". Madrid, 1996, p. 352.

a) Derecho de libre acceso

Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar, "con sujeción a: i) sus obligaciones convencionales; ii) los derechos y deberes, así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan -entre otras disposiciones- en el párrafo 2 del artículo 63 [poblaciones transzonales] y en los artículos 64 a 67 [especies altamente migratorias, mamíferos marinos, poblaciones anádromas y especies catádromas]; e iii) las disposiciones de esta sección"(2).

Esta disposición contiene un par de ambigüedades que pueden plantear problemas de interpretación: la sujeción de los derechos de los Estados cuyos nacionales se dediquen a la pesca a los derechos, deberes e intereses del Estado ribereño, y la referencia a otras disposiciones. De un lado, la subordinación a unos deberes e intereses un tanto imprecisos no deja de ser problemática; de otro, no se sabe a qué "otras disposiciones" se hace referencia, pues -aparte de los mencionados artículos 63 a 67- no hay ninguna otra disposición en la Convención que conceda derechos a competencias al Estado ribereño más allá de su ZEE(3). Semejante expresión plantea -en opinión de ODA- algunas dudas sobre lo que hay detrás de esta disposición y sobre las razones que la inspiraron(4).

Consecuencia de este criterio es que no puede pretenderse un acceso exclusivo por parte de ningún Estado a los recursos vivos de la alta mar o impedirse el acceso de terceros Estados a dichos recursos(5). Otra consecuencia no menos directa es que -a diferencia de lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1958 sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Alta Mar(6)-, el Estado ribereño no tiene un derecho especial -ni siquiera interés especial- a pescar en exclusividad o con carácter preferente algunos recursos en ciertas áreas de la alta mar(7). Como ha reconocido Rey Caro, resulta dudoso que el Estado ribereño pueda exigir un derecho preferencial a una porción de las capturas de las poblaciones compartidas entre su ZEE y la alta mar, dado que sus intereses no difieren de los de cualquier otro Estado en explotar tales recursos(8).

(2) Artículo 116 de la Convención. Montego-Bay, 10 de Diciembre de 1982, ONU. "Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar". Nueva York, 1984, p. 62.

(3) Rafael CASADO RAIGÓN. "La pesca en alta mar". Sevilla 1994, pp. 18-19.

(4) Shigeru ODA. "Fisheries under the United Nations Convention on the Law of the Sea". American Journal of International Law 1983 (4), p. 750.

(5) María Teresa INFANTE CAFFI. "La explotación de los recursos pesqueros en alta mar". En "La Pesca en Chile". Valparaíso, 1986, p. 26.

(6) Artículo 8-1 del Convenio. Ginebra, 29 de Abril de 1958. En José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "La revisión del Derecho del Mar: una perspectiva española. Textos y Documentos". Madrid, 1974. Vol. II (2), p. 38.

(7) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, pp. 353-354.

(8) Ernesto REY CARO. "La conservación de los recursos vivos de la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina". Anuario del IHLADI, vol. 12, 1995, p. 141.

En todo caso, resulta bien claro que, cualesquiera que sean los derechos e intereses del Estado ribereño, no le autorizan en modo alguno a someter a su soberanía o jurisdicción una parte de la alta mar adyacente a su ZEE. La Convención establece, en efecto, que "ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía" y que, "salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados Internacionales" o en la propia Convención, los buques "estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva" del Estado cuyo pabellón enarbolan(9).

b) Obligación de conservación

Todos los Estados tienen "el deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar(10). El respeto del derecho de terceros Estados a participar en la pesca en alta mar ha de tenerse en cuenta para el establecimiento del TAC y para la determinación de las cuotas de pesca en relación con las poblaciones de dicha zona(11).

Al determinar el TAC y establecer otras medidas de conservación, los Estados tomarán medidas "con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento y sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes"; deberán asimismo tener en cuenta "los efectos sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de tales especies asociadas o dependientes por encima de los niveles en que su reproducción pueda verse gravemente amenazada"(12).

Estas medidas de conservación son similares a las impuestas por la Convención al Estado ribereño en relación con los recursos vivos de la ZEE(13). Ahora bien, mientras el artículo 61 atribuye al Estado ribereño la responsabilidad de la adopción de las pertinentes medidas de conservación, el artículo 119 no confiere esa responsabilidad a ningún Estado en particular, limitándose a hacer una referencia genérica a "los Estados"(14).

(9) Artículos 89 y 92-1 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, pp. 54-55.

(10) Artículo 117 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 62.

(11) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, p. 133.

(12) Artículo 119-1 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 63.

(13) Artículo 61 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, pp. 42-43.

(14) CASADO. Op. cit. en la nota 3, pp. 20-21.

Las medidas de conservación y su aplicación no deberán entrañar discriminación alguna, de hecho o de derecho, contra los pescadores de ningún Estado(15). Esta disposición -que tenía su razón de ser en el Convenio de 1958, ya que éste permitía al Estado ribereño tomar unilateralmente medidas de conservación- resulta superflua en la Convención, dado que ningún Estado goza de semejante facultad, y las medidas de conservación que se adopten por acuerdo entre los Estados interesados sólo se aplicarán a los Estados negociadores y a los que se comprometan a aceptarlas. Es, por tanto, obvio, que los "Estados interesados" no pueden discriminar a los pescadores de "ningún Estado", porque sus acuerdos sólo a ellos obligan(16).

c) Obligación de cooperación

Tanto Fleischer(17) como Scovazzi(18) estiman que del deber de conservación se deriva la obligación de cooperación. La Convención establece a tales efectos lo siguiente:

"Los Estados cooperarán entre sí en la conservación y administración de los recursos vivos en las zonas de la alta mar. Los Estados cuyos nacionales exploten idénticos recursos vivos, o diferentes recursos vivos situados en la misma zona, celebrarán negociaciones con miras a tomar las medidas necesarias para la conservación de tales recursos vivos. Con esta finalidad cooperarán, según proceda, para establecer organizaciones subregionales o regionales de pesca"(19).

Se ha discutido si se trata de una obligación de comportamiento o de resultado. La Convención -como ha observado Rey Caro- no proporciona las pautas para hacer efectiva la cooperación, no impone la obligación expresa de que se negocie hasta que se logre un acuerdo, y no prevé las consecuencias que se derivarían del fracaso de las citadas negociaciones. No obstante -dado que los Estados están obligados a adoptar medidas sobre la administración de los recursos vivos en alta mar-, resulta difícil suponer que un Estado pueda negarse a negociar un acuerdo, pues en tal caso incumpliría la obligación de adoptar las medidas exigidas para la conservación de tales recursos(20).

(15) Artículo 119-3 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 63.

(16) CASADO. Op. cit. en la nota 3, p. 21.

(17) Carl FLEISCHER, "Fisheries and Biological Resources". En René-Jean DUPUY/Daniel VIGNES (De.). "A Handbook on the New Law of the Sea". Dordrecht-Boston-Lancaster, 1991, p. 1. 118.

(18) Tullio SCOVAZZI. "Il regime giuridico di alcune specie marine migranti". Rivista di Diritto Internazionale 1983 (4), p.842.

(19) Artículo 118 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, pp. 62-63.

(20) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, p. 139.

Casado estima que la conservación comporta una obligación de resultado y no de simple comportamiento, aunque su control no deje de ser problemático(21), y cita en apoyo a su tesis el siguiente pronunciamiento del TIJ en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte:

“Las Partes tienen la obligación de realizar negociaciones con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente para cumplir el requisito formal de la negociación... Están, por tanto, obligadas a comportarse de manera que las negociaciones tengan sentido...”(22).

Concuerdo con la afirmación del Tribunal y con la referencia al compromiso de los Estados Partes en la Convención a cumplir de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con sus disposiciones(23), pero no comparto la opinión de Casado, pues dicho compromiso se refiere al comportamiento que los Estados deberán seguir en las negociaciones, pero no lleva necesariamente a un resultado, pues para ello no basta la voluntad de una sola de las partes, como se ha puesto recientemente de manifiesto en la llamada “guerra del fletan” entre Canadá y la CE y España. El resultado no está nunca asegurado, sea porque alguna de las partes no actúe de buena fe, sea porque el resultado perseguido sea considerado injusto por alguna de las partes”(24).

La Convención ha institucionalizado la cooperación entre Estados a través de las organizaciones Internacionales “apropiadas” o “competentes” -sean subregionales, regionales o mundiales-, y señalado como vía de dicha cooperación la adopción de acuerdos entre los Estados interesados(25). De esta manera las Organizaciones Internacionales se configuran como los “vehículos adecuados para que los Estados cumplan con su deber de cooperación internacional en materia de conservación de los recursos vivos de alta mar”(26). Como ha observado Rey Caro, sin perjuicio de la tarea que puedan desarrollar algunas organizaciones internacionales especializadas, es indiscutible que las Organizaciones subregionales o regionales aparecen como el medio más eficaz de cooperación, en atención a las particularidades que ofrecen las

(21) CASADO. Op. cit. en la nota 3, pp. 21-22.

(22) TIJ. “*North Sea Continental Shelf Case*”. ICJ Reports. La Haya. 1969. p. 47.

(23) Artículo 300 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 136.

(24) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, p. 357.

(25) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, p. 134.

(26) José L. MESEGUER SÁNCHEZ/Vicente BERMEJO MARTÍNEZ. “*Participación de España en las Organizaciones Internacionales de Pesca*”. En Antonio POCH GUTIÉRREZ DE CAVIEDES (Ed.). “*La actual revisión del derecho del Mar: una perspectiva española*”. Madrid, 1974. Vol. I (2), p. 167.

pesquerías en las distintas regiones del planeta. Por otra parte, mientras mayor sea el grado de institucionalización de ellas y de concesión de verdaderas facultades normativas a ellas, mejores serán las posibilidades de que se materialice la cooperación en los términos previstos en las disposiciones de la convención(27).

2. Limitaciones a la libertad de pesca

La Convención reconoce ciertos derechos e intereses a los Estados ribereños en alta mar, en relación con las poblaciones de peces altamente migratorios y transzonales.

A) Especies altamente migratorias

La regulación de las especies altamente migratorias ha sido un tema controvertido, porque algunos Estados pescadores de estas especies en aguas distantes han mantenido que dichas especies no se hallan sometidas, durante su paso por las ZEE, a los derechos soberanos de los Estados ribereños, y que para su regulación se requiere un régimen especial de cooperación internacional(28). Los Estados ribereños, por el contrario, han defendido que las especies en cuestión se encuentran en una zona en el que ejercen derechos soberanos de conformidad con la Convención, con independencia de que -dada su naturaleza migratoria- se establezcan formas de cooperación internacional(29).

Como ha señalado acertadamente Scovazzi, para las especies altamente migratorias "la lógica de las 200 millas de zona económica suscita la máxima perplejidad", dado que recorren las aguas de numerosos Estados y de la alta mar, y no siempre dentro de un mismo océano y, por lo tanto, su vínculo con un determinado Estado ribereño es meramente accidental(30). Consecuentemente, en la conservación de estas especies no sólo está interesado ese Estado -que si no controla su explotación perjudicaría notablemente los derechos de otros-, sino también todos los Estados que las capturan; por otra parte -como ha observado Casado-, las medidas de conservación adoptadas en una ZEE tienen una limitada eficacia, sino son el resultado de una acción conjunta aplicable a toda la región por la que se mueven y viven(31).

Por ello, la Convención establece que los Estados ribereños y los demás Estados cuyos nacionales pesquen en la región especies altamente migratorias "cooperarán,

(27) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, pp. 134-135.

(28) Francisco ORREGO VICUÑA. "La ZEE: nature et régime juridique dans le droit international". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 199. La Haya, 1986, p. 61.

(29) Hugo CAMINOS "The Regime of Fisheries in the Exclusive Economic Zone". En Francisco ORREGO VICUÑA (Ed.). "The Exclusive Economic Zone". Boulder Co., 1984, pp. 148-149.

(30) SCOVAZZI. Op. cit. en la nota 18, p. 833.

(31) CASADO. Op. cit. en la nota 3, p. 25.

directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región", tanto dentro como fuera de la ZEE. En las regiones en que no existan tales Organizaciones, los Estados interesados "cooperarán para establecer una organización de este tipo y participar en sus trabajos"(32). Estas especies -cuyos representantes de mayor importancia económicas son las diversas variedades de atún, aunque también incluyen el pez espada, el tiburón oceánico y los cetáceos- aparecen enumerados en un anejo a la Convención(33).

La obligación de cooperar se presenta de forma imperativa *Cooperarán*, en contraste con lo previsto para las poblaciones transzonales, en la que los Estados interesados "*procurarán*" acordar las medidas adecuadas(34). Pese a este lenguaje perentorio, no cabe concluir que el régimen aplicable a las especies altamente migratorias suponga una excepción a los derechos soberanos de que goza el Estado ribereño en su ZEE. El propio artículo 64 prevé su aplicación "conjuntamente con las demás disposiciones de esta Parte"(35), lo que supone una reafirmación de las disposiciones pertinentes de la Convención(36). Como ha señalado Fleischer, el mecanismo del artículo 64 no constituye una excepción al principio establecido en el artículo 56 y, por ende, las especies altamente migratorias también se encuentran bajo los derechos soberanos del Estado ribereño(37).

Por otra parte, la cooperación prevista es más amplia que en el caso de otras especies, puesto que cubre no sólo la conservación de las especies altamente migratorias, sino también su óptima utilización(38), así como la de crear, en su caso, Organizaciones internacionales apropiadas y participar en sus trabajos. La nota más destacada es -en opinión de Casado- que esa cooperación se refiere tanto a la alta mar como a la ZEE, lo que supone, en parte, una limitación de los derechos soberanos del Estado ribereño en su zona. Esto no significa que, en lo que respecta a las especies altamente migratorias, la ZEE quede convertida en un área de libre pesca, pues -aunque las medidas de conservación sean adoptadas colectivamente-, la decisión de

(32) Artículo 64-1 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 44.

(33) Anexo I a la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 143.

(34) Artículo 63 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 44.

(35) Artículo 64-2 de la Convención. Ibid. p. 44.

(36) ORREGO. Op. cit. en la nota 28, p. 62.

(37) Carl FLEISCHER. "The Right to 200-mile Exclusive Economic Zone or a Special Fishery Zone". San Diego Law Review Nº 14, 1977 p. 556.

(38) Jean CARROZ. "Les problèmes de la pêche à la Conférence sur le droit de la mer et dans la pratique des Etats". En Daniel BARDONNET/MICHEL VIRALLY (Ed.), "Le nouveau droit international de la mer". París 1983. p. 174.

si terceros Estados pueden acceder o no a estas especies en la ZEE es competencia exclusiva del Estado ribereño(39).

Las disposiciones de la Convención en materia de especies altamente migratorias se basan -en opinión de Meseguer- en dos principios: los derechos soberanos del Estado sobre dichas especies y la cooperación internacional entre los Estados interesados. La preeminencia de uno de estos elementos sobre el otro supondría la quiebra del criterio definidor del régimen especial "caracterizado por la reunión de ambos elementos, de manera que cada uno de ellos represente el límite del otro"(40).

El artículo 64 -que ha sido calificado de "modelo de ambigüedad"(41)- trata de superar el conflicto de intereses entre el Estado ribereño y los demás Estados que pescan estas especies mediante un llamamiento a la cooperación internacional, cuyo cumplimiento dependerá de la buena voluntad de los Estados interesados.

B) Poblaciones transzonales

Como los peces ignoran las líneas imaginarias y artificiales que los hombres han dibujado sobre el mar, existe un conflicto de intereses entre los Estados ribereños, para quienes las grandes flotas pesqueras pueden hacer inútiles las medidas de conservación adoptadas en sus respectivas ZEE, y los Estados que practican la pesca de altura, que han visto considerablemente reducidas las áreas de libre pesca con la expansión de las jurisdicciones nacionales pesqueras(42). Este conflicto de intereses se puso de manifiesto en la Conferencia, en la que un grupo de Estados pretendieron que se recogiera en la Convención el "interés especial" del Estado ribereño en las zonas de la alta mar adyacentes a sus ZEE, especialmente en relación con las especies transzonales(43).

La Convención establece lo siguiente:

"Cuando tanto en la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen estas poblaciones procurarán,

(39) CASADO. Op. cit. en la nota 3, p. 26.

(40) José L. MESEGUER SÁNCHEZ. "La cooperación internacional para la ordenación del atún en el Océano Atlántico". Mélanges en honneur de Jean Carroz. Roma, 1987, p. 134.

(41) Gordon R. MUNRO. "Extended Jurisdiction and Management of Pacific Highly Migratory Species". Ocean Development and International Law, vol. 21, 1990, p. 293.

(42) CASADO. Op. cit. en la nota 3, p. 25. Véase Ellen HEY. "The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources The United Nations Law of the Sea Convention Cooperation between States". Dordrecht, 1989, pp. 73-74.

(43) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, p. 138.

directamente o por conducto de las Organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente”(44).

Se trata de medidas de carácter potestativo, como cabe deducir del uso de la expresión “procurarán”, en vez de “acordarán”. Como ya se ha dicho con anterioridad, existe, sin embargo, un deber moral de cooperación, de intentar llegar a un acuerdo en base al principio de la buena fe: una obligación de comportamiento, aunque no de resultado(45).

El artículo 63 sitúa al Estado ribereño como pieza indispensable en la negociación. Como ha señalado Meseguer, “en la aplicación del principio de cooperación internacional, el punto de vista del Estado ribereño debe ser necesariamente tenido en cuenta” a tales efectos, si bien “no existe obligación alguna de adoptar medidas de conservación que satisfagan las pretensiones del Estado ribereño de imponer en alta mar medidas de conservación adoptadas unilateralmente en el interior de la zona económica exclusiva”(46).

Es cierto que en algunos acuerdos bilaterales y en algún tratado constitutivo de organizaciones regionales de pesca se ha reconocido el “interés especial” de los Estados ribereños sobre las especies transzonales, pero se trata de una práctica limitada que ha encontrado la firme oposición de los países de pesca de altura(47).

II. CONFERENCIA DE NU SOBRE POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIOS

1. Antecedentes

a) III Conferencia de las NU sobre Derecho del Mar

En 1979 Argentina presentó una propuesta oficiosa, por la que se establecía la obligación de los Estados ribereños y los Estados que pescaran poblaciones de peces transzonales de acordar las medidas necesarias para la conservación de tales poblaciones en las áreas adyacentes a la citada zona. Asimismo propuso que, de no llegarse

(44) Artículo 63-2 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 44.

(45) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, p. 127.

(46) JOSÉ L. MESEGUER SÁNCHEZ. “*Le régime juridique de l'exploitation de stocks communs de poissons au-delà des 200 milles*”. *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXVIII, 1982, p. 899.

(47) CASADO. Op. cit. en la nota 3, p. 45. Véase Tullio TREVES. “*Codification du droit international et pratique des Etats dans le Droit de la Mer*”. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1990-IV, pp. 230-233.

a un acuerdo en un plazo razonable, el Estado que practicar a la pesca debería "sujetarse a las reglamentaciones que dicte el Estado ribereño para la conservación de dichas poblaciones"(48).

El representante de España criticó esta propuesta por suponer la extensión de los derechos soberanos del Estado ribereño más allá de las 200 millas, en relación con la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos, y concluyó que no se podía aceptar sugerencias que rompieran el delicado equilibrio conseguido y las soluciones que se habían ido alcanzando durante tantas sesiones de trabajo de la Conferencia(49).

A la sesión siguiente (primavera de 1980), la delegación argentina volvió a la carga y presentó una sugerencia oficiosa aún más elaborada. En ella se preveía que, si no se llegara a un acuerdo en un plazo razonable y se iniciara un procedimiento obligatorio de solución de controversias, el tribunal pertinente determinaría las medidas aplicables para la conservación de las especies en cuestión en el área de alta mar adyacente a la ZEE, debiendo ser tales medidas compatibles con las aplicadas por el Estado ribereño a esas mismas especies en su ZEE(50).

En la segunda parte de la IX sesión (verano de 1980), la propuesta argentina fue apoyada por varios países de plataforma amplia, quienes copatrocinaron una nueva versión suavizada de la misma, al suprimir la referencia a la obligación de aplicar las medidas provisionales adoptadas por el Estado ribereño(51).

En la primer aparte de la X sesión (primavera de 1981), la II Comisión acordó incluir la cuestión de la reglamentación de las poblaciones transzonales en las "consultas y negociaciones para lograr una rápida solución" de ciertas cuestiones que "se consideraba no estaban resueltas definitivamente a satisfacción de las partes interesadas". La propuesta fue duramente criticada por España, los países miembros de la CE, Japón y los Estados socialistas, y no se logró el requerido consenso(52).

(48) Doc. C.2/Informal Meeting/48, de 20 de Agosto de 1979. En Renate PLATZÖDER. "Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Documents". Dobbs Ferry, 1983. Vol. V, p. 56.

(49) Intervención del Embajador José M. LACIETA, de 21 de Agosto de 1979. Véase José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "Los mares presenciales: del dicho al hecho no hay tanto trecho". Anuario del IHLADI vol. 12, 1995, pp. 393-395.

(50) Doc. C. 2/Informal Meeting/54, de 19 de Marzo de 1980. En PLATZÖDER. Op. cit. en la nota 48, p. 59.

(51) Sugerencia oficiosa sobre el artículo 63-2, copatrocinada por Argentina, Australia, Canadá, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Islandia, Nueva Zelanda, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona y Uruguay. Doc. C. 2/Informal Meeting/54/Rev. 1, de 14 de Agosto de 1980. En PLATZÖDER. Op. cit. en la nota 48, p. 60.

(52) Informe del Presidente de la II Comisión. Doc. A/CONF. 62/L. 69, de 15 de Abril de 1981. En Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Nueva York, 1982. Vol. XV, pp. 166-167.

En la primer aparto de la XI sesión (primavera de 1982) un grupo de 8 Estados de amplia fachada marítima propusieron una reformulación del artículo 63-2 del proyecto de Convención, en el sentido propuesto con anterioridad por Argentina(53). Ante el llamamiento del Presidente de la Conferencia, Embajador Koh, los copatrocinadores accedieron de mala gana a retirar la enmienda, que no llegó, por tanto, a ser sometida a votación(54).

b) Trabajos preparatorios de la Conferencia de Río

La cuestión de las especies transzonales fue planteada por Canadá ante las NU, cuando se iniciaron los preparativos de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED). Así, en la primera reunión de su Comisión Preparatoria - celebrada en Agosto de 1990- se identificó la siguiente cuestión como una de las que debería ser objeto de recomendación: "Medidas apropiadas para la conservación, utilización racional y desarrollo sostenido de los recursos vivos de la alta mar y protección de los ecosistemas"(55).

En Septiembre de ese año Canadá convocó en San Juan de Terranova una Conferencia sobre conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar, en la que participaron expertos de 15 países "afines" (Argentina, Australia, Canadá, Cabo Verde, Chile, Islas Cook, Estados Unidos, Islandia, Marruecos, Mauricio, Nueva Zelanda, Perú, Rusia, Senegal y Uruguay). En la Conferencia prevaleció la opinión de que el régimen de administración de las especies transzonales en la alta mar debería estar en conformidad con el aplicable por el Estado ribereño en su ZEE (56).

La cuestión fue asimismo examinada en la Reunión de expertos de Nueva York, organizada por la Oficina de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la ONU - a la sazón dirigida por Satya NBANDAN- en Julio de 1991, y la inmensa mayoría de los expertos invitados (Argentina, Australia, Canadá, Barbados, Brasil, República

(53) Enmienda copatrocinada por Australia, Cabo Verde, Canadá, Filipinas, Islandia, Santo Tomé y Príncipe, Senegal y Sierra Leona. Doc. A/CONF. 62/L. 114, de 13 de Abril de 1982. En Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Nueva York, 1984. Vol. XVI, p.232.

(54) Satya N. NANDAN/Shabtyai ROSENNE. "United Nations Convention on the Sea 1982. A. Commentary". Dordrecht -Boston- Londres, 1993. Vol. II, p. 646. Véase José A. de YTURIAGA BARBERÁN. "Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española". Madrid, 1993, pp. 92-93.

(55) Report of the Preparatory Committee for the UNCED. Doc. A/45/46, de 17 de Octubre de 1990. Nueva York, 1990. p. 37.

(56) Conference on the Conservation and Management of the Living Resources of the High Seas. San Juan, 5-7 de Septiembre de 1990. Anejo 2. p. 2. Véase Moritaki HAYASHI. "United Nations Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks. An Analysis of the 1993 Sessions". Ocean Yearbook vol. 11. 1994, pp. 26-27.

de Corea, Chile, Estados Unidos, India, Islandia, Italia, Japón, Marruecos, Noruega, Nueva Zelanda, Rusia, Sri Lanka y Tailandia) provenían de países "expansionistas"(57).

La reunión llegó a la conclusión de que la aplicación adecuada de la convención requería "una clara comprensión de los derechos y deberes concretos de los Estados que reclaman el derecho de dedicarse a la pesca en alta mar", pero teniendo bien en cuenta que dicho derecho "se ejerce con sujeción a las obligaciones que impone la Convención respecto de la conservación y administración del recurso en cuestión y -en el caso de las poblaciones compartidas y de las especies altamente migratorias- respeto de los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños en cuyas ZEE se encuentran también dichas poblaciones, según lo estipulado en la Convención". De conformidad con los artículos 63-2, 64 y 65 de la Convención -concluía la reunión- "el ejercicio de la pesca en alta mar requiere el debido reconocimiento de los derechos de los Estados ribereños"(58).

Entre las directrices sugeridas por la reunión, figuraba la siguiente:

"El Estado que no conceda el reconocimiento adecuado de los derechos, deberes e intereses de un Estado ribereño y de otros Estados, respecto de poblaciones compartidas o de especies altamente migratorias, de conformidad con lo dispuesto en la Convención, contravendrá las disposiciones pertinentes (en especial el artículo 116)"(59).

Las conclusiones de la reunión de Nueva York eran, por decir lo menos, ambiguas, y reabrían un debate que había sido debidamente cerrado en la Conferencia(60).

En la III sesión de la Prepcorn (Agosto de 1991), Canadá y otros países afines presentaron una propuesta sobre conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar(61), que fue substituida un año después por un documento revisado copatrocinado por 40 países. En él se afirmaba que los Estados que pescaran

(57) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 49, p. 400.

(58) Párrafos 128 y 130 de las conclusiones de la Reunión del Grupo de expertos técnicos sobre la pesca en la alta mar. Nueva York, 22 a 26 de Julio de 1991. ONU. *"El Derecho del Mar: Régimen de la pesca en alta mar"*. Nueva York, 1992, p. 39.

(59) Ibid., p. 42.

(60) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 49, p. 401.

(61) Propuesta de Argentina, Barbados, Canadá, Cabo Verde, Chile, Fiji, Guinea-Bissau, Islandia, Kiribati, Nueva Zelanda, Perú, Salomón, Samoa, Senegal y Vanuatu. UNCED. *"Conservation and Management of Living Resources of the High Seas: Proposals Submitted to the Third Session of the Preparatory Committee for UNCED"*. Ginebra, 1991. Law of the Sea Bulletin vol. 19, Octubre 1991, pp. 42-44.

poblaciones transzonales en la alta mar deberían tomar las medidas adecuadas para dar efecto al "interés especial y la responsabilidad del Estado ribereño", en relación con la parte de estas poblaciones que se encontrara en la alta mar(62).

En Mayo de 1992 se celebró en Cancún (Méjico) una Conferencia sobre Pesca Responsable, en la que se adoptó una Declaración que preveía -entre otras cosas- que la libertad de los Estados para pescar en la alta mar se compensaba con la obligación de cooperar con otros Estados para garantizar la administración racional de los recursos vivos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención. La Conferencia pidió a la FAO que elaborara un proyecto de Código de Conducta sobre Pesca Responsable(63).

c) Conferencia de las NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo

La Conferencia de Río de Janeiro (Junio-Agosto de 1992) abordó la cuestión y dedicó, en su Informe Final, un capítulo a la "Protección de los océanos y de los mares de todo tipo". Canadá y otros países de amplia fachada marítima propusieron la convocatoria de una Conferencia Internacional sobre Pesca para revisar el artículo 63 de la Convención, a lo que se opusieron la mayoría de los Estados partidarios de mantener el "*statu quo*", especialmente los miembros de la CE (espoleados por España, Portugal y Francia) y Japón(64). Al fin se llegó a un compromiso en los siguientes términos:

"Los Estados deben convocar, tan pronto como sea posible, una Conferencia intergubernamental bajo los auspicios de las Naciones Unidas... con miras a promover el cumplimiento efectivo de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre poblaciones pesqueras superpuestas y especies altamente migratorias. La Conferencia... deberá identificar y valorar los problemas existentes que se refieran a la conservación y administración de tales especies pesqueras, así como considerar los medios para mejorar la cooperación entre los Estados en materia de pesca, y formular las recomendaciones apropiadas. El trabajo y los resultados de la conferencia deberán ser enteramente compatibles con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en particular con los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y los de los Estados que pesquen en la alta mar"(65).

(62) Doc. A/CONF. 151/PC/WG. II/L. 16/Rev. 1, de 16 de Marzo de 1992.

(63) Párrafo 12 de la Declaración de Cancún. En FAO. Fisheries Report N° 484. Anexo II. Roma, 1992.

(64) José A. PASTOR RIDRUEJO. "*La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar*". En "Estudios en homenaje del Profesor Díez de Velasco". Madrid, 1993.

(65) Párrafo 17.49-e) del Informe de la Conferencia. Doc. A/CONF. 151./26/Rev. 1, de 13 de Agosto de 1992. Vol. I, p. 124.

En Septiembre de 1992 se celebraron en Roma unas Consultas Técnicas de la FAO sobre "Pesca en la Alta Mar", en las que se elaboró un informe sobre esta cuestión para la Conferencia de las NU sobre las poblaciones transzonales y altamente migratorias(66), que la Asamblea General de las NU convocó con el siguiente mandato: a) Identificar y evaluar los problemas existentes en relación con la conservación y administración de tales poblaciones; b) examinar los medios posibles para mejorar la cooperación pesquera entre los Estados; y c) formular las recomendaciones adecuadas"(67).

1. Negociación

a) I Sesión

La primera sesión de la Conferencia se celebró en Nueva York (Abril de 1993 con un fin exclusivamente organizativo y procesal, y eligió como Presidente a Satya NANDAN (Fiji). Uno de los principales problemas planteados fue el de la participación de la CE en la Conferencia. Al fin se llegó a un acuerdo sobre la base de la fórmula prevista en la Convención para las Organizaciones Internacionales a las que sus Estados miembros hubieran transferido competencias: no aumento de la representación que correspondería a sus Estados miembros(68).

La Conferencia encargó a su Presidente que preparara una lista de temas y cuestiones que sirviera de base para su trabajo, ya que no existía ningún documento sobre el que centrar el debate. A tales efectos, el Presidente NANDAN pidió a los Estados participantes que presentaran propuestas concretas(69), y -en base a las respuestas recibidas- elaboró una "Guía de Cuestiones para la Conferencia"(70).

b) II Sesión

En la II sesión (Nueva York, Julio de 1993), Argentina, Canadá, Chile, Islandia y Nueva Zelanda presentaron un proyecto de Acuerdo, en el que se preveía el derecho de los Estados Partes a visitar e inspeccionar cualquier buque de otra Parte en una "zona de regulación" situada en alta mar, a apresarlo cuando tuviera pruebas de que había violado las normas Internacionales sobre conservación, y a retenerlo hasta que

(66) Informe de las Consultas, de 15 de Septiembre de 1992. En Doc. A/CONF. 164/INF/2, de 14 de Mayo de 1993.

(67) Resolución 47/1972, de 22 de Diciembre de 1992. En Documentos Oficiales de la Asamblea General. Nueva York. 1992.

(68) Artículo 4-4 del Anejo IX a la Convención. Op. cit. en la nota 2, pp. 191-192.

(69) HAYASHI. Op. cit. en la nota 56, p. 32.

(70) Doc. A/CONF. 164/10, de 24 de Junio de 1993.

el Estado del pabellón hubiera tomado las medidas adecuadas. En relación con las poblaciones transzonales, el proyecto establecía que, en los casos en que el Estado ribereño determinara que existía una emergencia, se aplicarían las medidas por él decididas de forma unilateral, durante un período de tiempo razonable en el que se celebrarían las correspondientes consultas entre dicho Estado y los demás Estados interesados(71).

Los Estados miembros de la CE propusieron que la Conferencia elaborara un conjunto de "recomendaciones realistas y tácticamente viables", relacionadas con el establecimiento, la mejora o la ampliación de la cooperación internacional en materia de conservación y administración de este tipo de poblaciones, que serían recogidas en una resolución de la Asamblea General(72). Estados Unidos también se inclinó por este "modus operandi", y afirmó que no sería "apropiado, ni siquiera posible, que la Conferencia intentase elaborar un tratado u otro instrumento vinculante desde el punto de vista jurídico"(73).

Rusia propuso la adopción de unos "Principios" orientadores de la conducta de los Estados interesados en la captura de las poblaciones en cuestión, tales como los de "unidad e indivisibilidad de las poblaciones transzonales", de "pesca responsable", y de "desarrollo sostenible"(74). A este respecto, la CE destacó igualmente los principios de "pesca responsable", de "unidad biológica de los recursos", y de "utilización racional y sostenible de los recursos"(75). Japón, por su parte, señaló que el punto de partida para establecer los principios fundamentales era el del "debido respeto" a las necesidades, intereses y prácticas, tanto de los Estados ribereños, como de los Estados que faenen en aguas distantes(76).

Un grupo de Estados en desarrollo presentaron sendos documentos sobre sus "necesidades especiales" en materia de acceso a las poblaciones en cuestión y de investigación científica y asistencia técnica(77). Argentina, a su vez, presentó su vieja propuesta de que, a falta de acuerdo, deberían aplicarse provisionalmente las medidas de conservación adoptadas por el Estado ribereño(78). El Presidente de la Conferen-

(71) Artículo 13 del proyecto y párrafo 8 del Anexo II al mismo. Doc. A/CONF. 164/L. 13/Rev. 1, de 28 de Julio de 1993.

(72) Doc. A/CONF. 164/L. 8, de 17 de Julio de 1993.

(73) Doc. A/CONF. 164/L. 15, de 16 de Julio de 1993.

(74) Doc. A/CONF. 164/L. 25, de 16 de Julio de 1993.

(75) Doc. A/CONF. 164/L. 20, de 16 de Julio de 1993.

(76) Doc. A/CONF. 164/L. 28, de 27 de Julio de 1993.

(77) Doc. A/CONF. 164/L. 24 y L. 30, de 26 y 27 de Julio de 1993.

(78) Doc. A/CONF. 164/L. 10, de 17 de Julio de 1993. Véase REY CARO. Op. cit. en la nota 8, pp. 24-28.

cia, Embajador NANDAN, elaboró un texto de conclusiones, en el que pretendió, sin éxito, conciliar los diferentes puntos de vista expresados en la Conferencia(79).

En Noviembre de 1993, la FAO elaboró un proyecto de Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas Internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar, que fue sometido a la consideración de la Conferencia(80).

c) III Sesión

En la III sesión (Nueva York, Marzo de 1994), los Estados de amplia fachada marítima reiteraron sus propuestas. En esta línea se situaba el proyecto de Convención propuesto por Ecuador, en el que se matizaba, no obstante, la cuestión de la aplicación de medidas efectivas por Estados distintos al del pabellón, al proveer que "los Estados deberán adoptar de común acuerdo, entre otras cosas, procedimientos en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado puedan subir a bordo de un buque pesquero con derecho a enarbolar el pabellón de otro Estado, inspeccionarlo y, si fuese procedente, detenerlo"(81).

El Presidente Nandan presentó al término de la sesión un texto revisado de negociación, en el que se sentaba el objetivo de que los Estados ribereños y los que faenaran en la alta mar tenían "la obligación de cooperar para adoptar medidas compatibles para la conservación y ordenación eficaces de las poblaciones de peces transzonales" en alta mar. Tales medidas no deberían ser "menos estrictas que las establecidas, de conformidad con la Convención, en las zonas bajo jurisdicción nacional en lo que respecta a la misma población". De no llegarse a un acuerdo, los Estados interesados deberían resolver sus divergencias de conformidad con los procedimientos de arreglo de controversias especialmente previstos para el caso(82).

Conforme al texto presidencial, el Estado del pabellón debería velar por que sus buques cumplieran las disposiciones aplicables y adoptar "procedimientos en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado puedan subir a bordo de un

(79) Texto del Presidente de la Conferencia para la Negociación. Doc. A/CONF. 164/13, de 29 de Julio de 1993. Véase CASADO. Op. cit. en la nota 3, pp. 59-61.

(80) Acuerdo elaborado por un Grupo de Trabajo de la FAO en Noviembre de 1993. Véase HAYASHI. Op. cit. en la nota 56, p. 40.

(81) Artículo 27 del Proyecto de Convención sobre conservación y ordenación de poblaciones de peces transzonales y de poblaciones de peces altamente migratorias en alta mar. Doc. A/CONF. 164/L. 44, de 28 de Marzo de 1994, p. 25.

(82) Párrafos 1, 7-d) y 8 del Texto de Negociación Revisado. Doc. A/CONF. 164/13/Rev. 1, de 30 de Marzo de 1994, pp. 2 y 7.

buque pesquero autorizado a enarbolar el pabellón de otro Estado, inspeccionar y, cuando corresponda, detenerlo”(83).

El representante de la Comisión Europea se quejó de que las posturas extremistas manifestadas no sólo se apartaban del equilibrio logrado en la Convención, sino también estaban creando barreras contra los objetivos de conservación perseguidos por la Conferencia. Señaló que el documento presentado por el Presidente no contaba con el apoyo de todos los participantes, y afirmó que no existía alternativa a la cooperación para la protección efectiva de las poblaciones transzonales(84).

d) IV Sesión

Durante la IV sesión (Nueva York, Agosto de 1994) se pusieron una vez más de manifiesto las discrepancias existentes en el ámbito formal, pues mientras los Estados ribereños de amplia fachada marítima propugnaban la adopción de un nuevo instrumento jurídico vinculante, las potencias pesqueras preferían la adopción de una declaración o un conjunto de recomendaciones, que desarrollaran las disposiciones pertinentes de la Convención. El Embajador Nandan abandonó su neutralidad presidencial y se inclinó por la primera de estas tesis, pese a reconocer que “no había consenso en ese momento acerca de la forma que debería revestir el resultado de la Conferencia”(85).

Al término de la sesión presentó un proyecto de Acuerdo que si bien afirma que nada de lo en él dispuesto menoscabaría las disposiciones de la Convención, y que sus disposiciones se interpretarían y aplicarían de manera acorde con la Convención(86)- contenía algunas disposiciones que no estaban en concordancia con ella(87). Entre otras, cabe mencionar las siguientes:

i) Sólo tendrán acceso a la pesquería a la que se apliquen las medidas de conservación y ordenación establecidas por una organización o un acuerdo subregional o regional de ordenación pesquera, aquellos Estados que participen en la labor de esa organización o acuerdo, o que cooperen de algún otro modo en la aplicación de esas medidas(88); ii) los Estados “establecerán mecanismos de cooperación adecuados

(83) Párrafos 27, 31, 33 y 34 del Texto de Negociación Revisado. Ibid., pp. 14-16. Véase Moritaka HAYASHI. “The Role of the United Nations in Managing the World's Fisheries”. En “The Peaceful Management of Transboundary Resources”. Londres-Dordrecht-Boston, 1995, pp. 385-387.

(84) Intervención del representante de la Comisión Europea, de 31 de Marzo de 1994. Véase YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 49, pp. 406-407.

(85) Declaración del Presidente NANDAN, de 26 de Agosto de 1994. Informe sobre el cuarto periodo de sesiones de la Conferencia. Doc. A/CONF. 164/25, de 11 de Octubre de 1994, p. 7.

(86) Artículo 4 del Proyecto. Doc. A/CONF. 164/22, de 23 de Agosto de 1994, p. 4.

(87) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 49, pp. 408-412.

(88) Artículo 8-4 del Proyecto. Ibid., p. 9.

para realizar actividades eficaces de observación, control, vigilancia y ejecución”(89); iii) puesta en práctica de planes de inspección y programas, que permitan el acceso de inspectores y observadores de otros Estados a cualquier buque pesquero, que enarbore el pabellón de otro Estado, así como de procedimientos en virtud de los cuales las autoridades pertinentes de un Estado puedan abordar el buque, autoridades pertinentes de un Estado puedan abordar el buque, inspeccionarlo, arrestarlo y detenerlo(90); y iv) en los casos en que haya motivos razonables para creer que un buque ha contravenido o menoscabado las medidas subregionales o regionales de conservación y ordenación, el Estado del puerto informará al del pabellón y le pedirá que se haga cargo del buque, y si éste no respondiera, los oficiales del Estado del puerto podrían “proseguir el abordaje hasta que el Estado del pabellón se haya hecho cargo del buque”(91)

e) V Sesión

Durante la V sesión (Marzo-Abril de 1995), el Presidente presentó un texto revisado de su anterior Proyecto, en el que se introdujeron algunas mejoras tales como: subordinación del Acuerdo a la Convención, desarrollo del régimen de cooperación internacional a través de los acuerdos y arreglos regionales de ordenación pesquera, y potenciación del sistema de solución de controversias(92).

El nuevo Proyecto contenía, sin embargo, algunas disposiciones que resultaban inaceptables para los Estados pesqueros, como las siguientes: i) Si el Estado del pabellón no hubiera contestado a la notificación del Estado inspector en un plazo de 3 días o se negara a hacerse cargo del buque o a delegar en él semejante función, el Estado inspector podría hacerse cargo del buque y conducirlo a puerto para continuar la investigación(93); ii) si hubiera pruebas que lo justificaren, el Estado inspector podía recabar el consentimiento del Estado del pabellón para incoar un procedimiento judicial contra el buque infractor, y si este último Estado no accediera a la petición, tendría que expresar los motivos para ello(94); iii) una vez transcurridos 6 meses desde su adopción, el Acuerdo se aplicaría provisionalmente a los Estados que hubieran consentido en la misma o lo hubieran firmado, salvo que notificaran expresamente lo contrario al depositario(95).

(89) Artículo 10-h) del Proyecto. Ibid., p. 10.

(90) Párrafo 3-g) del artículo 17, y artículo 20-2 del Proyecto. Ibid., pp. 14 y 17.

(91) Artículo 21-3 del Proyecto. Ibid., p. 18.

(92) Artículos 2, 4, 8, 21 y 26 a 31 del Proyecto revisado. Doc. A/CONF. 164/22/Rev. I, de 11 de Abril de 1995, pp. 20-21.

(93) Párrafos 6 y 7 del artículo 21 Proyecto, pp. 20-21.

(94) Artículo 21-8 del Proyecto. Ibid., p. 21.

(95) Apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 40 del Proyecto. Ibid., p. 30.

No hubo acuerdo sobre los siguientes temas, que fueron dejados para su solución en la VI y última sesión de la Conferencia: grado de apertura de las organizaciones regionales, competencias ejecutivas de Estados distintos al del pabellón, régimen de consentimiento tácito para la intervención del Estado inspector, establecimiento de un régimen universal de intervención en ausencia de un régimen regional, y aplicación provisional del Acuerdo(96).

f) VI Sesión

A finales de Junio, el Presidente Nandan celebró en Washington unas consultas informales para tratar de superar los problemas planteados por el controvertido artículo 21 del Proyecto, a las que asistieron representantes de Estados Unidos (que actuó de anfitrión y amigable comovedor), Japón, Corea, Argentina, Canadá, Nueva Zelandia y la Comisión Europea. Estados Unidos presentó sendas propuestas globales sobre el citado artículo con fórmulas de compromiso(97), y la Secretaría elaboró un cuadro sinóptico de las posiciones de los participantes en la reunión(98). Las propuestas Estadounidenses servirían de base para el acuerdo final logrado en la VI sesión (Julio/Agosto de 1995). En efecto, la Conferencia centró su atención sobre el citado artículo y al fin llegó a una fórmula generalmente satisfactoria, que permitió la adopción por consenso del Acuerdo(99). Las principales modificaciones introducidas fueron las siguientes:

i) Carácter abierto de las Organizaciones regionales: Se estableció taxativamente que los Estados que tuvieran un interés real en las pesquerías correspondientes podrían ser miembros de la organización o acuerdo regional, sin discriminación alguna(100).

ii) Sistema universal supletorio de inspección: si transcurridos 2 años desde la adopción del Acuerdo, las Organizaciones o acuerdos regionales no hubieran adoptado el correspondiente procedimiento de ejecución, las visitas e inspecciones de los buques, y cualesquiera otras medidas de ejecución, se realizarían conforme a los procedimientos previstos en el Acuerdo(101).

(96) José A. de VTURRIAGA BARBERÁN. "La PPC, Canadá y el Acuerdo sobre Pesca en Alta Mar". Gaceta Jurídica de la CE boletín 105. Julio/Agosto, 1995, p. 14.

(97) Non-Papers de 26 y 29 de Junio de 1995.

(98) "Overview of positions expressed at the Meeting". Washington, 26/28 de Junio de 1995.

(99) Acta final de la Conferencia. Doc. A/CONF. 164/32, de 2 de Agosto de 1995.

(100) Artículo 8-3 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, adoptado el 4 de Agosto de 1995. Doc. A/CONF. 164/33, de 3 de Agosto, p. 10

(101) Párrafos 3 y 4 del artículo 21 del Acuerdo. Ibid., p. 21.

iii) Recurso a la fuerza: Se autorizaba al Estado inspector a recurrir al uso de la fuerza para garantizar la seguridad de los inspectores o cuando se les obstaculizara el cumplimiento de su funciones(102). Pese a las objeciones de los Estados comunitarios, se mantuvo ese supuesto, que fue expresamente criticado por la Comisaria Bonino en su intervención durante la sesión de clausura de la Conferencia(103).

iv) Consentimiento tácito: Ante la actitud de varios miembros de la CE -que se opusieron firmemente al texto del Proyecto y mantuvieron que a lo sumo podrían aceptar el "valor negativo del silencio", el Acuerdo estableció que, en los casos de infracción grave y falta de reacción del Estado del pabellón, los inspectores podrían dirigir el buque a un puerto cercano(104).

v) Competencia para el enjuiciamiento: Desapareció la correspondiente disposición del Proyecto y se mantuvo la exclusividad enjuiciadora del Estado del pabellón (con posibilidad de delegarla en el Estado inspector), sin que se previera la posibilidad enjuiciadora del Estado inspector o de un tercer Estado(105).

vi) Responsabilidad por daños: Se incluyó una disposición conforme a la cual los Estados serían responsables por los daños causados con motivo de la puesta en práctica del sistema de visita, inspección y control, cuando su acción fuere ilegal o hubiere ido más allá de lo razonable(106). Asimismo se insertó una cláusula general de responsabilidad, por la que los Estados Partes serían responsables por los daños y perjuicios a ellos atribuibles, de conformidad con el Derecho Internacional(107).

vii) Aplicación provisional: Se suprimió la absurda disposición del Proyecto sobre "entrada en vigor provisional", y se redujo el alcance de la "aplicación provisional" a los Estados que expresamente hubieran consentido en ella mediante notificación al depositario(108).

viii) Participación de organizaciones Internacionales: Se introdujo, a propuesta de la Comisión Europea, un artículo en que se preveían regímenes diferentes de participación, en función de que la organización en cuestión tuviese o no competencia plena sobre las materias regidas por el Acuerdo(109).

(102) Párrafo 1-f) del artículo 22 del Acuerdo. Ibid., p. 25.

(103) Declaración de 4 de Junio de 1995. Véase José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "Fishing in the High Seas: From the 1982 Un Convention on the Law of the Sea to 1995 Agreement on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks". African Yearbook of International Law. 1995.

(104) Párrafos 8 a 11 del artículo 21 del Acuerdo. Ibid., pp. 22-23.

(105) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 96, p. 16.

(106) Artículo 21-18 del Acuerdo. Ibid., p. 24.

(107) Artículo 35 del Acuerdo. Ibid., p. 31.

(108) Artículo 41-1 del acuerdo. Ibid., p. 32.

(109) Artículo 47 del Proyecto. Ibid., pp. 45-46.

Tras la adopción del Acuerdo, los representantes de la Comisión y del Consejo (España) enviaron una carta conjunta al Presidente de la Conferencia en la que afirmaron que la CE permanecía fiel al mandato dado a la Conferencia por la Asamblea General, conforme al cual "los resultados de la Conferencia deberían ser totalmente compatibles con las disposiciones de la Convención", de forma que se reflejara el adecuado equilibrio en ella consagrado entre los derechos y deberes de los Estados ribereños y de los Estados que se dediquen a la pesca en alta mar. Señalaron que las competentes autoridades de la comunidad evaluarían el Acuerdo para ver si el citado mandato había sido cumplido(110).

La Conferencia pidió al Secretario General de la ONU que abriera el Acuerdo a la firma el 4 de Diciembre de 1995, e instó a los Estados a que lo aplicaran provisionalmente desde su adopción(111).

g) FIRMA

En Octubre de 1995, la FAO adoptó el Código de Conducta sobre Pesca Responsable, que incorporó las mayorías de las disposiciones del Acuerdo en materia de conservación y ordenación de los recursos pesqueros.

El 4 de Diciembre de 1995 se celebró en Nueva York la ceremonia de apertura a la firma del Acuerdo. El Presidente de la Conferencia se congratuló de lo mucho conseguido, señaló que, aunque el Acuerdo sólo se refería a las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, sus disposiciones eran aplicables a cualquier tipo de pesquerías, y expresó su esperanza de que en un futuro próximo no hubiera ninguna región marítima que no contara con un efectivo sistema de ordenación de las pesquerías(112).

La representante norteamericana señaló que el Acuerdo había logrado un adecuado equilibrio entre la conservación y las preocupaciones pesqueras, entre los intereses de los Estados ribereños y los Estados cuyos buques pescaban en alta mar(113).

El representante de la Comisión Europea, a su vez, declaró que la CE y sus Estados miembros no estaban en condiciones de firmar el Acuerdo por razones procesales, pero que -una vez completados los correspondientes procedimientos

(110) Carta de los Sres. ALMEIDA SERRA y CONDE SARO, de 4 de Agosto de 1995. Doc. A/CONF. 164/L. 50, de 7 de Agosto.

(111) Resolución 1 de la Conferencia. Anejo al Acta Final cit. en la nota 99, p. 11.

(112) Declaración de Satya NANDAM, de 4 de Diciembre de 1995.

(113) Declaración de la Embajadora Madeleine K. ALBRIGHT, de 4 de Diciembre de 1995.

constitucionales -asegurarían "su participación y compromiso continuados en este importante proceso"(114). Esta declaración escondía públicamente las divergencias de opinión existentes en el seno de la CE entre la Comisión y algunos Estados miembros, no tanto sobre el Acuerdo en sí -que resultaba aceptable en su conjunto, pese a contener algunas disposiciones contrarias a la Convención-, sino en cuanto a si la CE tenía o no competencia exclusiva en las materias regidas por el Acuerdo.

El día 5 de Diciembre firmaron el Acuerdo 26 Estados, a los que se unieron otros 3 más en los días siguientes. Entre ellos figuraba buena parte de los Estados de amplia fachada marítima, que eran los más favorecidos por sus disposiciones: Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Fiji, Indonesia, Islandia, Marruecos, Mauritania, Noruega, Nueva Zelanda, Rusia o Senegal. Asimismo fue firmado por Gran Bretaña, en nombre de sus territorios no autónomos (Islas de Ascensión, Bermudas, Georgia, Malvinas, Pitcairn, Sandwich, Santa Elena, Turcos y Virgenes), lo que provocó la objeción del Gobierno argentino por la inclusión de las Malvinas(115).

III. ACUERDO SOBRE CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS POBLACIONES DE PECES TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIOS

1. Objetivo y principios

a) Objetivo

El objetivo declarado del Acuerdo es "asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y...altamente migratorios mediante la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de la Convención". En consecuencia, el Acuerdo "se interpretará y aplicará en el contexto de la Convención y de manera acorde con ella", y ninguna de las disposiciones de aquél "se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados" con arreglo a ésta(116).

El tenor de este Acuerdo contrasta con el del Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención, ya que, si bien éste establece que sus disposiciones y las de la parte XI "deberán ser interpretadas y aplicadas de forma

(114) Declaración del Embajador Angel VIÑAS, de 4 de Diciembre de 1995.

(115) Información facilitada por la Secretaría de la ONU a 12 de Enero de 1996.

(116) Artículos 2 y 4 del Acuerdo. Op. cit. en la nota 100. p. 14.

conjunta como un solo instrumento”, añade que, en caso de discrepancia, prevalecerán las disposiciones del Acuerdo”(117). No existe una precisión de este tipo en el Acuerdo, por lo que, en caso de discrepancia entre él y la Convención, será ésta la que prevalezca.

b) Principios generales

A fin de conservar y ordenar las poblaciones citadas, los Estados ribereños y los que pescan en alta mar deberán “dar cumplimiento a su deber de cooperar de conformidad con la Convención” y, a tal efecto, adoptar medidas para asegurar la supervivencia a largo plazo de tales poblaciones, promover el objetivo de su *aprovechamiento óptimo*, preservar o restablecer las poblaciones a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, aplicar el criterio de precaución, prevenir o eliminar la pesca excesiva y el exceso de capacidad de pesca, asegurar que el nivel del esfuerzo de pesca sea compatible con el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros, y poner en práctica y hacer cumplir las medidas de conservación y ordenación “mediante sistemas eficaces de seguimiento, control y vigilancia”(118).

Por “medidas de conservación y ordenación” se entiende “las medidas para conservar y ordenar una o más especies de recursos marinos vivos, que se adopten y apliquen en forma compatible con las normas pertinentes del derecho internacional consignadas en la Convención y en el presente Acuerdo”(119).

c) Criterio de precaución

El Acuerdo prevé que los Estados aplicarán ampliamente el criterio de precaución a la conservación, ordenación y explotación de las poblaciones transzonales y altamente migratorias, a fin de proteger los recursos marinos vivos y preservar el medio marino, pero no define lo que por tal criterio se entiende. Se limita a decir que, al aplicarlo, Los Estados: i) mejorarán el proceso de adopción de decisiones sobre conservación y ordenación de los recursos pesqueros mediante la obtención y difusión de información científica fidedigna; ii) aplicarán las directrices del Anexo II al Acuerdo sobre “niveles de referencia que deben respetarse a título de prevención”; iii) tendrán en cuenta la condición de las poblaciones, el nivel y la distribución de la mortalidad ocasionada por la pesca, y los efectos de las actividades pesqueras

(117) Artículos 1 y 2-1 del Acuerdo. Nueva York, 18 de Julio de 1994. En Boletín del Derecho del Mar, vol. extraordinario IV, 1994, p. 11. Véase YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, pp. 463-464.

(118) Apartados a), b), c), h) y l) del artículo 5 del Acuerdo. Ibid., pp. 15-16.

(119) Artículo 1-1-b) del Acuerdo. Ibid., p. 13.

sobre las especies capturadas accidentalmente y las especies asociadas o dependientes, así como sobre las condiciones oceánicas, medio ambientales y socioeconómicas; y iv) establecerán programas de obtención de datos y de investigación para evaluar los efectos de la pesca sobre las especies capturadas accidentalmente, dependientes o asociadas, así como sobre su medio ambiente(120).

En los casos de nuevas pesquerías o de pesquerías exploratorias, los Estados deberán adoptar cuanto antes medidas de conservación y ordenación precautorias que incluyan la fijación de límites a las capturas y a los esfuerzos de pesca. Asimismo adoptarán medidas de emergencia de conservación y ordenación cuando un fenómeno natural produzca importantes efectos perjudiciales para la situación de una o más poblaciones transzonales o altamente migratorias, o cuando la actividad pesquera plantee una serie amenaza para la supervivencia de tales poblaciones(121).

d) Compatibilidad con las medidas adoptadas por el Estado ribereño en zonas bajo su jurisdicción

Pese a la renuencia de los Estados de amplia fachada marítima, el Acuerdo ha recogido la tesis defendida por la CE de unidad biológica de las especies dentro y fuera de la ZEE. Así, establece que los Estados tendrán en cuenta "la unidad biológica y demás características biológicas de la población, y la relación entre la distribución de la población, las pesquerías y las particularidades geográficas de la región". Los Estados ribereños y los que pesquen en alta mar deberán cooperar para lograr la adopción de medidas compatibles con respecto a las poblaciones que se encuentren a caballo entre la alta mar y las zonas bajo jurisdicción del Estado ribereño.

Los Estados tendrán asimismo en cuenta las medidas de conservación y ordenación adoptadas y aplicadas por los Estados ribereños en sus zonas de jurisdicción, las previamente establecidas para la alta mar por los Estados interesados, y las establecidas y aplicadas por una organización o arreglo subregional o regional de ordenación pesquera(122).

Los Estados ribereños deberán informar sobre las medidas que hayan adoptado en sus zonas de jurisdicción a los Estados que pescan en alta mar, y éstos deberán a su vez informar a los demás Estados interesados de las medidas que hayan adoptado para regular las actividades de los buques que enarbolan su pabellón y pesquen tales poblaciones en alta mar(123).

(120) Párrafos 1 y 3 del artículo 6 del Acuerdo, y Anexo II al mismo. *Ibid.*, pp. 16-17 y 51-52.

(121) Párrafos 6 y 7 del artículo 6 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 17.

(122) Artículo 7-2 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 18.

(123) Párrafos 7 y 8 del artículo 7 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 19.

e) Cooperación internacional

El Acuerdo respeta la terminología de la Convención al afirmar que los Estados procurarán acordar las medidas necesarias para la conservación de las poblaciones transzonales en el área de alta mar adyacente a las zonas de jurisdicción del Estado ribereño, y cooperarán con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo del aprovechamiento óptimo de las especies altamente migratorias, tanto dentro como fuera de las zonas que se encuentran bajo jurisdicción nacional(124). Los Estados celebrarán consultas “de buena fe y sin demora”, a petición de cualquier Estado interesado, con miras a adoptar los arreglos apropiados para garantizar la conservación y ordenación de las poblaciones(125).

Los Estados podrán realizar la cooperación directamente o por conducto de organizaciones o arreglos regionales o subregionales de ordenación pesquera. En el caso de que no exista ninguna organización o arreglo, los Estados interesados “cooperarán para establecer una cooperación de esta índole”(126).

Si existe tal organización o arreglo, los Estados interesados deberán hacerse miembros de ellos, o comprometerse a aplicar las medidas de conservación y ordenación por ellos establecidas. Asimismo deberán cooperar para fortalecer las organizaciones y arreglos ya existentes, a fin de que sean más eficaces(127). El Acuerdo establece que todos los Estados que tengan un interés real en las pesquerías podrán hacerse miembros de la organización o participar en el arreglo, “las condiciones de participación en tal organización o arreglo no impedirán que dichos Estados adquieran la condición de miembros o participantes, ni se aplicarán de tal manera que se discrimine contra cualquier Estado o grupo de Estados que tenga un interés real en las pesquerías de que se trate”. De esta forma se consagra taxativamente el carácter abierto de las organizaciones y arreglos regionales, tal como pretendían los países pesqueros de la CE, Japón y Corea del Sur(128).

Las organizaciones o arreglos podrán tomar, entre otras, las siguientes medidas:

- i) Adoptar y aplicar medidas de conservación y ordenación para asegurar la supervivencia a largo plazo de las poblaciones transzonales y altamente migratorias; ii) acordar los derechos de participación, establecer la máxima captura permisible (TAC) y los niveles de esfuerzo pesquero, y asignar las cuotas de capturas; iii) adoptar y aplicar los estándares mínimos internacionales para la práctica responsable de las

(124) Artículo 7-1 del Acuerdo. Ibid., pp. 17-18.

(125) Artículo 8-2 del Acuerdo. Ibid., p. 20.

(126) Párrafos 1 y 5 del Acuerdo. Ibid., p. 20.

(127) Artículos 8-3 y 11 del acuerdo. Ibid., pp. 20 y 23.

(128) YTURRIAGA Op. cit. en la nota 96, p. 15.

operaciones de pesca; iv) establecer mecanismos de cooperación para “realizar una labor eficaz de seguimiento, control, vigilancia y ejecución”; y v) velar, por que sus organismos nacionales y sus empresas cooperen plenamente en la aplicación de las recomendaciones y decisiones de la organización o arreglo en cuestión(129).

Únicamente los Estados que sean miembros de la organización o participantes en el arreglo correspondiente, o que se comprometan a aplicar las medidas que una u otro adopten, “tendrán acceso a los recursos de pesca a que sean aplicables dichas medidas”. En caso contrario, el Estado en cuestión no autorizará a los buques que enarbolan su pabellón a realizar operaciones de pesca respecto de las especies reguladas. Los Estados miembros o participantes “adoptarán medidas compatibles con el presente Acuerdo y el derecho internacional para disuadir a esos buques de realizar actividades que menoscaben la eficacia de las medidas de conservación y ordenación subregionales o regionales”(130).

Esta disposición es harto discutible, por mucho que se maquille con una referencia a la conformidad con el Derecho Internacional, pues una de las normas fundamentales del Derecho de los Tratados es que no se pueden imponer en un tratado obligaciones a terceros Estados sin su consentimiento(131).

2. *Aplicación*

El Acuerdo reconoce facultades ejecutivas no sólo al Estado del pabellón, sino también al Estado ribereño, sea en su calidad de Estado inspector o de Estado del puerto.

a) Estado del pabellón

Todo Estado cuyos buques pesquen en alta mar adoptará las medidas necesarias para que los buques que enarbolan su pabellón cumplan las medidas regionales y subregionales de conservación y ordenación, y sólo autorizará la pesca a dichos buques cuando pueda asumir eficazmente sus responsabilidades con respecto a ellos en virtud de la Convención y del Acuerdo(132).

Los Estados deberán: i) controlar a los buques que enarbolan su pabellón en alta mar, mediante la expedición de licencias o permisos de pesca, ii) promulgar reglamentos que prohíban la pesca en alta mar a los buques que no tengan licencia o

(129) Apartados a), b), c), h) y l) del artículo 9 del Acuerdo. *Ibid.*, pp. 21-22.

(130) Párrafo 4 del artículo 8, párrafos 1, 2 y 4 del artículo 17, y párrafo 7 del artículo 20 del Acuerdo. *Ibid.*, pp. 20, 26 y 30.

(131) YTURRIAGA. *Op.cit.* en la nota 1, p. 388.

(132) Párrafos 1 y 2 del artículo 18 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 27.

incumplan sus términos, y en las zonas bajo jurisdicción nacional a los buques que no cuenten con la autorización del Estado ribereño; iii) establecer un registro nacional de buques pesqueros; iv) dictar reglas para la marca de buques y aparejos a efectos de identificación; v) establecer reglas sobre registro y comunicación de la posición del buque, capturas, esfuerzo pesquero y demás datos pertinentes, así como para comprobación de las capturas; vi) controlar y vigilar los buques pesqueros y su operación de pesca y actividades conexas; vii) reglamentar el transbordo en alta mar; viii) regular las actividades pesqueras para asegurar el cumplimiento de las medidas mundiales, regionales y subregionales de conservación y ordenación; y ix) asegurar la compatibilidad con los sistemas de seguimiento, control y vigilancia existentes(133).

En cuanto a las funciones ejecutivas, el Estado del pabellón deberá: i) hacer cumplir a los buques que enarbolan su pabellón las medidas regionales y subregionales de conservación y ordenación; ii) investigar cualquier posible infracción de estas medidas por sus buques e informar del resultado de la investigación al Estado denunciante y a la organización o arreglo correspondiente; iii) exigir a sus buques que suministren a la autoridad investigadora información sobre su posición, las capturas realizadas, los aparejos, las operaciones de pesca y las actividades conexas; iv) remitir las pruebas de cualquier infracción a las autoridades nacionales competentes para que inicien el correspondiente proceso y, en su caso, retener el buque infractor; y v) velar por que el buque infractor no reanude sus actividades pesqueras mientras no haya cumplido con la sanción impuesta(134).

El Estado del pabellón podrá solicitar a cualquier Estado que le ayude en la investigación, y realizar dicha investigación en cooperación con otros Estados interesados o por conducto de la organización o arreglo regional o subregional correspondiente(135).

El Estado del pabellón al que un Estado inspector haya notificado que uno de sus buques ha cometido una infracción responderá a la notificación en un plazo de 3 días, cumplirá sus obligaciones de proceder a una investigación y -si las pruebas lo justificaren- de adoptar medidas de ejecución con respecto al buque infractor, o autorizará al Estado denunciante a que lleve a cabo una investigación(136). Tiene derecho a adoptar cualquier medida con arreglo a su legislación -incluida la de incoar un procedimiento para imponer sanciones- y podrá tomar, en cualquier momento, medidas de investigación sobre una presunta infracción, en cuyo caso el Estado

(133) Párrafos 3 y 4 del artículo 18 del Acuerdo. *Ibid.*, pp. 27-28.

(134) Artículo 19-1 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 29.

(135) Párrafos 2 y 3 del artículo 20. *Ibid.*, p. 30.

(136) Artículo 21-6 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 32.

investigador deberá entregarle el buque, junto con la información de que disponga sobre los resultados de la investigación(137).

El Estado del pabellón deberá velar por que los capitanes de sus buques: i) acepten y faciliten el acceso a bordo de los inspectores de otros Estados Partes; ii) cooperen y presten su asistencia en la inspección; iii) no obstaculicen ni intimiden a los inspectores, y no interfieran en el cumplimiento de sus deberes; iv) les permitan comunicarse con las autoridades del Estado del pabellón y del Estado inspector; v) les proporcionen facilidades razonables (incluido alojamiento y manutención); y vi) les faciliten el desembarco en condiciones seguras. En caso de que el capitán del buque se niegue a aceptar la inspección, el Estado del pabellón instará a dicho capitán a que se someta sin demora a la inspección y, si éste no cumpliera las instrucciones, suspenderá la autorización de pesca al buque y le ordenará que regrese inmediatamente al puerto(138).

b) Estado investigador

El Acuerdo prevé que los Estados Partes en el Acuerdo que sean miembros de una organización o arreglo regional podrán subir a bordo e inspeccionar los buques pesqueros de otro Estado Parte, aunque no sea miembro de la organización o arreglo correspondiente. Dichas organizaciones o arreglos deberán establecer procedimientos para la realización de las visitas e inspecciones. Si transcurridos 2 años desde la adopción del Acuerdo una organización o arreglo no hubiera establecido tales procedimientos, las visitas e inspecciones se llevarán a cabo conforme a lo establecido en el Acuerdo(139).

Esta disposición es poco razonable, pues impone la aplicación del Acuerdo incluso a los Estados que no sean Partes en él. Su formulación resulta, por otra parte, desorbitada ya que el "período de gracia" empieza a surtir efecto desde la adopción del Acuerdo y no desde su entrada en vigor, como hubiera sido lo normal. Así, si el Acuerdo tardara más de 2 años en entrar en vigor, el sistema de visita e inspección en él contenido se aplicaría antes de que las demás disposiciones tuvieran vigencia(140).

Los Estados informarán a los demás Estados cuyos buques pesquen en alta mar en la región de que se trate acerca del tipo de identificación expedida a sus inspectores autorizados, y de la autoridad competente para recibir notificaciones de infracciones.

(137) Párrafos 13 y 12 del artículo 21 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 33.

(138) Párrafos 3 y 4 del artículo 22 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 35.

(139) Párrafos 1 a 3 del artículo 21 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 31.

(140) YTURRIAGA. *Op. cit.* en la nota 96, p. 16.

Los buques autorizados para realizar inspecciones deberán llevar signos claros y ser identificables como buques de Estado(141).

El Estado inspector velará por que sus inspectores: i) presenten sus credenciales al capitán del buque a inspeccionar y le muestren un texto de las medidas o normas de conservación y ordenación pertinentes; ii) notifiquen al Estado del pabellón la iniciación de la inspección; iii) permitan al capitán que se comunique con sus autoridades durante la inspección; iv) proporcionen una copia del informe de la inspección al capitán y a las autoridades competentes del Estado del pabellón; v) abandonen el buque una vez terminada la inspección, salvo que hallaren pruebas de una infracción grave; y vi) “eviten el uso de la fuerza, salvo cuando y en la medida en que ello sea necesario para garantizar la seguridad de los inspectores y cuando se obstaculiza a los inspectores en el cumplimiento de sus funciones”(142).

La segunda parte de la frase -que había sido propuesta por Estados Unidos- fue muy criticada por algunos países miembros de la UE y por la Comisión Europea, pues la simple obstaculización al trabajo de los inspectores no justifica en modo alguno el recurso de la fuerza, y una interpretación laxa de la disposición supondría una autorización generalizada del uso de medios violentos. Pese a ello, la frase fue incorporada al Acuerdo(143).

Los inspectores tendrán autoridad para inspeccionar el buque y su licencia, aparejos, equipo, registros, instalaciones y cualquier otro documento o registro, así como las capturas a bordo(144). Cuando, tras la realización de la inspección, haya motivos claros para creer que el buque ha incurrido en una actividad contraria a las medidas de conservación y ordenación, el Estado inspector reunirá las pruebas y notificará prontamente la presunta infracción al Estado del pabellón. Si éste no respondiera en el plazo de 3 días o diese su anuencia, el Estado inspector realizará la investigación y comunicará los resultados de la misma al Estado del pabellón. Éste podrá asimismo autorizar a aquél a tomar las medidas de ejecución que procedan(145).

En el Proyecto se establecía que, si el Estado del pabellón no respondía en el citado plazo de 3 días, o se negaba a hacerse cargo del buque o a delegar semejante

(141) Artículo 21-4 del Acuerdo. Ibid., p. 31.

(142) Artículo 22-1 del Acuerdo. Ibid., pp. 34-35.

(143) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 103.

(144) Artículo 22-2 del Acuerdo. Ibid., p. 35.

(145) Párrafos 4 a 7 del artículo 21. Ibid., pp. 31-32.

función en el Estado inspector, éste podría hacerse cargo del buque y conducirlo al puerto más cercano para una investigación ulterior(146). La mayoría de los Estados miembros de la UE se opusieron a semejante texto y Estados Unidos presentó una propuesta de supuesto compromiso, que limitaba la aplicación del régimen de "consentimiento tácito" a los supuestos de infracción grave. La propuesta norteamericana fue finalmente incluida en el Acuerdo(147).

En efecto, cuando haya motivos claros para creer que el buque ha cometido una infracción grave y el Estado del pabellón no hubiera respondido a la notificación del Estado inspector, los inspectores podrán permanecer a bordo para reunir pruebas y exigir al capitán que dirija sin demora el buque a puerto, informando al Estado del pabellón del nombre del puerto en cuestión. Por infracción grave se entiende: i) pescar sin licencia o autorización; ii) no llevar registros precisos de datos sobre las capturas o proporcionar información considerablemente inexacta sobre las mismas; iii) pescar en área cerrada, durante el cierre de la temporada o tras haber alcanzado la cuota atribuida; iv) capturar una población cuya pesca haya sido prohibida o sometida a una moratoria; v) utilizar aparejos prohibidos; vi) falsificar u ocultar las marcas, la identidad o el registro del buque; vi) ocultar, manipular o destruir pruebas relacionadas con una investigación; vii) "cometer violaciones múltiples que, en su conjunto, constituyen una inobservancia grave de las medidas de conservación y ordenación"; y viii) "cualquier otra violación que pueda especificarse en procedimientos establecidos" por la organización o arreglo regional correspondiente(148).

Los dos últimos supuestos de la definición fueron criticados por las potencias pesqueras de la UE: el segundo por conceder un cheque en blanco a las Organizaciones o arreglos regionales y dejar un resquicio abierto en una definición que hubiera debido ser exhaustiva; el primero porque se prestaba al abuso del Estado inspector, ya que era él quien en último término apreciaba unilateralmente cuando se había cometido una infracción grave como consecuencia de la reiteración de infracciones leves(149).

El Estado inspector requerirá a sus inspectores que observen los reglamentos y prácticas Internacionales generalmente aceptados relativos a la seguridad del buque y de la tripulación, traten de perturbar lo menos posible las operaciones de pesca, y eviten las actividades que afecten de manera adversa la calidad de las capturas que se encuentren a bordo. Asimismo velará por que la visita y la inspección se lleve a cabo

(146) Párrafos 6 y 7 del artículo 21 del Proyecto de Acuerdo. Op.cit. en la nota 92. pp. 20-21.

(147) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 96. p. 16.

(148) Párrafos 8 y 11 del artículos 21 del acuerdo. Op. cit en la nota 100. pp. 32-33.

(149) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 96,p. 16.

de manera que no constituya un hostigamiento para el buque (150). Las medidas adoptadas deberán ser proporcionales a la gravedad de la infracción. Los Estados serán responsables para los daños o perjuicios que les sean imputables como consecuencia de las medidas adoptadas cuando éstas sean ilícitas o excedan de lo razonablemente necesario(151).

El Proyecto preveía que el Estado inspector podía recabar el consentimiento del Estado del pabellón para interponer una acción judicial contra el buque infractor, aduciendo cargos concretos de transgresión de medidas regionales de conservación y ordenación, y que, si el Estado del pabellón denegara dicho consentimiento, debería comunicarle sus razones para ello(152). La gran mayoría de los Estados mantenía la exclusividad enjuiciadora del Estado del pabellón (salvo en el caso de delegación voluntaria de jurisdicción en el Estado inspector), mientras Canadá defendía la jurisdicción concurrente de éste con la del Estado del pabellón. Finalmente se suprimió la disposición del Proyecto y el Acuerdo no hace referencia alguna a la capacidad enjuiciadora del Estado inspector o de otro tercer Estado, y se limita a prever la posibilidad de delegación de medidas de ejecución(153).

c) Estado del puerto

El Acuerdo reconoce al Estado del puerto el derecho y el deber de adoptar medidas, con arreglo al Derecho Internacional, para fomentar la eficacia de las medidas mundiales, regionales y subregionales de conservación y ordenación. A tales efectos, podrá inspeccionar los documentos, aparejos y capturas de los buques que se encuentren voluntariamente en sus puertos(154).

Asimismo podrá facultar a las autoridades competentes a prohibir desembarcos y transbordos, cuando se hubiera demostrado que la captura se había obtenido en detrimento de las medidas regionales de conservación y ordenación, todo ello sin perjuicio de la soberanía que los Estados ejercen sobre sus puertos de conformidad con el *Derecho Internacional*(155). Esta disposición es discutible y se presta al abuso por parte del Estado del puerto.

3. *Solución de controversias*

El Acuerdo prevé que, en caso de no adoptarse las medidas de conservación y ordenación necesarias en un plazo razonable, "cualquiera de los Estados interesados

(150) Artículo 21-10 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 32.

(151) Párrafos 16 y 18 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 34.

(152) Artículo 21-8 del Proyecto. *Op. cit.* en la nota 92. p. 21.

(153) YTURRIAGA. *Op. cit.* en la nota 96. p. 16.

(154) Párrafos 1 y 2 del artículo 23 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 36.

(155) Párrafos 3 y 4 del artículo 23 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 36.

podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias previstos en la Parte VIII", que son idénticos a los previstos en la Parte XV de la Convención, al aplicárseles "*mutatis mutandis*"(156). Las disposiciones sobre solución de controversias de la Convención serán aplicables a los Estados aún cuando no sean partes en la misma. A tal efecto, el Estado en cuestión podrá declarar los medios de solución que elige(157).

Mientras no se solucione la controversia, las partes en la misma harán todo lo posible para concertar arreglos provisionales de carácter práctico. De no llegarse a un acuerdo al efecto, cualquiera de ellos podrá solicitar la adopción de tales medidas al tribunal que resulte competente(158). Un Estado que sea Parte en el Acuerdo, pero no en la Convención, podrá declarar que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar no podrá "decretar, modificar o revocar medidas provisionales sin el consentimiento de dicho Estado"(159).

4. Participación

Las disposiciones sobre participación en el Acuerdo son un dechado de imprecisión técnico-jurídica, pues se produce un juego de referencias a varios artículos, no ya del Acuerdo, sino también de la Convención y de su Anexo IX. El Acuerdo está abierto a la firma o a la adhesión de todos los Estados y de las "entidades" mencionadas en el artículo 305 de la Convención(160).

Está asimismo abierto a la firma o a la adhesión de las Organizaciones internacionales mencionadas en el Anexo IX a la Convención(161). El Acuerdo establece distintos mecanismos de participación según que las organizaciones Internacionales tengan o no competencia plena en las materias regidas por el mismo. En el segundo supuesto, participarán en el Acuerdo conforme a lo dispuesto en el Anexo IX a la Convención, con las excepciones de que podrán firmar el acuerdo o adherirse a él aún cuando no haya hecho lo propio la mayoría de sus Estados miembros; en el primero, serán las únicas con derecho a participar en el Acuerdo, excluyendo del mismo a sus Estados miembros, y su participación no conferirá derecho alguno a dichos Estados. El acuerdo prevé que, en caso de conflicto entre los deberes que de él se deriven y los generados por el tratado constitutivo de la organización, prevalecerá el Acuerdo(162).

(156) Artículos 7-4 y 30-1 del Acuerdo. Ibid., pp. 19 y 39.

(157) Artículo 30-4 del Acuerdo. Ibid., p. 39.

(158) Párrafo 1 del artículo 7 y párrafos 1 y 2 del artículo 31 del Acuerdo. Ibid., pp. 19 y 40.

(159) Artículo 31-3 del Acuerdo. Ibid., p. 40.

(160) Artículos 37, 39 y 1-2-b-i) del Acuerdo. Ibid., pp. 42 y 13.

(161) Párrafo 2-b-ii) del artículo 1 del Acuerdo. Ibid., p. 13.

(162) Artículo 47 del Acuerdo. Ibid., p. 35.

En un reciente estudio me preguntaba si la Comisión Europea, al introducir la propuesta, tenía la aviesa intención de pretender la exclusividad de competencias en relación con las materias regidas por el Acuerdo, y expresaba mi esperanza de que se tratara de una falsa alarma o una injustificada suspicacia(163). Sin embargo, mi alarma estaba justificada ya que la Comisión ha mantenido la exclusividad de competencias de la CE y pretendido excluir a los Estados miembros de la firma del Acuerdo(164). Ello ha producido la previsible discrepancia de opiniones y no ha hecho posible la firma del mismo, ni por parte de los Estados, ni por parte de la CE.

Por mucho que los servicios jurídicos de la Comisión mantengan la exclusividad competencial, en base a que todas las disposiciones del Acuerdo entran dentro de la competencia exclusiva comunitaria y a que las competencias de los Estados tienen un carácter accesorio al objetivo principal del Acuerdo, no cabe -en mi opinión- la menor duda de que, junto a las evidentes competencias exclusivas de la Comunidad, existen asimismo competencias exclusivas de los Estados miembros, así como competencias compartidas entre una y otros, como ha puesto de manifiesto el informe del Grupo de "Política Exterior de Pesca"(165).

El Acuerdo, en efecto, reconoce a los Estados una serie de derechos y de deberes que no pueden ser asumidos por la CE, especialmente en materia de jurisdicción en alta mar sobre buques que enarbolan su pabellón y del ejercicio de medidas ejecutivas y judiciales sobre los citados buques y sus tripulantes. Igual cabe decir de las medidas de ejecución que corresponde ejercer a un Estado sobre los buques de terceros Estados. Como ha observado Remiro: "Los espacios marinos no son comunitarios. Tampoco lo son los pabellones de los barcos, ni la jurisdicción que se ejerce sobre ellos. Eso sigue siendo una competencia exclusiva de los Estados"(166). En efecto, la CE carece de este tipo de competencias y -por muy "accesorias" que sean- no es previsible que las vaya a tener en el futuro. Por otra parte, el reconocimiento de la exclusividad de competencias pretendida por la Comisión supondría la privación de los Estados miembros del derecho a recurrir al Tribunal Internacional de Justicia o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, ya que la CE carece del requerido "*ius standi*" ante el primero y sólo lo tiene para ciertas controversias ante el segundo(167).

(163) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 96, p. 18.

(164) Comunicación de la Comisión al Consejo sobre la firma del Acuerdo. Doc. COM (95)59, de 22 de Noviembre de 1995.

(165) Informe de 29 de Noviembre de 1995.

(166) Antonio REMIRO BROTONS. "Los peces no deben nada a Noé". Meridiano CERI N° 3. Mayo, 1995, p. 3.

(167) Artículo 20 del Anexo VI a la Convención. Op., cit. en la nota 2, pp. 180-181.

Los juristas de la Comisión alegan el precedente de la NAFO que-amén de la existencia de diferencias notables entre el Convenio de Ottawa y la Convención de Montego-Bay y el Acuerdo de Nueva York- constituye un mal precedente, tanto por motivos jurídicos, como por motivos políticos. La insistencia de la Comisión en obligar a los Estados miembros a denunciar los Acuerdos de Pesca en los que la CE ha pasado a ser parte y abandonar las correspondientes Organizaciones y Comisiones ha prestado un flaco servicio a la salvaguardia de los intereses de dichos Estados. Ello se ha puesto palpablemente de manifiesto durante la llamada "guerra del fletán" entre la CE y Canadá, ya que la decisión sobre distribución de cuotas que generó el conflicto fue aprobada en la Comisión de la NAFO por un solo voto de diferencia y, en la citada Comisión, la CE de 15 miembros cuenta tan sólo con un voto(168).

En consecuencia, la Comunidad tendrá que acogerse a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 47 para firmar el Acuerdo, confirmar formalmente su aceptación, o adherirse al mismo, aunque sin tener que esperar a que una mayoría de sus miembros se haya manifestado al efecto. Por cierto que la Conferencia modificó la disposición correspondiente del Proyecto, que -con toda propiedad y siguiendo la terminología utilizada en la Convención- hablaba de confirmación formal al referirse a la forma de expresar las organizaciones internacionales su voluntad de obligarse(169), pero el Acuerdo suprimió la referencia a la confirmación, la aprobación o la aceptación, y mencionó el único supuesto de la ratificación(170), mecanismo procesal propio de los Estados, que las organizaciones internacionales no utilizan(171).

IV. JUICIO CRÍTICO

Aunque el acuerdo afirma que persigue el objetivo de la "aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de la Convención" y que ninguna de sus disposiciones "se entenderá sin perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención"(172), contiene algunas disposiciones que la desarrollan ("propter legem"), otras que -pese a no estar previstas en la Convención- no la contradicen ("praeter legem"), y otras que son incompatibles con ella ("contra legem").

(168) Véase José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "El conflicto pesquero canadiense-comunitario: ¿Y luego dicen que el pescado es caro!". *Revista de Instituciones Europeas* 22(2), 1995, p. 519.

(169) Artículo 39-1 del Proyecto de Acuerdo. Op. cit. en la nota 92, p. 30.

(170) Artículo 38 del Acuerdo. Doc. cit. en la nota 100, p. 32.

(171) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 96, p. 18.

(172) Artículos 2 y 4 del Acuerdo. *Ibid.*, p. 14.

1. Disposiciones "*propter legem*"

El Acuerdo desarrolla acertadamente las exiguas disposiciones de la Convención en materia de poblaciones transzonales y altamente migratorias. Así, establece los principios generales y los criterios para la conservación y -en el caso de las altamente migratorias- la ordenación de los recursos vivos en la alta mar (criterio de precaución, compatibilidad de las medidas de conservación adoptadas dentro y fuera de la ZEE, directrices para aplicar niveles de referencia, y normas uniformes para obtener y compartir datos).

También encuentra solución al problema de la falta de acuerdo entre los Estados ribereños y los Estados de pesca sobre la adopción de las medidas de conservación, mediante la sumisión de la cuestión al régimen de solución de controversias previstos en la Convención.

En consecuencia, el Acuerdo completa adecuadamente el insuficiente articulado de la Convención, y supone un importante desarrollo del derecho Internacional en la materia.

2. Disposiciones "*praeter legem*"

Se trata de medidas que no están contempladas en la Convención, pero que no atentan contra la letra o el espíritu de la misma. Entre estas disposiciones cabe mencionar la inclusión de medidas de ordenación en relación con las poblaciones transzonales, que no estaba prevista en la Convención, a diferencia de lo dispuesto para las especies altamente migratorias. Mayor entidad tiene la introducción de medidas de seguimiento, control, vigilancia y ejecución, que brillaban por su ausencia en la Convención.

Quizás la innovación más importante sea el reconocimiento y potenciación de las organizaciones y arreglos regionales de ordenación pesquera, a través de los cuales se canaliza tanto la función normativa como la ejecutiva en la materia.

Estas nuevas disposiciones son dignas de alabanza y suponen un importante desarrollo del Derecho Internacional, de conformidad con la evolución de la práctica y la "*opinio iuris*" de la comunidad internacional. Lo que no fue posible en 1982, lo ha sido en 1995, aunque en algunos casos se haya forzado la suerte e introducido disposiciones de dudosa legalidad.

3. Disposiciones "*contra legem*"

Se trata de disposiciones que están claramente en contradicción con lo dispuesto en la Convención. Entre ellas cabe mencionar las siguientes:

- a) Extensión del ámbito de aplicación del Acuerdo

Los redactores del Acuerdo han sobrevalorado su rango y el de las organizaciones y arreglos de ordenación pesquera, al imponer la aplicación de las disposiciones de aquél y las decisiones de éstos a todos los Estados, aunque no sean partes en el Acuerdo o miembros de la organización o el arreglo. Así:

i) Todo Estado cuyos buques pesquen en alta mar deberá adoptar las medidas necesarias para que sus buques cumplan las medidas regionales de conservación y ordenación y no realicen actividad alguna en detrimento de la eficacia de las mismas. Por otra parte, sólo autorizará a sus buques a pescar en alta mar "en los casos en que pueda asumir sus responsabilidades con respecto a tales buques, en virtud de la Convención y del presente Acuerdo"(173).

ii) Ningún Estado que no sea miembro de una organización o arreglo regional, o que no acepte aplicar las medidas de conservación y ordenación por ellos adoptadas, autorizará a los buques que enarbolan su pabellón a realizar operaciones de pesca en alta mar, ya que únicamente los Estados miembros o que acepten las medidas "tendrán acceso a los recursos de pesca a que sean aplicables dichas medidas"(174).

iii) Los Estados miembros de una organización o arreglo regional adoptarán medidas "compatibles con el presente Acuerdo y el derecho internacional" para disuadir a los buques de los Estados no miembros de realizar actividades que menoscaben la eficacia de las medidas regionales de conservación y ordenación(175).

iv) Los procedimientos básicos para la visita e inspección de buques previstos en el Acuerdo serán aplicables a todos los Estados (con independencia de que sean o no Partes en el mismo o miembros de las Organizaciones y arreglos) dos años después de la adopción del Acuerdo (4 de Junio de 1995), en el caso de que la organización o el arreglo regional no haya establecido procedimientos al efecto(176).

Estas disposiciones van contra el principio general del Derecho Internacional "*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*", codificado en el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento"(177). La referencia que en el acuerdo se hace a que las medidas que se adopten contra los "intrusos" estén en conformidad con el Derecho Internacional resulta superflua, pues difícilmente cabe

(173) Párrafos 1 y 2 del artículo 18 del Acuerdo. Ibid., p. 27.

(174) Artículos 17-2 y 8-4 del Acuerdo. Ibid., pp. 20 y 26.

(175) Artículo 17-2 del Acuerdo. Ibid., p. 26.

(176) Artículos 21-3 y 22 del Acuerdo. Ibid., pp. 31 y 34-35.

(177) Artículo 34 del Convenio. Viena, 23 de Mayo de 1969. En Antonio FERNÁNDEZ TOMAS. "*Derecho Internacional Público: Casos y Materiales*". Valencia, 1991, p. 94.

señalar qué medidas de este tipo se pueden adoptar para imponer la exclusión de los buques en cuestión(178).

b) Ejecución por Estados distintos al del pabellón

Al permitir que, en determinados casos, el Estado inspector pueda adoptar medidas de ejecución contra un buque sin el consentimiento de su Estado de pabellón, el Acuerdo incumple la Convención ya que, "salvo en los casos excepcionales previstos en los tratados internacionales o en esta Convención", los buques "estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva" del Estado de su pabellón(179).

En efecto, el Acuerdo establece que, cuando el buque inspeccionado haya cometido una infracción grave y el Estado del pabellón no haya respondido al Estado inspector, los inspectores a bordo podrán exigir al capitán del buque a que se dirija a puerto(180).

c) Recurso a la fuerza

El Acuerdo autoriza al Estado inspector a que utilice la fuerza "cuando y en la medida en que ello sea necesario para garantizar la seguridad de los inspectores y cuando se obstaculiza a los inspectores en el cumplimiento de sus funciones"(181). Esta disposición es contraria a los principios generales del Derecho Internacional y a las normas consuetudinarias y convencionales, como puso atinadamente de manifiesto la Comisaria Bonino:

"Una de las piedras angulares del derecho internacional y de las relaciones internacionales es la prohibición del uso de la fuerza. En nuestros sistemas, sólo se puede utilizar la fuerza contra los civiles de conformidad con estrictas garantías jurídicas. El texto propuesto no suministra estas garantías"(182).

Está asimismo en contradicción con el ya mencionado principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre sus buques en alta mar. Salvo en los casos extraordinarios expresamente mencionados (piratería, trata de esclavos, transmisiones no autorizadas, buque sin pabellón o buque de la nacionalidad del buque inspector) (183), los buques de los Estados no podrán ejercer el derecho de visita en

(178) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, pp. 388-389.

(179) Artículo 92-1 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, p. 55.

(180) Artículo 21-8 del Acuerdo. Op. cit. en la nota 100, p. 32.

(181) Párrafo 1-f) del artículo 22 del Acuerdo. Ibid., p. 35

(182) Declaración de Emma BONINO, de 4 de agosto de 1995. Véase YTURRIAGA. Op.cit. en la nota 103.

(183) Artículo 110-1 de la Convención. Op. cit. en la nota 2, pp. 59-60.

alta mar mucho menos recurrir a la violencia, tanto más cuando ésta se justifica con razones tan baladies como la de obstaculizar el cumplimiento de las funciones de los inspectores.

V. PRÁCTICA ESTATAL

En forma paralela al intento de varios Estados de amplia fachada marítima de extender su jurisdicción más allá de sus ZEE o zonas pesqueras exclusivas, algunos de ellos han recurrido a la acción unilateral. Tal ha sido, entre otros, el caso de Chile, Argentina y Canadá.

1. Chile

Según el Código Civil chileno de 1855 -inspirado por el gran jurista Andrés Bello-, "las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres -como la alta mar- no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por sus leyes y, entre distintas naciones, por el Derecho Internacional"(184).

En Agosto de 1991, Chile modificó su Ley General de Pesca y Acuicultura, del 22 de Diciembre de 1989, para incorporar a ella la noción del mar presencial, que -siguiendo la formulación del Almirante Martínez Busch- define como "aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la isla de Pascua, se prolonga, desde el paralelo del Hito N° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile de Perú, hasta el Polo Sur"(185). Su mentor, Martínez Busch, observaba que el mar presencial era un mero reconocimiento de la "naturaleza tri-continental de Chile" y de su necesidad de actuar para proteger sus intereses en tal área(186).

La Ley no vuelve a hacer mención del mar presencial, ni contiene especificación alguna de derecho que pudieran reivindicarse en dicha zona, pero en su artículo 1 se establece que quedarán sometidas a sus disposiciones la preservación de los recursos biológicos y toda actividad pesquera extractiva de acuicultura, de investigación y deportiva, que se realice -amén de en su mar territorial o en su ZEE- "en áreas

(184) Artículo 585 del Código Civil, de 14 de Diciembre de 1855. Santiago, 1975, p. 138.

(185) Artículo 3-25 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, de 28 de Agosto de 1991. Diario Oficial de la República de Chile. 21 de Enero de 1992.

(186) Jorge MARTÍNEZ BUSCH. "El mar presencial: Actualidad desafíos y futuro". Revista de Marina de Chile 91(3), 1991. p. 232.

adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados Internacionales”(187).

Un mes más tarde Chile adoptó otra ley por la que se facultaba al Gobierno chileno a “establecer normas de conservación y manejo sobre aquellas poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la zona económica, y a regular el desembarque de capturas o productos derivados de éstas, cuando éstas se hayan obtenido contraviniendo dichas normas”. La Ley permitía a las autoridades chilenas “prohibir el desembarque, abastecimiento y cualquier tipo de servicios directos o indirectos a embarcaciones en puertos de la República y en toda la zona económica exclusiva y mar territorial, cuando existan antecedentes que hagan presumir fundamentalmente que la actividad pesquera extractiva que realicen esas naves, afecta los recursos pesqueros o su explotación por naves nacionales en la zona económica exclusiva”(188).

Como observa Pastor, los pesqueros extranjeros de países distantes corren el riesgo de que no se les autorice el desembarque de sus capturas en puertos chilenos o la escala técnica en los mismos. Por tanto, aunque dicha sanciones no sean en sí mismas contrarias al Derecho Internacional -ya que el Estado ribereño es libre de autorizar o no el acceso de buques extranjeros a sus puertos-, cabía, sin embargo, destacar el carácter riguroso de estas medidas en el terreno de los hechos, “dada la lejanía de las aguas en cuestión, y la verosímil necesidad de los buques que faenan en ella de servirse de los servicios de los puertos chilenos”. El temor a estas sanciones “puede disuadir a los pesqueros extranjeros del incumplimiento de las normas chilenas sobre conservación de los recursos vivos del mar”(189).

El Acuerdo contiene una disposición similar al afirmar que el Estado del puerto podrá prohibir desembarcos y transbordos “cuando se hubiere demostrado que la captura se ha obtenido de una manera que menoscaba la eficacia de las medidas subregionales, regionales o mundiales de conservación y ordenación en alta mar”(190). Hay, no obstante, notables diferencias en comparación con la ley chilena: de un lado, se trata de normas adoptadas por Organizaciones o arreglos de ordenación pesquera y no unilateralmente por el Estado del puerto; de otro, tiene que demostrarse que la captura se ha realizado en detrimento de las medidas regionales de ordenación, no bastando -como en el caso chileno- la mera presunción de que la actividad pesquera afecte los recursos pesqueros o su explotación por buques chilenos en la ZEE.

(187) REY CARO. Op.cit. en la nota 8, pp. 105-106.

(188) Artículo 124 de la Ley N° 19.080, de 6 de Septiembre de 1991. Boletín Oficial de la República de Chile, 6 de Septiembre de 1991.

(189) PASTOR. Op. cit. en la nota 64, pp. 525-525.

(190) Artículo 23-4 del Acuerdo. Op. cit. en la nota 100, p. 36.

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300 estipuló que -para desarrollar los pertinentes programas de medición y control de la contaminación- los organismos competentes deberían compilar los antecedentes del mar presencial en Chile”(191).

Orrego ha señalado que, tras la adopción de la Ley de 1991, el concepto del mar presencial ha adquirido “status” jurídico en Chile, y se ha convertido en objetivo de la política oficial de su Gobierno(192). Dalton ha expresado la esperanza de que las autoridades de Chile no apliquen las medidas que la nueva legislación le autorizan de forma discriminatoria entre pesqueros chilenos y extranjeros, y afirmado que, en tanto que la aplicación de tales medidas se mantengan dentro del ámbito permitido por la Convención, sus actividades en el mar presencial no supondrían una amenaza al régimen de la misma(193). Clingan, por su parte, confía en que Chile se haya limitado a hacer una declaración nacional de aspiraciones en una zona internacional, ya que la participación de los Estados ribereños en la resolución de problemas regionales “puede y debe hacerse de forma cooperadora, al amparo de un régimen internacional acordado”(194).

2. Argentina

Aunque Argentina no ha incorporado a su normativa el concepto de mar presencial, ha actuado de forma paralela y sincronizada con su vecino austral. Por extraña coincidencia, también en 1991 actualizó Argentina su legislación sobre los distintos espacios marítimos, so pretexto de fijar las líneas de base a partir de las cuales se mide la extensión de dichos espacios. Más, a pesar de su título, la ley no se limitaba a determinar los espacios marítimos de la República(195), sino que -aprovechando gustosa la ocasión- la ley preveía que “las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las 200 millas marinas, sobre las especies de

(191) Mario DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ. “La propuesta del mar presencial, su vinculación con la Convención del Mar, sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados en el mundo académico”. Anuario del IHLADI vol. 12, 1995, p. 194.

(192) Francisco ORREGO VICUÑA. “Towards an Effective Management of High Seas Fisheries and Settlement of the Pending Issues of the Law of the Sea”. Ocean Development and International Law 24 (1), p. 88.

(193) Jane DALTON. “The Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?”. The International Journal of Marine and Coastal Law 8(3), 1993, pp. 406-407.

(194) Thomas CLINGAN. “Mar Presencial (The Presencial sea): Deja Vu All Over Again? A response to Francisco Orrego Vicuña”. Ocean Development and International Law 24 (1), 1993, p. 96.

(195) Frida ARMAS PFIRTER. “El Derecho Internacional de Pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata”. Buenos Aires, 1994, p. 242.

carácter migratorio o sobre aquéllas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina"(196).

Esta disposición se complementó ese mismo año con un proyecto de Ley en el que se establecía lo siguiente:

"La jurisdicción nacional se extiende más allá del límite exterior de la Zona Económica Exclusiva sobre los recursos migratorios o que pertenezcan a una misma población o a poblaciones de especies asociadas a la Zona Económica Exclusiva argentina".

El proyecto preveía asimismo la regulación por parte de las autoridades argentinas de la pesca en la zona adyacente a la ZEE argentina, en relación con los citados recursos(197).

El Decreto 2232/91 prevé la concesión por parte de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de permisos de gran altura, que autoricen a operar sobre el talud continental, fuera de la ZEE o en alta mar, y -con la oportuna licencia- en aguas de terceros Estados; asimismo establece la obligatoriedad de desembarcar las capturas en puertos argentinos o en zonas habilitadas(198).

Rey Caro ha intentado justificar la extensión de la aplicación de la legislación nacional sobre conservación de los recursos más allá del límite de los 200 millas al afirmar que "podría encontrar sustento en lo que disponen los arts. 63 y 64 de la CNUDM, aunque consideramos que los derechos reconocidos a los Estados costeros en estas hipótesis son más reducidos y condicionados"(199). Por otra parte, ha señalado que las "normas nacionales sobre conservación de los recursos" a las que alude la Ley n° 23.968 no han sido dictadas aún, por lo que "la citada revisión legal carece de efectos prácticos y el proyecto de ley de pesca no ha completado el trámite legislativo"(200).

Es, sin embargo, una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los países de pesca distante, pues en cualquier momento podrá ser adoptado el proyecto de Ley, con lo que serían automáticamente de aplicación en la alta mar las disposi-

(196) Artículo 5 de la Ley N° 23.968, de 14 de Agosto de 1991, sobre líneas de base para medición de los espacios marítimos. Boletín Oficial de la República Argentina, 5 de Diciembre de 1991.

(197) Artículos 5 y 6-e) del Proyecto de ley sobre Régimen Nacional de Pesca. Cámara de Diputados Argentina. Trámite parlamentario n° 162, de 20 de Diciembre de 1991, p. 4, 590.

(198) Decreto 2236/91, de 24 de Octubre de 1991. Boletín Oficial de la República Argentina, de 30 de Octubre de 1991.

(199) Ernesto REY CARO. "Los espacios marítimos argentinos en la Ley 23.968". Anuario Argentino de Derecho Internacional vol. IV, 1990-1991, p. 239.

(200) REY CARO. Op. cit. en la nota 8, p. 107.

ciones de la legislación argentina. Como ha observado Pastor, se trataría de “un acto unilateral que extiende la aplicación de disposiciones nacionales en materia de pesca a áreas que indudablemente forman parte del alta mar”(201).

Cuando negoció en Acuerdo pesquero con la CE, Argentina trató de incluir normas sobre conservación de recursos en las áreas de alta mar adyacentes a su ZEE, pero la Comisión Europea se negó a ello(202). Como ha señalado el Embajador Daverede, es de esperar que, mediante la labor de la Comisión Mixta, se amplie el ámbito de las actividades en este sector(203).

En 1990 Argentina estableció con Gran Bretaña una Comisión Mixta de Pesquerías para el Atlántico Sudoccidental, encargada de recomendar a los respectivos Gobiernos, la adopción, “de conformidad con el Derecho Internacional”, de medidas de conservación sobre especies situadas en alta mar, tales como las poblaciones transzonales y las especies altamente migratorias(204). La Comisión estableció una moratoria de pesca de ciertas especies, que duró hasta 1993(205).

En su X Reunión (Londres, Junio de 1995), la Comisión acordó dar la máxima prioridad a la conservación del calamar illex y la merluza polaca, expresaron su preocupación por las “actividades ilegales de buques pesqueros en el Atlántico Sudoccidental”, y acordaron continuar la cooperación para prevenir tales actividades(206).

El 7 de Junio, el Gobierno argentino presentó ante el Parlamento un proyecto de ley sobre especies altamente migratorias. Días después prohibió la pesca del calamar illex en su ZEE y pretendió que terceros Estados cumplieran esta moratoria a las áreas adyacentes de alta mar(207). El Ministro de Asuntos Exteriores Di Tella y el Secretario de Estado de Pesca Solá declararon que, para proteger los recursos ictiológicos de la ZEE de Argentina, era necesario “tomar medidas drásticas” en la

(201) PASTOR.Op. cit.en la nota 64, p. 524.

(202) Frida ARMAS PFIRTER. “*Straddling Stocks and Highly Migratory Stocks in Latin American Practice and Legislation: New Perspectives in Light of Current International Negotiations*”. Ocean Development and International Law vol. 26, 1995, p. 135.

(203) Alberto I. DAVEREDE. “*The Fishery Agreement between the European Community and Argentina*”. Leiden Journal of International Law n° 7, 1994, pp. 5-22.

(204) Artículo 4-d) de la Declaración Conjunta Argentino-Británica, de 28 de Noviembre de 1990.En Law of the Sea Bulletin n° 17, 1991, p. 22.

(205) ARMAS. Op. cit. en la nota 202, pp. 135-136.

(206) Párrafos 4 y 7 del Comunicado Conjunto, de 7 de Junio de 1995.

(207) Nota Verbal de la Embajada Argentina al Ministerio español de Asuntos Exteriores, de 13 de Junio de 1995.

alta mar, y el Jefe de la Armada Argentina, Almirante Molina, afirmó que había que tener los buques listos para frenar la "pesca ilegal más allá de las 200 millas marinas bajo jurisdicción nacional"(208).

En su XI Reunión (Buenos Aires, Noviembre de 1995), la Comisión Mixta "observó con preocupación el alto nivel del esfuerzo pesquero ejercido sobre la población de *illex* en alta mar", y acordó controlar estrictamente este esfuerzo en el Atlántico Sudoccidental, para lo que recomendó a los respectivos Gobiernos que adoptaran "los pasos necesarios para asegurar que no haya incremento en el nivel de esfuerzo pesquero sobre esa especie en las áreas relevantes". Ambas delegaciones acogieron con satisfacción el Acuerdo de NU sobre poblaciones transzonales y altamente migratorias, y acordaron "continuar considerando sus implicaciones para el trabajo de la Comisión"(209).

Para adaptar su legislación a la Convención y al Acuerdo -que ya ha firmado- Argentina tendrá que modificar el artículo 5 de la Ley de 1991 sobre Líneas de Base -que extiende a la alta mar la aplicación de las normas nacionales sobre conservación de las poblaciones transzonales y altamente migratorias-, y archivar las disposiciones de su proyecto de Ley sobre Régimen Nacional de Pesca que prevén la extensión de su jurisdicción y competencia normativa al área de alta mar adyacente a su ZEE.

El Acuerdo sólo reconoce esta competencia reguladora a las organizaciones y arreglos regionales o subregionales, que deberán estar abiertos a la participación de todos los Estados que tengan un interés real en las pesquerías de la región o subregión(210). Así pues, Argentina deberá institucionalizar su Comisión Mixta con Gran Bretaña, y permitir la participación en la misma de los Estados que -como España- pescan en el Atlántico Sudoccidental.

3. *Canadá*

Canadá modificó en 1994 su "Coastal Fisheries Protection Act" con el fin de "prohibir a cierto tipo de buques extranjeros que pesquen poblaciones de peces transzonales en la zona sujeta a la reglamentación de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO), en infracción de ciertas medidas de conservación y de administración(211).

(208) "Diario 16" de 20 de Mayo de 1995.

(209) Párrafos 6, 7 y 11 del Comunicado Conjunto, de 22 de Noviembre de 1995.

(210) Artículo 8-3 del Acuerdo. Op. cit. en la nota 100, p. 20.

(211) Nota explicativa de la Ley C-8, de 12 de Mayo de 1994, sobre modificación de la Ley de Protección de las Pesquerías Costeras. Cámara de Comunes de Canadá, Doc. 7292, de 9 de Mayo de 1994.

La Ley canadiense enmendada contiene las siguientes disposiciones, que violan el derecho Internacional vigente en la materia, incluido el Acuerdo: a) Obligación de los buques extranjeros de aplicar en la zona de reglamentación de la NAFO [que se encuentra en alta mar] las medidas de conservación y ordenación unilateralmente adaptadas por Canadá; b) fijación de la manera y la medida en que los funcionarios canadienses podrán recurrir a la fuerza contra los buques extranjeros en la citada zona, y de las modalidades a utilizar en los procedimientos penales incoados contra tales buques; c) autorización a sus funcionarios a que visiten, inspeccionen y registren cualquier buque de pesca, que se encuentre en la zona NAFO, sin necesidad de una orden expresa, así como a que detengan a los miembros de la tripulación; d) consideración de las personas que infrinjan las órdenes de prohibición de pesca como culpables, y presunción de que cualquier acto considerado como delito por las leyes canadienses cometido en la zona NAFO, ha sido perpetrado en Canadá; e) reconocimiento a todos los jueces canadienses de competencia para autorizar la detención, visita, registro, investigación o incautación de un buque extranjero, como si el delito hubiese sido cometido en su circunscripción(212).

Un par de días antes de que enmendara su ley pesquera, Canadá presentó una reserva a su aceptación de la jurisdicción obligatoria del TIJ, exceptuando de su ámbito las controversias derivadas de las medidas de conservación y administración adoptadas por Canadá con respecto a los buques que pesquen en la zona NAFO, o vinculadas con esas medidas, así como la aplicación de tales medidas(213). Y unos días después, el Gobierno canadiense adoptó un reglamento en el que calificaba como buques "prescritos" -a los que aplicarían las nuevas disposiciones- a quienes carecieran de pabellón o utilizaran pabellón de complacencia(214).

Ante la falta de acuerdo en el seno de la NAFO sobre la distribución de las cuotas de fletán negro y la decisión de la CE de fijar sus propias cuotas, Canadá estableció en Marzo de 1995 una moratoria de 60 días sobre la pesca de fletán en la zona NAFO, y dictó un nuevo Reglamento por el que se calificaba de "prescritos" y "proscritos" a buques españoles y portugueses que pescaran en la citada zona(215).

(212) Párrafos 5-1, 5-2, 5-b-4, 5-b-5, 7-2, 8-1 y 18 de la Ley de Protección de Pesquerías Costeras, modificada el 12 de Mayo de 1994. En Boletín del Derecho del Mar n° 28, Octubre 1994, pp. 11-14. Véase YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 1, p. 402.

(213) Párrafo 2-d) de la notificación del Gobierno de Canadá a la Secretaría del TIJ, de 10 de Mayo de 1994. En Boletín del Derecho del Mar n° 26, Octubre, 1994, p. 10.

(214) Párrafo 3 y cuadro III del Reglamento de 25 de Mayo de 1994. En TIJ. *"Mémoire du Royaume d'Espagne dans l'Affaire de la Compétence en Matière de Pêcheries"*. La Haya, 1995. Anejo I, pp. 296 y 298.

(215) Párrafo 2 y cuadros IV y V del Reglamento de 3 de Marzo de 1995. Op. cit en la nota 214, pp. 309-311.

El 10 de Marzo, patrulleras canadienses apresaron en alta mar al pesquero español "Estai", tras una persecución en la que dispararon salvas de fuego real contra el buque, lo que provocó un grave conflicto entre Canadá y la CE y España(216). El conflicto canadiense-comunitario se resolvió en Abril mediante un acuerdo, que incluía asimismo un "Protocolo de intensificación de las medidas de conservación y ordenación de la NAFO(217). Si bien las partes mantuvieron sus opiniones sobre la legalidad de la Ley canadiense, Canadá se comprometió a revocar el Decreto de 3 de Marzo de 1995(218), cosa que hizo el 5 de mayo. Sigue, sin embargo, vigente la Ley que ha provocado los citados incidentes(219).

La citada Ley es, a todas luces, contraria no sólo a la Convención, sino también al Acuerdo, ya que: i) no reconoce jurisdicción alguna al Estado ribereño en la alta mar; ii) mantiene el principio de la jurisdicción exclusiva en alta mar de los Estados sobre los buques que enarbolan su pabellón; iii) *limita la competencia para la adopción de medidas de conservación y ordenación a las organizaciones y arreglos regionales*; iv) reduce la posibilidad de adopción de medidas unilaterales de ejecución por parte del Estado inspector a los supuestos de falta grave y ausencia de respuesta del Estado del pabellón; y v) limita el uso de la fuerza a los casos de peligro para la seguridad de los inspectores u obstaculización al ejercicio de sus funciones. Las autoridades canadienses han violado todas y cada una de estas disposiciones en numerosas ocasiones. Por consiguiente, Canadá deberá derogar las disposiciones que le otorgan jurisdicción en la alta mar sobre los buques que no sean de su pabellón.

En cuanto al conflicto hispano-canadiense, España ha planteado el caso ante el TIJ y Canadá se ha opuesto a la jurisdicción del Tribunal. España presentó su Memoria el pasado mes de Marzo(220), y Canadá deberá presentar su Contra-Memoria no más tarde el 29 de Febrero del año en curso. Es de esperar que el Tribunal admita su competencia para juzgar el caso y dicte un fallo claro y convincente, que acabe, de una vez por todas, con los abusos canadienses.

VI. CONCLUSIONES

Los derechos y los intereses de los Estados de pesca habitual fueron ignorados por la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar cuando se reconocieron los

(216) Véase YTURRIAGA. Op.cit. en la nota 196, pp. 519-522 y en la nota 1, pp. 404-410.

(217) Acta de 16 de Abril de 1995. Op. cit en la nota 214, pp. 384-401.

(218) Parte C del Acta. Op. cit. en la nota 214, p. 384.

(219) Luis PÉREZ PRAT. "La alta mar no es de Canadá". Meridiano CER1 nº 3. Mayo. 1995. p. 12.

(220) Memoria de 28 de Marzo de 1995. Op.cit. en la nota 214.

derechos soberanos del Estado ribereño sobre su ZEE hasta 200 millas, lo que supuso dejar bajo jurisdicción nacional más del 90% de los recursos pesqueros. La Convención mantuvo, sin embargo, el principio de la libertad de pesca en la menguada alta mar, aunque con ciertas limitaciones. En relación con las poblaciones transzonales, estableció que el Estado ribereño y los Estados que pescaran tales poblaciones procurarían acordar las medidas necesarias para su conservación en las áreas adyacentes a la ZEE. ¡Nada más y nada menos!(221)

En el caso de las especies altamente migratorias, los Estados interesados están obligados a asegurar no sólo su conservación, sino también su administración u ordenación, al requerirse la promoción del objetivo de la utilización óptima de estas especies. Pero -pese a los infatigables esfuerzos de los países de amplia fachada marítima-, la Convención no consagró el derecho o el interés especial del Estado ribereño en las áreas de alta mar adyacentes a sus ZEE. No obstante, y pese a que su pretensión carecía de sustentación jurídica en el Derecho Internacional general o en la Convención(222), han conseguido en parte sus propósitos con el Acuerdo(223).

La cuestión clave que se plantea es si el Acuerdo está en todo conforme con la Convención. Como hemos señalado, hay disposiciones del Acuerdo que desarrollan la Convención y otras que -aunque van más allá de lo en ella dispuesto- no la contradicen. Hay asimismo ciertas disposiciones que están en clara contradicción con la Convención; a saber: las que imponen su aplicación a los Estados que no sean partes en él, las que permiten la adopción de medidas de ejecución del Estado investigador sobre los buques de terceros Estados sin la anuencia del Estado del pabellón, y las que legitiman el recurso a la fuerza por parte del Estado inspector. Estas disposiciones no son de recibo, pues no respetan el mandato dado a la Conferencia y contradicen lo previsto en el propio Acuerdo de que ninguna de sus disposiciones se entenderá en perjuicio de los derechos y la jurisdicción de los Estados con arreglo a la Convención.

Pese a este lunar -por otra parte superable mediante una interpretación racional a través de declaraciones interpretativas(224) y el recurso a la celebración de acuerdos bilaterales que rijan las mutuas relaciones pesqueras(225)-, el Acuerdo

(221) José A. de YTURRIAGA BARBERÁN. "Canada's Non-Compliance with International Law in the Arrest of the Spanish Vessel *Estai* in the High Seas". L.O.S. Lieder vol. 6 (6). Septiembre 1995, p. 7.

(222) Rafael CASADO RAIGÓN. "L'application des dispositions relatives à la pêche en haute mer de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer". Espaces et Ressources Maritimes n° 8, 1994, p. 218.

(223) YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 103.

(224) Artículo 43 del Acuerdo. Op. cit. en la nota 100, p. 43.

(225) Artículo 44-2 del Acuerdo. Ibid., p. 43. Véase YTURRIAGA. Op. cit. en la nota 103.

supone un considerable paso en adelante en el desarrollo del Derecho Internacional en materia de pesquerías. Cabe esperar que los Estados de amplia fachada marítima den por saciado su desordenado apetito sobre lo poco que queda de la alta mar -no tanto en términos de extensión, cuanto de existencia de recursos vivos-, y cumplan la nueva normativa internacional. A tales efectos, deberán respetar la libertad de pesca y navegación en la alta mar, adaptar sus legislaciones a la Convención y al Acuerdo, derogar las disposiciones desorbitantes de su normativa, y abstenerse de realizar actos contrarios al Derecho Internacional.

Los Estados de pesca habitual, por su parte, deberán aceptar y aplicar la nueva normativa, en la esperanza de que se cierre el ciclo reformador y se normalicen de una vez las actividades pesqueras en la alta mar. A estos efectos, las Organizaciones y arreglos regionales están llamados a desempeñar la función protagonista que la Convención les regateó, para acomodar los intereses encontrados de los Estados ribereños y los de pesca distante.

EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO DEL MEDIO AMBIENTE

*Sergio Marchisio**

1. A partir de la Declaración de Dublin sobre el imperativo ambiental, adoptada por el Consejo europeo el 25-26 de junio de 1990, el desarrollo sostenible ha entrado expresamente en el vocabulario de la integración europea⁽¹⁾. En aquella Declaración política se señalaba que el completamiento del mercado interior en 1992 conllevaría un fuerte impulso al desarrollo económico europeo y que, por lo tanto, era necesario multiplicar los esfuerzos para que ese crecimiento fuese sostenible, sin peligros para el medio ambiente y para los derechos de las futuras generaciones. Se indicaban también dos principios que, sin ser desconocidos en la práctica comunitaria, merecían nueva atención: por un lado, el principio de integración continua de consideraciones ambientales en todos los sectores de la acción comunitaria y, por otro lado, el principio de asociación de los instrumentos económicos y fiscales a los instrumentos tradicio-

(*) Miembro correspondiente de la AADI. Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Perugia.

1 El concepto de desarrollo sostenible ha sido precisado desde hace años, no sólo del punto de vista económico y político, sino también desde la perspectiva jurídica. Cfr. World Commission on Environment and Development (WCED), Experts Group on Environmental Law, Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations (bajo la dirección de Munro y Lammors), London, 1987. Véase también HUNT, Legal Issues Arising from the Principle of Sustainable Development, en *Journal of Energy and Natural Resources*, 1991, p. 1.

nales utilizados en el marco de la acción medio ambiental. La Declaración anticipaba el principio de responsabilidad común pero diferenciada de los Estados en la cooperación para la protección del medio ambiente, principio que en los años siguientes habría de ser repetido en múltiples ocasiones a nivel internacional como principio eje del derecho internacional en materia de derecho sostenible. Se señalaba, la responsabilidad *particular* de la CE y de sus Estados miembros, en tanto desarrollados, en la promoción activa de la acción internacional dirigida a luchar contra los riesgos ecológicos globales.

Junto a los nuevos principios, los Jefes de Estado y de Gobierno auspiciaron un cambio metodológico en la acción de las instituciones comunitarias en materia de política medioambiental: el pasaje de la adopción casi obsesiva de actos normativos (en aquel entonces más de doscientos) a la identificación de instrumentos para realizar actividades de educación-formación-información y al consenso social.

Cabe señalar al respecto, que la Declaración de Dublín se coloca en una fase transitoria de la evolución del derecho comunitario ambiental. Es bien conocido que los objetivos de la CE en materia de protección del medio ambiente han sido definidos por primera vez, de manera clara, en el Acta Única Europea, entrada en vigor el 1 de julio de 1987. Este Tratado ha dado a la Comunidad una base jurídica *ad hoc* para el ejercicio de sus competencias en el campo medioambiental, llevando a la superación de la práctica precedente según la cual la CE había actuado en protección del medio ambiente sobre la base de los artículos 100 y 235 del tratado. La realización del mercado interior y el crecimiento económico que debían acompañarle han constituido un desafío para la Comunidad. Se estimaba al respecto, que el futuro industrial y la competitividad de Europa en el plano internacional dependían en gran medida de la realización de un nivel elevado de tutela ambiental.

“Las modificaciones introducidas en el Tratado constitutivo, mediante el Acta Única, suministraron un fundamento jurídico específico para las acciones comunitarias en la materia y dieron empuje a los esfuerzos tendientes a asegurar la tutela medioambiental y la integración de tal política en las otras actividades comunitarias³.”

El artículo 25 del Acta Única añadió en la tercera parte del Tratado un título VII, denominado “Medio Ambiente”, abarcando los artículos 130 R, 130 S y 130 T como nuevas bases jurídicas de la política comunitaria en el sector ambiental. En este sentido se ha hablado de constitucionalización de la política medioambiental europea.

Más aún, el artículo 18 de la misma Acta Única previó que el Tratado constitutivo de la Comunidad fuese completado por un artículo 100A, el que regula la armonización

3 Véase al respecto JUSTE RUIZ, CASTILLO DAUDI, La Política comunitaria del medio ambiente, en Cuestiones actuales de Derecho comunitario europeo. II, Córdoba, 1993, pp. 161-178.

de las legislaciones de los Estados miembros, menciona en particular la protección del medio ambiente y establece un nivel elevado de protección como criterio legislativo. Dicha disposición introdujo, además, el principio de la mayoría calificada para la toma de decisiones en el seno del Consejo de Ministros y el procedimiento de cooperación Consejo-Parlamento europeo en materia, entre otras, de tutela medioambiental, mientras el artículo 130 S estableció, por el contrario, la regla de la unanimidad para la adopción de decisiones ambientales por parte del Consejo.

De aquí surgió importante doctrina y jurisprudencia de la Corte de Justicia sobre las cuestiones de la base jurídica apropiada y de la acumulación de las bases jurídicas de los actos de protección medioambiental. Se recuerda, al respecto, la sentencia de 11 de junio de 1991, en la causa C-300/89. Bióxido de titanio, con la cual la Corte excluía la aplicación acumulativa de los artículos 100 A y 130 S, estableciendo la prevalencia del primero como base apropiada para un acto que persigue, al mismo tiempo, la protección del medio ambiente y la tutela de la libre competencia. Dicho dictamen, dio argumentos a quienes sostenían que la ratio de la Corte, más favorable al artículo 100 A que al artículo 130 S, era la de privilegiar una base jurídica que permitiera la toma de decisiones por mayoría calificada y la asociación más incisiva del Parlamento europeo al proceso decisonal⁴.

Con el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 (del cual hablaremos más en detalle con relación al desarrollo sostenible), la cuestión de la base jurídica apropiada y la de la acumulación de bases jurídicas parece haber perdido mucho de su originario interés.

En efecto, si se toma en cuenta la regla actual del Tratado CE sobre decisiones en materia medioambiental (artículo 130 S), se desprende fácilmente que la mayoría calificada del Consejo es la norma, al igual que el procedimiento de cooperación con el Parlamento europeo, según el artículo 189 C. La unanimidad se aplica tan solo *ratione materiae* (párrafo 2): disposiciones de naturaleza esencialmente fiscal; medidas relativas al arreglo territorial, a la destinación de los suelos y a la gestión de los recursos hídricos; fuentes de energía y aprovechamiento energético.

Se comprende, pues, la nueva jurisprudencia inaugurada por la Corte de Justicia con la sentencia de 17 de marzo de 1993, en la causa 155/91, Comisión v. Consejo, relativa a la base jurídica de la Directiva 91/156 sobre la gestión de desechos. La Corte ha confirmado que la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse sobre

4 Véase PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale nell'ordinamento comunitario europeo*, Perugia, 1992, p. 231 ss.

elementos objetivos sujetos a control jurisdiccional y ha estimado, al mismo tiempo, que la directiva mencionada -cuya finalidad es la de proteger el medio ambiente y sólo accesoriamente la de armonizar las condiciones de mercado según el artículo 100 A- ha sido válidamente adoptada de conformidad al artículo 130 S.

La referencia a la jurisprudencia comunitaria nos ofrece la ocasión para remarcar cuan importante ha sido la contribución de la Corte de Justicia en la evolución del cuadro normativo comunitario relativo a la protección del medio ambiente. Es bien sabido que se debe a la Corte misma el que la tutela del medio ambiente se califique actualmente, en el derecho comunitario, como objetivo general de la Comunidad⁽⁵⁾.

Deseamos hacer referencia, sobre todo, a la sentencia de 7 de febrero de 1985, en la causa 240/83, relativa a la interpretación de la Directiva 75/439 sobre la eliminación de los aceites usados, que establece restricciones a la libertad de comercio de dichos productos. Tratándose de saber si dichas restricciones eran justificadas por el objetivo de interés general relativo a la protección del medio ambiente, la Corte ha calificado dicho objetivo no sólo general, sino también esencial.

Con ello sólo faltó un breve paso para llegar a una ulterior calificación de la protección del medio ambiente como exigencia imperativa, que justifica restricciones y derogaciones necesarias y proporcionadas, al principio, fundamental en el derecho comunitario, de la libre circulación de los bienes y de la libertad de comercio. Recuérdesse al respecto las sentencias de 20 de setiembre de 1986, en la causa 302/86, Comisión v. Dinamarca, 28 de febrero de 1991, en la causa C-131/89, Comisión v. República Federal de Alemania y de 9 de julio de 1992, en la causa C-2/90, Comisión v. Bélgica.

2. Fase transitoria. El paso del Acta Única al Tratado de Maastricht, que ha sido negociado durante las sesiones preparatorias de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo (UNCED), refleja muchos principios ya consolidados a nivel mundial en el marco de la UNCED.

Es notorio que la Conferencia de Río de Janeiro (3-14 de junio de 1992) ha adoptado por *consensus* varios actos que tienen alcance no sólo político, sino también desde el punto de vista del Derecho Internacional⁽⁶⁾. Se trata de la Declaración de Río,

5 Véase al respecto, DIEZ DE VELASCO, La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'environnement. Exposición presentada en el cuadro de la cuarta Conferencia "Hacia un Gobierno mundial del medio ambiente", Venecia, 3 de junio de 1994.

6 Cfr. MARCHISIO, Gli atti di Rio nel diritto internazionale, en *Revista de diritto internazionale*, 1992, pp. 581-621.

integrada por veintisiete principios sobre ambiente y desarrollo, la Agenda 21, monumental programa de acción en cuarenta capítulos, que identifica los objetivos del desarrollo sostenible y las intervenciones necesarias para realizarlos; y, por último, la Declaración de Principios sobre Gestión, Conservación y Desarrollo Sostenible de las Florestas. La Conferencia de Río ha sido también la ocasión para abrir a la firma de los Estados participantes (183, más la CE) los dos Convenios sobre clima y biodiversidad, negociados en instancias externas a la UNCED.

En dichos actos se utiliza a menudo la noción de "Derecho Internacional en materia de desarrollo sostenible". Así, el Principio 27 de la Declaración de Río establece que los Estados (y los pueblos) deberán cooperar en el ulterior desarrollo del Derecho Internacional en la esfera del desarrollo sostenible. Asimismo, el Capítulo 39 de la Agenda 21, relativo a los instrumentos y mecanismos jurídicos internacionales, hace referencia al progresivo desarrollo de dicha rama del Derecho Internacional (par 39 1 a) y a su codificación (par. 39 1 f).

Estamos en presencia, desde entonces, de manifestaciones de la práctica internacional en vías de consolidación, de perspectivas más que todo de *lege ferenda*. Sin embargo, es cierto que la integración ambiente-desarrollo constituye un elemento fundamental de la evolución del Derecho Internacional del medio ambiente y que los actos de Río diseñan, a su vez, un conjunto coherente de principios a los cuales los Estados tendrán que conformarse en la utilización de los recursos naturales. Se imponen, pues, modalidades que no contienen a la reducción de dichos recursos a largo plazo y que salvaguarden las exigencias de las generaciones presentes y futuras⁽⁷⁾.

A menudo, durante las negociaciones de la UNCED, los Países en vías de desarrollo han mencionado el lenguaje del Tratado de Maasstricht, pidiendo a los Estados miembros de la Unión europea no obstaculizar la afirmación a nivel universal de aquellos principios que están en la base de la misma integración europea.

En efecto, ya al momento de la Conferencia de Río, innovaciones importantes en materia de protección del medio ambiente y de promoción del desarrollo sostenible habían sido introducidas a nivel jurídico por el Tratado de Maasstricht de 7 de febrero de 1992⁽⁸⁾.

7 Cfr. SINGH, *Right to Development and Sustainable Development as Principle of International Law*, en *Studio Diplomatico*, 1988, pp. 45-61 y WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations*, en *American Journal of International Law*, 1990, pp. 198-207.

8 Cfr. FALOMO, *L'incidenza del Trattato di Maasstricht sul diritto comunitario ambientale*, en *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 587-604.

Es cierto que el artículo 2 del Tratado CE, modificado por el artículo G del Tratado de Maastricht, incluye, claramente, entre los objetivos de la Unión europea, el desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible, no inflacionista y que respete el medio ambiente.

En cuanto al objetivo interior a la Unión, el desarrollo sostenible, del cual habla el artículo 2 del Tratado CE, encuentra sus especificaciones no sólo, como veremos más adelante, en los artículos relativos a la política medioambiental (130 R, 130 S y 130 T), sino también en los artículos 130 A y subsiguientes relativos a la cohesión económica y social.

De otro punto de vista, el objetivo desarrollo sostenible, hijo de las bodas entre ambiente y desarrollo, constituye al mismo tiempo el objeto de la acción internacional de la CE, conforme a los compromisos asumidos en Río. No es, pues, una casualidad que el concepto de desarrollo sostenible haya sido incluido en el nuevo artículo 130 U del Tratado de la CE como objetivo de la cooperación para el desarrollo ("desarrollo económico y social sostenible de los Países en vías de desarrollo"). Por lo demás, este concepto ya figuraba en el IV Convenio Lomé de 15 de diciembre de 1989, cuyo artículo 33 configura el desarrollo sostenible como finalidad fundamental que los Estados ACP han de esforzarse en realizar con el apoyo de la Comunidad. Proteger y valorizar el medio ambiente y los recursos naturales, evitar la degradación de las tierras y de las florestas (que son un verdadero capital económico), restablecer los equilibrios ecológicos, salvaguardar los recursos naturales así como explotarlos racionalmente: todo ello es desarrollo con el fin de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones y de proteger la de las generaciones futuras, según el principio de responsabilidad intergeneracional.

3. Si el artículo 2 del Tratado de la CE se refiere expresamente al desarrollo sostenible, es evidente que las acciones o políticas comunitarias mencionadas en el artículo 3 deben estar dirigidas a la realización de dicho objetivo general: entre ellas y, en primer lugar, la política del sector del medio ambiente (letra k). Se trata, pues, de una política común, caracterizada por la presencia de poderes en manos de la Comunidad y de instrumentos propios (artículos 130 R, 130 S, 130 T). Esta afirmación no puede ser denegada por el hecho que, según el artículo 130 R párrafo 4, con excepción de algunas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros proveen a la financiación y a la ejecución de la política en materia ambiental. No debe olvidarse que nos encontramos en un campo de competencia mixta: CE- Estados miembros y que, en todo caso, ya existen instrumentos comunitarios de financiación indirecta (fondos estructurales) y directa⁹. Se aplica aquí el principio de subsidiariedad,

9 Así el Reglamento 1973/92 sobre el programa LIFE para problemas ambientales transfronterizos.

el que se ha convertido, con el Tratado de Maastricht, en un principio de carácter constitucional del sistema jurídico comunitario, mientras el Acta Única lo mencionaba expresamente sólo en relación a la política ambiental (artículo 130 R, párrafo 4). Hay, pues, intervenciones que se pueden realizar más adecuadamente a nivel comunitario, como lo confirma el Quinto Programa comunitario de política y acción en favor del medio ambiente y de un desarrollo sostenible, del cual hablaremos luego. Este Programa se refiere a "temas particularmente importantes", que presentan una dimensión comunitaria por sus implicaciones en el mercado interior, por sus implicaciones transfronterizas, por la distribución de los recursos comunes, por la cohesión o porque tienen un notable impacto sobre la calidad y las condiciones del ambiente en casi todas las regiones de la Comunidad⁽¹⁰⁾.

No es nuestra intención, como es evidente, profundizar aquí en todos los aspectos y elementos de la política ambiental comunitaria, sino poner en relieve cuáles, entre ellos, son influenciados mayoritariamente por el objetivo del desarrollo sostenible.

Si se toman en cuenta finalidades de la política de protección del medio ambiente, como las enunciadas en el artículo 130 R, párrafo 1, se puede concluir que dichas finalidades diseñan la noción de desarrollo sostenible, aunque no lo mencionen expresamente. Así: salvaguardar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, proteger la salud humana, utilizar prudente y racionalmente los recursos naturales, promover medidas internacionales de tutela del ambiente. Son objetivos *passé-partout*, pero no ajustados, estrictamente, al fin general del desarrollo sostenible mencionado en el artículo 2.

La perspectiva del desarrollo sostenible se desprende más claramente del párrafo 2 del mismo artículo, donde se establece que la política de la CE en materia ambiental aspira a un elevado grado de protección, tomando en cuenta la diversidad de las situaciones en las diferentes regiones de la Comunidad. En efecto, la determinación de esta obligación de resultado no es en sí misma un objetivo o un elemento del desarrollo sostenible. Se convierte en tal, gracias al correctivo indicado, que excluye la legitimidad de estándares uniformes y mecánicamente aplicados.

Un discurso análogo puede hacerse para los principios, sobre los cuales, según el mismo párrafo 2 del artículo 130 R, debe fundarse la política ambiental comunitaria.

10 Para un análisis de la distribución de poderes entre la CE y sus Estados miembros en materia ambiental. PISILLO MAZZESCHI, *European Community and Member States Powers in the Field of Environmental Policy*, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1993, pp. 107-133.

Se hace referencia, ante todo, al binomio precaución-acción preventiva⁽¹¹⁾. El contenido de la noción de precaución es bien explicada por el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo, en los siguientes términos: "Con el fin de proteger el medio ambiente los Estados deberá aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta, no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente⁽¹²⁾". Hay, pues, una evidente inversión de la carga de la prueba: quien se opone a la adopción de medidas de protección ambiental debe demostrar que no existen peligros de daño irreversible, mientras, normalmente, sucede lo contrario.

Se trata de uno de los principios "instrumentales" de política medioambiental, por cuya inclusión en la Declaración de Río, los Estados miembros de la CE han insistido en forma mayoritaria. De dicho principio se desprende el sencillo principio de prevención, ya utilizado como criterio de política ambiental por la mayoría de los actos normativos de la CE aplicables⁽¹³⁾. Es bien sabido que tal principio se aplica en varios sectores reglados por la normativa comunitaria, como la conservación de los habitats naturales y seminaturales de la fauna y de la flora selváticas y el mantenimiento de la biodiversidad (Directiva 92/43); la prevención de incidentes industriales relevantes (Directiva 81/501), Seveso I). La misma Agencia europea para el medio ambiente se inserta en esta línea siendo su finalidad la realización de un sistema permanente de información y monitoreo en materia ambiental (Reglamento 1210/90). Seguramente, el artículo 130 R, párrafo 2, se refiere una vez más a la acción preventiva, para hacer hincapié en el hecho que la mejor política ecológica consiste en evitar, desde el comienzo, la contaminación, en lugar de eliminar, luego, sus efectos. Consideraciones análogas pueden hacerse con referencia a la evaluación de impacto ambiental como instrumento de política ecológica, cuya utilización deberían fomentar los Estados. Sin embargo, el Tratado de Maastricht, no considera este principio en forma autónoma del principio de la acción preventiva, en cambio, la Declaración de Río le dedica un punto particular (Principio 17)⁽¹⁴⁾.

11. HOFMANN, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London-Dordrecht-Boston, 1994.

12. Para ésta y las demás citas de los documentos de Río en español, véase *Evolución reciente del derecho ambiental internacional*, coordinación y dirección Estrada Oyuela Zabellos De Sisto, Buenos Aires, 1993.

13. Cfr. JOHNSON, CORCELLE, *The Environmental Policy of the European Communities*, London/Dordrecht/Boston, 1992.

Como principio auxiliar y subordinado a los otros, aparece el principio de corrección, sobre todo en la fuente, de los daños causados al medio ambiente. Así, por ejemplo, en el campo de los desechos de la industria de bióxido de titanio (Directivas 78/176).

Otro principio de política ambiental mencionado en el artículo 130 R, párrafo 2, es el famoso polluter pays, ya presente en el Acta Única y en muchas directiva medioambientales, sobre todo aquéllas relativas a la eliminación de desechos. Este principio es entendido en el Tratado como instrumento económico que carga a quien contamina los gastos de prevención de la contaminación y de la eliminación de los daños. Se realiza, así, una convergencia con el Principio 16 de la Declaración de Río de Janeiro, según el cual las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos "teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación". Muy prudentemente, dicho Principio añade que la aplicación del criterio debe hacerse tomando debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. No obstante esta convergencia entre el artículo 130 R, párrafo 2 y el Principio 16 de la Declaración de Río, debe subrayarse que, a nivel comunitario, se asiste a una progresiva superación de la sencilla concepción económica del principio y a su evolución hacia un instrumento de responsabilidad objetiva en sentido estrictamente jurídico. Pienso en la Directiva 84/631 relativa a las expediciones transfronterizas de desechos peligrosos (Seveso II o post-Seveso) y, sobre todo, a la proposición- que continúa aún hoy en tal carácter a pesar de su elaboración el 1 de setiembre de 1989- de la directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por los desechos⁽¹⁴⁾.

Si bien los mencionados principios son importantes para delinear los criterios a los que debe conformarse la política comunitaria, el mismo artículo 130 R, párrafo 2, contiene referencia expresa a un principio, el que, quizás, se coloca en el corazón mismo de las bodas entre protección del medio ambiente y promoción del desarrollo económico y social. Me refiero al denominado principio de integración desde las exigencias vinculadas a la tutela del medio ambiente en la formulación y actuación de las otras políticas comunitarias. Trátase una vez más de la aplicación específica, a nivel comunitario, del principio general del desarrollo sostenible codificado en la Declaración de Río con el número 4: "A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada".

14 Véase al respecto la Directiva CE 85/337.

15 Véase al respecto la propuesta modificada de directiva adoptada por la Comisión en el mes de junio de 1991 (G.U.C.E., C 192 de 23 de julio de 1991).

Gracias al principio de integración, la política medioambiental comunitaria fortalece su carácter horizontal, integrándose sistemáticamente, con las otras políticas en los momentos de la formulación y de la realización¹⁶. Ello se traduce, por un lado, en una obligación de resultado para las instituciones comunitarias, a cumplirse cuando se propone y se decide, con posibilidad de control jurisdiccional y, por otro a lado, en una base jurídica para justificar restricciones y derogaciones a otros principios fundamentales del derecho comunitario, como los principios de la libre circulación de los bienes y de la libertad de comercio. Es el principio de integración, el que permite dar prevalencia a las exigencias ecológicas, como exigencias imperativas, cuando se presenta un conflicto con otros intereses y objetivos comunitarios, según ha sido aclarado por la Corte de Justicia en la Sentencia Chernobyl de 29 de marzo de 1990, en la causa C-62/88. El alcance del principio de integración se revela también a nivel normativo, como en el Reglamento 2052/88 relativo a los fondos estructurales y a la BEI, donde se establece que las acciones objeto de financiación deben ser conformes, *inter alia*, a la política de protección del medio ambiente.

No debe olvidarse que, según el artículo 130 S, párrafo 5, cuando una medida medioambiental implica costos estimados desproporcionados por las autoridades de un estado miembro, el Consejo tiene el poder de establecer, a ciertas condiciones¹⁷, derogaciones temporáneas y el apoyo financiero del Fondo de cohesión (artículo 130D).

4. Ulteriores elementos para recomponer la noción y las modalidades jurídicas del desarrollo sostenible a nivel comunitario europeo se desprenden del párrafo 4 del artículo 130 R, relativo a los parámetros de ejercicio de la política medioambiental, enunciados, como es sabido, en el siguiente orden: datos científicos y técnicos disponibles, condiciones regionales del medio ambiente; ventajas de la acción-desventajas de la inacción y, por último, graduación de las intervenciones. De dichos parámetros, las instituciones europeas, deben tomar debida consideración en la adopción de decisiones pertinentes, con posibilidad, una vez más, de control jurisdiccional por parte de la Corte de Justicia.

Examinamos, ante todo, el primer parámetro mencionado. Hasta el Tratado de Maastricht, la necesidad de adaptar la política medioambiental comunitaria a la evolución científica y al progreso técnico había sido un instrumento utilizado por los

16 Se pueden mencionar, al respecto, la reforma de la política agrícola con miras a fomentar prácticas agrícolas más sostenibles y el uso de los bienes agrícolas compatible con la diversidad biológica, las iniciativas para fomentar la forestación como alternativa a la agricultura intensiva, para proteger las forestas.

17 Dichas condiciones son tres: que se trate de realizar objetivos del artículo 130 R, que los costos sean públicos y que no se viole el principio contaminador-pagador.

Estados más reticentes para enfrentar la evolución de la normativa europea hasta niveles altos de protección; ahora, al contrario, la perspectiva del desarrollo sostenible conlleva que el parámetro de evolución técnico-científica tiene que ser jurídicamente conjugado con el principio de precaución, el que, como hemos visto, justifica intervenciones dirigidas a prevenir daños irreversibles, aún en ausencia de datos científicos ciertos.

Además, la óptica del desarrollo sostenible es bien evidente en relación al segundo parámetro, el que requiere la graduación de la política ecológica en función de las particularidades medioambientales regionales. No se olvide, por un lado, el principio de la responsabilidad común, pero diferenciada, de los Estados, que tiene, en este sentido, aplicación no solo en las relaciones entre CE y sus Estados miembros y el resto del mundo, sino también a nivel intracomunitario; y, por otro lado, la primera parte del Principio 11 de la Declaración de Río, conforme a la cual las normas ambientales, así como los objetivos y prioridades en materia de gestión del medio ambiente, deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican.

El tercer parámetro, a su vez, se vincula estrechamente a la segunda parte del Principio 11 de la Declaración de Río; si se toman en cuenta las ventajas de la acción y las desventajas de la inacción, puede resultar, que las normas y las intervenciones aplicadas en algunos países, resulten inadecuadas y representen un costo social y económico injustificado para otros países. El mismo criterio de graduación -que legitima derogaciones y otros regímenes especiales- se desprende del cuarto parámetro, el que obliga a las instituciones comunitarias a tomar en cuenta el desarrollo socioeconómico de la comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de cada región.

5. El cuadro no estaría completo si se omitiese señalar otro acto que, sin ser normativo ni obligatorio para los Estados miembros y las instituciones comunitarias, no deja de ser un importante elemento de definición de la política medioambiental comunitaria. La referencia aparece en el Quinto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente, aprobado por la Comisión en el mes de marzo de 1992 y destinado a ser aplicado desde comienzos de 1993. Su denominación: "Hacia un desarrollo durable y sostenible", constituye la más clara codificación del nuevo objetivo con relación a los cuatro programas precedentes⁽¹⁸⁾. El Programa está basado en la idea fuerza de que el modelo imperante de desarrollo económico, industrial y agrícola,

18 Para informaciones sobre los programas precedentes. Cfr. VACCA. *La política comunitaria dell' ambiente e la sua attuazione negli Stati membri*. Milano. 1992, pp. 12-26.

puede no ser durable ni sostenible⁽¹⁹⁾. El medio ambiente constituye en este sentido un límite al desarrollo, dado que los recursos naturales tienen un costo económico. De ahí la indicación de algunos sectores prioritarios de acción (industria, energía, transportes, agricultura y turismo) y de las nuevas modalidades (investigación, tecnología limpias, la triada: educación-formación-información, la internacionalización de los costos externos en los precios de los productos, el principio *polluter and user pay*, etc.).

El Quinto Programa contiene importantes indicaciones en materia de protección del medio ambiente a nivel mundial, lo que nos lleva al último conjunto de consideraciones, basadas en el concepto de subsidiariedad externa, conforme al cual, el nivel más adecuado de intervención no es, en algunos casos, el nivel comunitario, ni tampoco el nivel nacional, sino el internacional. Recordamos que, según el artículo 130 R, párrafo 1, la política de la CE en esta materia tiene como objetivo, entre otros, el de promover, en el plano internacional, medidas dirigidas a resolver los problemas del medio ambiente a nivel regional y mundial. Teniendo en cuenta que se trata de materia de competencia concurrente con los Estados miembros⁽²⁰⁾, el párrafo 4 del mismo artículo establece que, en el cuadro de sus respectivas competencias, la CE y los Estados miembros cooperan con terceros países y organismos competentes, concluyendo acuerdos según el artículo 228.

No tenemos la intención de profundizar, aquí, la compleja temática de los acuerdos mixtos comunitarios en materia medioambiental⁽²¹⁾. Más bien queremos recalcar la importancia que tiene la acción internacional de la CE para el logro del objetivo del desarrollo sostenible.

No debemos olvidar la responsabilidad particular de la CE en la lucha contra los riesgos globales, mencionados con particular énfasis por el Quinto Programa (clima, capa de ozono, florestas y biodiversidad). Dicha responsabilidad impone que la CE participe activamente en los trabajos de la Comisión para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas y financie, junto a sus Estados miembros, las iniciativas necesarias para dar aplicación a la Agenda 21 y a las Convenciones de Río, conformándose así

19. GRADO, Tendenze evolutive della politica comunitaria dell' ambiente in relazione al quinto programma d'azione, en *Rivista di diritto europeo*, 1995, pp. 1-44.

20. Para las cuestiones vinculada a estos aspectos, Cfr. MARCHISIO, Lo status della CEE quale membro della FAO, en *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pp. 321-350.

21. Con relación a los acuerdos relativos a la protección de la capa de ozono, Cfr. TAMBURELLI, Gli atti internazionali sulla protezione dell'ozono stratosferico e la loro esecuzioni in Italia, en *Rivista di diritto internazionale*, 1994, pp. 675-724.

al Principio 7 de la Declaración de Río, según el cual “los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y reestablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidades que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

El desarrollo sostenible es el desafío de los años 2000.- La Unión Europea y sus Estados miembros tienen, en este sentido, la obligación de concurrir a su realización según el Principio 3 de la Declaración de Río, es decir, permitiendo que el derecho al desarrollo se ejerza de tal manera que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

UNIÓN EUROPEA Y MERCOSUR: PERSPECTIVA JURÍDICO-INSTITUCIONAL Y POLÍTICA

Araceli Mangas Martín(*).

SUMARIO *I.- Comparación jurídica general. II.- Las competencias de sus instituciones. III.- La reforma del sistema institucional en el derecho originario. IV.- Las implicaciones jurídico-institucionales de las reformas. V.- Implicaciones de un proceso de "convergencia" entre esquemas de integración. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

I.- COMPARACIÓN JURÍDICA GENERAL

I.- Las Semejanzas

Las Comunidades Europeas (sobre las que se asienta la Unión Europea -UE-) y el Mercosur participan de los caracteres básicos de las Organizaciones internacionales (en adelante, OI) y se basan en el Derecho Internacional: han sido creadas mediante Tratados internacionales y se rigen por las normas convencionales constitutivas.

Salvo ser formalmente OI, apenas comparten otras semejanzas reales.

(*) Miembro correspondiente de la AADI. Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca y Catedrática Jean Monnet de Derecho Comunitario.

Comparten parcialmente algunos objetivos económicos, pero no se dotan de los mismos medios jurídicos e institucionales. Las dos OI pretenden en sus Tratados constitutivos lograr entre sus Estados miembros la libre circulación de mercancías, es decir una *zona de libre comercio*, y seguir avanzando hacia la *unión aduanera* fijando un arancel exterior común y una política comercial común. Y una tercera meta consistiría en lograr un *mercado común*¹ en el que los factores de producción puedan circular libremente (personas y servicios) y las condiciones de competencia, normas de armonización, etc., estén coordinadas.

Los sistemas institucionales son muy distintos formal y materialmente. Los mimetismos retóricos producen falsas apariencias.

2.- Las Diferencias.

Es muy difícil comparar, casi imposible, el Mercosur con las Comunidades Europeas. No hay términos posibles de comparación institucional dada la insalvable distancia entre la simpleza o la "nada" institucional del Mercosur y la "tela de araña" del sistema institucional europeo.

A) La carencia de una finalidad política

Las tres *Comunidades Europeas* se presentan como un *proceso unitario de integración política* mediante instrumentos económicos. En la UE el mercado común es un medio; en el Mercosur es el fin.

Además, las Comunidades Europeas, que nunca fueron sólo un mercado común, han subordinado siempre el ingreso y la permanencia en las mismas a condiciones políticas: democracia pluralista y respeto a los derechos humanos. Condiciones «superfluas» para una organización económica. El Tratado de Asunción (Mercosur) se firmó en 1991 cuando todavía Paraguay no había celebrado unas elecciones libres, lo que sucedió en mayo de 1993. Esta falta de escrúpulos por la democracia es

¹ Como es bien sabido la unión aduanera y el mercado común se logró plenamente en 1968 entre los Estados miembros fundadores de la CEE (Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia), a los diez años de su creación. Su perfeccionamiento y profundización como un mercado *único e interior* se consolidó en 1992 eliminándose las barreras físicas, técnicas, administrativas y fiscales.

No es posible juzgar los logros de **Mercosur** por su escaso margen de aplicación: fue fundado en 1991 (26 de marzo, en vigor desde noviembre de 1991). Se fijaron un plazo trepidante (1.1.1995) para "conformar" el mercado común (art. 1 del Tratado de Asunción), que por ser irreal no se ha cumplido; desde enero de 1995 ha llegado a ser "una zona de libre comercio semicompleta (el arancel cero comprenderá el 95 % del comercio intra-regional) y como unión aduanera imperfecta (ya que el AEC cubrirá aproximadamente el 85 % de los productos comercializados por el bloque con otros países)" (GRANDI: 11). Lo que importa es que hasta 1995 su empuje ha sido notable y cabe albergar esperanzas sobre la voluntad real de los cuatro países que forman el Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay).

incompatible con las organizaciones políticas europeas, en las que no se concibe la liberalización del mercado sin la liberalización política.

La construcción política europea, a diferencia del Mercosur, apela a muchos participantes, no solo a los Estados miembros, sino también a los pueblos europeos. La integración europea tiene un evidente significado político (asegurar la paz, la libertad y el bienestar) en sus orígenes y en sus objetivos, que no alimentan los procesos de cooperación económica en Iberoamérica. Ello explica el llamamiento de los tres Tratados fundacionales a la participación efectiva y real de los pueblos de esos Estados², ya que estos Tratados institucionalizan derechos soberanos de estos pueblos al contener una cesión parcial de soberanía.

Sin embargo, el Mercosur no tiene esta naturaleza y objetivos políticos.

B) Integración versus cooperación

La falta de carácter político de los procesos americanos se comprende bien: no hay cesión de competencias soberanas en favor de aquellas organizaciones. Las Instituciones de la UE se nutren de poderes soberanos cedidos del poder ejecutivo (Jefe del Estado, del Gobierno), del Legislativo, del poder judicial, de las regiones, de los municipios, etc. Las Comunidades Europeas, que forman el pilar "central" y robusto de la UE, son organizaciones verdadera y realmente de integración³. En la UE hay una renuncia a ejercer determinados derechos soberanos y se transfiere a un tercer sujeto (las Instituciones de la UE) su ejercicio: hay renuncia translativa.

Ya he señalado que el Mercosur es una organización internacional clásica que en nada se distingue de los centenares de organizaciones de cooperación que han existido y existen desde el siglo XIX. No debe confundirnos, ni mucho menos engañarnos, la utilización -conceptualmente incorrecta y abusiva- por la doctrina y los políticos de los países del Mercosur de términos tales como "integración"³, o derecho "comunitario" para su digno, respetable y pleno de éxito proyecto asociativo internacional clásico de cooperación intergubernamental. La fraseología no puede cambiar ni disimular la realidad. Ni la doctrina científica europea ni la americana ha calificado a la EFTA como organización de integración ni hablaron de un derecho comunitario; tampoco lo hicieron sus dirigentes y lo mismo ha sucedido en relación con uniones aduaneras existentes en Europa (Suiza-Liechtenstein). En el Mercosur a lo sumo hay una renuncia a ejercer individualmente ciertos derechos soberanos, es

2. De ahí, que en el sistema institucional comunitario se hayan reservado -a diferencia de las organizaciones internacionales clásicas de cooperación- algunas Instituciones y órganos para asegurar la presencia efectiva y no meramente decorativa, de esos pueblos en la conducción del proceso: éste es el sentido del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones.

3. Sobre las diferencias entre integración y cooperación, ver JACQUÉ: 21-28.

decir, hay renuncia abdicativa sin trasladar a un tercero las competencias ejerciéndose con plenitud la soberanía en el seno del Mercosur. La autolimitación sufrida es la propia de todo tratado internacional clásico.

C) *La carencia de autonomía institucional, financiera y legal.*

Otra diferencia original importante es que las organizaciones internacionales clásicas, como lo es el *Mercosur*, están dotadas de órganos decisorios en las que sólo están representados los Estados, y en los que sólo cabe la representación del interés del Estado, la razón de Estado. El *Mercosur* es descarnadamente intergubernamental⁴: si analizamos su aparente "estructura" en profundidad, sin dejarnos llevar por el nominalismo, se concluye que sólo hay la omnipresencia de los intereses nacionales de los Estados miembros mismos en cuatro órganos (o un solo órgano intergubernamental con cuatro niveles): Consejo del Mercado Común (CMC), compuesto por los ministros; Grupo Mercado Común (GMC), compuesto por los delegados de los ministros; Comisión del Comercio del Mercosur⁵ (CCM), compuesto también por delegados de los gobiernos; la secretaría administrativa -con funcionarios nacionales-. El Protocolo de Ouro Preto⁶ ha perennizado su estructura transitoria.

Pero en la Unión Europea, de sus cinco Instituciones⁷, cuatro de ellas (Comisión, PE, TJCE y Tribunal de Cuentas) *no* representan intereses de Estados, sino intereses distintos a los nacionales: el interés general o el interés comunitario. Y

4 Para Moura Ramos las diferencias entre la UE y el Mercosur son profundas, precisamente por la fidelidad del Mercosur al clásico modelo de la intergubernamentalidad o de cooperación, por el "conservadurismo" de las soluciones adoptadas y la poca elaboración de su sistema de fuentes (1994: 107 y 110).

5 La tercera "institución" del Mercosur, la Comisión de Comercio del Mercosur equivale al órgano auxiliar técnico "Comité del art. 113" encargado de dar su opinión sobre las propuestas normativas que elabora la Comisión europea y que aprueba el Consejo por mayoría cualificada en materia de política comercial.

6 El Protocolo de Ouro Preto, que completa el Tratado de Asunción constitutivo del Mercosur, fue firmado el 17 de diciembre de 1994.

7 Si, además, tomamos como referencia los órganos llamados auxiliares o secundarios (el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones), éstos tampoco representan intereses estatales o gubernamentales. Aunque los consejeros del CES y del CdR son *formalmente* propuestos al Consejo de la UE por los Gobiernos, son las centrales sindicales y patronales y los grupos de interés los que deciden qué personas les representarán en el CES; a su vez, cada Región (o *land*) propone su representante en el CdR y las asociaciones de municipios y provincias proponen un cupo de representantes en el CdR.

Si bien estos órganos auxiliares de la UE no tienen capacidad normativa, deben ser oídos por el Consejo (y el PE) y la Comisión antes de adoptar las normas jurídicas: esa consulta es obligatoria en numerosos casos so pena de nulidad *ipso iure* del acto adoptado sin la previa consulta. Pueden emitir dictámenes por propia iniciativa.

Obsérvense, pues, las diferencias diametrales entre estos órganos auxiliares de la UE y el Foro consultivo Económico-Social del Mercosur (art. 28 a 30 del Protocolo de Ouro Preto).

se les garantiza la independencia de sus miembros para que sólo puedan defender intereses comunes. Examinemos, aunque sea someramente, y comparemos los esquemas con el Mercosur.

La Comisión de la UE es el órgano independiente de los Estados miembros, con la obligación -que no facultad- de pensar y hacer proyectos normativos (por mayoría absoluta) en cuasi monopolio⁸. Aunque sus 20 miembros son propuestos por los Gobiernos nacionales, después ya no pueden ser removidos de sus cargos más que por el Parlamento Europeo (PE) o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). En el Mercosur no existe un órgano de este calado.

El Tribunal de Justicia representa el interés social en el respeto del Derecho: no defienden intereses nacionales. Un órgano así tampoco existe en el Mercosur.

El Parlamento Europeo tampoco representa intereses nacionales. En la UE los diputados del PE son elegidos por sufragio universal directo y representan los intereses de sus electores y se organizan, no por nacionalidades, sino por ideologías. El PE tiene competencias de participación normativa, menos de las que quisiera, pero infinitamente superiores a la Comisión Parlamentaria Conjunta, pues carecen de toda competencia salvo la meramente deliberativa (Ver apartado II.6.A).

La cuarta Institución de la UE que tampoco representa intereses nacionales es el Tribunal de Cuentas, encargado de velar, desde la independencia (art. 188 A-188C TCE), por la legalidad y la regularidad de los ingresos y gastos, habida cuenta la autonomía financiera de la UE (tiene sus propios recursos).

Como no hay autonomía presupuestaria en el Mercosur, tampoco hay Tribunal de Cuentas. En la UE los ingresos que se obtienen de la unión aduanera, la política agrícola común, del mercado común y de la armonización fiscal (el 1.27 del IVA, más un pequeño porcentaje del PNB) se ingresa por cada Estado miembro en las arcas de la Comisión. Cómo se gasta es una decisión compartida entre la Comisión (hace el proyecto), el Consejo y el PE (que deciden en un procedimiento bifásico por mayoría cualificada y por mayoría absoluta)⁹. Y a todos les controla el Tribunal de Cuentas. En el Mercosur no hay financiación autónoma porque no hay recursos propios, lo que es inconcebible en una verdadera unión aduanera.

8 Hay menos de una decena -entre cientos- de casos en los que no se precisa su propuesta normativa, que se ejerce por el PE o el propio Consejo.

9 El PE puede rechazar (es decir, vetar, y lo ha vetado en varias ocasiones) el presupuesto aprobado por el Consejo (mayoría cualificada) o, alternativamente, aprobarlo o presentar enmiendas (art. 203 del Tratado de la Comunidad Europea, TCE), con la posibilidad de tener la última palabra -lo que hace siempre desde 1978- en una parte aproximada al 40% del presupuesto (los Gastos No Obligatorios): el PE decide en qué se gasta y cuanto se gasta en política social, en política regional, I+D, política industrial, comunicaciones, infraestructuras, etc.

En la UE sólo una Institución (el Consejo) y un órgano auxiliar (el Comité de representantes Permanentes de los Estados miembros, COREPER) representan intereses nacionales, el interés de cada Estado miembro y sólo allí se confrontan intereses nacionales¹⁰. Pero se decide en la inmensa mayoría de las ocasiones por mayoría cualificada (equivalente al 71 %) según un voto ponderado.

Por lo que se refiere al *marco legal* hay grandes diferencias: es muy complejo y técnico el sistema jurídico de la UE. Las Instituciones adoptan, además, reglamentos, decisiones y directivas por mayoría absoluta en la Comisión (11 sobre 20) y mayoría cualificada en el Consejo en innumerables ocasiones. El reglamento (especialmente el de base) tiene por características una gran semejanza con la ley en el orden interno (norma abstracta y de carácter general). La directiva es un instrumento de armonización que exige el desarrollo de las opciones, umbrales o techos que regule (es una ley marco en un sistema federal). Y la decisión dirigida a las empresas es una suerte de acto administrativo; si se dirige a los Estados miembros es similar a un reglamento. Gozan de efecto directo sobre los particulares (invocables en las relaciones verticales y horizontales) todas las normas claras, precisas y que no dejen márgenes de apreciación o esté sujetas a condición. Todas ellas gozan de primacía sobre cualquier norma del derecho interno. Su incumplimiento genera responsabilidad patrimonial para el Estado miembro infractor. La autonomía del ordenamiento de la UE se completa con la competencia exclusiva del TJCE y TPI para declarar la nulidad e interpretar estas normas.

En el *Mercosur* sólo se habla de decisiones y de su obligatoriedad "para los Estados"; no generan efecto directo ni se imponen sobre el derecho interno, hasta el punto de que es una ironía declarar que son obligatorias las decisiones del Consejo, del Grupo y de la Comisión de Comercio (art. 42 y 2 del Protocolo) y luego reconocer que no entrarán en vigor hasta que en todos y cada uno de los Estados, individualmente, no se hayan adoptado las medidas internas para asegurar su cumplimiento (arts. 38 y 40). No se puede hablar de un derecho común o comunitario como tampoco respecto de las Decisiones -obligatorias- del Consejo de Seguridad de las NU.

II.- LAS COMPETENCIAS DE SUS INSTITUCIONES.

1.- Caracteres generales de las competencias.

Los Estados atribuyen determinadas competencias a las instituciones de las organizaciones internacionales que crean en relación con las funciones que se asignan directamente y deben realizar por sí mismas las OI, en cuanto tales, y con autonomía respecto de sus Estados miembros.

¹⁰ Los intereses del conjunto del Estado en un asunto que compete a las regiones podrán estar representados en el Consejo de la UE por las autoridades regionales, en vez del Gobierno central.

Por ello, si los Estados se comprometen por sí mismos a realizar los objetivos de la OI, como es el caso del *Mercosur*, no hay atribución de competencias normativas propiamente dichas. Los Estados miembros del Mercosur se ponen de acuerdo en su seno para regular materias de interés común, pero sobre las que retienen en plenitud su soberanía. Más que renunciar a ejercer sus competencias soberanas en los ámbitos del Tratado de Asunción lo que han acordado es ejercerlas concertadamente¹¹.

En la UE las competencias atribuidas son competencias nacionales (de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial) que pasan a ser ejercidas por las Instituciones creadas; en otros supuestos, tales competencias son creadas *ex novo* por los Estados para ser ejercidas por las Instituciones (p.e., armonización de legislaciones, art. 3 h) y 100 TCE) o bien los Estados aceptan perder competencias soberanas (p.e., prohibición de aranceles entre los Estados miembros y medidas de efecto equivalente), que no son transferidas a las Instituciones, pero se atribuye a las Instituciones el control¹² sobre tales prohibiciones que se autoimponen los Estados.

Igualmente, en la UE, pero no así en el MERCOSUR, los Estados miembros han creado nuevos derechos para sus ciudadanos y han dotado *ex novo* a las Instituciones europeas de competencias normativas para desarrollar y regular tales derechos. Los jueces nacionales y el TJCE se ven confiar la tutela judicial de esos derechos nuevos.

En el *Mercosur*, la competencia normativa está distribuida de forma muy simple y por ello resulta imposible hablar de un "proceso" normativo. Este es tan simple como su rudimentario "esqueleto" orgánico. El Grupo Mercado Común (nivel técnico) que representa los mismos intereses que el Consejo (CMC), intereses

11 Recuerda a las categorías de la UE que dan lugar a acuerdos internacionales en forma simplificada entre los Estados miembros: las Decisiones de los representantes de los Estados miembros se refieren a materias vinculadas objetivamente al Tratado ejerciéndose conjuntamente un derecho reconocido aisladamente a cada Estado.

12 La competencia de control en la UE es una verdadera competencia transferida a órganos, a su vez verdaderamente, independientes de los eventuales infractores: la Comisión y el TJCE. En el *Mercosur* esa competencia de control se residencia en el órgano que representa a los Estados mismos (en el Consejo del Mercado Común y en sus delegados ejecutivos del Grupo Mercado Común) y que tiene el poder de decisión, de veto y de control: irónicamente, controlador y controlado son la misma institución, luego no hay control ni atribución de tal competencia. Por ello, no basta leer superficialmente los Tratados constitutivos: estos Tratados coinciden aparentemente al decir que, tanto en el Mercosur como en la UE, las instituciones velarán por el cumplimiento de los Tratados y del derecho derivado (art. 155 TCE, 81 del Tratado de Asunción). Su naturaleza es radicalmente distinta en la UE y en el Mercosur. Además, hay que ver si se les dan los medios para hacer efectiva esa competencia (demanda por incumplimiento, art. 169 TCE) y si realmente son capaces de utilizarla. Incluso, la Comisión europea tiene poder para sancionar directamente a las empresas (multas, anular acuerdos, imponerles conductas, etc.), poder del que carecen las instituciones del Mercosur.

nacionales, y son los delegados de los ministros, tienen la iniciativa (art. 10 a 15 del Protocolo); luego, la iniciativa la tienen los Estados miembros mismos, lo que repugnaría al espíritu común que inicia y preside el proceso europeo.

2.- *La competencia de atribución.*

Posiblemente, la única característica común, desde el punto de vista competencial, es la lógica consecuencia de la naturaleza jurídico-formal común: las dos son OI y sus competencias son de atribución. La competencia de atribución significa que los poderes atribuidos a las instituciones deben ser ejercidos en los límites y condiciones impuestos por los tratados; deben actuar en el marco de los tratados, de modo que no pueden invadir competencias de los Estados, de las que aún no se hayan desprendido (art. 3 B, párr. primero, TCE).

La competencia comunitaria europea es una competencia delimitada y expresa, pues los Estados miembros obviamente no se han desprendido de todas las competencias necesarias para lograr sus ambiciosos objetivos (los Preámbulos, art. B del TUE, los arts. 2 TCECA, 2 TCE y 1 EURATOM); pero se asegura la transparencia y el respeto democrático al precisar, en cada caso, *quién tiene que hacer qué, cómo y cuándo*.

Ciertamente, el *Tratado de Asunción* reproduce (art. 1) *grosso modo* los objetivos de la UE ligados al mercado común, pero no otorga competencias concretas; así pues, en el Mercosur la competencia está vagamente delimitada en lo material (mercado común), pero es difusa o abstracta, pues al Consejo (CMC) "incumbe...la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos" (art. 3 Protocolo de Ouro Preto), sin que se vuelva a precisar qué es lo que realmente *puede y debe hacer* en cada supuesto, con qué efectos jurídicos, qué medios jurídicos de control y de defensa judicial se cuenta por parte de los Estados miembros o de los particulares, etc. Ahora bien, hay también una distancia enorme entre la forma de definirse esa competencia: la forma prolija, casi "puntillista" en la integración europea¹³.

13 En efecto, en las Comunidades Europeas los poderes vienen especificados en las disposiciones materiales, de forma que, caso por caso, se enuncia el alcance, las condiciones y las modalidades de ejercicio de la competencia comunitaria: se concreta expresamente el objetivo, los medios, los plazos, la institución competente para iniciar su utilización, las instituciones u órganos que darán su opinión o que podrán enmendar, qué institución decidirá, cómo votará en función de si se separa de la propuesta, en función del tipo de intervención del Parlamento Europeo, etc. Con carácter general deberán ejercer la competencia de atribución conforme al principio de proporcionalidad (párr. 3 del art. 3 B TCE), al principio de economía de medios (art. 5 Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y de Acero, TCECA) y al principio de subsidiariedad.

3.- Competencias implícitas y competencias evolutivas.

En virtud de la doctrina de los poderes implícitos se admite que una OI posee no sólo las competencias expresamente atribuidas sino que puede disponer de las competencias que sean necesarias, incluso nuevas, para la realización de los objetivos fijados por el Tratado constitutivo o sean esenciales al ejercicio de las funciones asignadas a la OI.

Pues bien, la juventud del *Mercosur* no ha hecho necesario acudir a esta clásica teoría de los *implied powers*, que tanto juego dio en el sistema federal americano y, después, en el TIJ de Naciones Unidas. El hecho de que carezca de órgano judicial permite prever que tampoco en el futuro el *Mercosur* pueda acrecer sus competencias por esa vía.

El sistema competencial de la *UE* ha hecho un uso casi inapreciable, de esta válvula de escape que permite corregir la rigidez del sistema de competencias funcionales propio de las OI. Pero las razones son diametralmente distintas a las del *Mercosur*: en primer lugar, el orden jurídico comunitario dispone de la vía correctora del art. 235 TCE¹⁴ ("cláusula de imprevisión") para colmar la distancia entre los limitados poderes expresos y los ambiciosos propósitos de las organizaciones comunitarias. En segundo lugar, la obligación del Tribunal de contribuir a hacer progresar la integración europea ha permitido el desarrollo de unos criterios de interpretación (*efecto útil y efecto necesario*) que llevan a resultados más amplios y profundos en cuanto a la ampliación de la competencia comunitaria que la propia doctrina de los poderes implícitos.

Luego, la competencia comunitaria tiene una *vis expansiva* casi indefinida por medio del art. 235 TCE y los criterios de interpretación del Tribunal, hasta el punto de concitar en los últimos años la preocupación de algunos Estados miembros (Dinamarca) y sectores de la doctrina alemana; por otra parte, esa *vis expansiva* llega

14 Art. 235 TCE: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

Este precepto cumple una misión esencial en un proceso dinámico y evolutivo y permite alcanzar los objetivos, fuera de toda retórica, aún cuando no se hayan previsto o resulten insuficientes los poderes normativos atribuidos a las instituciones: se pueden aumentar los ámbitos materiales y competencias sin tener que acudir a una revisión formal de los Tratados. Así, en el pasado este artículo permitió adoptar una política industrial, energética, de I+D, medio ambiente, regional, protección de consumidores, ciertos instrumentos financieros, etc. que no habían sido previstas en los Tratados; hoy, después de varias reformas han "constitucionalizado" expresamente en los Tratados tales competencias. Y se sigue y se seguirá utilizando porque los problemas y las necesidades sociales siempre van por delante de las previsiones jurídicas y no pueden detenerse por la rigidez de los Tratados.

a ser exorbitante por la utilización de, además, los arts. 100 y 100 A del TCE sobre armonización de legislaciones, los cuales no tienen prácticamente límite en cuanto a las materias susceptibles de ser objeto de normas marco comunitarias ("la construcción del mercado interior").

En definitiva, la competencia comunitaria se ha ido extendiendo como una mancha de aceite impulsada por la progresividad del sistema (las sucesivas reformas), por los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia (sistemático, teleológico, efecto útil y efecto necesario) y por la utilización del art. 235 TCE (extensión de la competencia en caso de ausencia o insuficiencia de poderes para la consecución de objetivos previstos). Claro que, por éstas, y otras muchas razones, la integración europea no se ha estancado.

4.- La cooperación leal de los estados miembros y la irreversibilidad de la competencia.

Las competencias otorgadas a las Instituciones de la UE son un hecho definitivo e irreversible¹⁵: los Estados miembros han constituido «...una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias...», por lo que la transferencia efectuada por los Estados «implica, pues, una limitación definitiva de sus derechos soberanos...» (STJCE, 15.7.1964, *Costa c. ENEL*). Los Tratados europeos no prevén la posibilidad de la denuncia (aunque en una situación límite, *de facto* y *de iure* no se pueda impedir la retirada de un Estado miembro). Y ni tan siquiera con justificación constitucional un Estado puede impedir o evitar el cumplimiento de una norma originaria -ya ratificada- o derivada.

El Tratado de Asunción prevé la posibilidad de su denuncia. Y, por lo que se refiere a la "recuperación" de las competencias es inconcebible en la UE: la Comisión europea inicia cada año entre 1.000 y 1.200 expedientes por infracción (pre-contencioso, que terminan con éxito en muchos casos) y presenta una media de 50 demandas judiciales a los Estados miembros (procedimiento por incumplimiento del art. 169 TCE), ya sea por inacción normativa, ya sea por una acción normativa ilícita en ámbitos de competencia de la UE.

Que las transferencias de competencia normativa son irreversibles se confirma también por el hecho de que en la UE los Estados miembros se comprometen a

15 La atribución de competencias a las CE por los Estados miembros conlleva necesariamente la desposesión de los poderes de los Estados miembros en esos ámbitos. Por ello, una medida nacional o colectiva que pudiera adoptarse por los Estados en los ámbitos transferidos a la Comunidad no es admisible, salvo que exista una habilitación específica de la Comunidad (STJCE, 14.12.1971, *Comisión c. Francia*). No cabe, pues, una devolución de las competencias de la UE a los Estados miembros ni una recuperación por parte de éstos. La "impunidad pactada" del sistema andino, por ejemplo, es inimaginable en la UE.

cumplir las obligaciones *sin condición de reciprocidad*. Simplemente, no es serio ni leal en un sistema de integración condicionar el cumplimiento propio al de los demás. Por ello, la *cláusula de lealtad comunitaria* exige el cumplimiento a cada Estado miembro, individualmente, independientemente de la conducta de los otros Estados miembros (art. 5 TCE, piedra clave de la arquitectura comunitaria). La paridad y la reciprocidad son extrañas en un sistema de integración; esta alegación se excluye en la UE y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha rechazado los argumentos basados en ese principio del Derecho Internacional clásico cuando un Estado ha querido excusar su infracción en otra cometida previamente por otro Estado miembro (sentencias del TJCE, 13.11.1964, *Comisión c. Luxemburgo*; 25.9.1979, *Comisión c. Francia*; 14.2.1984, *Comisión c. Alemania*).

Como el *Mercosur* es realmente una organización de cooperación intergubernamental proclama, de forma consecuente a su naturaleza jurídico-política real, que se funda "en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes"¹⁶ (art. 2 del Tratado de Asunción).

En definitiva, los Estados miembros se han comprometido expresamente, mediante la *cláusula de lealtad* del art. 5 TCE, 86 TCECA y 192 TCEEA a no adoptar medidas, de cualquier clase, que puedan poner en peligro la realización de los fines de tales Tratados y, por consiguiente, se comprometen a asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho originario y derivado. El respeto leal a la competencia normativa y la imposibilidad jurídica de la "marcha atrás" respecto de la transferencia es otro distintivo de la UE.

5.- Competencias exclusivas.

Independientemente de que la competencia comunitaria se ejerza o no, la UE goza de competencias exclusivas¹⁷ en determinados sectores, además de importantes

16 Obsérvese que en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto nunca se habla de "Estados miembros" (término técnico-jurídico para designar colectivamente a los Estados que forman una OI), sino de "Estados Partes", término técnico-jurídico que se reserva a los Estados que suscriben un tratado internacional cualquiera. Quizá sólo sea un defecto, entre varios, de la pobreza de la técnica jurídica del Mercosur. Al fin y al cabo, en política y en economía, lo que importan son los resultados.

17 Así, es competencia exclusiva de la UE la adopción de todas las medidas encaminadas a la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancía, personas y capitales; en definitiva, la conservación del mercado interior y su perfeccionamiento ya no es competencia soberana de los Estados miembros de la UE.

En coherencia con la unión aduanera lograda efectivamente en 1968 en la UE, la política comercial común, regulada en el art. 113 TCE, es competencia exclusiva de la Comunidad, como lo confirmó el *Dictamen* 1-75 de 11.11.75 (*política comercial*) y la sentencia *Donckerwolcke* (STJCE, 15.12.1976).

competencias compartidas con los Estados miembros en innumerables sectores concretados en los Tratados. Esa competencia exclusiva, al derivar de disposiciones de los tratados, excluye una competencia de los Estados miembros paralela a la de la Comunidad, tanto en el orden comunitario como en el orden internacional (TJCE, *Dictamen 1/75*, de 11.11.1975 y *Dictamen 2/91* de 19.3.1993 -sobre la OIT-). El Tribunal ha añadido que el carácter exclusivo o no de la competencia comunitaria «puede depender de la amplitud de medidas que han sido adoptadas por las Instituciones comunitarias para aplicar estas disposiciones y que pueden privar a los Estados miembros de una competencia que podían ejercer anteriormente con carácter transitorio» (*Dictamen 2-91*, fund. 9).

El *Mercosur* no atribuye competencias exclusivas. Sólo identifica el objetivo final en el art. 1 al describir lo “implica” el Mercado Común.

6.- *El principio de autonomía de la competencia.*

En efecto, las competencias de una organización internacional son autónomas cuando sus Instituciones y órganos auxiliares forman su voluntad con independencia de sus Estados miembros (A) o con una participación sólo relativa de los Estados miembros (B). Analicemos las dos modalidades de competencia autónoma normativa y luego la jurisdiccional (C).

A) COMPETENCIA AUTÓNOMA NORMATIVA SIN PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Las Instituciones de la *UE* ejercen sus competencias normativas en el marco de un proceso complejo en el que no siempre están representados los Estados miembros como tales (por ejemplo, en la Comisión, en el Parlamento Europeo) y en el que participan con diferente peso.

En la *UE* la Comisión tiene competencia normativa *autónoma*: en el sentido histórico más genuino, es una *alta autoridad* por encima de los Estados miembros. El Tratado CECA confiere a la Comisión la casi totalidad del poder *legislativo y ejecutivo* para la regulación de los ámbitos del carbón y del acero. Este poder de decisión autónomo no se adultera por tener que recabar, en algunas ocasiones, la opinión del Comité Consultivo, órgano de representación socio-económica, y, en otras, la del Consejo (la institución que representa a los Estados miembros). En los Tratados CE y TCEEA/Euratom, el poder de decisión *autónomo* de la Comisión puede ser propio, es decir, atribuido directamente por los Tratados, o bien por atribución del Consejo. El poder de decisión *propio* es un poder de naturaleza *ejecutiva o reglamentaria*. La Comisión, en los ámbitos CE y CEEA, se presenta con una clara vocación de «administración» o “gobierno”

que asume la gestión¹⁸ de las Comunidades. La Comisión, como gestora de la Comunidad y guardiana de los Tratados, adopta actos de naturaleza reglamentaria y administrativa de alcance general y de alcance individual.

Pero su labor fundamental no es tanto decidir ni ejecutar como pensar, analizar, proyectar y proponer las normas legislativas y ejecutivas, que después adoptará el Consejo, en algunos casos, o el Consejo y el Parlamento Europeo en otros.

También en materia de política agrícola común se observa una competencia comunitaria exclusiva conjugada, ciertamente, con una competencia subordinada y complementaria de los Estados miembros. Está firmemente asentado que en los sectores regulados por una organización común de mercado los Estados miembros no pueden adoptar medidas unilaterales susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario. Por tanto, pueden adoptar medidas nacionales indispensables para su aplicación o las expresamente previstas en las normas comunitarias.

Igualmente, los Tratados de la UE han atribuido a sus Instituciones la competencia exclusiva sobre los elementos *esenciales* de la política de transportes en todas sus modalidades.

La política común de pesca es también competencia exclusiva de la Comunidad. Refiriéndose a las medidas de conservación de los recursos pesqueros el Tribunal ha afirmado la competencia plena y definitiva de la Comunidad (TJCE, sentencia de 5.5.1981, *Comisión c. Reino Unido*).

De los art. 105 (en especial 105 A) a 109 MTCE se deduce que la política monetaria y el control único de cambios será competencia exclusiva de la Comunidad Europea, a más tardar en 1999, y afectará a todos aquellos Estados miembros que en esa fecha reúnan las condiciones o criterios de convergencia establecidos en el TCE y en el Protocolo sobre el art. 109 J.

18. Así, -- la Comisión tiene poder reglamentario para establecer la condiciones de estancia de los trabajadores que, después de haber ocupado un empleo deseen permanecer en el territorio de un Estado miembro (art. 48.3 TCE).

-- También está encargada de gestionar importantes sectores de la actuación comunitaria a través de la administración de los fondos estructurales, como es el caso del Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA), el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), el Fondo de Cohesión, etc., si bien está asistida por diversos comités intergubernamentales.

-- Se le confía el poder de ejecución del presupuesto comunitario (art. 205 TCE). Son decisiones que entrañan la utilización de créditos presupuestarios.

-- Durante los períodos transitorios (el inicial hasta el 1-7-1968 y cada vez que tiene lugar una nueva ampliación) la Comisión puede intervenir sobre el ritmo y las modalidades de realización de la Unión Aduanera (arts. 10.2, 13, 14, 15, 17, 26, 33 TCE) y autorizar medidas de protección para el Estado lesionado por prácticas de *dumping* (art. 91.1 TCE).

-- Goza de un conjunto de poderes de alcance individual sobre los Estados miembros: autoriza o anula los contingentes arancelarios, art. 25.2; fija tasas compensatorias para productos agrarios bajo organizaciones nacionales de mercado, cuando afecten a productos similares de otro Estado miembro, art. 46; decide medidas para suprimir discriminaciones en materia de transportes, art. 79.4; autoriza las tarifas de transportes que tengan carácter de apoyo, art. 80; puede dirigir directivas o decisiones en materia de empresas públicas, art. 90.3; puede suprimir o modificar ayudas concedidas por los Estados a las empresas, art. 93.2; puede dirigir directivas a los Estados miembros en materia de impuestos sobre el volumen de negocios, art. 97.

En efecto, la clave del éxito de la integración comunitaria fue dotar a la Comisión de la *competencia exclusiva de la elaboración de las propuestas normativas* ("cuasi-monopolio" de la iniciativa normativa).

La Comisión destaca también por ser un poder moderador entre los Estados miembros y en las relaciones entre el Consejo y el Parlamento Europeo. Tienen un mandato por 5 años para que puedan desarrollar con seriedad y credibilidad sus competencias, tienen legitimidad democrática pues necesitan la confianza del PE por mayoría absoluta (con previas *hearings* como en el Senado de EE.UU.) y asumen responsabilidad política ante el PE (posible moción de censura)¹⁹.

En el *Mercosur* no hay un órgano como la Comisión.

Además en la *UE*, el Parlamento Europeo dispone también en diferente medida de cierta competencia normativa *autónoma*. El Parlamento Europeo representa a los pueblos (arts. 137-144 TCE): es la institución dotada de una legitimidad democrática o popular *directa*, de la que carecen las organizaciones americanas; ya señalé que las Comunidades Europeas son una Comunidad de Pueblos.

El PE tiene importantes y decisivas competencias en materia presupuestaria (ver apartado I.2.C); tiene derecho de autorización (es decir, de veto o no permitir la conclusión) en materia de acuerdos internacionales (art. 228 TCE): convenios de asociación, o con regímenes institucionales, o con implicaciones financieras, y los acuerdos que supongan modificación de normas codecidas por el Consejo y por el PE (y ha utilizado su derecho de veto en varias ocasiones). Y debe ser consultado en relación con todos los demás acuerdos internacionales en virtud de muy diversos mecanismos.

Pero el Parlamento Europeo se ha mostrado siempre muy insatisfecho con sus poderes legislativos: ha sido impaciente, combativo y tenaz. Y, finalmente, el PE ha ido arrancando significativos poderes al Consejo: 1) desde la reforma del Acta Única Europea de 1986 se introdujo el procedimiento de cooperación (art. 189 C TCE) que le permite aprobar, enmendar (sin poder de "última palabra") o rechazar en diversas materias²⁰; 2) desde la reforma del Tratado de la Unión Europea se ha establecido el

19 Al ser la Comisión depositaria de tan importantes poderes de iniciativa y de decisión normativas los Tratados prevén diversos mecanismos de control político por el PE: interpelaciones orales y escritas, debate anual sobre la actividad general de las Comunidades Europeas. Informes y debates sectoriales (agricultura, política social, competencia leal...), y la posibilidad de interponer una moción de censura (que ha sido utilizada en varias ocasiones aunque no ha prosperado).

20 Así, normas sobre no discriminación, transportes, unión económica y monetaria, política social, formación profesional, cohesión económica y social, determinadas normas sobre medio-ambiente, I+D, y cooperación al desarrollo.

procedimiento de codecisión (o del art. 189 B TCE) que supone que en los ámbitos²¹⁾ en que se aplica no cabe una norma si no tiene el acuerdo mayoritario del PE. Otra consecuencia de este enrevesado precepto es la posibilidad de veto o, en su caso, enmendar de acuerdo con el Consejo.

Los Tratados le reconocen también el derecho a emitir un dictamen conforme (o derecho de veto pero sin proponer directamente enmiendas): normas para facilitar la libre circulación y residencia de los ciudadanos independientemente de la actividad económica (art. 8 A del TCE), ley electoral uniforme para las elecciones al PE (con monopolio de la elaboración del proyecto y derecho a dar el visto bueno a las enmiendas del Consejo, art. 138.3 TCE) y adhesión de nuevos Estados miembros (art. O del TUE).

Cualquier parecido formal entre el Parlamento Europeo y la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur ni tan siquiera es pura coincidencia: de nuevo, no hay términos de comparación objetivos y racionales. En definitiva, sólo en la UE hay competencia normativa autónoma.

B) COMPETENCIAS NORMATIVAS CON PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Se trata ahora de analizar las competencias normativas en cuyo ejercicio participan los Estados miembros de una forma relativa. Es decir, no tiene interés jurídico ni político el hecho de que en una OI, como el *Mercosur*, los Estados miembros que la componen tengan la iniciativa normativa y la capacidad de decisión, todo ello por unanimidad o consenso, y que además la entrada en vigor dependa de su incorporación al derecho interno. Posiblemente, los objetivos de un mercado común los consigan tan bien o mejor que otros aparatosos esquemas asociativos, pero no tiene interés científico ni relevancia su estudio institucional como no lo tuvo la EFTA o el GATT o la unión aduanera de Suiza con Liechtenstein: la participación de los Estados miembros es absoluta en toda decisión.

En la UE encontramos, una vez más, el sistema más complejo. Además, la participación de los Estados miembros a través del Consejo es siempre relativa pues la iniciativa normativa no está en sus manos prácticamente nunca ni puede sustituir en caso de inacción al órgano independiente; además, puede verse vetado por el PE en bastantes casos y en la inmensa mayoría de los casos las competencias normativas

21 Así, mercado interior, educación, cultura, salud pública, redes transeuropeas, protección de consumidores, I-D (programa marco plurianual), y medio ambiente (acciones de carácter general, objetivos prioritarios).

las ejerce por mayoría cualificada, pudiendo varios Estados miembros quedar en minoría (cinco de quince). Y, como es bien sabido, a diferencia del *Mercosur* cada Estado tiene un *voto ponderado* en relación con su población -privilegiando a los que tienen menos habitantes-. No se puede negar, pues, que las competencias normativas del Consejo son realmente *autónomas* cuando vota por mayoría, y con un alto grado aún votando por unanimidad debido a competencia de iniciativa de la Comisión y a los poderes del PE.

Esto es así porque el proceso de decisión en la UE es una manifestación más del principio del equilibrio de poderes establecido en los Tratados: toda norma comunitaria es el resultado de un diálogo continuo entre la Comisión y el Consejo y, desde 1986, también con el Parlamento Europeo; Comisión y Consejo no son dos Instituciones paralelas, sino que participan plenamente en el proceso de decisión que no se concibe sin que las dos instituciones cooperen en el marco de sus competencias: sin propuesta de la Comisión no hay decisión del Consejo. Y si el Consejo quiere modificar la propuesta de la Comisión, los Tratados le penalizan pues debe votar por unanimidad (arts. 148 y 189 A TCE). En definitiva, al Consejo le es más fácil adoptar la propuesta de la Comisión que modificarla y sin embargo la Comisión puede modificarla en todo momento para facilitar el logro de la mayoría en el Consejo²². Este sistema de contrapesos, simplemente, no existe en las OI americanas.

En el *Mercosur* se precisa consenso expreso de los Estados para iniciar y aprobar. No se puede decidir en ausencia de un Estado miembro; luego, si un Estado miembro hiciera "silla vacía" tomaría como rehenes a los otros Estados miembros y a la existencia misma de la OI que depende siempre de la voluntad individual de cada Estado miembro. La exigencia del consenso, para toda decisión, impide la abstención en términos jurídicos y generaliza el derecho de veto.

C) COMPETENCIAS AUTÓNOMAS JURISDICCIONALES

Dado que no hay un órgano jurisdiccional en el Mercosur, tampoco cabe análisis comparativo con las precisas competencias de los Tribunales de la UE (Tribunal de

²² A partir de 1986, la práctica del voto por mayoría cualificada se ha hecho más habitual frente al consenso en que degeneró el sistema de votación. A ello contribuyó la reforma del Acta Única y el Reglamento interno del Consejo, que otorga a la Presidencia del Consejo la facultad de poner a votación cualquier propuesta. Además, el procedimiento de cooperación y de codecisión (arts. 189 B y C del TCE) con el Parlamento Europeo para la adopción de numerosas normas hace casi inviable el recurso a los criticados «acuerdos de Luxemburgo».

Otro factor que ha deteriorado el proceso de decisión ha sido la mecánica de la preparación de las decisiones en la infraestructura del Consejo, ya que el método de trabajo del COREPER y de sus grupos de trabajo lleva por inercia a la búsqueda del consenso, pero cuando ese esfuerzo se hace inútil y perjudicial, se vota en el Consejo.

Justicia y Tribunal de Primera Instancia). El Protocolo de Brasilia de 17.12.1991, anexo al Tratado de Asunción, es un sistema clásico al estilo de los órganos técnicos ("paneles") y arbitrajes como los del GATT/OMC, etc.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la misión encomendada al Tribunal de Justicia de la UE²³ es el deber de *contribuir a la realización de las funciones* asignadas a cada Comunidad mediante el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas (art. 4 TCE, 3 TCEEA y 7 TCECA). Luego, su misión en el sistema institucional no se limita a resolver controversias jurídicas sino que debe contribuir a *hacer progresar la unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos*, algo que no es habitual en las instituciones judiciales internacionales; dicha misión no forma parte de la retórica.

El TJCE ha sido consciente de su papel institucional, fundado en esos preceptos, y ha asumido la responsabilidad de contribuir desde sus competencias al proceso de la integración, ya sea remediando las carencias del sistema (paralelismo entre la competencia interna y externa, legitimación del Parlamento Europeo en el recurso de anulación, etc.), ya sea como guardián del ordenamiento. Así, el TJCE supo ver con sagacidad que los Tratados que creaban las Comunidades eran algo más que normas internacionales; su opción por la invocabilidad del Derecho Comunitario ante los órganos internos ha sido una contribución original cuya importancia en la formación de un tejido social europeo, dotado de un patrimonio común, es imponderable. Las libertades fundamentales del mercado común y las políticas comunes, en definitiva, el derecho comunitario hubiera sido un quebradizo espejismo si el TJCE no hubiera afirmado la posibilidad de que cualquier particular podía invocar y exigir el cumplimiento de las normas comunitarias ante otros particulares y ante los órganos administrativos y jurisdiccionales internos. Junto al principio de la eficacia directa, el TJCE ha deducido de los Tratados la primacía absoluta de las normas comunitarias basadas en una atribución irreversible y evolutiva de competencias nacionales.

El TJCE ha hecho prevalecer los objetivos generales frente a los obstáculos coyunturales o las deficiencias del propio sistema de los Tratados o de los sistemas nacionales, llegando a precisar los poderes de los jueces nacionales cuando aplican normas comunitarias: inaplicación de las normas nacionales contrarias (STJCE, 9.3.1978, *Simmenthal*), suspensión cautelar de las mismas (STJCE, 19.6.1990,

23 El TJCE ha sido hasta 1987 la única instancia judicial comunitaria; el Acta Única Europea preveía la creación, como un nuevo órgano agregado al TJCE, del Tribunal de Primera Instancia (TPI). Este fue creado por Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988 (DOCE L 319, 25.11.1988) y es competente para juzgar los litigios entre las Comunidades y sus agentes, los recursos contra una Institución interpuestos por personas físicas o jurídicas (nulidad, omisión y los recursos relativos a la reparación de daños causados por una Institución comunitaria).

Factortame), apertura de vías procesales "inexistentes" para tutelar los derechos derivados de las normas comunitarias (STJCE, 3.12.1992, *Borelli*), declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por actos y omisiones del legislativo (ausencia de leyes de ejecución del Derecho Comunitario) o del ejecutivo en infracción del Derecho Comunitario (STJCE, 19.11.1991, *Francovich*), etc.

En la UE, una vez nombrados los magistrados del TJCE y TPI no pueden ser removidos; si un juez deja de reunir las condiciones requeridas o incumple las obligaciones que se derivan de su cargo, sólo el propio TJCE (jueces y abogados generales, sin la presencia del afectado) podrá relevarle por unanimidad. Esto permite una gran independencia como lo demuestra el hecho de que el TJCE ya ha pronunciado centenares de sentencias constatando las infracciones de los Estados miembros²⁴.

Los recursos ante el TJCE/TPI tienen como finalidad, en unos casos, el control de la legalidad: así, el recurso de anulación (art. 173 TCE), la excepción de ilegalidad (art. 184 TCE), el recurso por omisión (art. 175 TCE), el recurso por responsabilidad de las Comunidades o recurso indemnizatorio (art. 178 y 215 TCE) y la cuestión prejudicial (art. 177 TCE) en apreciación de validez. En otros sirven al control de la uniformidad; el recurso por incumplimiento (art. 169 y 170 TCE) y la cuestión prejudicial (art. 177 TCE) en interpretación. Además, el TJCE tiene competencia consultiva vinculante.

Analicemos la acción de nulidad: de nuevo, no nos quedemos en lo superficial, en la letra de la norma, pues ésta puede ocultarnos la realidad. En la UE la acción se utiliza mucho por los Estados miembros (centenares de casos) para impugnar normas o actos jurídicos del Consejo, de la Comisión o del PE mismo. En la UE la acción de nulidad se utiliza también en bastantes ocasiones *entre* las propias Instituciones: ¿cuántas veces habrá demandado la Comisión europea -órgano verdaderamente independiente- al Consejo?. Sin exagerar, centenares de casos. Ciertamente, el Consejo ha demandado menos veces a la Comisión. Desde luego, en la UE es proverbial el diálogo y la cooperación Comisión-Consejo, pero en materia de respeto a la legalidad no puede haber concesiones *ni* presunciones corteses.

Por su gran importancia, voy a referirme someramente al más importante de los procedimientos ante el TJCE: la cuestión prejudicial. Los art. 41 TCECA, 177 TCE

24 Sin embargo, URIBE afirma que "la acción de incumplimiento ha sido muy poco utilizada en Europa" (1990: 154-155). Es cierto que la facultad de demandarse *entre* los Estados miembros sólo ha sido utilizada en dos ocasiones, pero ya he señalado que la Comisión inicia más de mil expedientes, de los cuales muchos se cierran con éxito en la fase precontenciosa y unos cincuenta terminan en demandas ante el TJCE. Datos elocuentes que aparecen cada año en el Informe General y en el Informe sobre el cumplimiento del Derecho Comunitario: en 1993 se iniciaron 1.209, en 1994 fueron 974 y en 1995 ascendieron a 1.016; se demandó en 89 ocasiones a los Estados ante el TJCE en 1994, en 1995 las demandas fueron 72.

y 150 TCEEA prevén que cuando ante una jurisdicción nacional se plantee una cuestión sobre la interpretación de los Tratados o *sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones*, entonces esa jurisdicción podrá pedir al TJCE que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo²⁵. En la UE los particulares tienen dos vías para atacar la ilegalidad de los actos de las Instituciones: mediante una demanda directa ante el TJCE, la acción de nulidad (art. 173 TCE) y mediante una demanda ante su juez ordinario, si éste utiliza la vía prejudicial (art. 177 TCE).

III.- LA REFORMA DEL SISTEMA INSTITUCIONAL EN EL DERECHO ORIGINARIO

1.- Análisis formal de los mecanismos de modificación.

Los Tratados de la UE establecen el procedimiento de revisión y, por tanto, la forma en que podrán entrar en vigor las nuevas normas convencionales. De un lado, ese procedimiento exige la participación de varias Instituciones: la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental se hace por el Consejo (por mayoría simple, art. N del TUE; antes de la reforma de Maastricht eran los art. 96 CECA, 236 CEE y 204 CEEA/Euratom); son consultados obligatoriamente el Parlamento Europeo y la Comisión (que emiten los correspondientes dictámenes)²⁶.

Aunque las negociaciones deberían desarrollarse en el marco de una Conferencia Intergubernamental (CIG), es bien conocido que tal negociación tiene lugar en el seno del Consejo (y de su infraestructura) y de la Comisión, en contacto muy estrecho con los Gobiernos de los Estados miembros, y que la CIG sólo se reúne finalmente para formalizar el resultado de unas complejas negociaciones. La CIG adopta por unanimidad y autentica el texto del tratado de revisión finalizando así esa primera fase mixta (institucional e intergubernamental). La segunda fase se desarrolla en los Parlamentos nacionales, pues se exige la ratificación por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, combinando, como observa J. Boulouis, las técnicas institucionales con el consensualismo tradicional (1987:18).

25 En el año 1993 fueron planteadas 204 cuestiones prejudiciales y dictadas 128 sentencias en procedimientos prejudiciales; en el año 1994 se plantearon 203 casos y se emitieron 119 sentencias en el marco de este procedimiento; en el año 1995 se plantearon 251 asuntos y se emitieron 110 sentencias prejudiciales.

26 Esta asociación de las Instituciones en la primera fase viene motivado por el hecho de que «un tratado de integración que comporta una estructura institucional desarrollada no puede ser revisado sin asociar a las Instituciones a las cuales incumbe la realización de las tareas confiadas a la Comunidad» (LOUIS, 1980:554).

En el *Mercosur* no se clarifica la revisión; el Protocolo de Ouro Preto de 1994 tan sólo prevé que los Estados miembros pueden convocar una Conferencia Diplomática. Como el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto no dejan dudas sobre el sistema de votación es evidente que todos los Estados miembros del Mercosur deben estar de acuerdo para convocar la Conferencia, es decir, para empezar a negociar la revisión, y que todos tienen que estar de acuerdo en el texto revisado. Sin embargo, sorprende que tanto el Tratado de Asunción (art. 19) como el Protocolo citado (art. 48) sólo precisan de tres ratificaciones para entrar en vigor entre los aceptantes. Sin duda es un contrasentido que para "lo más" (una revisión) se exija "lo menos" (mayoría de 3/4).

Las diferencias están, pues, en el inicio de la reforma y en el método abierto o mixto en la UE; la aceptación final, unanimidad, es igual en las dos OI.

2.- *La dinámica de las reformas: los problemas reales.*

La complejidad del sistema de reforma del Derecho Originario en la UE, con su doble plano comunitario y nacional, no ha sido obstáculo para más de una quincena de reformas "constitucionales" desde la fundación de la primera de las tres Comunidades Europeas (CECA). Además, el principio de progresividad ("Europa no se hará de golpe", en palabras de uno de los *founding fathers*) ha hecho del gradualismo, de las reformas "paso a paso", una de las claves del éxito del proceso europeo. Cada reforma ha tenido como ejes constantes dotar de más eficacia (proceso de decisión ágil disminuyendo los casos en que se exige la unanimidad, atribuyendo más poderes de decisión a la Comisión) y más democracia al sistema institucional (incremento paulatino de los poderes del PE, derechos de los ciudadanos de la UE, más participación del CES, de las regiones y municipios, etc.). El sistema institucional ha sido el centro de *todas* las reformas y evitar su estancamiento ha sido la preocupación de las fuerzas sociales y políticas²⁷.

27 En los últimos años (desde 1987, reforma denominada "Acta Única", de nuevo en 1991-92 al negociarse el TUE y ahora en 1995) se observa una fuerte tensión entre los Estados miembros cada vez que se debate sobre las alternativas de una nueva reforma. Aparecen dos países (Reino Unido y Dinamarca, y probablemente se les unan los otros tres nuevos Estados miembros -Austria, Finlandia y Suecia-) liderando una posición más "estatalista" partidaria de frenar los poderes de las instituciones (menos poderes de la Comisión -incluso su transformación en agencias especializadas-, muchísimos menos poderes del PE, consenso o unanimidad en el Consejo para casi todas las decisiones) y de "renacionalizar" los ámbitos materiales de actuación de las Comunidades Europeas o, al menos, impedir que se extiendan (a la moneda, a la política exterior) o se profundice en los existentes (los derechos fundamentales, la política social). Ciertamente, entre los diez restantes las posiciones "federalistas" no son homogéneas y depende de las fuerzas políticas gobernantes como en el caso de Francia (tíbilmente europeísta desde la elección del Presidente Chirac) y previsiblemente de España. Las fuerzas políticas y sociales de Alemania, Bélgica, Luxemburgo e Italia tienen posiciones más homogéneas y estables en su defensa de la progresión de la UE.

Como la reforma exige la unanimidad en la fase de la negociación intracomunitaria, en todas las reformas ha habido que hacer concesiones y llegar a una transacción. Pero ésta ha tenido formas muy diversas. A veces la concesión era semántica o terminológica para evitar las disputas teológicas: la "vispera" de la cumbre de Maastricht (diciembre de 1991) se eliminaron, para contentar al Reino Unido, los adjetivos "política" de la denominación "Unión Política Europea" y "federal" que figuraba en la definición del primer artículo del Tratado de la Unión Europea; también se eliminó el término "ley" para algunas normas de derecho derivado o el término "proceso de codecisión" por el más ambiguo y oscuro de "procedimiento del art. 189 B". Pero no se admitió cambiar la sustancia que había conducido a esos términos.

Otras concesiones no fueron semánticas: en materia de Unión Económica y Monetaria el Reino Unido se negaba a participar en la última fase (la que se iniciará en 1999 con la moneda única) entonces se llegó a la fórmula de dejarla fuera de la obligación de pasar a la tercera fase automáticamente aunque reúna los criterios de convergencia. Ese país decidirá individualmente si entra (*opting in*) o no en la UEM. La misma opción se le ha dado a Dinamarca. En materia de política social, el Reino Unido sigue vinculado a las normas del Tratado CE (art. 117 a 122) y a las que las desarrollan; pero los otros 14 Estados miembros desean ir más lejos en materia de protección social y están vinculados por un Acuerdo que profundiza en esa materia y que es aplicable en sus relaciones. Los Quince aceptan este régimen diferenciado. No son reservas a los Tratados, pues esos regímenes han sido pactados dentro del Tratado en Protocolos anexos: son expresión de lo que se denomina "*geometría variable*" o popularmente la "*Europa a la carta*". Pero si no se hubiera llegado a esa transacción, al exigirse la unanimidad, el Reino Unido habría impuesto su voluntad y condicionado a los demás Estados miembros. Así pues, *de facto* no caben vetos ni abusos de la unanimidad; el Estado que no desea ir tan lejos se debe apartar del camino y dejar marchar hacia adelante a los demás.

Otra técnica para solucionar los problemas reales en una reforma estriba en hacer concesiones sobre el ritmo para alcanzar los compromisos pactados. La "*Europa de varias velocidades*" es diametralmente distinto a la "*Europa a la carta*": en ésta se escogen los compromisos, en el sistema de varias velocidades no, pues la meta final, es decir, la obligación es idéntica, y lo que se flexibiliza son los ritmos o tiempo necesario para alcanzar el mismo resultado que los demás. Flexibilizar los ritmos a las circunstancias específicas es una técnica muy correcta jurídica y políticamente: se utiliza mucho en las negociaciones de adhesión de un nuevo Estado miembro, en las directivas y en la Unión Económica y Monetaria para todos los Estados miembros que no reúnan los criterios de convergencia ("Estados acogidos a una excepción"). Son situaciones temporales.

Otra de las lecciones que hay que recordar de las dificultades que conlleva una reforma del Derecho Originario fueron los problemas constitucionales. Ciertamente, las Constituciones de los Estados europeos comparten una idea moderna de soberanía como un haz de competencias al servicio de la paz, la democracia y el bienestar de los pueblos, frente a una idea rígida de la soberanía como un valor absoluto al que todo lo demás se subordina, imperante en Iberoamérica. Aunque las Constituciones europeas son muy flexibles a la hora de aceptar atribuciones del ejercicio de la soberanía nacional, ha llegado el momento en que parecen estar al límite ante los avances imparables de la construcción europea. Esto lo demuestra la tortuosa ratificación del Tratado de Maastricht, que exigió previas reformas constitucionales en España y Francia, y dio lugar a otros procesos de constitucionalidad en varios países (así, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12.10.1993).

Hasta lo que he podido conocer de la experiencia americana, he constatado que se han hecho reformas institucionales en el Mercosur aprovechando la confianza generada por sus éxitos. Pero en el *Mercosur* se ha confirmado la falta de confianza de sus Estados miembros en un *entramado institucional*; eran conscientes de que el Tratado de Asunción era demasiado simple y por ello se comprometieron a reflexionar sobre su reforma antes de diciembre de 1994. Seguramente reflexionaron bien y decidieron que había que hacer pocos cambios, pues las competencias del Consejo y del Grupo Mercado Común, toma de decisiones, etc., en esencia no han cambiado en el Protocolo de Ouro Preto. Dieron algo más de precisión y añadieron algún órgano pero dejaron las cosas como estaban y perennizaron el período transitorio. Los Estados miembros del Mercosur confían en sí mismos y no en pesadas y costosas estructuras institucionales.

IV.- LAS IMPLICACIONES JURÍDICO-INSTITUCIONALES DE LAS REFORMAS.

1.- Reformas derivadas de la adhesión de nuevos Estados miembros.

La adhesión de un nuevo Estado miembro en la UE ha necesitado siempre de un "Acta de Adhesión" en la que se incluyen todas las condiciones de admisión²⁸ y las *adaptaciones* que esa admisión supone (art. O del TUE, antiguo art. 237 TCEE). La interpretación más compartida estima que las modificaciones institucionales se deben limitar a las puramente "aritméticas" o cuantitativas: modificar los preceptos

28 El nuevo Estado miembro está obligado a aceptar la totalidad del derecho originario y derivado en vigor a su adhesión ("el acervo comunitario") -art. 2 de todas las Actas de Adhesión-, pero como su impacto jurídico y económico sería fortísimo, lo que se pacta en las Actas es el calendario y las modalidades de aplicación (condiciones de admisión y período transitorio).

respectivos sobre el número de Comisarios, de eurodiputados, de jueces del TJCE, de miembros del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones, acomodar el voto ponderado a su población y cifrar la nueva mayoría cualificada, la aportación al Banco Europeo de Inversiones, etc. Deben ser las adaptaciones directa o indirectamente necesitadas para acoger al nuevo o nuevos Estados miembros. Esta ha sido la práctica general y apenas se pueden aportar datos de reformas institucionales introducidas aprovechando nuevas adhesiones; quizá, el cambio en el orden de la presidencia semestral del Consejo con ocasión de la ampliación a España y Portugal (1.1.1986), y de nuevo con ocasión de la cuarta ampliación a Austria, Finlandia y Suecia (1.1.1995). Pero tenía una relación con el nuevo número de Estados miembros de la UE.

Sin embargo, es muy importante señalar que, con ocasión de la ampliación a España y Portugal, las Comunidades Europeas optaron por la reforma institucional como algo casi paralelo a la ampliación, dando lugar a la adopción del *Acta Única Europea* (febrero de 1986) en la que se rebajaba la unanimidad de numerosas decisiones a la mayoría cualificada, se creaba el procedimiento de cooperación, se perfeccionaba el mercado interior dando más competencias materiales a las instituciones, se regulaba la cooperación política en materia de política exterior, se creaba el Tribunal de Primera Instancia, etc.

La UE está pendiente, tras el hundimiento de los regímenes comunistas del Centro y Este de Europa, de acoger a muchos de estos Estados. Por ello, el Tratado de Maastricht convoca a una reforma²⁹ en 1996 para *preparar* sus estructuras institucionales y poder resistir y sobrevivir a la avalancha: hay que evitar que los Estados miembros que desean la ampliación como los que desean entrar en la UE tengan por objetivo su dilución. Una vez estén aprobadas las reformas institucionales entre 1996-1997, su adhesión solo conllevará las adaptaciones aritméticas. Se evita así que los "recién llegados" a la *casa común* puedan condicionar su arquitectura y distribución. Los candidatos serán los que se adapten al diseño de los viejos socios.

En el *Mercosur* la adhesión de nuevos Estados miembros está regulada con poca nitidez: se hace la solicitud a los Estados Partes, se negocian los términos de la adhesión y la adhesión se aprueba por unanimidad. No se dice que será objeto de un

29 El Tratado de la Unión Europea convoca a examinar su aplicación en 1996 en una serie de materias (ciudadanía, PESC, cooperación en los ámbitos de la Justicia y en los asuntos de Interior, procedimiento de codecisión, jerarquía y denominación de los actos, voto ponderado en el Consejo para hacerlo más democrático, etc.) en 1996. Todas las Instituciones y órganos auxiliares han emitido entre abril y mayo de 1995 sus informes sobre los ámbitos y alternativas de la reforma y la maquinaria de la Conferencia Intergubernamental, iniciada ya el 29 de marzo de 1996 en Turín, se prepara para unas durísimas negociaciones entre Quince cuyo fin es adaptar a la UE para acoger, previsiblemente, a otros Quince Estados que desean adherirse a esta aventura ... que puede morir de éxito...

Acuerdo internacional cuya conclusión se somete a las reglas del derecho constitucional e internacional, pero obviamente es implícito al régimen del art. 20 del Tratado de Asunción. El Protocolo de Ouro Preto lo confirma y añade que la adhesión al Tratado de Asunción conlleva *ipso iure* la aceptación del Protocolo (art. 50). No se regulan las adaptaciones institucionales porque en este esquema de cooperación hay paridad absoluta en la composición de los órganos y todas las decisiones se toman por consenso. Luego, las futuras adhesiones son sencillas desde el punto de vista institucional. Se adoptan indirectamente unas precauciones importantes para evitar contradicciones: no se puede solicitar el ingreso en el Mercosur si se es Parte de otro esquema subregional o extrarregional (art. 20).

Ahora bien, no se oculta que si el Mercosur cosecha grandes éxitos económicos, los candidatos al ingreso pueden ser bastantes Estados y entonces se puede plantear hasta qué punto puede continuar con su elemental esquema orgánico. Mientras sean uno o dos más, quizás tres, su esquema será posiblemente eficaz y suficiente; pero con más de tres nuevos miembros tendrán que reflexionar en su agilización.

2.- Implicaciones derivadas de la conclusión por los Estados miembros de acuerdos bilaterales con Estados No miembros.

En la UE los Estados miembros han perdido la competencia para celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados en las materias objeto de regulación en los Tratados comunitarios y desarrolladas por normas comunes³⁰. Refiriéndose a la competencia externa de la Comunidad, en la sentencia 31.3.1971 AETR y en el Dictamen 1/94 de 15.11.1994 sobre la Organización Mundial del Comercio, el TJCE deduce que los Estados miembros, ya actúen individual o colectivamente, pierden el derecho a contraer obligaciones frente a países terceros a medida que se instauran normas comunes que podrían resultar afectadas por dichas obligaciones. La competencia externa de la Comunidad se convierte en exclusiva en la medida en que se hayan establecido normas comunes en la esfera interna.

En definitiva, los Estados miembros de la UE no pueden suscribir ni han suscrito un acuerdo con terceros Estados³¹ en materias reguladas por la UE. Si lo hicieran sería una infracción perseguible por la Comisión conforme al art. 169 TCE.

30 En materias de competencia compartida (armonización de legislaciones), en las que la competencia comunitaria sería exclusiva en cuanto a las bases de la armonización, el TJCE ha afirmado, en relación con el art. 100 A, que «es indiscutible que, cuando se ha ejercitado la competencia de armonización, las medidas de armonización adoptadas pueden limitar la libertad de los Estados miembros de negociar con países terceros o incluso privarles de ella» (Dictamen 1/94 sobre la OMC).

31 Ni obviamente han suscrito ningún acuerdo comercial entre sí. Esto es simplemente inconcebible e inconsecuente con una unión aduanera.

Antes de su conclusión, el Estado miembro puede solicitar al TJCE un dictamen sobre su competencia y compatibilidad con el Derecho Comunitario (art. 228.6 TCE). En definitiva, no han existido reformas derivadas de acuerdos bilaterales de un Estado miembro con terceros Estados.

El Tratado constitutivo del *Mercosur* preconiza como objetivo del mercado común lograr la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados (art. 1). Además se comprometen a aplicar *concertadamente* normas nacionales (no normas comunes) de defensa comercial (art. 4). Luego, conservan plenamente la competencia para celebrar acuerdos con no miembros en las materias reguladas con el Mercosur, aunque están obligados a respetar las obligaciones contraídas. Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* les deberían disuadir a celebrar tratados incompatibles con Mercosur. Pero el Tratado de Asunción explicita, además, la obligación de los Estados Partes de evitar afectar los objetivos del Mercosur cuando pacten con terceros o los intereses de los demás miembros; habrán de celebrar consultas si negocian esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a formar zonas de libre comercio y extenderán esas ventajas a los demás Estados Partes. Si se celebrasen acuerdos con terceros, entonces la eventual infracción podría suscitar una controversia a resolver conforme al Protocolo de Brasilia, anexo al Tratado de Asunción.

Conviene terminar estas cuestiones planteadas señalando que es bastante sintomático de los débiles compromisos adquiridos en el Mercosur y del carácter de unión aduanera *light* y de *soft law* sus compromisos, el hecho de que cada Estado conserve el *ius contrahendi* en las materias de unión aduanera. La facultad de celebrar acuerdos en materias de la supuesta unión aduanera es simplemente una contradicción en sus propios términos.

CONCLUSIONES

No hay ni puede haber semejanzas reales entre un sistema de *integración* política, económica y social como el europeo con los sistemas de *cooperación* comercial y económica emprendidos en América del Sur.

La inspiración y metodología federal europea es completamente ajena a los dos procesos de estrecha cooperación en Iberoamérica. En la UE se ha ideado un nuevo modelo asociativo internacional que bajo la forma de Organización Internacional integra a pueblos y a Estados mediante una progresiva federalización de funciones. Sólo en la UE hay una *cesión parcial del ejercicio de la soberanía*. La preocupación por la participación de los pueblos en la competencia normativa no aparece plasmada ni institucional ni competencialmente en el *Mercosur*. La organi-

zación americana carece de finalidad política en sí misma. En la UE el mercado común es *un medio*; en el Mercosur es *el fin*.

Las coincidencias verbales o formales entre los objetivos de las dos OI no deben deslumbrar ni engañar a nadie. El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Asunción son radicalmente distintos en su contexto, objetivos, medios y logros reales.

Las competencias son autónomas, amplias y cualitativamente importantes en las *Comunidades Europeas* y se detallan a lo largo de los Tratados, sector por sector, caso por caso, junto a las reglas que deberán tenerse en cuenta. Por el contrario, en el *Mercosur*, la competencia normativa está plenamente controlada por cada Estado y, en consecuencia, no se atribuyen ni se detallan. El *Mercosur* no goza de autonomía competencial, normativa y financiera.

Ahora bien, el hecho de que se observen diferencias radicales, no significa una crítica o reproche; por el contrario, me parece un reto asumido por los Estados miembros del *Mercosur*: confían en sí mismos y no en pesadas y costosas estructuras institucionales. Las estructuras vacías, como las andinas, son un lastre y, de momento, el Mercosur ha entendido la lección. Si perseveran en su voluntad política de concertación, sus logros en materia de unión aduanera y mercado común serán ejemplares: habrán conseguido la "cuadratura del círculo" en materia de cooperación internacional.

La UE no es precisamente un modelo asociativo internacional para otras áreas del mundo ni lo es en sí mismo considerado. Es un sistema que responde a necesidades propias y no se puede transponer. Cada pueblo y cada Estado debe buscar un modelo propio. Los sistemas institucionales son sólo un medio en una organización social y deben ser proporcionados a sus necesidades reales y a sus objetivos.

Posiblemente, los objetivos de un mercado común los consigan en el tiempo tan bien o mejor que otros aparatosos esquemas asociativos, como el de la UE. Pero cierta estructura institucional sólida y autónoma es necesaria para una unión aduanera y para un mercado común si se tiene intención de completar las finalidades de un Tratado como el de Mercosur.

La formación de grandes bloques económicos, finalidad simple y elemental a la que responde el Mercosur, puede dar lugar a la multiplicación de los acuerdos comerciales y económicos entre los distintos grupos de Estados con otros grupos e incluso la convergencia entre OI a fin de lograr la liberalización del comercio internacional y una estable y beneficiosa cooperación económica.

BIBLIOGRAFÍA

BOULOUIS, J.

- 1987 *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, 4^o ed., Paris, 1987.

GRANDI, Jorge

- 1995 "El Mercosur en transición: evaluación y perspectivas", *Meridiano Ceri*, 1, Madrid: 9-13.

JACQUÉ, Jean-Paul

- 1993 "Aspectos institucionales y jurídicos de la integración", *Integración Latinoamericana*, 193, Buenos Aires: 21-28.

LOUIS, Jean Victor

- 1980 "Quelques considérations sur la révision des Traités instituant les Communautés", *Cahiers de Droit Européen*, 5-6, Bruselas: 554.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego

- 1996 *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Ed. McGraw Hill Interamericana.

MANGAS MARTÍN, Araceli

- 1987 *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, 2^a ed., Madrid: Ed. Tecnos.
- 1992 «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», *Gaceta Jurídica de la CE*, D-17, Madrid: 13-62.
- 1993 «Dinamarca y la Unión Europea», *La Ley*, 23 de julio de 1993, Madrid: 1-5.
- 1993 «La dinámica de las revisiones de los Tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: Reflexiones generales críticas», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Libro Homenaje al Profesor Díez de Velasco, 1055-1066, Madrid: Ed. Tecnos.

1993 «La ciudadanía de la Unión Europea» en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, 17-68, Madrid: Defensor del Pueblo y Universidad Carlos III.

1996 *Tratado de la Unión Europea y tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, 5ª ed., Ed. consolidada, Madrid: Ed. Tecnos.

MOURA RAMOS, Rui M.

1994 "Perspectivas institucionais", en *O Mercosul e a Uniao Europeia*, Faculdade de Direito, Coimbra: 103-113.

NAVARRO BATISTA, Nicolás

1995 *Parlamento Europeo y poder normativo en la Unión Europea*, Salamanca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca.

URIBE RESTREPO, Fernando

1990 *El Derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

NO INTERVENCIÓN versus INJERENCIA HUMANITARIA Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Antonio Remiro Brotóns*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Una de las consecuencias inmediatas del principio de soberanía del Estado es el de su *autoorganización*, es decir, el de su derecho a elegir y a llevar adelante libremente un sistema político, económico, social y cultural y, correlativamente, el deber de los demás miembros de la sociedad internacional de respetarlo, no inmiscuyéndose en sus asuntos internos (principio de *no intervención*).

En el Derecho Internacional positivista, insensible en términos generales a la protección de los Derechos Humanos, considerados como una competencia exclusiva del Estado, el énfasis en la libertad para la autoorganización no se puso en el libre albedrío de la población, sino en la prohibición de la injerencia exterior respecto de las fuerzas incondicionalmente liberadas dentro del Estado. El carácter democrático o no de las instituciones era irrelevante, bastaba con que éstas respondieran a un ejercicio efectivo del poder sobre bases autóctonas.

La protección internacional de los Derechos Humanos fundamentales y el principio de la libre determinación de los pueblos han ido socavando en los últimos cincuenta años el planteamiento tradicional. No sólo porque: 1) la violación masiva de tales derechos ha promovido la afirmación de un derecho de *asistencia*-e incluso de *injerencia*-humanitaria susceptible de desembocar en el recurso a la fuerza armada en los supuestos más graves, calificados como amenazas para la paz internacional;

* Miembro correspondiente de la AADI. Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid.

sino también porque: 2) se ha considerado incumbente a la sociedad internacional y a sus miembros la promoción de los valores democráticos.

En su formulación ideal, la autoorganización del Estado se vincularía ahora al ejercicio libre de los derechos de participación política atribuidos a los ciudadanos y la no intervención buscaría proteger a la población de los diferentes Estados de intromisiones en su libertad. En la práctica, sin embargo, la heterogeneidad de intereses y las enormes desigualdades en la distribución del poder pueden conducir a manipulaciones y discriminaciones escandalosas.

Conviene recordar que, a pesar de sus evidentes limitaciones, el principio de *no intervención*, tal como ha sido entendido en el pasado más inmediato, se consagró trabajosamente por la acción de *los más débiles* sobre un fondo histórico de intervenciones de *los más fuertes* que -como veremos- buscaron su justificación en diferentes motivos. En este sentido la afirmación del principio de *no intervención* en los términos más amplios puede calificarse como *progresista*.

Deben, pues, considerarse con cautela las propuestas que debilitan el alcance normativo absoluto del principio de no intervención alegando ambiciosos y muy nobles objetivos. Las excepciones que ahora se promueven deben ir acompañadas necesariamente de una fuerte institucionalización del ejercicio y consecuencias de la calificación de las situaciones contempladas y de la atribución de las correspondientes competencias a Organizaciones y órganos verdaderamente representativos de la sociedad internacional en su conjunto. de no ser así, el proceso se limitará a dar una cobertura retórica a las prácticas más miserables del tiempo pasado.

II. NO INTERVENCIÓN v. INJERENCIA HUMANITARIA

El individuo, los grupos que componen la población del Estado, han dejado de tener una consideración puramente patrimonial. El trato que reciben ya no es un asunto estrictamente interno. Sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos (res. 217-III, de 10 de diciembre de 1948, de la AG) ha arraigado un frondoso árbol de obligaciones convencionales aceptadas por un amplio número de Estados. El Convenio para la prevención y la sanción del Genocidio (1948), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966), Los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966) y la Convención contra la tortura (1984) forman las varillas centrales del abanico de instrumentos convencionales de vocación ecuménica, complementados por otros de ámbito regional. A ello cabría agregar las reglas del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados, que guardan con las protectoras de Derechos Humanos relaciones cuya interpretación no deja de

plantear problemas y cuya evolución más reciente ha visto reverdecer los proyectos de codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y de creación de instancias judiciales internacionales represoras de los mismos. Con independencia del alcance de tales instrumentos y el juicio que merezca su aplicación, la garantía del respeto de los derechos humanos fundamentales es una obligación internacional *erga omnes* de los Estados (vid. res. del Instituto de Derecho Internacional (IDI), Santiago de Compostela, 1989, art. 1), aunque las consecuencias que cabe extraer de esta declaración están mayormente *in statu nascendi*.

Interesarse por la protección de los derechos humanos mediante gestiones diplomáticas y *pronunciarse* verbalmente sobre cualesquiera violaciones, individual o colectivamente, no sólo es lícito, sino exigido por un deber de solidaridad (res. IDI, cit., arts. 1 y 3). También lo es moverse en el amplio campo que las relaciones internacionales dejan a la discrecionalidad de los Estados para manifestar su desagrado con medidas inamistosas, de retorsión, como por ejemplo, las que aplicaron los miembros de la Unión Europea a Nigeria a finales de 1995 (llamada de embajadores a consultas y suspensión de la cooperación) cuando procedió a la ejecución de nueve activistas del Movimiento para la supervivencia del pueblo Ogoni, sentenciados por un tribunal militar. Pero, abstracción hecha de los mecanismos articulados por los regímenes de protección internacional convenidos a escala universal o regional, ¿cabe ir más allá al amparo de normas generales?

La cuestión adquiere toda su importancia en situaciones de violación grave y masiva de Derechos Humanos, pues en ellas el principio de no intervención parece chocar frontalmente con la libre determinación de la población del Estado o de alguno de sus grupos diferenciados, siendo realmente comprometido mantener el primero cuando aparentemente es un escudo para la ejecución de verdaderos crímenes contra la humanidad. De ahí que numerosas voces, entre ellas la del Papa Juan Pablo II, hayan postulado el derecho -y deber- de *injerencia humanitaria*.

1. La asistencia humanitaria

El derecho de acceso y de asistencia a los grupos humanos gravemente amenazados en su vida y salud se presenta como el primer escalón en el proceso de evolución normativa. Ya el Protocolo II (1977) a las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico había dispuesto, para proteger a la población civil en situaciones de conflicto armado no internacional, acciones de asistencia de naturaleza exclusivamente humanitaria e imparcial, a realizar sobre bases no discriminatorias, que habían de contar con el consentimiento de la Parte concernida (art. 18.2). Considerando la forma en que el precepto estaba redactado y el principio de buena fe se ha sugerido que la negativa de las autoridades locales a consentir esta asistencia debía ser, por lo menos, razonada.

Doce años después, en su sesión de Santiago de Compostela (1989), el IDI hizo una formulación programática del derecho de asistencia humanitaria: el ofrecimiento de socorros alimentarios y sanitarios no podía considerarse como injerencia en asuntos internos y los socorros no se rehusarían arbitrariamente por los Estados en cuyo territorio existían situaciones de penuria, siempre que se concediesen y distribuyesen sin discriminación y no revistiesen la apariencia de medidas intimidatorias y, en particular, de una amenaza de intervención armada (art. 5). En el mismo sentido, el Código de Conducta para las organizaciones no gubernamentales (ONG's) adoptado por el Consejo de delegados de la Cruz Roja Internacional en 1993 comienza diciendo (Pp. 1) que el derecho de recibir y de ofrecer asistencia y la obligación de prestarla es un principio humanitario fundamental; de ahí la importancia de contar con libre acceso a las poblaciones afectadas para actuar al margen de consideraciones políticas o partisanas.

En 1988 la Asamblea General de la ONU (AGNU) se había pronunciado por el libre acceso a las víctimas de *catástrofes naturales* y de lo que, con sutileza, llamó *otras situaciones de urgencia* del mismo orden (res. 43-131, del 8 de diciembre). Dos años más tarde auspició la apertura a título experimental de *corredores de urgencia* humanitarios (res. 45-100, del 14 de diciembre de 1990). En 1991 adoptó la res. 46/182, de 19 de diciembre, sobre el reforzamiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, que incluyó como anexo unas directrices sobre los principios (humanidad, neutralidad e imparcialidad) que debían guiar la asistencia. De esta manera la AGNU reconoció el derecho de Estados, Organizaciones Intergubernamentales y ONG's de ofrecer asistencia humanitaria, pero reclamó, no sólo el protagonismo del Estado afectado en toda la operación dentro de su territorio, sino su preceptivo consentimiento para llevarla a cabo.

Poco después, al terminar la *guerra del Golfo*, el Consejo de Seguridad tuvo la oportunidad de ocuparse de una de estas situaciones -que consideró excepcionalísima- cuando se topó con la población kurda asentada en el norte de Iraq, autorizando una *zona de protección* al norte de paralelo 36 (res. 688 del 5 de abril de 1991), consentida de *facto* por el gobierno iraquí al retirar su administración del territorio protegido. La operación (*Provide Comfort*) montada con base en esta resolución por algunos países occidentales (entre ellos España) bajo el liderazgo de los Estados Unidos para proveer asistencia humanitaria, encontró luego una continuidad en otros países entrampados por conflictos civiles: Bosnia-Herzegovina, Somalia, Ruanda, Azebaiján, Abjasia, Haití, Mozambique, Burundi.... Como regla general el Consejo, antes de *instar* o *insistir* en que la autoridad local permita un acceso inmediato y libre a la asistencia humanitaria internacional, ha invocado rutinariamente el compromiso de todos los miembros con la soberanía del Estado en cuestión (y de todos los Estados de la región).

El derecho de asistencia humanitaria no es particularmente problemático en los supuestos de calamidades impuestas por la naturaleza pues, aunque excepcionalmente no han faltado ocasiones en que un Estado ha rechazado la ayuda que otros le brindaban, lo natural no es sólo que la consienta, sino que la reclame y agradezca. En este caso lo que prima es el *derecho* del Estado afectado a ser asistido y el *deber* de los demás a prestar ayuda. El problema nace, justamente, cuando la calamidad para la población tiene su fuente en gobiernos a los que hay que presumir hostiles a la prestación de asistencia exterior a individuos y grupos a los que persigue. Las reglas que ahora se proponen limitan la discrecionalidad de su negativa, al tiempo que condicionan el ejercicio del derecho de asistencia por terceros, pero ¿cómo zanjar el desacuerdo de los interesados sobre la arbitrariedad del Estado local o el carácter falaz y discriminatorio de la asistencia pretendida por los visitantes? La observación de que los Estados no son imparciales ni desinteresados conduce a promover, junto a los avances normativos, los institucionales y a preferir los organismos no gubernamentales (ONG's) para canalizar las ayudas. Pero éstas, finalmente, ¿pueden imponerse?

2. *Contramedidas y sanciones*

La doctrina más autorizada, según ha quedado reflejada en la resolución del IDI de Santiago de Compostela (1989, arts. 2 y 4), ha afirmado el derecho individual y colectivo de los Estados a adoptar en caso de violaciones graves de derechos esenciales, (en particular, violaciones masivas y sistemáticas y atentados a derechos irrenunciables), medidas diplomáticas, económicas o cualesquiera otras admitidas por el Derecho Internacional que no impliquen el uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas, puntualizando que estas medidas no podrán ser consideradas como intervención ilícita en los asuntos internos del Estado al que se imputan las violaciones. Ahora bien, la resolución -además del límite de la fuerza armada- ha fijado condiciones estrictas para el recurso a las medidas de coerción no armada, a saber:

- 1) requerimiento previo (salvo caso de extrema urgencia) al Estado infractor para que cese en su conducta criminal;
- 2) limitación de la medida al Estado infractor;
- 3) proporcionalidad de la medida a la gravedad de la infracción; y
- 4) consideración de la incidencia de la medida sobre el nivel de vida de las poblaciones afectadas, los intereses de los particulares y de los Estados terceros.

El avance normativo propuesto por el Instituto merece ser destacado y es una consecuencia lógica de la afirmación del carácter *erga omnes* de las obligaciones internacionales de los Estados en la protección de los Derechos Humanos. Inquieta, sin embargo, el escenario de un abusivo recurso subjetivo y descentralizado a las

medidas permitidas, que Estados individuales o en grupo pueden desear calificar como *sanciones*.

Esta expresión debería reservarse en todo caso para las medidas coercitivas adoptadas por el Consejo de Seguridad con base en el Capítulo VII de la Carta, o por organismos regionales, con autorización del Consejo, conforme a lo previsto en el Capítulo VII de la Carta, o por organismos regionales, con autorización del Consejo, conforme a lo previsto en el Capítulo VIII. De no ser así, las medidas adoptadas por organizaciones como la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos (OEA) son meras aplicaciones *grupales* del derecho antes enunciado, cuya valoración ha de realizarse atendiendo a sus méritos intrínsecos.

La práctica de las Naciones Unidas brindó un precedente cuando sus órganos decidieron alargar la mano vindicativa de la lucha anticolonial al combate de la segregación racial. La Asamblea General condenó al régimen sudafricano e impulsó su aislamiento, mientras que el Consejo de Seguridad, que en 1963 recomendó un embargo de armas y equipo militar (res. 181), fue elevando el tono de sus resoluciones (res. 282, de 1970, y 392, de 1976), hasta hacer obligatorio en 1977 el embargo de armas hasta entonces sólo recomendado (res. 418 y 421). Era la primera vez que en la ONU se adoptaban contra un Estado miembro sanciones fundadas en el Capítulo VII de la Carta. Con posterioridad, tras requerir un esfuerzo redoblado para asegurar la efectividad del embargo de armas (res. 473 y 475, de 1980), el Consejo impuso nuevas sanciones económicas, reclamadas persistentemente por la Asamblea (res. 35/118, 36/172...), levantadas sólo una vez que África del Sur renunció a su política de *apartheid*.

En la década actual, la *guerra del Golfo* primero y, luego, una secuencia inacabable de conflictos civiles, algunos de ellos posteriormente internacionalizados, han dado lugar a la adopción de nuevas sanciones por parte del Consejo de Seguridad. Así ha acontecido en la antigua Yugoslavia (res. 713, de 1991; 757 y 787, de 1992), Somalia (res. 733, de 1992), Haití (res. 841, de 1993...). Se trata, sin embargo, de casos en que las sanciones no armadas se han combinado con operaciones de imposición o de mantenimiento de la paz con mandatos habitualmente complejos, dentro de los cuales asegurar la asistencia humanitaria de las víctimas del conflicto es sólo uno de los puntos.

3. *¿Un derecho de intervención armada?*

En tanto una violación sistemática y masiva de derechos humanos fundamentales dentro de un Estado, y en particular la falta de asistencia humanitaria, pueda calificarse como una *amenaza para la paz internacional*, sea por los riesgos de internacionalización del conflicto doméstico, sea porque sus consecuencias negativas

rebasan las fronteras (*ad ex.* creando un flujo incontrolado de grupos en pos de refugio), la adopción y autorización por el Consejo de Seguridad de medidas que impliquen el uso de la fuerza armada entra dentro del ejercicio discrecional de sus competencias conforme al Capítulo VII de la Carta.

Así ha acontecido al servicio de la asistencia humanitaria en conflictos en principio domésticos, como los de Bosnia y Herzegovina (res. 758 y 771, de 1992; 819, 824, 836 y 859, de 1993; 958 y 959, de 1994), Somalia (res. 794, de 1992; 814, de 1993; 897, de 1994) o Ruanda (res. 872, de 1993; 925, 929 y 965, de 1994), debiendo subrayarse que el caso de Somalia fue el primero en que la decisión de desembarcar contingentes militares y autorizar "todos los medios necesarios" para establecer lo antes posible un marco seguro para las operaciones de ayuda alimenticia y sanitaria, se tomó prescindiendo del consentimiento de las facciones en lucha, en atención, se precisó, del carácter excepcional de la situación somalí (res. 794, del 3 de diciembre de 1992, adoptada por unanimidad).

Posteriormente se quisieron hacer valer las zonas seguras establecidas en Bosnia y Herzegovina (res. 819, 824 y 859) y, más adelante, en Croacia (res. 958), autorizando a los *cascos azules* en tierra (y a los Estados miembros, individualmente o a través de organismos o acuerdos regionales, en el aire, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad y en estrecha coordinación con el Secretario General y los *cascos azules*) a tomar las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para la protección de tales zonas y la libertad de movimientos de la UNPROFOR y de los convoyes humanitarios (res. 836 y 958). Otro tanto aconteció con Ruanda (res. 929), calificado también por el Consejo como caso único, en que se autorizó el recurso a "todos los medios necesarios" para satisfacer los objetivos humanitarios de la operación, que incluía la creación y mantenimiento, donde fuera factible, de *zonas seguras*.

Con independencia del juicio que puedan merecer las decisiones del Consejo de Seguridad, interesa destacar que en ningún caso se ha abierto la mano a una práctica legitimadora de intervenciones armadas unilaterales o grupales, al margen de las previsiones orgánicas y funcionales de la Carta (previsiones que contemplan operaciones de organismos regionales vicarias o autorizadas por el Consejo de Seguridad, Capítulo VIII).

Cabe recordar, en primer lugar, la intervención armada de Vietnam en Camboya (diciembre de 1978-enero de 1979) para derribar el régimen genocida de Pol-Pot. Es difícil encontrar en la historia contemporánea un *currículum* más odioso de violaciones de derechos humanos fundamentales que el protagonizado por los *khmeres rojos* bajo la dirección de este sujeto con nombre de compota para perros. Sin embargo, el hecho de que Vietnam fuese un *guardián de zona* de la Unión Soviética pesó más, a la hora de evaluar los hechos, que la liberación del pueblo camboyano de un gobierno

opresivo que descansaba sobre sus propias bayonetas. Basándose en esa legitimidad y en el mantenimiento de la lucha, el *khmer rojo* conservó su reconocimiento en la ONU como representante de Camboya (a la que entonces se llamó Kampuchea) y la Asamblea General reclamó la retirada de las fuerzas extranjeras.

Luego, las intervenciones armadas de la Unión Soviética en Afganistán (diciembre de 1979-enero de 1980) y de los Estados Unidos en Grenada (1983) y Panamá (1989) han invocado inútilmente para justificarse motivos, en parte, humanitarios, evitando la condena del Consejo de Seguridad, pero no la de la Asamblea General, sólo gracias al ejercicio del veto por los intervencionistas, miembros permanentes del Consejo.

En términos generales puede decirse que la política prevaleciente en las Naciones Unidas, cuando en un determinado país se han liberado incondicional y violentamente las fuerzas sociales, ha sido -con independencia de la condena de los responsables de violaciones de derechos humanos- la de evitar la internacionalización del conflicto, requiriendo embargos de armas y de asistencia militar a los contendientes y anhelando que los pueblos determinen su destino sin injerencias externas.

Esta apreciación ha sido matizada sólo en dos supuestos. Así:

1) cuando se ha implicado en la acción un organismos regional, como ocurrió cuando la fuerza de intervención de los Estados Unidos en la República Dominicana (1965) se transformó en Fuerza Interamericana de Paz, las condenas también se reconvirtieron en análisis de la relación que la OEA guarda con la ONU en cuestiones que interesan a la paz y seguridad de ese hemisferio, también en el caso de la guerra civil de Liberia (1991) la intervención de una fuerza armada de países miembros de la CEDEAO, encabezados por Nigeria, se vio bajo un prisma permisivo, muy probablemente porque el país intervenido moría de caos, los intereses de las grandes potencias no estaban en juego y los mecanismos de Naciones Unidas comenzaban a dar signos de preocupante saturación; y,

2) cuando se ha tratado de acciones muy circunscritas en su objetivo y limitadas en el tiempo, como la evacuación de nacionales del Estado interviniente y de otros extranjeros, como aconteció, por ejemplo, en Zaire (1993) a cargo de Bélgica, se ha manifestado también una cierta tolerancia.

4. *Valoración crítica*

Nadie puede hoy justificar con la soberanía abstracta del Estado y el principio de no intervención la pasividad ante violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos fundamentales. El derecho de acceder y socorrer a las víctimas, no ya de

catástrofes naturales (aunque el gobierno bien puede ser una de ellas), sino de lo que la res. 43-131 de la Asamblea General llamó con habilidosa perífrasis "otras situaciones de urgencia", ha de ser respaldado sin reservas, y sólo ha de lamentarse que sean los medios de comunicación los que, por la atención prestada en unos casos y desdén en otros, impongan el número y orden de prelación de los asistidos, al establecer el derrotero de la opinión pública, emotiva y escandalizada, de los países desarrollados. Somalias, se ha dicho, hay muchas, pero sólo una fue oportunamente fotografiada.

Ahora bien, el paso de la *asistencia a la injerencia* (esto es, a las medidas coercitivas), aunque lo propicien el Santo Padre y ese sínodo laico que es el Instituto de Derecho Internacional, requiere multiplicar las cautelas, pues la práctica hace sospechar desviaciones de la más sana doctrina, abusos y comportamientos subjetivos muy interesados, que alimentan numerosas inconsecuencias. No se trata de abandonar toda articulación de un derecho de injerencia, sino de insistir en la necesidad de progresar simultáneamente en los aspectos institucionales, esto es, en los controles de su adecuado ejercicio.

Adalides de la *injerencia humanitaria* son también quienes proponen y practican:

1) la llamada *disuasión humanitaria* sobre solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares, cuyos derechos fundamentales como persona son inmolados en el altar de las políticas migratorias restrictivas (piénsese, por ejemplo, en el caso de los *balseros* haitianos detenidos en la alta mar por guardacostas estadounidenses y devueltos a su país de origen); y,

2) la *injerencia antihumanitaria*, que con medidas tales como el embargo y el bloqueo de relaciones comerciales pretende favorecer, mediante el hambre y las carencias sociales, la insurrección en países tildados de no democráticos (piénsese, por ejemplo, en la denominada *Cuban Democracy Act* o *Ley Torricelli*, y más recientemente, en la *Ley de Solidaridad con la Libertad y la Democracia en Cuba*, o ley Helms-Burton, 1996, con las que el Congreso de los Estados Unidos quiere combatir el régimen castrista). Una legislación de esta clase es censurada por la Asamblea General (res. 48/16, de 1993; 49/9, de 1994, 50/10, de 1995....), pero nada parece arredrar a los representantes y senadores estadounidenses, que fían en la cobertura que el principio de la injerencia humanitaria puede otorgar a su poder formidable, aplicado según políticas particulares que pasan por alto las condiciones de su aplicación y endosan la canibalización de los derechos de las poblaciones a las que se dice ayudar, sirviéndose de la alimentación y de la salud como arma política.

Esta reflexión es también aplicable, por lo demás, a las sanciones del Consejo de Seguridad o autorizadas por él, cuando su aplicación afecta a los llamados *grupos vulnerables* la población infantil en particular. Desde esta perspectiva, la continuación del bloqueo económico de Iraq ofrece un perfil tan detestable como el del dictador que está en su punto de mira.

Las condiciones propuestas por el IDI para las medidas no armadas están más justificadas aún cuando se trata de recurrir a la fuerza armada; en particular, el parámetro de proporcionalidad conduciría a la descalificación de la gran mayoría de las operaciones armadas realizadas o autorizadas por el Consejo de Seguridad -y, por supuesto, de las intervenciones unilaterales y grupales no autorizadas, en todo caso ilegales- habida cuenta de los daños causados a los inocentes. Oportuno es recordar la advertencia que la Corte Internacional de Justicia dirigió a los Estados Unidos en su sentencia del 27 de junio de 1986 cuando, contestando su alegación de que los actos ilegales que se le imputaban en Nicaragua tenían como objeto la protección de los derechos humanos, declaró que: "si los Estados Unidos pueden ciertamente tener su propia apreciación sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos".

La intervención armada al servicio de la asistencia humanitaria y para la represión de violaciones masivas de derechos humanos esenciales, con autorización y bajo el control del Consejo de Seguridad, no sólo es legal, sino que ha de ser urgente, especialmente cuando -como acontecía en Somalia- el Estado es una ficción sobre la que acampan clanes y tribus. No obstante, el mismo caso somalí, aparentemente tan claro, ofrece una prueba contundente de la prudencia con que han de darse pasos en esa dirección. Se trataba de la primera acción coercitiva armada autorizada por el Consejo sin el consentimiento de los poderes de *facto locales* y ejecutada por una fuerza internacional (UNITAF) bajo el mando unificado de los Estados Unidos, que aportaba el grueso de la fuerza. Pero lo que comenzó como una operación unánimemente apoyada para devolver *la esperanza* -así se bautizó- a la maltratada población somalí y desarmar a las numerosas bandas sobre el terreno, acabó de muy mala manera. La UNITAF se replegó sin gloria en mayor de 1993, sustituida por *cascos azules* (UNOSOM II, res. 814 y 837) que también hubieron de ser evacuados en marzo de 1995, en medio de denuncias de violación de Derechos Humanos por sus propios miembros y las manifestaciones de una población que había encontrado la unidad en la demanda de su salida del territorio, dejando sin resolver todos los problemas de fondo por los que se había desembarcado en Mogadiscio. El *Go Home* de Estados Unidos en Vietnam se traspasó en Somalia a los *cascos azules* de las Naciones Unidas. Dos mil millones de dólares perdidos. Tres años perdidos. Imagen perdida. Perdida esperanza. Desde entonces, ¿qué ha sido de Somalia?

Algo parecido cabría decir de Ruanda (1994), donde los *cascos azules* abandonaron su misión al generalizarse el hecho genocida conforme a un plan ejecutado por el Ejército, mayoritariamente de *etnia hutu*, para que luego, en plena desbandada éste por el avance del Frente Patriótico Ruandés, mayoritariamente *tutsi*, aflorara en una parte del territorio fronterizo con Uganda una operación tipo somalí al cuidado de fuerzas francesa que, al final, sirvió como escudo de las milicias genocidas. Las consecuencias se acaban de vivir en el este del Zaire en los últimos meses de 1996, donde los campamentos de refugiados *hutus* han estado controlados por los criminales.

La situación es aún más embarazosa cuando, a la sombra de iniciativas institucionales respetables, Estados miembros de la ONU realizan actividades de, por lo menos, dudosa legalidad, que invocan la satisfacción de objetivos genéricos de las resoluciones del Consejo. La declaración de una *zona de exclusión aérea* sobre el espacio aéreo iraquí al norte del paralelo 36 (abril de 1991) y al sur del paralelo 32 (agosto de 1992) y, luego, del 33 (1996), dispuesta grupalmente por Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, fue la premisa para el derribo de los aparatos de Iraq que se aventuraron en ella, para el bombardeo de los radares y de las baterías antiaéreas que, fuera de zona, podían amenazar a las patrullas aliadas y del mismísimo Bagdad, mucho tiempo después de terminada la *guerra del Golfo*. La pasividad del Consejo de Seguridad frente a estos actos acaba pervirtiendo, junto a la ley internacional, un lenguaje que permite calificar como *provocación*, *violación* o, incluso, *agresión*, los ademanes defensivos de Iraq en un espacio que es suyo.

Si el objeto de la zona de exclusión aérea era completar la salvaguarda de kurdos y chiitas iraquíes, ¿por qué no se solicitó su creación al Consejo de Seguridad, que había autorizado la *zona de protección* del Kurdistan iraquí? ¿Tal vez porque ésta había sido aprobada por los pelos, con los votos en contra de tres miembros del Tercer Mundo (Cuba, Yemen y Zimbabwe) y la abstención de otros dos (China e India)? Varios agravios comparativos acompañan la creación y práctica de esta zona de exclusión por la coalición de los miembros permanentes occidentales del Consejo: 1) el de los mismos kurdos iraquíes antes de la *guerra del Golfo*, cinco mil de ellos gaseados en Hallabja, en 1988, cuando en ese mismo Golfo Sadam Hussein sostenía una larga y muy sangrienta guerra de desgaste con Irán, contando con el apoyo, no sólo de las petromonarquías árabes, sino de Estados Unidos y del mundo occidental en general; 2) el de los kurdos del sureste de Turquía, perseguidos por las fuerzas armadas turcas en la *sedicente zona de protección* del norte de Iraq, que para ellos, ante la impasividad de quienes la crearon, ha sido un coto de caza, no un santuario; y, 3) los habitantes de Bosnia y Herzegovina, cuyo territorio aéreo había sido declarado *zona de exclusión* por decisión del mismo Consejo de Seguridad (res. 781 y 786, de 1992), pero cuyo respeto se excusó por quienes tan libérrimamente actuaban en el norte y sur del Iraq alegando la falta de una autorización expresa del Consejo para

utilizar la fuerza armada, lo que en buena parte dependía de sus iniciativas. (Esa autorización sólo se produjo el 31 de marzo de 1993, res. 816).

Una buena causa puede acabar al servicio de fines que le son ajenos. Algunos de los ejemplos mencionados lo prueban, más allá incluso de lo que pudiéramos imaginar. Hasta ahora hemos venido subrayando el vicio habitual de pretender avances normativos sin el imprescindible complemento institucional. Quizás sea el momento de añadir algo más: los avances institucionales, para ser tales, requieren la atribución de competencias a órganos auténticamente representativos, evitando estatutos privilegiados que pueden ser ejercitados sin controles ni garantías.

III. NO INTERVENCIÓN v. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La libre determinación de los pueblos, que fue cabalgadura de la descolonización a costa de dejarse en el camino parte de su tejido hecho jirones, es también el principio que expresa el goce de derechos fundamentales y libertades públicas por la población de un Estado. Cuando es así la libre determinación se trasunta en la soberanía y puede decirse que Estado soberano y democrático son uno y el mismo, siendo la no intervención en sus asuntos un principio incommovible. Pero, ¿y si no es así?

La solidaridad contra la tiranía es un clásico del Derecho de gentes. La Francia revolucionaria y napoleónica encendió a Europa con ella. Ahora, distintas instancias políticas y doctrinales del Primer Mundo, sobre todo de los Estados Unidos, proponen la afirmación de un derecho de los pueblos a ser gobernados democráticamente que reclamaria de los demás una acción solidaria, haciendo caso omiso de un principio de no intervención deslegitimado como protección de gobiernos no democráticos. En los planteamientos más radicales esa solidaridad podría conducir al empleo de la fuerza militar, lo que explicaría la adición de una más entre las numerosas nuevas dimensiones de la seguridad -la *seguridad democrática*- y el interés que despierta en los Departamentos de Defensa.

Una firme convicción en la significación univocal de la democracia, alimentada por el sentimiento de autocomplacencia con el propio sistema, a la que se unen el espíritu apostólico, el optimismo derivado de la victoria del neoliberalismo en la guerra fría y el postulado de que entre países democráticos no hay conflictos bélicos, pueden conducir, según la conocida fórmula de Groucho Marx, a espectaculares avances normativos que supongan lamentables retrocesos institucionales. La legitimidad internacional del Estado ha de sustentarse en su legitimidad interna y un Estado se legitima cuando respeta los derechos humanos y cuenta con un gobierno representativo, división de poderes, pluralismo político y elecciones, afirman quienes tratan

de insuflar moralidad en las relaciones internacionales y justificar de nueva planta la unidad básica y primaria de la sociedad internacional, zarandeada por su capacidad opresiva y su ineficacia. Pero, ¿quiénes serán los calificadores? ¿cuáles las consecuencias de la calificación? ¿cuáles los recursos?

Cuando se habla de promover el principio democrático conviene distinguir entre diferentes supuestos, pues los medios lícitos para servirlo y las instancias implicadas en ello varían correlativamente. No es lo mismo proceder a la reconstrucción de un Estado *fallido* (véase cap. 3) como Camboya, mediante un esfuerzo multilateral gestionado por la ONU, que pretender la movilización de un grupo de Estados para imponer un cambio de régimen en un país al que, simplemente, se tilda de no democrático según el baremo de los censores. Veámoslo.

1. El Estado fallido

Es irreproachable que el establecimiento de instituciones representativas y la implantación de lo que entendemos como un Estado de Derecho sean puntos fundamentales en las operaciones de *consolidación de la paz* llevadas a cabo por la ONU -a un costo nada despreciable- en países como El Salvador y Camboya. Estas operaciones fueron el remate de la implicación de la Organización en conflictos internos cuya continuación se consideró una *amenaza para la paz internacional* y dieron lugar al ejercicio de sus competencias por el Consejo de Seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta. Fueron operaciones gestionadas y controladas por los órganos de las Naciones Unidas que contaron, como premisa, con el acuerdo político y la promesa de cooperación de todas las facciones envueltas en el conflicto civil y que -no está de más recordarlo- bordearon el fracaso -como se palpó en Camboya- cuando ese consentimiento y voluntad de cooperar menguaron o fueron retirados.

Este modelo de operaciones ha podido extenderse a otros Estados *fallidos* (Haití, Somalia...) ofreciendo en su caso a organismos regionales (como la OEA en el caso de Haití) un papel que, conforme a la Carta, es vicario y, siempre, subordinado al Consejo de Seguridad (art. 53.2). Pero los dos casos últimamente citados permiten dos observaciones:

I) en Haití la operación (res. 940, de 1994) -que autorizaba a Estados Unidos la creación de una fuerza multinacional bajo control y mando unificado (es decir, de los Estados Unidos) y la utilización de todos los medios precisos para forzar la salida del gobierno militar golpista- se puso en marcha sólo después de obtenido el acuerdo de la facción que detentaba el poder en la más misera República de la América Latina, pero en Somalia se quiso imponer un mandato -que no alcanzaba todavía las exquisites de una operación de *consolidación de la paz*- sin el consentimiento de

los señores de la guerra locales, el más influyente de los cuales (Aidid, r.i.p. 1996), buscado como enemigo público número 1, supo arrastrar tras de sí a las masas de Mogadiscio con un discurso que identificaba la *imposición de la paz con el imperialismo*. El resultado fue, como ya se ha indicado, desastroso.

El Consejo de Seguridad puede recurrir a la imposición coactiva de la paz mediante el recurso a la fuerza armada para hacer posible la reconstrucción de una vida pacífica, ordenada y democrática. La reserva de jurisdicción doméstica del art. 2.7 de la Carta cede en las situaciones contempladas por el art. 39. Tratándose, además, de un Estado fracasado, sería arbitrario fiar a las bandas, tribus o facciones en lucha el crédito de la soberanía, siendo perfectamente legítima la acción institucional para articular la libre expresión de un pueblo al que la soberanía ha retornado como una materia bruta. Ahora bien, ¿están hoy los miembros de las Naciones Unidas dispuestos a ejecutar costosas operaciones para implantar administraciones internacionales temporales en un territorio hostil, agitado por la violencia y el bandidismo de poderes fácticos?; y,

2) la gestión y control de estas operaciones por los órganos de las Naciones Unidas están en entredicho como consecuencia de la negativa de las grandes potencias a someter sus fuerzas a mandos y controles que no sean los propios. Según la doctrina que parece deducirse, las operaciones de imposición de la paz deberían ser simplemente autorizadas por el Consejo de Seguridad y puestas en manos de un Estado o grupo de Estados para sólo después, pacificado el territorio, entregar su mantenimiento a los cascos azules y proceder, en su caso, a las tareas complejas y multidisciplinarias de *consolidación de la paz*, contando para ello -si procede- con la colaboración de organismos regionales. Esta doctrina es arriesgada. El Estado *fallido* no debería servir, bajo ninguna circunstancia, para la intervención armada de un Estado o grupo de Estados, en organización regional, alianza o coalición de fortuna, fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas. La Organización universal no debería ver difuminado su papel. En Bosnia y Herzegovina, con independencia de los frutos que ha rendido la profesionalidad de la OTAN como centro de la Fuerza organizada para ejecutar los acuerdos de Dayton-París (1995), es obvio que el *condottiero* ha terminado ocupando el sillón de su patrón.

2. El Estado no democrático

Estimular los procesos democráticos con medidas positivas, no negativas, y ejercer la *influencia* sobre los Estados que, viniendo de la autocracia o del autoritarismo, han decidido establecer democracias pluralistas es absolutamente inobjetable, tanto si se hace a través de una relación bilateral como si se canaliza por organizaciones internacionales, sea la ONU o sea, en América Latina, la OEA.

La asistencia técnica en la preparación de Constituciones y leyes políticas y la presencia de estas Organizaciones en los procesos electorales se han convertido, en la práctica, en un hecho común durante la presente década. Así, por ejemplo, según los datos de la última Memoria del Secretario General de la ONU entre el 1 de enero de 1990 y el 31 de julio de 1996 se recibieron en esta Organización ciento veintiún solicitudes de asistencia electoral, de las que se aceptaron noventa y ocho.

Asimismo, promover y consolidar los valores democráticos (y los principios del libre mercado) ha sido el primer objetivo declarado de los programas de asistencia económica de los Estados Unidos y en la misma perspectiva ha de considerarse la inserción de la llamada *cláusula democrática* en los acuerdos de asociación y de cooperación celebrados por la Comunidad Europea con terceros países. Todo ello sin entrar a valorar hasta que punto la práctica ha sido coherente con las declaraciones de principio.

Ahora bien, cuando la inquietud por la democracia no está asociada a una violencia interna generalizada y a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos fundamentales que, por amenazar la paz internacional, desencadenan el ejercicio de las competencias del Consejo de Seguridad sub Capítulo VII de la Carta, lo primer que ha de decirse es que las condiciones impuestas a la *injerencia humanitaria* son aplicables *a fortiori* a cualesquiera propuestas de intervención en *pro de la democracia*.

Pero a eso cabe añadir que este reverdecido afán legitimista responde a políticas que, a diferencia de las atinentes a la injerencia humanitaria, no han conseguido hasta ahora romper las barreras del principio de no intervención -por fluidas que puedan parecer en relación con las medidas de coerción no armada- que han de ser calibradas atendiendo a un elemento subjetivo: el propósito de coaccionar a un país en un asunto de su jurisdicción doméstica. Eso es algo que está prohibido tanto a los Estados, individualmente y en cuadrilla, como a los organismos regionales. Recordemos, una vez más, que el artículo 52.1 de la Carta dispone taxativamente que estos organismos han de ser compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que el artículo 53.1 estipula que "no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad".

En el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia se manifestó en términos rotundos: El Derecho Internacional contemporáneo no ha evolucionado al punto de reconocer a los Estados un derecho general de intervención, directa o no, armada o no, para apoyar a la oposición interna de otro Estado cuya causa pareciera especialmente digna por los valores políticos y morales con los que se identificaría. La Corte concluyó, en

consecuencia, que el apoyo suministrado por los Estados Unidos a las actividades de los *contras* en Nicaragua, bajo forma de asistencia financiera, entrenamiento, suministro de armas, información y ayuda logística, constituía una violación indudable del principio de no intervención.

Dicho esto, y con independencia del juicio de oportunidad que merezcan, no se pueden poner tachas de legalidad a acciones sedicentemente inspiradas en un propósito democratizador que realizan los Estados, individual o colectivamente, dentro del ámbito de discrecionalidad que las normas internacionales les reconocen. En este sentido, los Estados son libres en principio para mantener o no relaciones diplomáticas y comerciales con los demás y están en su perfecto derecho para vaciar en su particular molde democrático la doctrina del reconocimiento de los gobiernos extranjeros, la apertura y mantenimiento de misiones diplomáticas y agencias consulares o la celebración y vigencia de acuerdos comerciales y de cooperación.

La Unión Europea y los Estados Unidos se han significado en los últimos años por la adopción de doctrinas legitimistas frente a determinadas situaciones deducidas de la terminación de la guerra fría; en particular, los procesos de desintegración de las federaciones soviética y yugoeslava. Perplejos hasta cierto punto por su rapidez, y dubitativos ante la erosión del principio de integridad territorial por el secesionismo animado por algunos de ellos, buscaron una cierta respetabilidad para sus políticas de reconocimiento sometiénolas aparentemente a parámetros jurídicos que habían de ser apreciados objetivamente. Entre ellos destacaban el respeto de los derechos humanos, la protección de minorías y el gobierno democrático. La práctica, sin embargo, ha dejado mucho que desear.

Igualmente, las Organizaciones Internacionales pueden hacer condición de admisión y permanencia en su seno la adopción de un régimen democrático, tal como sus miembros lo entienden, pudiendo suspender o, incluso, expulsar a quienes no lo respeten. Así ocurre en la Unión Europea, el Consejo de Europa y, últimamente en la OEA, cuya Carta enmendada el 14 de diciembre de 1992 permite la suspensión de un miembro por el voto de dos tercios de ellos en el caso de que un gobierno democráticamente constituido haya sido derribado por la fuerza. Igualmente, sólo gobiernos democráticos son admitidos a la participación en el grupo informal que reúne periódicamente a los países sudamericanos (*Grupo de Río*).

Puede chocar que en el hemisferio de los campeones del principio de no intervención la reforma de la Carta de la OEA haya dado paso a la previsión de medidas que arriesgan infringir el venerado principio. La resolución XXXV de la IX Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948), en el momento fundacional de la Organización, avalaba la corriente no intervencionista. Ciertamente, la X Conferencia (Caracas, 1954) resolvió a instancias de los Estados Unidos, que "el dominio o control

de las instituciones políticas de cualquier Estado americano por parte del Movimiento Internacional Comunista.... constituirá una amenaza a la soberanía e independencia política de los Estados americanos que pondría en peligro la paz de América". El gobierno constitucional del social demócrata Jacobo Arbenz, en Guatemala, que pretendía iniciar una moderada reforma agraria a disgusto de la United Fruit Co. y de los terratenientes locales, cayó como un pajarito gracias a la intervención armada indirecta de los Estados Unidos y la OEA pudo zafarse de la obligación de sacar las consecuencias de su resolución anticomunista. Más adelante, en 1962, Cuba pudo ser excluida de la Organización por su régimen, tachado de marxista-leninista, pero la imposición de medidas coercitivas, promovida por los Estados Unidos, hubo de esperar a 1964 y ampararse en denuncias de intervención cubana en otras repúblicas; y el mismo Protocolo de Cartagena (1985), al poner en marcha el proceso de cambio, se refirió a la responsabilidad colectiva en "promover y consolidar la democracia representativa con el debido respeto del principio de no intervención".

Los pasos que se dieron con posterioridad se entienden mejor *leyendo el documento estratégico de seguridad nacional* firmado por el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, en agosto de 1991: "El resurgimiento de la democracia (en América Latina) -se decía- se encamina a una realización trascendente, un hemisferio completamente democrático. Este cambio -añadía el documento- ganó *momentum* el último año, con la elección de gobiernos democráticos en Nicaragua (Violeta Chamorro) y Haití (Jean-Bertrand Aristide), la restauración de la democracia en Panamá (Guillermo Endara) y otras elecciones democráticas.... Cuba sigue siendo recalcitrante.... pero es sólo cuestión de tiempo el que también allí ocurra un cambio fundamental.... *reclutaremos a nuestros amigos en el hemisferio para que presionen a Cuba a aceptar lo inevitable pacíficamente*" (énfasis añadido). Para entonces, la resolución 1080 de la Asamblea General de la OEA (junio, 1991), adoptada unánimemente, ya había entendido que cualquier interrupción del proceso político democrático reclamaba la reunión urgente del Consejo Permanente y, eventualmente, la convocatoria de una Reunión *ad hoc* de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores o una sesión extraordinaria de la Asamblea General de la Organización.

El derrocamiento de Aristide en Haití (septiembre de 1991) brindó la ocasión para exhibir el compromiso colectivo con la democracia, al negarse el reconocimiento al nuevo régimen haitiano y respaldarse la aplicación de un embargo financiero y comercial, atendiendo la violación grave de derechos esenciales que le era imputada (res. 1 y 2/91, 3 y 4/92, 5/93 y 6/94 de los Ministros de Relaciones Exteriores). Algunos (como la Argentina de Menem y la Venezuela de Pérez hubieran querido ir, incluso, más allá). Pero cuando en abril de 1992 fue el Presidente peruano Fujimori el que decidió desembarazarse de la clase política tradicional y de los jueces que la servían, la reacción fue, digamos, más matizada y unas elecciones parlamentarias

celebradas seis meses después bajo la supervisión formal de la OEA permitieron cerrar un caso especialmente embarazoso. No se quería, desde luego, que el ejemplo de Fujimori cundiera en una vecindad decepcionada por la corrupción e ineficacia de los presuntamente representantes del pueblo. Una intervención temprana de la OEA en Guatemala también impidió al Presidente Serrano un autogolpe a la medida de su nepotismo, conduciendo a su renuncia.

3. *Valoración crítica*

Guardémonos de ir de prisa. Las cuestiones que plantea la genuina democracia, antes incluso de ser adjetivada, son tales que conviene dejar su solución en las manos de los directamente interesados, la población del Estado, sin intercesiones ajenas. No juguemos con las necesidades del mundo en desarrollo moviendo las fichas del mundo desarrollado. Introducir sesgadas cuñas federalizantes en la sociedad internacional plural y heterogénea de nuestro tiempo conduce a una serie imparable de despropósitos. Celofán nuevo para viejas recetas, la democracia no puede asentarse sobre la intervención armada extranjera.

La experiencia de los últimos cincuenta años revela la manipulación de los principios de soberanía (no intervención) y libre determinación (democracia) por las grandes potencias.

Así, para la Unión Soviética, los países socialistas al implantar la democracia popular habían determinado libre e irrevocablemente su destino y disfrutaban una soberanía real frente a la que era imposible una intervención que, de intentarse sería atajada por la acción fraterna solidaria de los países hermanos; la síntesis de principios que reflejaba esta concepción se transformaba en antítesis cuando se trataba de los países capitalistas, donde el pueblo estaba sometido a la explotación capitalista y la soberanía usurpada por la clase dominante, siendo inevitable la promoción del socialismo para que, finalmente, también en esos países la autodeterminación condujera al disfrute de la soberanía por el pueblo. De esta manera podía legitimarse la intervención socialista en el mundo capitalista y aplastar por las armas (ayuda fraterna) la revisión, incluso dentro del marco socialista, del papel de la Unión Soviética dentro de un sistema ideado para consolidar una esfera de influencia (Hungría, 1956; Checoslovaquia, 1968).

Con los Estados Unidos ocurría lo mismo, pero al revés. La democracia, ahora representativa, suponía una ortodoxia bajo su custodia que en la práctica se traducía en una relación de dependencia y lealtad, es decir en mero anticomunismo, siendo comunista por definición cualquier régimen, incluso elegido, que discutiera dicha relación (Guatemala, 1954; Brasil, 1964; Chile, 1973; Nicaragua, 1979). Las nacio-

nes americanas, decía el Presidente Lyndon B. Johnson en 1965, arrogándose como de costumbre su representación, no pueden, no deben y no quieren permitir el establecimiento de *otro* gobierno comunista en el Hemisferio. Una revolución en un país cualquiera -añadió- es de la exclusiva incumbencia de este país, pero se transforma en un asunto que requiere una acción hemisférica cuando su fin es el establecimiento de una dictadura comunista. Dispuestos los intereses hegemónicos en un contexto ideológico, se afirmaba como un postulado la intervención socialista en todo país *rebelde* para, de esta manera proponer una legítima defensa colectiva, palpablemente distorsionada. A su vez, eran los pueblos socialistas los que debían ser ayudados para determinar libremente su destino.

El que esto último haya sido posible en la presente década, no purifica los planteamientos democratizadores de los países capitalistas desarrollados de sus condicionantes geopolíticos, estratégicos y económicos. El maniqueísmo en este juego dialéctico no tiene fin y la elección en libertad de régimen político, económico y social parece tener sus limitaciones cuando no cuadra con el molde democrático del capitalismo neoliberal. Parece ser que ahora la libre determinación es de plato único.

La *comprensión* de los países occidentales con las *inevitables* violaciones de derechos humanos fundamentales y principios democráticos cuando sus autores son fuerzas amigas que -como, por ejemplo, ocurre en Argelia, y en el mismo Egipto- se interponen como un dique al gobierno de las mayorías desheredadas, entregadas al credo de pastores fundamentalista que son ya su única esperanza de dignidad y bienestar, choca con los apremiantes requerimientos que se hacen a otros -Cuba, por ejemplo- donde se coartan las libertades públicas, pero se satisfacen las necesidades básicas de una población a la que no se aterroriza con *desaparecidos* ni *ultimados* en las cunetas, lo que no pueden decir muchas de las democracias formales -y superficiales- que tachonan el planeta enarbolando los banderines de la denuncia distribuidos por sus señores. El alegato de que hay que impedir el acceso democrático al poder de quienes -seguro- lo han de utilizar para acabar con la democracia *representativa*(?), expresa patéticamente la incomodidad ante la contradicción entre los supuestos valores occidentales y al apreciación de las conveniencias geopolíticas, estratégicas y económicas. En el caso del Islam, aducir la dificultad de implantación de regímenes democráticos fuera del cristianismo puede ser útil para discriminar el *buen fundamentalista*, que participa del *status quo* (*petromonarquías del Golfo*), del malo, que lo impugna. Consuela pensar con S.P. Huntington que al fin y al cabo el modelo occidental de democracia, aplicado al mundo árabe, no hace sino reforzar las fuerzas antioccidentales.

Pero no es la única región que plantea problemas a la democracia representativa. Representativa ¿de quién?, podría preguntarse allí donde el respeto formal y aparente de las libertades públicas se conjuga con el recurso a un cuasipermanente estado de

emergencia, que permite anularlas o restringirlas, y se violentan, con durísimas políticas de ajuste económico los derechos más íntimamente unidos a la satisfacción de necesidades básicas de la población, de manera que los países en desarrollo, sacrificando el gasto social, puedan pagar el llamado servicio de la deuda adquirida con bancos, países desarrollados e instituciones financieras por ellos controladas, y obtener los créditos que los confirman con deudores eternos.

Diríase que aquí y allá se ha buscado la democracia pro forma para dar continuidad a políticas ventajosas para las clases instaladas en las instituciones, cumplir los compromisos con los acreedores extranjeros y, eventualmente, sustraer a los desheredados que alimentan los flujos no deseados de emigración al Norte la coartada del refugio político. ¿Fue ésta una de las razones que explican la reposición impuesta de Jean Bertrand Aristide en la presidencia de Haití (1994)?

La posible manipulación de valores dignos para servir causas indignas se hace más patente cuando se advierte al tendencia de sus más firmes patrocinadores en Estados Unidos a abandonar el mundo de la Carta -a pesar de todas las oportunidades que el actual reparto del poder brinda a sus propósitos- para hacer de la implantación de la democracia una misión de los Estados Unidos y de la comunidad internacional, en su genérica desarticulación, que podrá llevarse a cabo por la fuerza cuando se cuente con el consentimiento del Consejo de Seguridad o, alternativamente, de una Organización regional o de un grupo de potencias garantes. Cuando se recuerda que la invasión de Grenada (1983) se presentó como la incorporación de los Estados Unidos a un "esfuerzo internacional puesto en marcha a petición de la Organización de Estados del Caribe oriental (Antigua, Barbados, Dominica, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente)", uno sospecha de lo que se está hablando. Pero Organizaciones mayores, como la OEA, ofrecen al respecto un curriculum no desdeñable. Cuando el poder está muy desigualmente repartido, una Organización regional puede ser un instrumento idóneo para ejercer la hegemonía, imponiendo políticas a través de decisiones orgánicas que vinculan a la minoría reacia a la influencia, y desviando -como ya se ha apuntado- a las relaciones de la Organización con la ONU, las engorrosas situaciones originadas por la violación de principios fundamentales.

Si las proposiciones normativas que se hacen no van a ser acompañadas de un serio y riguroso desarrollo institucional, que impida los abusos de quienes pueden hacer de aquellas una renovada tapadera de sus arbitrariedades, mejor dejar el juicio de legitimación para la moral, la imagen y el intercambio diplomático y, en el ámbito legal, no moverse del orden más clásico: el Estado existe y, como tal, cuenta con derechos soberanos. Al fin y al cabo el registro histórico no permite ser particularmente optimista acerca de lo que cabe esperar de los países capitalistas demoliberales cuando se empeñan en difundir sus valores.

Alarmados ante las perspectivas del *nuevo orden*, los países no alineados declararon (Yakarta, 1992) que: "Ningún país debe usar su poder para dictar un concepto de democracia y de Derechos Humanos o para imponer condiciones a los otros". Detrás de los valores *normalizados* del Norte pueden avanzar cotidianamente hasta las múltiples periferias del Sur los renovados peones de la dominación, dispuestos a socavar las bases más profundas de la libre determinación de los pueblos con la ingeniería de formas aparentemente democráticas ocupadas por clientelas locales: La legitimidad que emana de una elección es un componente de la democracia, pero no la agota, mengua cuando las circunstancias del proceso electoral revela quiebras de participación y de transparencia y no excusa el incumplimiento grave con las necesidades sociales más imperiosas ni el despilfarro del Estado. El planteamiento de un conflicto entre la satisfacción de objetivos que responden a Derechos Humanos básicos y un orden constitucional democrático es *contra natura* y, por ello, carecen de legitimidad quienes respondiendo aparentemente a este orden violentan tales derechos. El Estado democrático en el mundo desarrollado no puede ser el Estado de la represión.

IV. CONCLUSIÓN

No debemos apresurarnos a tomar la pala que se nos ofrece para dar tierra sobre el principio de *no intervención*, cuya consagración tanto esfuerzo costó a los más débiles. Que nadie, por inocencia, acabe envuelto en la maquinación para inhumar un principio protector de la soberanía con viejos señuelos, aprovechando que la *guerra fría* ha terminado. El principio de no intervención pone en manos de los pueblos la responsabilidad de su destino y entre sujetos estatales tiene un sentido igualador, democratizador. El carácter progresista del principio de no intervención ha de presumirse; el de la injerencia (humanitaria o democratizadora) ha de probarse caso por caso.

Hay que precaverse de alegatos entusiastas en pro de un Derecho Internacional *impuesto a recalcitrantes y obstinados* por una sociedad internacional mostrenca manejada por Estados o grupos de Estados con más poder que representación. Han de temerse los corolarios últimos de las teorías de la legitimidad del Estado que se formulan aisladas de la constitución de una organización universal democráticamente articulada.

Bien están las resoluciones condenatorias de los gobiernos responsables de violaciones de Derechos Humanos. Bien está que con base en su condena otros gobiernos, individualmente o en grupo, ejerzan el derecho de imponer a los no arrepentidos medidas restrictivas diplomáticas, económicas o de otro tipo que no

impliquen el uso de la fuerza armada ni constriñan la política de terceros, proporcionadas al objetivo que persiguen y sensibles a su impacto sobre las poblaciones cuya condición de víctima no debiera ser acentuada por sus presuntos protectores. Bien está también reconocer el derecho de injerencia humanitaria para prestar asistencia alimenticia y sanitaria y proteger a grupos humanos en peligro por la acción -o inacción- gubernamental. Bien está incluso considerar que en circunstancias extremas violaciones particularmente graves y generalizadas de derechos humanos, como los actos genocidas, constituyen una amenaza para la paz internacional y seguridad internacionales, que no sólo justifica, sino que exige, una acción coercitiva del Consejo de Seguridad, todo ello a condición de que sus miembros sepan representar a la sociedad internacional en su conjunto y estén preparados y dispuestos a aplicar los principios de manera objetiva. Pero, ¿será posible?

NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN Y DE SUS PROTOCOLOS

Héctor Gros Espiell*

I

1) El Tratado de Asunción y el Mercosur

El Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 creó el Mercosur, determinó sus características y elementos y estableció el embrión de su organización, completada y perfeccionada, -en un proceso que se mantiene abierto- por los protocolos posteriores y por el Derecho emanado del accionar de los órganos del sistema.

Es por ello que ningún estudio del Mercosur puede ser ajeno al análisis jurídico del Tratado de Asunción, de su naturaleza jurídica y de sus características particulares.

Lo que el Mercosur es, -y lo que el Mercosur será-, está determinando por múltiples factores -políticos, económicos, sociales y hasta culturales- no sólo de carácter general, que afectan a la totalidad de la región geográfica y humana cubierta por el Mercosur, es decir su ámbito espacial, territorial, personal y temporal, sino también por los factores internos que existen en los Estados miembros y que se proyectan internacionalmente por su importancia, en alguno, algunos o todos los Estados partes(1).

* Miembro Correspondiente de la AADI. Embajador del Uruguay en Francia.

(1) Héctor Gros Espiell. *Les aspects juridiques de l'intégration économique*. La Haye, Académie de Droit International, 1971.

Pero no puede haber duda que todos estos factores internos e internacionales, juegan dentro de un marco jurídico: el del Tratado madre del 26 de marzo de 1991, de sus protocolos posteriores y del Derecho generado por el funcionamiento del Mercosur.

De aquí no sólo la importancia, sino también la ineludible necesidad, de comprender jurídicamente lo que el Tratado de Asunción es como base, como estructura y como proyecto de desarrollo del Mercado Común del Sur.

El Mercosur es, para usar la expresión empleada por el artículo 24 del Tratado constitutivo, "el objeto del presente Tratado".

II

2) El por qué del Tratado de Asunción

No es el objeto de este trabajo estudiar las razones que cada uno de los Estados Partes tuvieron para negociar el Tratado de Asunción, es decir para impulsar un proyecto de integración subregional basado en un Tratado internacional multilateral, ni la historia del proceso que culminó con la firma y la posterior entrada en vigencia, luego de la ratificación por los tres Estados signatarios (art. 19), ni lo que el Tratado significó y significa con respecto a la realidad política de la subregión, formada por Estados independientes y soberanos.

No es, sin embargo, *impertinente recordar las razones y el significado que tuvo y tiene para el Uruguay*. No por chovinismo, sino porque, con menor o mayor incidencia, estas razones existieron en los cuatro signatarios, la historia del proceso es común y la incidencia del Tratado sobre los conceptos de independencia y soberanía en los cuatro Estados miembros es análoga.

El Tratado de Asunción fue un imperativo histórico. En julio y agosto de 1990 se comprendió por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay que no había otro camino.

Por eso pude decir, con referencia a mi país, pero con palabras aplicables a la situación existente en los cuatro Estados, aunque con diferente intensidad y perspectiva:

Uruguay, en julio de 1990, no tenía opción. debía entrar, plena y totalmente en el proceso de integración ya iniciado por Argentina y Brasil.

Quedar al margen hubiera sido suicida, una expresión de imperdonable ceguera política, un pecado contra la historia y contra el futuro(2).

(2) Héctor Gros Espiell. El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea. El Derecho. Buenos Aires, 25 de setiembre de 1991, Año XXIX, N° 7833, pág. 1. Véase, asimismo, Augusto Durán MARTÍNEZ, *El Uruguay en el Mercosur. en Canadá, Uruguay y la Integración Americana*, Universidad Católica, Revista Uruguaya de Derecho Contractual y político, Montevideo. 1996.

En cuanto a la historia del Tratado -a los antecedentes políticos y diplomáticos que llevaron a la reunión de Brasilia del 1° de agosto de 1990, al proceso de negociación y elaboración del Tratado, a su firma, ratificación y entrada en vigencia- he intentado describirla en un trabajo aún inédito(3). Sólo quiero recordar aquí que el Tratado de Asunción fue, en lo esencial, el resultado de la voluntad y el esfuerzo -vital para el Uruguay-, de transformar un proceso bilateral de integración argentino-brasileño ya en curso, en un sistema multilateral referido al Cono Sur.

III

3) El Tratado de Asunción y el Tratado Argentino Brasileño del 29 de setiembre de 1988.

El Tratado de Asunción se proyecta sobre el Tratado Argentino-Brasileño de integración del 29 de setiembre de 1988. He estudiado detenidamente el asunto en ocasión anterior(4). Aunque no ha existido derogación expresa del Tratado bilateral del 1988 por el multilateral del 91, entiendo que:

El Tratado de 1988 aunque formalmente puede considerarse -vigente teniendo en cuenta las salvedades antes expuestas- ha devenido un Tratado carente de sentido y aplicabilidad. El único que hoy regula la creación del Mercado Común del Sur, las obligaciones y derechos de las partes al respecto, es el Tratado de Asunción(5).

Pero la cuestión depende:

...más que del problema jurídico complejísimo de la derogación o de la no derogación, vaciamiento del contenido o no, en base al análisis y confrontación de los dos Tratados, de la habilidad política en la aplicación de esos dos

(3) Héctor GROS ESPIELL, *El Uruguay y el Mercosur. El proceso que condujo al Tratado de Asunción*. Puede consultarse además: Miguel BERTHET, *El Tratado de Asunción y el Mercosur*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, 2° época, N° 1, Montevideo, julio-diciembre 1991; Rubén A. BARBOZA, *Intentos de integración en el Cono Sur hasta el Tratado de Asunción*, Contribuciones, 2/93, CIELDA, Buenos Aires, 1993; Gustavo MARGARINOS, *Comercio e integración, Mundo, Continente, Región*, t. III, Integración en el Cono Sur, FCU, Montevideo, 1994; Gabriel PORCELE, *Integração econômica da América Latina*, notas sobre o legado teórico da Cepal, Revista Brasileira da Política Internacional, Año 34, N° 1, Brasilia 1993; Sergio ABREU, *Mercosur e Integración*, FCU, Montevideo 1991; José Roberto Franco de FONSECA, *Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: El Mercosur*, IHLADI, Madrid 1994.

(4) Héctor GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción*, cit. págs. 5 y 6; Héctor GROS ESPIELL, *Análisis del Tratado Constitutivo del Mercosur*, Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, Santiago 1991, págs. 24-27; Héctor GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción*. Una aproximación a su problemática jurídica. Revista de la Facultad de Derecho, julio-diciembre de 1991, N° 1, Montevideo, págs. 32-34.

(5) Héctor GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción*, cit., Buenos Aires, 1991, párrafo 9.

Tratados para que el proceso de integración se haga, por parte de Argentina y Brasil, como debe hacerse, en base al Tratado de Asunción y no con fundamento en un texto que, en el mejor de los casos, ya está superado por el proceso de integración regional multilateral(6).

IV

4) El Tratado, la soberanía y la independencia de los Estados Partes.

Actualmente no se discute ya la compatibilidad del Tratado de Asunción en los sistemas constitucionales de los Estados Partes. Es un extremo unánimemente aceptado(7), que se funda hoy, además, en textos constitucionales expresos, más o menos explícitos de los cuatro Estados Partes.

No es tampoco ya motivo de discusión su conciliación indudable con el concepto actual de soberanía nacional, es decir de poder último en el ámbito interno, dentro de los límites determinados por el Derecho Internacional.

Es, en cambio, útil recordar que nada en el Tratado de Asunción afecta la independencia nacional, en su verdadero y actual significado. Quiero, al respecto, reproducir lo que dije, el 25 de agosto de 1991, en nombre del gobierno de Uruguay en la Florida, en el CLXVI aniversario de la Independencia. Expresé:

La integración no altera el verdadero y esencial concepto de la independencia nacional.

La independencia "de todo poder extranjero", para usar la fórmula que utiliza el artículo 2 de la Constitución no se afecta en nada. La independencia y la soberanía nacional, en los términos fijados por los artículos 2, 4 y 82 de la Constitución, se mantienen intangibles. Es la independencia y es la soberanía, con un núcleo irreductible, conceptualizadas en el marco del Derecho Internacional y de la realidad actual.

Independencia e integración, fenómeno éste que no podía concebirse, ni siquiera vislumbrarse, cuando se iniciaba en el proceso de 1825, ni cuando se redactaron

(6) Héctor GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción*, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, pág. 32, Montevideo 1991.

(7) Héctor GROS ESPIELL, *La integración económica de América Latina y la Constitución Uruguaya*, La Aduana Uruguaya, abril de 1970, Montevideo; Temas Jurídicos, N° 1, Facultad de Derecho, Montevideo 1968, Héctor GROS ESPIELL, *El Uruguay y la integración latinoamericana*, Montevideo 1991; Rubén CORREA FEITAS, *El Mercosur y la Constitución Uruguaya*, La Justicia Uruguaya 1991, t. CIII, págs. 11-14; Eduardo Esteva GALLICHIO, *La cuestión constitucional en los cuatro Estados partes en el Mercosur, en el Mercosur después de Ouro Preto*, Montevideo 1995. Con carácter general: Allan-Randolph Brewer Carias, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas 1968.

nuestras primeras constituciones, son términos hoy necesariamente conciliables, que no son, ni pueden ser, antinómicos.

Del mismo modo que en el período artiguista y durante la Revolución Libertadora la independencia era compatible con la concepción federativa en sentido amplio, y a nadie se le ocurrió entonces pensar que eran fórmulas antitéticas y opuestas, hoy, ante nuevas realidades, es indiscutible que nacionalismo, independencia, soberanía e integración son términos armónicos, que se sustentan recíprocamente. En cierta forma puede así decirse que el ideal artiguista renace y se encarna nuevamente hoy en la integración de los pueblos hermanos de la Región.

La independencia requiere, para ser real, fundarse en el desarrollo económico, social y cultural. Un país es más independiente y más soberano cuando tiene una economía sana en proceso de expansión y crecimiento. Un pueblo es más libre, cuando su vida se funda en una situación social que abre perspectivas de una vida mejor.

El nacionalismo de hoy se funda necesariamente en la lucha por el bienestar del pueblo, por el fortalecimiento de sus elementos constitutivos y por la afirmación de su cultura. Y todo esto requiere bases económicas, en que se asiente la prosperidad y la perspectiva de una vida plena.

La integración es ahora la fórmula ineludible para lograr esto. Es el camino necesario, en nuestros tiempos, en los días que vivimos, para alcanzar un futuro de dignidad y progreso.

Es por eso que nuestra independencia, su mantenimiento y su afirmación, requiere que avancemos decididamente en el camino de integración⁽⁸⁾.

V

5) Objeto y fin del Tratado de Asunción

El Tratado de Asunción estuvo y está dirigido a crear impulsar y desarrollar un mercado común: el Mercosur. Este objetivo es esencialmente económico, ya que el Mercado Común es un concepto económico. Ese objetivo económico se funda, además, en el Tratado de marzo de 1991, en la obligación de adoptar "una política comercial común" con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la

(8) Ministerio de Relaciones Exteriores, Política Exterior del Uruguay, marzo 1990-julio de 1991, Discursos pronunciados por el Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Héctor GROS ESPIELL, pág. 85, Montevideo 1991. Véase, asimismo, Hebert ARBUET VIGNALI, *El concepto de soberanía y el ingreso al Mercosur*, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, 2º época, Año II, N° 5, Montevideo 1991.

coordinación de posiciones en foros económicos internacionales regionales o universales (art. 1, inciso 4) y en la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial fiscal, monetario, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia en los Estados Partes (art. 1, inciso 5).

Pero implica, asimismo, un objetivo más amplio, fundado en una realidad integral común, con un fondo de ideas y de principios igualmente comunes.

No sólo el compromiso expreso de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes (art. 1, inciso final) lleva a la posibilidad de extensión del concepto de integración en el Mercosur, sino que el Preámbulo, elemento esencial para la interpretación del Tratado, reafirma la "voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre pueblos, con la finalidad de alcanzar los objetivos arriba mencionados".

De tal modo la integración económica se proyectará en las áreas más diversas, entre ellas la social y cultural, como ya ha comenzado a realizarse a través de reuniones de los ministros de los ramos pertinentes de los países miembros.

VI

6) El Tratado de Asunción en cuanto proyecto político.

El Mercosur supone, de igual modo, un proyecto político. En reciente ocasión he dicho:

Toda integración económica se origina y se fundamenta en un proyecto político. Ir hacia la integración económica es, en sí mismo, un objetivo político. Y los medios para lograr la integración económica son políticos y jurídicos. Por eso no es posible contraponer, como cosas opuestas y distintas la integración económica y la integración política.

Por lo demás, todos los procesos de integración económica existentes actualmente parten de la realidad de una ideología y de una concepción política común en los Estados involucrados. Esto es así en Europa. Lo fue en el proceso que llevó a la formación de la Comunidad Europea y lo es, de una manera igualmente clara y radical, en la Unión Europea del Tratado de Maastrich. Y lo es, aunque de una manera menos formal, en los procesos de integración económica existentes en Latino América.

El tema, en el MERCOSUR por ejemplo, si bien no está desarrollado en el Tratado de Asunción, ha sido objeto de pronunciamientos posteriores del Consejo, reunido a nivel de Jefes de Estado. Y podrían citarse otros ejemplos.

Sin embargo, hecha esta precisión, es necesario reconocer que cuando se habla de integración política no se está refiriendo a los elementos políticos de la integración económica, sino a un tipo de integración cuya materia es política, es decir la estructura institucional, en el marco de una idea dirigida a superar la forma política tradicional del Estado, para llegar a un sistema, a un régimen, supranacional en lo político(9).

El Mercosur puede llegar a preceder un proceso de integración política. La ideología democrática, implícita en el Tratado mismo, y expresa y oficialmente aceptada luego, durante el período de aplicación del Tratado de Asunción como un elemento común indispensable, ha de estar en el núcleo de este posible y al parecer ineludible proceso.

Varios son los textos que pueden recordarse en este camino hacia la inclusión del elemento democrático. En aras de la brevedad sólo citaremos el que marca, al día de hoy, la culminación de dicho proceso. Se trata del documento firmado por los cuatro presidentes de los países miembros del Mercosur, en San Luis, Argentina, el 26 de junio de 1996, en el que se incluye la cláusula de garantía democrática (9 bis).

En el trabajo citado anteriormente continúo diciendo:

Integrarse políticamente no significa, necesariamente, pasar a constituir una unión real, una confederación o una federación, dentro de las formas conocidas en la

(9) Héctor GROS ESPIELL, *¿Integración política, utopía o posibilidad real?*, Unesco, Visión Iberoamericana 2000, *La integración en América Latina*, París 1995, pág. 230; Héctor GROS ESPIELL, *La idea actual de la integración latinoamericana*, Perilibras, Unesco Fondo de Cultura Económica, 1994; Héctor GROS ESPIELL, *L'intégration: un impératif économique, mais aussi politique*, REAL, París, 1994.

(9 bis) En la "Declaración Presidencial sobre el compromiso democrático en el Mercosur" (San Luis, 26/VI/96) se acordó:

1. La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios
2. Toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado.
3. Las partes consultarán inmediatamente entre sí, en la forma que estimen apropiada, en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro. Las Partes procederán igualmente, de forma coordinada, a efectuar consultas con el referido Estado miembro.
4. En el caso de que las consultas previstas en el párrafo anterior resulten infructuosas, las Partes considerarán la aplicación de las medidas pertinentes. Las medidas podrán abarcar desde la suspensión del derecho de participación en los foros del Mercosur hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de las normas del Mercosur y de acuerdos celebrados entre cada una de las Partes y el Estado donde haya ocurrido la ruptura del orden democrático.
5. Las Partes deberán incluir una cláusula de afirmación del compromiso con los principios democráticos en los acuerdos del Mercosur con otros países o grupos de países.

historia de los sistemas políticos y en el derecho constitucional comparado.

Puede revestir estas formas, pero también otras. Por ejemplo las formas atípicas de coordinación y armonización política, constituyen -y sobre todo pueden llegar a constituir- posibles vías de integración política.

La obligación de la organización interna en base a la aceptación y respeto de la democracia representativa, la garantía regional de los derechos humanos, el control internacional regional de la libertad de los procesos electorales y de la pureza de las elecciones y la coordinación con vistas a una política exterior común, como la que en cierta forma ha venido realizado el Grupo de Río, son expresiones de un enfoque político integracionista, que supone la existencia de los *elementos de integración* y que, *si se dan otras condiciones*, puede conducir a formas más evolucionadas, precisas y concretas de la misma.

La integración económica, cuando llega a sus etapas finales, implica necesariamente la adopción de medidas que entran en la materia política. La coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados partes y la política monetaria común son un claro ejemplo de esto.

El límite entre la integración económica y la integración política es impreciso, indefinido y cambiante. Toda integración económica, en un determinado grado de su desarrollo, se proyecta e invade el campo político. Y toda integración política supone y requiere la integración económica.

Cuando la integración económica adopta formas de supranacionalidad y cuando existe un derecho comunitario, distinto al derecho interno y al derecho internacional, esa integración es política, aunque la materia política cubierta por la integración sea limitada y parcial.

La existencia de instituciones de tipo parlamentario en los procesos de integración (Parlamento Europeo en la Unión Europea, Parlamento Andino en el Pacto Andino; Comisión Parlamentaria Conjunta en el MERCOSUR) es ya, en sí misma, una prueba de la existencia de un embrión de integración política⁽¹⁰⁾.

7) Esta incidencia política del Mercosur se manifiesta ya no sólo en el compromiso democrático conjunto de los Estados Partes en el Tratado de Asunción, sino que va más allá. En el Encuentro Presidencial de San Luis, en Argentina, en junio de 1996, se resolvió establecer ente los Estados Partes en el Mercosur un mecanismo de Consulta y Concertación Política^(10 bis). De tal modo el Mercosur se proyecta hacia la política exterior, no solamente en el

(10) Unesco, op. cit., pág. 232-233 y 234.

ámbito económico, sino también en el político *strictu sensu*.

VII

8) El Tratado de Asunción y el artículo 50 de la Constitución del Uruguay

El Tratado de Asunción adelanta y ahonda el proceso de integración que resultaba para el Uruguay del Tratado de Montevideo de 1980. El Preámbulo dice claramente que "el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980".

El art. 50 de la Constitución uruguaya ordena que el Estado oriente al comercio exterior protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación. El Tratado de Asunción, -que abre la posibilidad de fomentar la exportación al crear un mercado común de doscientos millones de seres humanos abierto a las exportaciones uruguayas- y que además establece normas, como su art. 4, para inhibir importaciones cuyos precios están influenciados por subsidios, *dumping* o cualquier otra práctica desleal, constituye una forma particular y específica de dar cumplimiento a la referida norma constitucional.

VIII

9) Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción.

El Tratado de Asunción es un Tratado internacional, cuyo objeto es la creación de un mercado común. Las partes deciden constituir este mercado común que deberá estar conformado el 31 de diciembre de 1994 (art. 1).

Es un Tratado que establece el camino, el procedimiento, la forma y el contenido del proceso para llegar al objetivo de constituir el mercado común. No lo crea. Determina como se ha de llegar, necesaria e indudablemente, a él.

(10bis) En la "*Declaración Presidencial sobre el diálogo Político*", se decidió:

1º - Establecer entre los Estados Partes del Mercosur un mecanismo de Consulta y Concertación Política con los siguientes propósitos:

- a) Ampliar y sistematizar la Cooperación Política entre los Estados Partes.
- b) Examinar las cuestiones internacionales de especial interés para los Estados Partes, con el objetivo de buscar concertar posiciones en relación a las mismas, y
- c) Considerar asuntos de interés político común relacionados con terceros países, grupos de países u organismos internacionales.

2º - Las consultas previstas en el artículo 1º serán realizadas al margen de las reuniones del Mercosur, a nivel de Ministros de Relaciones Exteriores o de Altos Funcionarios de los Estados Partes.

Cuando la naturaleza y el alcance de los temas lo sugieran, dichas consultas podrán ser hechos a nivel de Presidentes.

Aunque el Tratado tiene "duración indefinida" (art. 19), en cuanto es un Tratado dirigido esencialmente a regular el período de transición (arts. 1°, 5°, 6°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 15, 16), es un instrumento convencional que, en su momento, concluido este período, deberá ser sustituido por otro Tratado o complementado con uno o varios protocolos adicionales (11).

Es preciso recordar que durante el período de transición, de acuerdo con el art. 3°, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardias, que constan como anexos II, III y IV al Tratado.

Estos anexos así como el I (Programas de Liberación Comercial) y el V (Subgrupos), también aplicables sólo en el período de transición, forman parte, al igual que el Preámbulo del Tratado propiamente dicho (art. 31.2., Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). De tal modo el Tratado de Asunción constituye un todo jurídico conformado por un texto principal, que incluye el Preámbulo, el articulado dispositivo y cinco anexos (12).

El art. 18 del Tratado de Asunción dispone que antes del 31 de diciembre de 1994 los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada una de ellos y su sistema de adopción de decisiones. Es evidente que en ese momento se evaluará, en función de la experiencia cumplida y de los resultados obtenidos, toda la estructura y el funcionamiento del Tratado de Asunción y se adoptarán los nuevos

(11) La expresión "protocolo", en este caso significa instrumento internacional convencional anexo o complementario de un tratado. Es decir de otro instrumento internacional convencional. Está cubierto por la definición del art. 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y no implica desconocer que la palabra protocolo puede tener en Derecho de los tratados, otra acepción posible, como instrumento convencional autónomo. Véase: BASDEVANT, J., *Dictionnaire de la Terminologie Du droit International*, Paris, Sirey, 1960, ps. 489-490. Sobre la naturaleza jurídica de los protocolos al Tratado de Asunción: Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *El Uruguay en el Mercosur*, cit. Un enfoque jurídico de todo este proceso de integración, en: Raimundo BARROS, *Dimensión jurídica e institucional de la integración latinoamericana*, Contribuciones, 2/93 CIEDLA, Año X, N° 2, 1993; Un punto de vista brasileño del primer año del tratado de Asunción, en Rubén Antonio BARBOSA, *A Integração Regional e o Mercosur*, Política exterior, Vol. 12, N° 2, Sao Paulo 1992; En lo que respecta al Uruguay el volumen *Evaluación del Mercosur*, Instituto Artigas del Servicio Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo 1994, en estudios de Hodona, Sienna, Davrieux, Gamio, Gorosito, Pla Rodríguez, Galdós, Muinello, Jung, Pascale y Pérez del Castillo.

(12) Eduardo TELECHEA, *El Protocolo de Ouro Preto de medidas cautelares, un hito en la regulación de la cooperación jurisdiccional entre los estados Partes del Mercosur*, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, N° 11, Montevideo, 1996, pág. 43.

instrumentos internacionales necesarios.

En es este sentido, limitado y preciso, que puede decirse que el Tratado de Asunción es un Tratado provisorio o preliminar.

No puede haber duda alguna que el futuro Tratado o los futuros protocolos, deberán ser firmados por el Poder Ejecutivo y ratificados por éste, previa aprobación del Poder Legislativo. Sin este requisito no tendrán existencia jurídica para el Uruguay. No puede conceptuarse que la "estructura constitucional definitiva" (art. 18, Tratado), puede resultar de la mera decisión de una "reunión extraordinaria". Esta reunión sólo puede adoptar el proyecto de uno o varios instrumentos convencionales que, en cuanto verdaderos Tratados, deberán someterse al mismo procedimiento de firma y ratificación a que estuvo sujeto el propio Tratado de Asunción (art. 19).

IX

10) La estructura institucional orgánica

No es el objeto de este trabajo analizar esta estructura. Sólo deseo señalar que está prevista en el Tratado de Asunción (capítulo II, arts. 9-18).

El propio Tratado prevé la continuación del proceso de institucionalización del Mercosur (art. 18). Ya hemos señalado en el párrafo precedente cual es la correcta interpretación de este artículo 18 y en el siguiente precisamos que lo logrado hasta ahora en los protocolos adicionales ya firmados, es sólo un paso en un proceso que continúa abierto.

11) La institucionalización definitiva del Mercosur

Antes del establecimiento del Mercado Común, los Estados Partes se obligaron por el Tratado de Asunción a convocar una reunión extraordinaria. Esta reunión tendría por cometido determinar la estructura institucional definitiva, es decir que su objetivo habría de ser la decisión respecto de la "estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común" (art. 18).

En un trabajo publicado en 1991 enuncié los puntos que podrán ser encarados en esta reunión. Dije entonces:

"Esta reunión, como consecuencia de que deberá determinar la estructura institucional definitiva, deberá decidir respecto de la naturaleza jurídica del sistema de integración que se conformará. Es decir, establecer si ese Mercado Común constituirá una organización internacional *strictu sensu*, con personalidad jurídica internacional, si se creará un régimen basado en la idea de supranacionalidad, si existirá un Derecho Comunitario y si orgánicamente se establecerá un órgano comunitario, la Comisión, en términos análogos a los del Tratado de

Roma (arts. 155-163), un Consejo de Ministros, con nuevas competencias respecto del actual (arts. 10, 11 y 12, Tratado de Asunción), que armonicen con la de la Comisión, en términos similares a los del Tratado de Roma (arts. 145-154). Asimismo se habrá de decidir si se creará un verdadero sistema jurisdiccional, superando el embrionario provisorio y parcial previsto actualmente en el anexo III del Tratado de Asunción, que responde sólo a las necesidades actuales, para encarar un verdadero régimen jurisdiccional, que no esté destinado sólo a resolver las controversias entre las partes, sino también a asegurar la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados Partes.

Tendrá, asimismo, que resolverse si la "Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur", cuyo objetivo es "facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común" (art. 24), se transformará en un Parlamento o en una Asamblea Parlamentaria, que pueda seguir la evolución que sufrió la Asamblea en el Tratado de Roma hasta llegar a ser el Parlamento Europeo (art. 137).

Para que este desarrollo, que personalmente estimo indispensable para la existencia de un verdadero Mercado Común y una integración moderna y eficaz sea posible, se requiere indispensablemente que la experiencia de estos primeros años sea positiva y que sea posible trabajar, con optimismo, sobre la realidad de un proceso de integración en marcha, en el que se hayan ido aplicando adecuadamente "los instrumentos para la Constitución del Mercado Común", previstos en el art. 5º(13).

Este era el enfoque más amplio y comprensivo posible de la obra a encarar en la reunión extraordinaria prevista por el artículo 18. La reunión se realizó, se pudieron salvar los principales obstáculos y dificultades existentes y se avanzó sustancialmente en la institucionalización del Mercosur.

Se estableció una nueva estructura orgánica, con órganos nuevos como la Comisión de Comercio del Mercosur y el Foro Consultor Económico Social(14).

Pero no podemos decir aún que la institucionalización actual es definitiva y final. El Tratado de Asunción, pese a lo que se ha avanzado, a los acuerdos logrados y a los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, continúa siendo un

(13) Héctor GROS ESPIELL, *El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea*. El Derecho. Buenos Aires, 25/IX/91. Véase Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *op. cit.*

(14) María Alejandra SACCONI. *El Mercosur de la post-transición. Balance y perspectivas*. Cuadernos de Política Exterior Argentina. CERIR. Rosario, Argentina, 1995; Augusto Durán Martínez, *Estructura Orgánica del Mercosur*; José María GAMIO, *Ordenamiento jurídico del Mercosur*, en *El Mercosur después de Ouro Preto*. Montevideo 1995.

proceso abierto, que ha de desarrollarse y perfeccionarse a través de futuros y necesarios actos jurídicos internacionales complementarios.

12) Señalaremos ahora algo sobre hasta donde se ha llegado actualmente en el proceso de institucionalización del Mercosur

Ya hemos precisado algo en el párrafo anterior, en relación con el avance logrado en Ouro Preto.

Pero es necesario agregar que en el proceso de institucionalización del Mercosur ha jugado un papel determinante y lo seguirá jugando -ya que como dijimos el proceso continúa abierto- la cuestión de la solución de controversias.

Esta cuestión estaba encarada inicialmente, de una manera somera y elemental en el propio Tratado de Asunción (Anexo III, Solución de Controversias). Luego hubo un tímido avance en el Protocolo de Brasilia (15).

Después el Protocolo de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994, dedicó todo su Capítulo VI (art. 43-45) al "Sistema de Solución de Controversias" (16).

Ha existido un progreso. Pero no hay aún un verdadero sistema jurisdiccional de solución de controversias.

Sin la existencia de un sistema de este tipo no puede consolidarse verdaderamente la integración. Por lo demás un sistema de solución judicial directo, con un órgano judicial permanente e independiente, es la mejor forma de asegurar el equilibrio y la justicia en el reconocimiento de los derechos de todos los Estados partes, sin importar su poder y su significación económica o política.

El pasaje a un nivel futuro de mayor integración, con la existencia de un verdadero derecho comunitario, requerirá indispensablemente de un sistema judicial orgánico.

13) El fin de este trabajo, como ya he dicho, no es el análisis del contenido del Tratado, sino de su naturaleza jurídica, de sus caracteres en cuanto acto

(15) Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, UCUDAL, Serie Congresos y Conferencias, N° 8, Montevideo 1993, con estudios de Jorge Pérez Otermin, Augusto Durán Martínez, Adolfo Gelsi Bidar y Rafael Adiego Bruno. Incluye el texto del Protocolo de Brasilia.

(16) DIDIER OPERTIL, Solución de Controversias en el Mercosur, Aspectos de Derecho Internacional Privado y Alejandro Abal Oliú, Solución de Controversias en el Mercosur, Aspectos Procesales, en el Mercosur después de Ouro Preto, Aspectos jurídicos, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, UCUDAL, Serie Congresos y Conferencias N° 11, Montevideo, 1995.

jurídico internacional, de su forma, de su carácter institucional y de su aplicación en el Derecho Interno.

Por eso dejamos de lado el estudio de otros elementos de gran importancia, tanto jurídica como económica, pero que encaran cuestiones distintas a los que nos hemos fijado como objetivos de este artículo (17), como por ejemplo lo relativo al análisis específico de la estructura y organización institucional del Mercosur.

X

14) El Mercosur como sujeto de Derecho Internacional

Ya hemos indicado que actualmente el Mercosur tiene personalidad jurídica internacional.

Ello hace posible que negocie, acuerde y aplique Tratados y convenios internacionales con terceros Estados, con otros sistemas de integración regional (17bis) cualquiera que sea la forma jurídica que revistan, siempre que posean competencia para ello, y con organizaciones internacionales de cualquier naturaleza, entre los que pueden encontrarse, por razón de materia, por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Sistema Económico Latinoamericano (SELa).

Antes de que el Mercosur fuera dotado expresamente de personalidad jurídica, por el Protocolo de Ouro Preto (Capítulo II, Personalidad Jurídica, arts. 34-36), y fuera por consiguiente un sujeto de derecho internacional, fue necesario en el primer acuerdo internacional celebrado (el Rose Garden Agreement ° 4+1), que se adoptara la forma de un convenio entre cuatro Estados (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) por un lado y la otra parte (Estados Unidos). Hoy la situación es distinta.

Según el artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto el Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional, podrá practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias (Art. 35 del precitado Protocolo). El Mercosur celebrará acuerdos de Sede (Art. 36 del Protocolo).

La personalidad de Derecho Internacional del Mercosur se proyecta

(17) Héctor GROS ESPIELL. El Tratado. cit.

(17bis) Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericanas (IRELIA). *La Unión Europea y el Mercosur. ¿Hacia una nueva relación económica?*. Madrid, junio 1996. Frank PETITEVILLE. Europa-América Latina: *La Synergie des logiques d'intégration?*. Revue Politique et Parlementaire. N° 983. mai-juin 1996.

internamente y obliga a su reconocimiento, en los derechos internos de los Estados partes. En los Estados miembros la capacidad jurídica del Mercosur será así necesariamente reconocida.

No se prevé, en este Protocolo, cual será la Sede del Mercosur. Se determinará posteriormente por acuerdo de las Partes.

El Consejo del Mercado Común ejercerá la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur (Artículo 8, III del Protocolo de Ouro Preto).

El Estado miembro sobre cuyo territorio esté situada la sede del Mercosur acordará a las misiones de los Estados terceros acreditados ante el Mercosur, las inmunidades y privilegios diplomáticos pertinentes.

La personalidad jurídica capacita, como ya se ha dicho, al Mercosur para celebrar Tratados con otros sujetos del Derecho Internacional, además de terceros Estados y el Estado en el que se ubicará la Sede.

XI

15) El Derecho del Mercosur

¿Existe un Derecho del Mercosur? Creo que la respuesta obvia e ineludible es que sí. Sólo algunos pocos han osado contestar con la negativa. Yo adhiero sin reservas a la respuesta afirmativa. Sólo quiero agregar que es evidente que este Derecho existe, porque no sólo tiene una base convencional (Tratado de Asunción, Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto), sino porque además, según este mismo Protocolo, las decisiones de los órganos del Mercosur son fuentes de derechos y obligaciones jurídicas internacionales para los Estados parte y asimismo para la persona jurídica Mercosur (Capítulo V, Fuentes jurídicas del Mercosur, arts. 41-42).

El artículo 41 del capítulo V del Protocolo de Ouro Preto enumera las fuentes jurídicas del Mercosur. Estas fuentes son:

I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;

II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;

III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales

mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (Artículo 42 del Protocolo).

El Tratado de Asunción, sus Protocolos, incluido el de Ouro Preto que es parte integrante del Tratado de Asunción (Art. 48 del Protocolo de Ouro Preto) y los instrumentos adicionales o complementarios, configuran el derecho originario o constitucional del Mercosur. Según el Protocolo de Ouro Preto "quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición" (Art. 53 del Protocolo de Ouro Preto). Es esta una disposición excepcional, caso único en que por disposición de un Tratado, el Protocolo de Ouro Preto, del que son parte los mismos Estados partes en el Tratado de Asunción, se derogan normas de éste y se da efecto derogatorio del Tratado madre a las decisiones del Consejo del Mercado Común durante el período de transición. Pero, obviamente, nunca más en el futuro, las decisiones de un órgano del Mercosur podrán tener efecto derogatorio sobre el Tratado de Asunción ni sobre sus Protocolos.

El Tratado de Asunción y los protocolos que lo modifican, son Tratados internacionales regidos por el Derecho Internacional y, en consecuencia, por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Las fuentes jurídicas indicadas en el Art. 41 del Protocolo de Ouro Preto son actos internacionales unilaterales que el Tratado de Asunción autoriza a dictar a los órganos instituidos. Las decisiones del Consejo, las resoluciones del Grupo y las directivas de la Comisión, son así fuentes del Derecho del Mercosur. No aparecen indicados en el elenco de fuentes los laudos dictados en virtud del Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias. Empero, los laudos deben ser considerados también como fuentes de Derecho derivado. Son indudablemente fuente del Derecho aplicable al caso juzgado.

Aunque el tema es espinoso, ya que la cuestión de la jerarquía normativa entre los tratados es muy compleja y discutida, entiendo que existe una supremacía del Tratado constitutivo del Mercosur y de los Protocolos respecto de los demás Tratados o acuerdos internacionales celebrados por el Mercosur.

El Derecho Internacional derivado está subordinado al Tratado y a sus protocolos (18).

16) ¿Pero este Derecho del Mercosur puede ser ya concebido como un verdadero

(18) Antonio BOGGIANO, *Primer estudio sobre el Derecho Institucional del Mercosur. En América Latina Hoy*, Derecho y Economía. Milán, Universidad Bocconi, 1995.

Derecho comunitario? A mi juicio todavía no. Hay lo que podrán llamarse atisbos de un futuro Derecho Comunitario. Pero nada más.

Estos atisbos actuales pueden estar en el inicio de un proceso evolutivo que en el mañana lleve a un Derecho Comunitario, si los Estados Partes salen de sus incertidumbres actuales y deciden políticamente seguir esa dirección.

La existencia de una supranacionalidad futura y la consiguiente existencia de un Derecho Comunitario planteará, en su momento, la discutida cuestión de su compatibilidad con los sistemas Constitucionales de los Estados Miembros. El tema ha sido estudiado exhaustivamente con encontradas posiciones, en el Uruguay (19).

17) La existencia actual de un Mercado Común, resultado del proceso fundado en Tratado de Asunción y en sus protocolos, no ha significado aún la creación de un sistema de supranacionalidad ni de un verdadero Derecho Comunitario.

Una prueba adicional de esta afirmación resulta del sistema de votación en los órganos del Mercosur.

En el Tratado de Asunción el artículo 16 estableció que "durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes".

El artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto mantuvo el régimen pero lo hizo aplicable a toda la nueva estructura orgánica. Esta norma dice así: "Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes".

Con un sistema de este tipo, que excluye siempre, en todos los casos, y sin excepciones, la posibilidad de que una mayoría, incluso calificada, puede adoptar decisiones, no es posible que exista un derecho Comunitario y, mucho menos, se haya recibido, la idea -con todas sus consecuencias- de la supranacionalidad.

Es este un futuro probable y un camino abierto a la evolución institucional.

(19) A favor de la compatibilidad: Felipe PAOLILLO, *Las normas constitucionales sobre integración económica y social*, Estudios sobre la Reforma Constitucional, Cuadernos, N° 19, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1964; M. A. Vieira, *La Integración Latinoamericana. Alcances y Aplicaciones de la nueva Constitución Uruguaya*, IEPAL, Montevideo, 1967. En contra: E. ESTEVA, *Derecho comunitario y Derecho Constitucional*, Gaceta Forense, Montevideo, 1983; *En torno al Tratado de Asunción*. Algunas reflexiones desde la perspectiva del Derecho Constitucional. Revista UCUDAL, N° 20. Montevideo 1991; J. KORZENIAK, Curso de Derecho Constitucional, F.C.U., Montevideo 1972, T.I. Con una posición más matizada, eventualmente favorable a la compatibilidad: Héctor GROS FSPIELL, *La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya*. Temas jurídica, La Constitución de 1967. Montevideo 1968; Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *en Solución de Controversias en el Mercosur*. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional. Político. Serie Congresos y Conferencias. N° 8. Montevideo 1992.

XII

18) Aplicación interna del Tratado de Asunción

El Derecho del Mercosur se aplica directa o inmediatamente en el Derecho Interno. Es una característica general de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana la aceptación del criterio de la aplicación directa del Derecho Internacional, -y en especial de los Tratados ratificados y en vigencia- en el Derecho Interno. El Derecho del Mercosur no es una excepción a este criterio. Por lo demás el capítulo VI del Protocolo de Ouro Preto, "Aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del Mercosur (arts. 38-40) prevé y regula esta aplicación(20).

Pero esta aplicación directa no significa por sí sola la prueba de la existencia de un Derecho Comunitario.

Existe un Derecho Comunitario cuando se ha producido una transferencia de competencias atribuidas a órganos internos del Estado a órganos comunitarios y cuando hay un tribunal o corte encargado no sólo de dirimir las controversias entre los Estados Partes, sino también de regular la aplicación interna del Derecho Comunitario y asegurar su primacía sobre el Derecho Interno. Esto no existe aún en el Mercosur.

Esta conclusión vale no sólo para el Uruguay, sino para todos los Estados Partes en el Tratado de Asunción.

XIII

19) El Tratado de Asunción y ALADI

El párr. 5° del Preámbulo del Tratado de Asunción dice que este tratado debe considerarse como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980. Y el Tratado de Montevideo en el párrafo 6° de su Preámbulo, afirma la disposición de las partes de "impulsar el desarrollo de vínculos de solidaridad y cooperación con otros países y áreas de integración de América Latina a fin de promover un proceso convergente que conduzca al establecimiento de un mercado común regional.

Hay por tanto coincidencia de objetivos y plena compatibilidad entre ambos Tratados.

(20) Wertu R. FARÍA. *Métodos de Harmonização Aplicáveis no Mercosur e incorporação das normas correspondentes nas Ordens Jurídicas Internas*. Boletim da Sociedade Brasileira do Direito Internacional, Anno XLVIII, Julho-Dezembro 1995, Nº 98/100, Didier Operti y Alberto Fabini. *Normativa Mercosur. Incorporación al Derecho Positivo de los Estados Partes del Mercosur*, Montevideo, 15 de diciembre de 1993; Antonio Boggiano, op. cit. pag. 71.

En mi reciente trabajo *ALADI y el futuro* he dicho al respecto:

"Nadie puede dudar de la obra cumplida por los tratados de Montevideo de 1960 y 1980, por Alale y Alac, para crear y desarrollar la conciencia integracionista de América Latina y para impulsar el acrecentamiento del comercio regional.

"Sí en esa obra, sin esa conciencia generada, sin la realidad de ese comercio y sin la percepción de las metas, a las cuales puede llegarse, no hubiera sido posible el renacimiento del impulso integrador en estos últimos años, no sería concebible el despertar del Pacto Andino, no se hubieran producido las nuevas iniciativas subregionales de integración y, en especial, no hubiese sido posible concebir y realizar esta grande, audaz, innovadora, desafiante y radical empresa, que es la conformación del Mercado Común del Sur en el marco del Tratado de Asunción de 1991.

"Estos nucleamientos subregionales no son incompatibles con Aladi. Por el contrario son la demostración de la verdad de los principios en que se funda el Tratado de Montevideo y de la vitalidad, subsistencia y actualidad de los objetivos que fija.

La integración económica final de América Latina debe efectuarse gradualmente, tomando en consideración realidades subregionales y regionales, en un proceso paulatino que pasa de menor a mayor.

"Hoy Aladi tiene una tarea nueva y especial. La negociación y registro de los acuerdos de alcance parcial en las más diversas materias, constituye, por ejemplo, una tarea esencial, renovadora e imprescindible.

"A esto se une la necesidad de que Aladi sirva de marco, armónico y sistemático, para la convergencia y desarrollo de los sistemas subregionales de integración.

En cuanto a la forma de hacer efectiva esta compatibilización coincidimos totalmente con Sergio Abreu, cuando dice:

"El Tratado de Montevideo de 1980 instauro un orden jurídico que postula el establecimiento, en última instancia, de un mercado común latinoamericano (art. 1º, inc. 2).

Entre los mecanismos que otorgan flexibilidad al Tratado están los ya mencionados Acuerdos de Alcance Parcial definidos como aquellos "en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros" (art. 7º). ejemplos de estos son los acuerdos celebrados por Uruguay con Brasil (PEC), con Argentina (CAUCE), y con México.

Para que el régimen especial creado entre las partes por el Tratado de Asunción no se extienda automáticamente a todas las demás partes del Tratado de Montevideo, es necesario concebir a aquél como un acuerdo de alcance parcial (art. 7, Tratado de Montevideo) y actuar en consecuencia.

El art. 8 del Tratado de Asunción, en virtud de que las partes lo son también de Aladi -y entre ellas rige y produce efectos el art. 44 del Tratado de Montevideo- se aplica a un caso distinto: al de productos originarios de o destinados a terceros países no miembros de la Aladi. Posee esta norma el art. 8 del Tratado de Asunción, en consecuencia, un paralelismo esencial con el art. 1 del Acuerdo General, con la salvedad de que se aplica a cualquier tercer país no miembro de Aladi, sea o no parte contratante del GATT.

Fue, en consecuencia, necesario que el Tratado de Asunción se inscribiera como AAP para su correcta armonización con el art. 44 del Tratado de Montevideo.

20) El Tratado de Asunción y el GATT.

El Tratado de Asunción, en cuanto está dirigido a constituir un Mercado Común, fue comunicado al GATT a los efectos que establecía en el art. XXIV del Acuerdo General de Aranceles y Comercio. Este Tratado -el GATT- no se refería, usando tal denominación, a los casos de existencia de un Mercado Común. Esta noción no existía aún cuando en 1948, se redactó el Acuerdo General. Pero no sólo el concepto de Unión Aduanera, -éste sí previsto en el Acuerdo General- es aplicable en cuanto supone un *arancel externo común*, sino que todo Mercado Común significa, aunque es mucho más, una Zona de Libre Comercio. Ello fue así reconocido por el GATT, en múltiples precedentes.

El concepto de "Unión Aduanera" coincide parcialmente con el Mercado Común (art. 8, a, ii) y el de la "Zona de Libre Comercio" está contenido, aunque es mucho más limitado, en el de Mercado Común (art. XXIV, 8, b).

La comunicación al GATT es la que se hizo oportunamente por los Estados Miembros del Mercosur(21).

En ese momento estaba en vigor el Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

Hoy, cumplida ya esa etapa, bajo el régimen jurídico entonces vigente, la compatibilidad del Tratado de Asunción con el sistema Mundial de Comercio, está referida a la Organización Mundial de Comercio y a toda la institucionalidad que resulta de los Acuerdos de Marrakesh(22).

XIV

21) Las Partes del Tratado de Asunción

(21) Véase el texto de la comunicación de los Presidentes de Argentina, Brasil, Uruguay al Gatt, del 4 de junio de 1991, en Héctor Gros Espiell, El Tratado, cit.

(22) Thiébaud Flory, *Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay*, Journal du droit International, Paris, 122 année (1995) 4 (octobre-décembre).

Actualmente son partes en el Tratado de Asunción Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Son los cuatro Estados que lo concibieron, lo negociaron, lo pensaron y lo ratificaron. Son los cuatro Estados que, enumerados especialmente, expresaron en el Preámbulo las razones que los llevaron a acordar este Tratado Internacional. Fueron sus cuatro Presidentes y sus cuatro Ministros de Relaciones Exteriores los que lo firmaron en Asunción el 26 de marzo de 1991.

Sólo estos cuatro Estados -que lo ratificaron de acuerdo con su artículo 19- han podido ser firmantes. Los que en el futuro llegarán a ser partes lo serán como consecuencia de su adhesión, debidamente negociada, y como resultado de la decisión unánime de los cuatro Estados partes, según el artículo 20 del Tratado. Únicamente podrán llegar a ser partes en el Tratado de Asunción, los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, después de cinco años de vigencia del Tratado de Asunción.

No obstante podrán ser consideradas antes de ese plazo las solicitudes presentadas por países miembros de Aladi que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extra regional (artículo 20, párrafo 2).

22) La situación de Chile y Bolivia

Chile que podría haber presentado una solicitud de adhesión pues se encontraba en la situación prevista en el párrafo segundo del artículo 20, ha seguido el camino, de acuerdo con los cuatro Estados partes, de negociar un acuerdo de asociación con el Mercosur(23). Este Acuerdo se firmó en San Luis, Argentina, el 25 de junio de 1996. Se adoptó así la figura del acuerdo de asociación, figura no prevista expresamente en el Tratado de Asunción, pero lícita y lógica, que yo preconicé siempre.

En cuanto a Bolivia, -luego de su largo proceso para encontrar la fórmula jurídica de su posible vinculación con el Mercosur, decidió también, en San Luis en la ocasión antes recordada, firmar en el plazo de 90 días un acuerdo marco de complementación económica con el Mercosur que entrará en vigencia en 1997. A diferencia de Chile, Bolivia forma parte de otro esquema subregional de integración: el Pacto Andino. Tanto Chile como Bolivia son miembros de Aladi.

XV

Características formales del Tratado de Asunción.

(23) Guy HERZLICH. *Le succes du "Marche Commun du Cône Sud"*. Le Monde. Paris. 6 juillet 1996.

23. Denominación

Es el propio Tratado el que determina su nombre. En efecto el artículo 23 dice: "El presente Tratado se denominará "Tratado de Asunción".

24. Firmas, Ratificaciones y Adhesiones

Ya hemos dicho en el párrafo 17, lo esencial a este respecto. El Tratado de Asunción no contiene ninguna norma sobre la firma. Es lógico, porque los únicos firmantes posibles eran los cuatro que lo negociaron.

En cuanto a las ratificaciones están puestas en el artículo 19 en relación con su entrada en vigencia y con el depósito de los instrumentos de ratificación.

En cambio se prevé lo relativo a la adhesión, en cuanto a que Estados pueden adherir, cuando y como (art. 20).

Es interesante destacar, porque no es común encontrar una norma análoga que fija una fecha a partir de la que recién pueden considerarse las solicitudes de adhesión, que esta debe ser el resultado de una negociación y que la aprobación de las solicitudes de adhesión debe ser objeto de una decisión unánime de los Estados Partes.

25) Idiomas del Tratado e idiomas en el Mercosur

Es necesario distinguir, -y no confundir- dos cosas distintas: los idiomas del Tratado de Asunción y los idiomas utilizados en el Mercosur.

En cuanto a los idiomas del Tratado, sólo se dice que el Tratado ha sido "hecho", y en consecuencia firmado, "en un original en los idiomas español y portugués", siendo ambos textos idénticos (constancia final luego del artículo 24 y antes de las firmas). Si se llegara a plantear una cuestión interpretativa en relación con diferencias entre los idiomas empleados, -siendo los dos auténticos- habría que recurrir al artículo 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Interpretación de Tratados autenticados en dos o más idiomas) y a la doctrina y jurisprudencia internacional sobre esta engorrosa cuestión, que ha dado lugar a múltiples problemas.

En lo que se refiere a los idiomas en el Mercosur, el artículo 17 del Tratado de Asunción dispone que los idiomas oficiales del Mercado Común será el español y el portugués y la versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión. Esta norma fue levemente modificada, para corregir el error de referirse sin más al "Mercado Común", por el artículo 46 del Protocolo de Ouro Preto que habla de los "idiomas oficiales del Mercosur".

26) Entrada en vigencia

El art. 19 del Tratado, en lo que se refiere a su entrada en vigencia,

determina "que entrará en vigencia 30 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación". Ratificado primero por el Paraguay, lo fue luego por el Uruguay e inmediatamente después por Argentina y Brasil. Entró en vigor treinta días después de la fecha del depósito de la ratificación, hecha en forma simultánea por Argentina y Brasil.

27) Duración

El Tratado de Asunción tiene duración indefinida (art. 19). Es decir que su vigencia no está limitada por el pasaje del tiempo ni caduca automáticamente al transcurrir determinado lapso.

Su terminación sólo puede producirse de acuerdo con lo previsto por el Derecho Internacional (Sección II, arts. 54-64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Todos estos artículos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados aplicables al caso del Tratado de Asunción, deben serlo con base en el supuesto de que el Tratado de Asunción tiene, en principio, duración indefinida, y que prevé expresamente la posibilidad de denuncia y de la forma de ejercerla (art. 21 del Tratado de Asunción y art. 56 de la Convención de Viena).

28) Depositario

Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el gobierno de Paraguay (art. 19).

Este artículo establece las obligaciones del gobierno depositario.

Concuerda con lo dispuesto al respecto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 76, 77 y 78) que, por lo demás, es aplicable para determinar las otras obligaciones del depositario, además de la específicamente determinada en el art. 19 por el Tratado de Asunción. Estas obligaciones están especificadas en el artículo 77 de la Convención de Viena.

29) Revisión

La modificación del Tratado de Asunción sólo puede hacerse por revisión, acorde con el procedimiento pertinente según el Derecho Internacional. Es obvio que el Tratado no puede ser modificado por las decisiones de los órganos instituidos por el Tratado o sus Protocolos ni por los Estados Partes.

La revisión, que la Convención de Viena llama enmienda, sólo puede hacerse por acuerdo entre las partes, siguiéndose los mismos procedimientos extremos y requisitos previstos para la celebración y entrada en vigor de los Tratados (art. 39 y Parte II, arts. 6-18 de la Convención de Viena).

Esta Convención prevé asimismo el procedimiento para *modificar los* Tratados multilaterales entre las partes únicamente (art. 41). Esta norma, -de aplicación en general restringidísima-, pero mucho más en el caso de un Tratado de integración de las características del de Asunción, sólo podrá teóricamente utilizarse, con base en los párrafos 1, b, i, ii y 2 del artículo 41. Pero prácticamente es imposible pensar en la posibilidad real de una enmienda de esta naturaleza en el caso del Tratado de Asunción.

El capítulo IX "Revisión" (art. 47) del Protocolo de Ouro Preto, dispone que los Estados convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una Conferencia Diplomática con el objeto de revisar la estructura institucional del Mercosur establecida por el presente Protocolo, así son las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos".

Naturalmente el día que, en el futuro, se convoque, -y se celebre esta Conferencia, la misma sólo podrá adoptar un proyecto de Protocolo, que ha de ser firmado y sometido a ratificación de los Estados partes- de la misma manera que lo fue el de Ouro Preto.

30) Reservas

El Tratado de Asunción no prevé especialmente la posibilidad de hacer reservas, pero tampoco las prohíbe.

En consecuencia, por la aplicación de los principios generales y de la Convención de Viena, las reservas al Tratado de Asunción son, en principio, admisibles (art. 19, Convención de Viena). Pero tales reservas deben ser compatibles "con el objetivo y el fin del Tratado" (art. 19 c. Convención de Viena).

Ninguno de los cuatro Estados que firmaron el Tratado de Asunción hizo reservas, ni declaraciones interpretativas. Tampoco lo hicieron al ratificar.

En cuanto a los Estados que en el futuro adhieran, como esta adhesión se ha de efectuar mediante negociación con los demás miembros y la aprobación de las solicitudes de adhesión ha de ser objeto de decisión unánime de los Estados Partes (art. 20, Tratado de Asunción), no es probable que puedan darse reservas a este Tratado por parte de los Estados que adhieran en el futuro.

31) Denuncia

La denuncia, -es decir el instituto destinado a poner fin a la condición de parte en un Tratado (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, arts. 44 y 56)- está prevista expresamente en el capítulo V (arts. 21 y 22 del Tratado de Asunción).

La denuncia es un instituto que podría existir aunque no se dispusiera nada en el Tratado, por aplicación de la Convención de Viena (art. 44), ya que el Derecho

Internacional reconoce su pertinencia y aplicabilidad, en los casos previstos en el párrafo 1, a y b de este artículo. Pero el Tratado de Asunción prevé expresamente la posibilidad de denuncia y regula su forma y efectos (arts. 21 y 22).

En un Tratado como el de Asunción la posibilidad de denuncia y la regulación de su régimen es muy importante. Si el Mercosur llegara a fracasar -lo que no existe en nuestros pensamientos ni previsiones, pero que es una hipótesis que no puede teóricamente descartarse si sus efectos fueran claramente negativos- la denuncia del Tratado de Asunción por un Estado sería el recurso último y final, luego de agotadas y procuradas todas las negociaciones.

32) Interpretación

El Tratado de Asunción no contiene normas sobre su interpretación. En consecuencia debe recurrirse a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

En el caso del Tratado de Asunción, por su naturaleza y características, es esencial la aplicación del art. 31 de la Convención de Viena (Regla General de Interpretación) en especial el precepto capital de que debe "interpretarse" de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1). Pero además, considerando el carácter abierto y evolutivo del proceso de creación del Mercado Común y su contenido parcialmente provisorio del Tratado de Asunción, es necesario tener en cuenta en su interpretación "todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del Tratado y de la aplicación de sus disposiciones" y "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la cual consta el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado" (art. 31, 3, a y b).

LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR CRÍMENES INTERNACIONALES

*Francisco Villagrán Kramer**

La Comisión de Derecho Internacional de las NN. U.U. concluyó en 1996 -y no sin enfrentamientos doctrinarios- la primera lectura del proyecto de una posible convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados y, la segunda lectura del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

En el proyecto de Código estableció la responsabilidad personal o individual de autores y cómplices de actos y omisiones que, por su gravedad, consideró crímenes internacionales. Reputó como tales la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra, en tanto que, en materia de la responsabilidad internacional de los Estados, mantuvo el desdoblamiento establecido en 1976 en delitos y crímenes internacionales. Luego, conservó los indicadores aprobados en 1985 para establecer cuales Estados pueden considerarse Estados lesionados, (art. 5 segunda parte) tanto por los hechos ilícitos reputados como delitos como por crímenes. Finalmente, precisó en 1996 las consecuencias internacionales de unos y otros, incluyendo la puesta en marcha -*mis en ouvre*- de la responsabilidad.

Los progresos logrados fueron por etapas. A largo de ellas la C.D.I. mantuvo un paralelismo entre los proyectos de Código de Crímenes y el de responsabilidad internacional. En alguna medida obedeció a que primero, la Asamblea General consideró útil consolidar los principios del derecho internacional consagrados en el

(*) Miembro correspondiente de la AADI. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional.

Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el fallo de ese tribunal -tarea que completó la C.D.I. en 1950-. Luego, porque le encargó preparar un *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* y en 1953, le recomendó hacer un ensayo de codificación y desarrollo progresivo de la responsabilidad internacional de los Estados, sin precisarle si debería o no distinguir entre crímenes y delitos internacionales.

I

RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y ESTATAL

Si bien se mantuvo hasta la conclusión de ambos proyectos el paralelismo señalado cabe indicar que inicialmente la Comisión, exploró la posibilidad de que tanto los Estados como los individuos fueren responsables de crímenes internacionales. El primer relator especial del tema de la responsabilidad, -el jurista cubano Francisco García Amador- puntualizó en 1954 esa posibilidad⁽¹⁾, la que, sin embargo, pronto abandonó la C.D.I.

En efecto, al tener presente que no es dable encarcelar al Estado ni menos aplicársele pena de muerte, se acentuó la tendencia contraria a la criminalización. Sin embargo, el concepto crímenes de Estado y la necesidad de deslindar la responsabilidad penal y la responsabilidad internacional condujo a diferenciar la de orden penal *estrictamente para las personas* y la internacional -o civil- para los Estados, esta última no como vicaria o subsidiaria sino, como única.

En la VI Comisión de la Asamblea General y en la C.D.I. privó, pues, la máxima *societas delinquere non potest*, por lo que se consignó en el art. 2 del proyecto de lo que llamamos Mini Código de Crímenes contra la Paz y la seguridad de la Humanidad que un "crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual" agregándose: "El que cometa el crimen de agresión será responsable personalmente de conformidad con el art. 16". Por su parte, esa responsabilidad ha lugar a que las personas responsables sean sancionadas con una pena, proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen. Por último, se deslindaron en el art. 4 las responsabilidades, al decir:

"El hecho de que el presente código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del Derecho Internacional".

(1) V. "State responsibility in the light of the new trends of international law". American Journal of International Law, 1955. N° 49, pp. 339-346. Asimismo, Lauterpach, H. International Law and Human Rights, Nueva York, 1950 p. 41.

La responsabilidad internacional de los Estados no se desdobra, pues, en penal e internacional por lo que es independiente de la responsabilidad penal de los individuos. Por otra parte, la Comisión no vinculó la responsabilidad internacional a los hechos que, en el proyecto de Código, se consideran crímenes internacionales sino que dejó a la Comunidad Internacional en su conjunto determinar los crímenes que generan responsabilidad.

II

DELITOS Y CRÍMENES

El deslinde entre las responsabilidades penal e internacional permitió que el segundo Relator Especial de la responsabilidad, el ex Juez italiano, Roberto Ago propusiere en 1962 a la C.D.I. integrar una subcomisión para precisar el contenido y los alcances de la responsabilidad en tanto que el primer proyecto de código concluido por la C.D.I. en 1954 era examinado por los gobiernos⁽²⁾. Posteriormente, la C.D.I. volvió a estudiarlo concluyéndolo en 1996.

La subcomisión, en la que participó activamente el jurista uruguayo, Jiménez de Aréchaga, adelantó criterios afirmando, por un lado, el concepto de hecho ilícito y, por el otro, proponiendo que se estudiaren la obligación de reparar y la facultad de aplicar sanciones al Estado autor de un hecho ilícito, con lo que indujo a la Comisión a entrar en terrenos de la pena en Derecho Internacional. La Sub Comisión subrayó la conveniencia de distinguir entre las consecuencias reparatorias y las afflictivas a fin de establecer una clara distinción entre hechos ilícitos internacionales que comportan simplemente una obligación de reparación y los hechos ilícitos que comportan la aplicación de sanciones y, las posibles bases de esa distinción⁽³⁾.

Al aceptar la C.D.I. entrar en estos dominios se simplificó, al menos en la teoría de la responsabilidad internacional, la distinción entre los delitos propiamente y los crímenes internacionales. Y decimos en teoría porque para entonces, -1963- la Corte Internacional de Justicia aún no le abría las puertas a la *actio popularis*⁽⁴⁾ ni se había esclarecido la estructura normativa, en el sentido de que, asimismo, existen en el Derecho Internacional normas imperativas -*jus cogens*- ni precisados con rigor los alcances *erga omnes* de ciertas obligaciones internacionales.

(2) Puede verse en la "Comisión de Derecho Internacional y su obra" NN.UU. 4a ed. pp 146-147.

(3) Anuario de la CDI 1967, vol. II. Doc. A. CN. 4.196 p. 2.

(4) V. el caso del Sud Oeste Africano - Namibia- en C.I.J. Recueil des Arrêts et Avis Consultatifs. 1966. sentencia del 18 de julio de 1966 p. 47.

El riguroso análisis de la Carta de la NN.UU. unido a los resultados de la Conferencia de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y la extraordinaria perspectiva de la C.I.J. en su famoso *dictum* de 1970 en el caso de la Barcelona Traction(5) esclareció, pues el horizonte de lo normativo permitiéndole a la C.D.I. distinguir entre lo que constituyen *stricto sensu*, reparaciones como consecuencia de hechos ilícitos y sanciones internacionales.

Por otro lado, la práctica del Consejo de Seguridad al aplicar el capítulo VII de la Carta le permitió a la C.D.I. apreciar, asimismo, -aún cuando, entonces no en toda su dimensión- el régimen de las medidas -o sanciones- aplicables a los Estados en casos de agresión, amenazas a la paz y quebrantamientos de la paz, incluyendo, dentro de ellas, las reparaciones debidas a los Estados lesionados por actos u omisiones de otros Estados. Años más tarde esa dimensión se esclarecería aún más al aprobar e imponer el Consejo de Seguridad en 1991 sanciones en Iraq, entre las que sobresalen, por un lado, la aplicación del uso de la fuerza a Iraq y las severas restricciones a sus exportaciones de petróleo y, por el otro reparaciones en favor de Kuwait y de las personas y empresas que, encontrándose en Kuwait durante la invasión a ese país, sufrieron daños y perjuicios personales y materiales(6).

Las labores de la Corte, del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General le permitieron, pues, a la C.D.I. distinguir los crímenes de los delitos internacionales. En consecuencia, Ago percibió en la década de los 70 que pisaba terreno seguro no criminalizando directamente al Estado sino haciéndolo responsable internacionalmente por crímenes. Para ello, deslindó los elementos que diferencian a los crímenes de los delitos. Al precisarlos, literalmente abrió el espectro de las consecuencias internacionales de los hechos ilícitos; entre ellas, que el régimen de la responsabilidad no sería para ambos, delitos y crímenes, unitario sino que podrían coexistir diversos regímenes de responsabilidad: uno, propio de los hechos ilícitos considerados delitos y otro u otros para los crímenes internacionales. Se aprecia, entonces, como Ago y la C.D.I. rompieron el modelo clásico de la responsabilidad internacional de los Estados e introdujeron en el Derecho Internacional general la posibilidad de aplicar en el caso de los crímenes, tanto medidas reparatorias como aflictivas. Las propuestas de Ago dieron lugar a que después de afinar parámetros y criterios, la C.D.I. aprobare en 1976 el artículo 19 en el que sentó que:

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

(5) C.I.J. Recueil 1970, p. 32.

(6) *The United Nations and the Iraq-Kuwait Conflict, 1990-1996*. UN Publication Sales E. 96. 1.3.

2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.

1. Elementos fundamentales de los crímenes

A partir de su aprobación en 1976 la C.D.I. mantuvo la distinción entre delitos y crímenes aceptando como parámetros que se trata de obligaciones de importancia esencial y, además, que entraña una violación grave, lo que dejó sentado en el comentario al art. 19(7). Sin embargo, dejó a salvo que la gravedad no es necesariamente elemento exclusivo y propio de los crímenes toda vez que también puede

(7) Comentario al art. 19 de la primera parte. CDI. Anuario, 1976. Vol. II. 2a. parte, p.94 párrafo 15. Asimismo. Carrillo Salcedo A. "La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados. Anteproyecto de ponencia para el XII Congreso del I.H.L.A.D.I. Mérida, Venezuela, 1980. Asimismo. Weiler J. Cassese A. Spinedi M. International crimes of state, , A. critical analysis of the I.L.C. 's draft art. 19 on State Responsibility. 1989.

registrarse tratándose de hechos ilícitos graves que lesionen a uno o más Estados, e incluso, a la comunidad internacional de Estados en su conjunto y que por se no constituyen crímenes internacionales. Por consiguiente, el parámetro de la gravedad debe entenderse que en el caso de los crímenes, entre los hechos graves, se trata de los más graves.

Por aparte, para destacar las características de los crímenes aparte de la gravedad la C.D.I. puntualizó otros elementos. Primero: la comisión en gran escala de ciertos hechos ilícitos. Segundo: que la obligación violada por un Estado sea esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional y, tercero: que esa violación esté reconocida como crimen por dicha comunidad en su conjunto.

Todos esos elementos permiten, pues, calificar un hecho ilícito de crimen internacional, ya que en su ausencia el hecho ilícito se reputa delito. Si bien esos mismos elementos no se prestaron posteriormente a discusión, lo cierto es que el término crímenes sí. De nuevo el argumento que en alguna medida implica criminalizar al Estado se trajo a cuenta por lo que a la altura de 1994 y 1996 se propusieron alternativas, entre ellas: *hecho ilícito odioso* y *hecho ilícito excepcionalmente grave*. Ello, en alguna medida reflejó reservas al régimen de los crímenes internacionales.

2. Violación de reglas imperativas y de obligaciones con efectos erga omnes

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 recogió en el artículo 53 la categoría de normas imperativas -jus cogens- de ciertas normas del Derecho Internacional general y, luego, la Corte en el caso de la Barcelona Traction se refirió específicamente a los efectos erga omnes de determinadas obligaciones. La violación de unas y otras puede, por ende, constituir crimen internacional.

En efecto, la Convención de Viena se refiere a la aceptación y reconocimiento de normas imperativas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto prescribiendo la nulidad de cualquier tratado que esté en oposición con ellas, por lo que éstas se imponen de pleno derecho. No requieren de aceptación expresa por parte de los Estados puesto que su aceptación es por la comunidad internacional en su conjunto. De allí que no admitan actos o acuerdos en contrario y sólo puede modificarse por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter. Por consiguiente, la C.D.I. estimó del caso reafirmar en 1980 en el art. 29 de su proyecto estas características, esclareciendo Ago que la aceptación por la comunidad es por una mayoría de los Estados que integran los distintos sectores o grupos de Estados en ella. Por su lado, la Corte, se refirió a estas normas como normas fundamentales en el caso de los rehenes de Estados Unidos en Teherán(8).

(8) Recueil 1979 p. 20 par. 41.

La violación de una norma imperativa aparea la comisión de un hecho ilícito que genera, para el Estado autor, su responsabilidad internacional por lo que, la violación de algunas obligaciones imperativas puede, asimismo, constituir crimen internacional si la comunidad internacional en su conjunto así lo considera. El principal efecto es que tanto en el caso de un hecho ilícito propiamente como en el de un crimen internacional, uno y otro lesionan no sólo a un Estado o Estados en particular sino a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por lo que todos los Estados pueden considerarse lesionados y, por ende, reaccionar unilateral o conjuntamente.

En cuanto a los efectos erga omnes de algunas obligaciones internacionales cabe recordar que la C.I.J. en su sentencia en el caso de la Barcelona Traction trajo a cuenta que debe operarse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas otras que nacen vis-a-vis de otro Estado en el cuadro de la protección diplomática, por ejemplo. Luego agregó:

"Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerarse como teniendo un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos. Las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes"(9).

De ahí que, al retomar la C.D.I. esos conceptos los tradujo en que si el hecho ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, ha sido aceptado o reconocido como crimen por esa comunidad, este constituye un crimen internacional.

Desde luego, no todas las violaciones de obligaciones imperativas y con alcances erga omnes constituyen crimen internacional, por lo que para la calificación de crimen es menester que se den los otros elementos identificados. Sin embargo, las violaciones de obligaciones imperativas y aquellas otras de obligaciones con alcances erga omnes, sea que se trate de crímenes o de delitos permiten que todos los Estados pueden considerarse lesionados por lo que hoy en día no sólo existe la *actio popularis* sino que, a su vez, constituya un importante factor para establecer el *jus standi* de los Estados ante los mecanismos de solución pacífica de los conflictos internacionales Art. 40 numeral 3 del proyecto.

(9) V. Hoog de A.J.J. "The relationship between Jus Cogens, obligations erga omnes and international crimes. Peremptory norms in perspective", en *Austrian Journal of International Law*, 42, 1991. Acosta Estevez J.E. "Normas de Jus Cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos" en *Anuario de Derecho Internacional* XI, 1995. U. de Pamplona. Para una crítica de la tesis v. Weis P. "Vers una normativité relative en droit international. *Revue Générale de Droit International Public*, 1982 pp. 19-19-41. Versión en inglés en A.J.I.L., Vol. 77 pp. 413-442. Arangio Ruiz, G. 5º Informe sobre la Responsabilidad. CDI Doc. A/CN.4.453 add 2. Add 3 y A/CN.1993 - 4.474 add 1. 1995.

3. Las comunidades internacionales

La existencia paralela tanto de la comunidad internacional de Estados en su conjunto -comunauté international dans son ensemble- o -international community as a whole- a la que corresponde considerar si un hecho ilícito constituye o no crimen internacional como de la comunidad internacional organizada o institucionalizada por la Carta de las Naciones Unidas, obliga a depurar la naturaleza y alcance de sus competencias. Primero, en el plano normativo y, luego, en el operacional.

En el plano normativo -que es el que le corresponde a la C.D.I.- la distinción entre crímenes y delitos condujo a deslindar, por un lado, las reglas del Derecho Internacional general aplicables a la responsabilidad de los Estados, incluyendo las que permiten tipificar los hechos ilícitos que constituyen crímenes y sus consecuencias y, por el otro, el derecho de la comunidad internacional institucionalizada por la Carta de la ONU- el Derecho de las Naciones Unidas-. Al primero corresponde el Derecho de la Responsabilidad en tanto que en el Derecho de las Naciones Unidas se establece en el Capítulo VII de la Carta el régimen internacional aplicable a los actos de agresión, las amenazas a la paz y a los quebrantamientos de la paz y, desde luego, lo relativo al ejercicio y alcances de las competencias que en esos casos ejerce el Consejo de Seguridad. El primero, es, pues, *lex generalis* en tanto que el otro es *Lex Especialis*. Cabe agregar que si bien esa diferencia era perceptible en y fuera de la C.D.I. al aprobar el art. 19 de la primera parte, se hizo más evidente a partir de 1991, a raíz de la acción del Consejo ante la invasión de Kuwait por Iraq.

En cuanto a los propósitos de una y otra comunidad cabe destacar que a los Estados les preocupa, dentro de la comunidad internacional en su conjunto, asegurar la efectiva aplicación y respeto del Derecho Internacional -general y convencional- y, desde luego, de la justicia internacional. En su seno rige el Derecho Internacional general y su principal característica es el alto grado de descentralización que aún persiste. Ello le permite a los Estados tratar de asegurar el imperio del Derecho y de la Justicia mediante actos unilaterales -de auto ayuda- en tanto no conlleve el uso o la amenaza del uso de la fuerza. En cuanto a los delitos y crímenes internacionales concierne, sobresale la facultad de los Estados lesionados de compeler a los Estados responsables a que cesen esos actos y reparen los daños que causan o hubieren causado, mediante las llamadas contramedidas o represalias.

Por lo que a la comunidad internacional institucionalizada por la Carta de la ONU concierne, asimismo, sobresalen, por un lado, los principios y propósitos de las NN.UU. según se precisan en el preámbulo y en los arts. 1 y 2 y, por el otro, en el art. 39, la competencia asignada al Consejo de Seguridad para determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, a cuyos efectos aplica lo dispuesto en los artículos 41 y 42 persiguiendo mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional.

Salvo que se trate del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva previstos en el art. 51 o bien que el Consejo autorice a determinado Estado o Estados a aplicar o ejecutar las sanciones y medidas que establezca, la reacción sólo puede ser colectiva dentro del marco institucional establecido por la Carta. En cuanto a las controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz es importante según al art. 1 párrafo 1, y los capítulos VI y VIII de la Carta, lograr su ajuste o resolución por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional. Por consiguiente, de tratarse de actos graves y en gran escala, a saber, amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, los Estados están sometidos al régimen establecido en el Capítulo VIII. Desde luego, el Consejo de Seguridad siempre puede invocar y aplicar el Derecho Internacional General.

Se colige que las dicotomías -delitos y crímenes- amenazas a la paz y quebrantamientos de la paz- comunidad internacional en su conjunto y comunidad internacional institucionalizada -aparte de la confusión que generan también pueden dar lugar a conflictos normativos. A ello obedeció que en etapa subsiguiente a la aprobación del art. 19 y anticipándose a las consecuencias jurídicas de los delitos y de los crímenes, la C.D.I. consideró pertinente analizar, entre 1983 y 1985, la relación normativa entre el régimen consuetudinario de la responsabilidad internacional de los Estados y el esquema legal de Naciones Unidas, adoptando, los siguientes tres criterios.

1º. Las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos se regirán por las disposiciones -propuestas por la C.D.I.- salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de Derecho Internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trata. Art. 2.

2º. Las reglas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que no estén previstas en el texto de la C.D.I. art. 3.

3º. Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito enunciadas en la segunda parte del proyecto de la C.D.I. estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las NN.UU. relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Art. 4.

Para concluir con este tema conviene no perder de vista que conforme al Derecho de las Naciones Unidas el Consejo de Seguridad, determina, de conformidad con el Capítulo VII, si se trata o no de un crimen de agresión o de otros actos que, por su gravedad y gran escala constituyen variantes de crímenes internacionales. En tal caso califica los hechos y, en ejercicio de sus competencias resuelve si aplica o no las

medidas pertinentes al caso o situación, incluyendo, en adición a las que implican sanciones específicas, otras de naturaleza y con alcances reparatorios. Así aconteció en anteriores casos al de Iraq y Kuwait y en este último, en el que el Consejo resolvió la procedencia de indemnización pecuniaria directamente en favor de las personas que sufrieron daños y perjuicios con ocasión de la invasión a Kuwait(10).

III

LAS CONSECUENCIAS DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

El jurista holandés Riphagen -tercer Relator Especial- presentó en 1985 y 1986 su proyecto de artículos sobre las consecuencias de los hechos ilícitos. Abordó separadamente las de los delitos y las de los crímenes y, en relación a ambos propuso un régimen aplicable a las represalias o contramedidas, incluyendo medidas de reciprocidad en materia de suspensión del cumplimiento de obligaciones convencionales. Si bien no fueron consideradas de inmediato gravitaron a lo largo del decenio 1986-1996, sirviéndole al siguiente Relator Especial, el jurista italiano Gaetano Arangio Ruiz, de base para la formulación de su propio proyecto relacionado también con las consecuencias internacionales de los hechos ilícitos, incluyendo los crímenes.

En su subsiguiente labor la Comisión tuvo muy en cuenta la práctica de los Estados, del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y de la jurisprudencia internacional. Los informes de Arangio Ruiz fueron, en este sentido, ilustrativos y completos aún cuando el acento en la doctrina lo puso en la anglo sajona y europea. El esfuerzo principal se orientó en codificar la *lege lata*, y cuando no se lograron precisar reglas o se registraron fuertes discrepancias, -como con las represalias- se adelantaron soluciones de desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

En tal virtud, la conocida práctica en materia de cesación de los hechos ilícitos, reparación de los daños causados mediante la *restitutio in integrum* y cuando ello no fuere posible, mediante compensación monetaria, incluyendo los llamados daños morales y jurídicos, la satisfacción y las garantías y seguridades de no repetición por el Estado autor del hecho, fueron, desde luego, objeto de detenida consideración y desarrollo, tanto por Riphagen y Arangio Ruiz como por la C.D.I.. Aún así, el capítulo relacionado con las consecuencias de los crímenes tomó tiempo en construirse. Muchos fueron los juristas y gobiernos que esperaban su conclusión para asumir o fijar una posición definitiva sobre los crímenes y la diferencia entre delitos y crímenes

(10) Reparaciones y Compensaciones a Kuwait - Resolución N° 687-1991, v. Paolillo F. "Reclamaciones colectivas internacionales - El caso de los damnificados por la crisis del Golfo" en Liber Amicorum F. Jimenez de Aréchaga. Montevideo, 1994. p. 545-571.

carecía de sentido de no precisarse sus consecuencias sustantivas y el procedimiento a seguirse para asegurarlas. Sobre todo, tratándose de las medidas unilaterales o de autoayuda que los Estados lesionados pueden tomar o aplicar en contra del Estado responsable de un crimen internacional.

La aplicación simultánea o sucesiva de medidas reparatorias y aflictivas demandó, asimismo, clarificación. Sobre todo, al notarse que ante la agresión, las amenazas a la paz y los quebrantamientos de la paz el Consejo de Seguridad había hecho grandes avances al aplicar, por un lado, sanciones y, por el otro aprobar reparaciones sin referir el asunto a un tribunal de Derecho, con lo que mostraba preferencia por la acción directa. La duda que surgía era, si ambas clases de medidas podrían aplicarse simultánea o sucesivamente por los Estados lesionados a los Estados responsables de crímenes internacionales de conformidad con el Derecho Internacional general en la eventualidad de inacción del Consejo de Seguridad.

1. Consecuencias de los delitos y de los crímenes

El hecho que la Comisión examinare a fondo, en primer término, las consecuencias internacionales de los delitos distinguiendo las sustantivas -cesación, reparación, satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición- y, luego, las instrumentales -las llamadas contramedidas o represalias- permitió que al abordar las consecuencias de los crímenes el panorama fuere más claro y que el tema en sí menos conflictivo. El colapso del sistema socialista en Europa Central y en la ex Unión Soviética a fines de la década de los 80 trajo consigo que muchos temas jurídicos sensitivos dejaren de tener importancia política, entre ellos, los crímenes internacionales lo que en parte explica lo conciso del régimen aprobado por la C.D.I., el acento puesto en las negociaciones y en la conciliación y en el arbitraje.

Teniendo presente la diferencia entre las consecuencias sustantivas y las instrumentales la Comisión consideró que era acorde con el Derecho Internacional contemporáneo establecer, por un lado, la responsabilidad internacional agravada y, por el otro, los deberes y obligaciones de todos los Estados tanto en calidad de terceros como de Estados lesionados por cualquier crimen internacional. Asimismo, que las consecuencias instrumentales de los crímenes deberían asegurar no sólo la cesación de los hechos, el restablecimiento del derecho violado y las reparaciones debidas (sin atenuantes de ninguna especie) sino que, de aplicársele al Estado responsable represalias, éstas deberían conducir al restablecimiento de los derechos violados.

El problema inicial consistió en establecer quien decide, en la eventualidad de inacción del Consejo de Seguridad, si un hecho ilícito constituye o no un crimen internacional. En terrenos de lege ferenda las soluciones son varias; en el de la lege lata deben ser acordes con el sistema de la Carta de la ONU. Por consiguiente, la Comisión,

dado que no existe norma en contrario, se inclinó por dejarle a los Estados lesionados la facultad de determinar y calificar la existencia y tipificación del crimen internacional.

Ello conlleva el derecho de los Estados agraviados a solicitarle asistencia a cualquier otro Estado, directa o indirectamente lesionado y aplicar, vía las contramedidas, medidas precautorias. De rechazar el Estado autor del crimen la imputación y con ello plantearse una controversia, ésta puede encontrar solución vía la conciliación, el arbitraje o mediante su remisión a la C.I.J. con arreglo a su estatuto. La aplicación de contramedidas permite por otra parte, que sea el Estado autor del crimen el que pueda, si así lo desea, disparar el mecanismo arbitral. Desde luego, también existe el derecho de los Estados lesionados de acudir ante el Consejo de Seguridad de conformidad, no con el capítulo VII de la Carta sino con el VI.

2. Consecuencias específicas

Aparte de la cesación por el Estado responsable de los actos u omisiones que constituyen crimen internacional y de las reparaciones a que tienen derecho los Estados lesionados, la Comisión fue explícita al señalar que los Estados autores de un crimen no podrán invocar que las reparaciones son desproporcionadas en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de indemnización. Tampoco, que las reparaciones comprometen gravemente su independencia política o su estabilidad económica, mas si puede invocar demostrándolo que la restitutio in integrum es materialmente imposible o que es en violación de una obligación nacida de una norma imperante del Derecho Internacional general.

Tratándose de las distintas modalidades de satisfacción que suelen exigírsele al Estado responsable de un delito, la Comisión consideró que, aparte de las disculpas o de los daños y perjuicios simbólicos que puede otorgarse, también procede en el caso de los crímenes reconocerle a los Estados lesionados una indemnización por daños y perjuicios correspondientes a la gravedad de la vulneración manifiesta de sus derechos. De esta manera, el Estado autor del crimen no puede invocar que el derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica sus demandas porque menoscaban su dignidad.

En cuanto a la llamada indemnización punitiva -punitive damages o exemplary damages- la C.D.I. consideró que estaba incluida en la medida en que la satisfacción permite una indemnización por daños y perjuicios, cuando se trata de la vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado(11). Con ello resolvió la discusión doctrinaria que sobre el tema existe.

(11) Comentario al art. 52. Informe de la C.D.I. a la Asamblea General. 1996, Suplemento N° 1-51-10. Sección Responsabilidad Internacional.

3. Obligaciones de todos los Estados

La tendencia que prevaleció en este terreno fue distinguir entre dos tipos de obligaciones, las negativas y las positivas. Las primeras comprenden las obligaciones de no reconocimiento de los efectos del crimen y no prestarle asistencia al Estado autor del crimen, en tanto que las positivas se refieren al deber de los Estados de cooperar entre sí y con el Estado lesionado. Las negativas son conformes con la práctica del Consejo de Seguridad -Caso de Rodesia Res. 2216 (1965)- y Kuwait, N° 661 (1990) mientras que las otras se reflejan en las resoluciones del Consejo en el caso de Sud África N° 301 (1971), 418 (1977) y 569 (1965) y sobre territorios coloniales portugueses, N° 218 (1965)(12).

Las obligaciones positivas se refieren, como antes se dijo, a la cooperación con otros Estados a fin de asegurar las obligaciones negativas, y eliminar las consecuencias del crimen.

4. El régimen de las contramedidas

Básicamente el régimen de las contramedidas es el mismo para los crímenes que para los delitos. Su razón de ser es inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones hacia él o los Estados lesionados. Por consiguiente, la aplicación de represalias está supeditada a las condiciones y restricciones establecidas por el Derecho Internacional general.

Puntualizamos, sin embargo, que, después de intenso debate y de votarse, la C.D.I. aprobó con efectos de *lege ferenda* -desarrollo progresivo del Derecho Internacional- condiciones para la aplicación de represalias en caso de delitos, extensivas a los crímenes. Entre ellas, que antes de aplicar represalias el Estado lesionado debe negociar con el Estado responsable del crimen las reparaciones a que tiene derecho, restricción que se entiende sin perjuicio que el Estado lesionado tome las medidas transitorias de protección necesarias para preservar sus derechos.

Asimismo, que las represalias sean proporcionales a la gravedad de los hechos, no conlleven el uso o la amenaza del uso de la fuerza, o medidas extremas de coacción política o económica, o enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado responsable, o que se apliquen medidas que afecten la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos y consulares o que vulneren derechos humanos fundamentales de los habitantes del Estado responsable o cualquier otro comportamiento que contravenga una norma imperativa de Derecho Internacional general.

(12) Comentario al art. 53. Op. cit supra N° 10.

Puede apreciarse que esas condicionantes y prohibiciones atenúan las reacciones unilaterales de los Estados, las hacen menos efectivas si se les compara con las medidas que el Consejo de Seguridad puede adoptar y no guardan relación con los efectos de algunos crímenes, entre ellos, la agresión, el genocidio y algunos crímenes contra la seguridad de la humanidad y de guerra. Y ello, por que en caso de inacción del *Consejo de Seguridad*, la víctima tiene que negociar con el victimario el alcance de sus reacciones. Sin duda, estas limitaciones serán objeto de revisión por la C.D.I. al examinárseles en segunda lectura.

LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y LOS INTERESES ESPAÑOLES

José JUSTE RUIZ*

SUMARIO: *I. Introducción II. La zona de fondos marinos ¿patrimonio común de la humanidad? III. El régimen de la parte XI del convenio de 1982. III. Las actuaciones relativas a la zona de 1982 a 1994. IV. El acuerdo sobre la parte XI de 28 de julio 1994. V. La pesca en alta mar y la jurisdicción rampante de los estados ribereños. VI. El régimen del convenio de 1982. VII. Las vicisitudes sobrevenidas: la guerra del fletán. VII. El acuerdo sobre especies transzonales y altamente migratorias de 4 de agosto de 1995. VIII. Conclusión.*

INTRODUCCION

El pasado 16 de Noviembre de 1994 entró finalmente en vigor el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, el Convenio), doce meses después de que el sexagésimo Estado (Guayana) depositara su instrumento de ratificación o adhesión¹ y doce años después de la adopción del texto del mismo en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982².

* Miembro correspondiente de la AADI. Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia. España

1) Convenio. Art 308.

2) Estos doce años de espera se explican principalmente por el desacuerdo que suscitó el régimen establecido por la Parte XI, relativa a la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos más allá de la jurisdicción nacional. *Ídem* pp. 2 y 4 ss. de este trabajo.

La entrada en vigor del Convenio constituye el desenlace de un proceso de codificación iniciado hace casi medio siglo y cuyo objeto es establecer el régimen jurídico de los mares y océanos que cubren aproximadamente dos tercios del Planeta en que vivimos. Esta suerte de "constitución" de los espacios marinos es un instrumento muy extenso y complejo que pretende regular no solamente los aspectos relativos a la titularidad sobre los mismos, sino también los concernientes al ejercicio *equilibrado de sus diversos usos*³. Pero la entrada en vigor del Convenio estará virtualmente hipotecada mientras éste no sea suscrito por los países desarrollados, únicos capaces de aportar la financiación y la tecnología que requiere, en particular, la explotación de la Zona de fondos marinos a la que se refiere su Parte XI⁴. Si la universalidad del Convenio no se logra efectivamente, las grandes potencias mundiales, que han visto satisfechos sus intereses fundamentales en las restantes partes del Convenio, pueden continuar practicando la política selectiva del *pick and choose*, afirmando el carácter consuetudinario de las disposiciones que les favorecen y negando el valor jurídico de aquéllas que no les satisfacen.

España, por su parte, no ha tenido excesiva fortuna con los resultados de una *negociación que, pese a los denodados esfuerzos de los miembros de nuestra delegación en la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (en adelante, la IIIª Conferencia), les fue generalmente esquiva. El régimen de "paso en tránsito" por los estrechos utilizados para la navegación internacional (Gibraltar), la instauración de la zona económica exclusiva de 200 millas (que perjudica nuestros intereses pesqueros), la exclusión de los archipiélagos de Estado del régimen de las aguas archipelágicas (Baleares y Canarias) y el abandono del principio de la equidistancia como regla básica en materia de delimitación, constituyen otros tantos puntos vitales en los que los intereses españoles han salido malparados. Incluso el régimen original de explotación de los recursos de la Zona, establecido en la Parte XI del Convenio, nos resulta poco favorable dado nuestra condición de "Estado industrializado medio"⁵. Y, por si faltara algo, en los últimos tiempos se han

3) El Convenio adopta así una perspectiva "funcional" que trata de superar la secular contraposición entre el *mare clausum* (Grocio) y el *mare liberum* (Selden). OXMAN, B.H. "The Law of the Sea Convention". *ASH Newsletter*, November-December 1994, pp. 1 y ss.

4) "¿Qué cabía esperar (se preguntan las autoras) de una Convención cuyas partes originarias apenas representan un cinco por ciento del presupuesto global de la ONU?" RIQUELME CORTADO, R y ORIHUELA CALATAYUD, E. "La Convención sobre el Derecho del mar entra en vigor". *Meridiano Ceri*, 1955 n° 1, p. 18.

5) Según el régimen internacional de explotación previsto en el Convenio España estaría llamada a aportar una considerable contribución financiera (por nuestra alta cuota de contribución al presupuesto onusiano) mientras que tendría escasas expectativas de explotación de los recursos de la Zona (por nuestras carencias tecnológicas en materia de minería marina). Ver: PASTOR RIDRUEJO, J.A. "La explotación de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional", Valladolid, 1965.

acrecentado las acciones de algunos Estados ribereños que pretenden ampliar sus competencias pesqueras más allá de las 200 millas de la zona económica exclusiva, esto es, a zonas del alta mar.

Pero el diagnóstico no puede realizarse cabalmente sin conocer los pormenores de una regulación que, como hemos dicho, es muy compleja y los avatares de una situación normativa que evoluciona con el paso del tiempo. En las líneas que siguen, examinaremos con mayor detenimiento dos cuestiones de particular transcendencia: a saber, la exploración y explotación de la zona de fondos marinos como patrimonio común de la Humanidad y el ejercicio de la pesca en alta mar frente a la "jurisdicción rampante"⁶ de los Estados ribereños.

I. LA ZONA DE FONDOS MARINOS ¿PATRIMONIO COMUN DE LA HUMANIDAD?

El 17 de diciembre de 1970 la Asamblea General de las NU adoptó una histórica resolución por la que se declaraba que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional así como los recursos de la zona, constituían un "patrimonio común de la humanidad"⁷. Los promotores de esta resolución (el delegado maltés Arvid Pardo) y los numerosos países que le dieron su respaldo trataban con ello de orientar la explotación de las riquezas que atesoran el lecho del mar (los llamados nódulos polimetálicos) y el subsuelo marinos (minerales e hidrocarburos) en una dirección compatible con las exigencias del propugnado "nuevo orden económico internacional"⁸.

Desde el primer momento, los países industrializados mostraron su oposición a esta suerte de "socialización" de los recursos de la zona de fondos marinos, iniciando una beligerancia que continuó durante los trabajos de la IIIª Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar. La controversia sobre el régimen de explotación de los recursos de la Zona, previsto en la Parte XI del Convenio, produjo así un verdadero cisma entre los países en desarrollo, que lo apoyaron vehementemente a lo largo de la Conferencia y lo impusieron mediante su "mayoría automática", y los países

6) PASTOR RIDRUEJO, J.A. "La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar", *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp 525.

7) Doc A/RES 2749 (XXV) de 17 de diciembre 1970, adoptado por 108 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones.

8) Ver: CASTILLO DAUDI, M. "Notas sobre el nuevo orden económico internacional y el Derecho del mar", *Homenaje al Profesor Mijang de la Muela*, vol. II., Madrid (Tecnos) 1979, pp. 656-662.

desarrollados (del Este y del Oeste) que se opusieron tenazmente al mismo hasta ser abrumadoramente derrotados en la votación final. La nueva administración norteamericana de Ronald REAGAN, asestó el golpe final a las esperanzas de lograr un consenso que en algún momento llegó a parecer posible, al afirmar que Estados Unidos votaría en contra del texto del Convenio por resultarle de todo punto *inacceptable* su Parte XI. Parapetados tras él, otros países industrializados occidentales así como los del bloque socialista pudieron también manifestar su disenso refugiándose en una abstención clamorosa⁹.

La proclamación del patrimonio común de la humanidad dejaba inexorablemente paso a una abierta "querrela de los herederos"¹⁰.

A. EL REGIMEN DE LA PARTE XI DEL CONVENIO DE 1982

El régimen establecido en la Parte XI del Convenio se estructura en torno al principio fundamental proclamado en el art. 136 según el cual "la zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad"¹¹.

Todos los elementos que caracterizan el concepto de patrimonio común de la humanidad están recogidos en los artículos siguientes: inapropiabilidad¹², beneficio común¹³, uso pacífico¹⁴ y -sobre todo- régimen internacional de explotación. En el plano institucional, se crea una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, auténtica organización internacional compuesta por una Asamblea¹⁵, un Consejo¹⁶, una Secretaría¹⁷ y una Empresa¹⁸ y que posee incluso un apéndice jurisdiccional en la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar¹⁹.

9) Votaron a favor 130 Estados, lo hicieron en contra 4 (EE.UU., Israel, Turquía y Venezuela, y se abstuvieron 17 (R.F. de Alemania, Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, España, Hungría, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, R.D. Alemana, Bielorusia, Ucrania, Tailandia y la URSS. *Crónica de las Naciones Unidas*, vol XIX, n° 6, junio 1982, p. 12.

10) BENNOUNA, M. "Le fond des mers: de l'héritage commun à la querelle des héritiers", *Revue irannienne des relations internationales*, núm. 5-6, 1976, pp. 125-130.

11) Ver: JUSTE RUIZ, J y CASTILLO DAUDI, M. "La explotación de la zona de fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional: el patrimonio común de la Humanidad frente a las legislaciones nacionales". *Anuario de D.I.*, 1983-84, pp. 65-90.

12) Art. 137.

13) Art. 140.

14) Art. 141.

15) Arts. 159-160.

16) Arts. 161-165.

17) Art. 166-169.

18) Art. 170.

19) Art. 186 y ss.

En el plano operativo se establece un ingenioso régimen de exploración y explotación que ha dado en denominarse "sistema paralelo". En su virtud, las actividades en la Zona podrán ser realizadas tanto directamente por la Empresa (tras aprobación de un "plan de trabajo" por la Autoridad) como por los Estados, las empresas estatales y las personas físicas y jurídicas bajo su control "en asociación con la Autoridad" (mediante la celebración del correspondiente "contrato")²⁰. A ello se añade el sistema denominado de "reserva de áreas" (*banking system*), previsto en el Art. 8 del Anexo III del Convenio, que estipula que cada solicitud presentada por un contratista abarcará en total un área lo bastante extensa y de suficiente valor comercial para permitir dos explotaciones mineras, designando la Autoridad en un plazo de 45 días la parte que se reservará exclusivamente para la realización de actividades por ella, mediante la Empresa o en asociación con Estados en desarrollo.

El sistema se completa con disposiciones relativas *inter alia*²¹ a la política de producción y comercialización²², a la transmisión de tecnología²³ y a la participación de los Estados en desarrollo²⁴, en las que tratan de preservarse los intereses especiales de los más afectados de éstos (países sin litoral o en situación geográfica desventajosa y países productores terrestres que pueden verse negativamente afectados por la explotación marina). El Art. 155 prevé la convocatoria de una Conferencia de Revisión, a celebrar 15 años más tarde del comienzo de la primera explotación, que

"velará por que se mantenga el principio del patrimonio común de la humanidad, el régimen internacional para la explotación equitativa de los recursos de la zona en beneficio de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo, y la existencia de una Autoridad que organice, realice y controle las actividades en la zona".

B. LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA ZONA DE 1982 A 1994

El rechazo de los países industrializados al régimen establecido en la Parte XI del Convenio bloqueó desde el principio toda posibilidad de que éste llegara a convertirse en un instrumento de aceptación universal. En los años siguientes a 1982 se produjo un proceso cansino de ratificación desencantada por parte de los países en

20) Art. 153.

21) También hay disposiciones relativas a otros aspectos tales como la responsabilidad de los Estados (Art. 139), la investigación científica (Art. 143), la protección del medio marino (Art. 145), los objetos arqueológicos e históricos (Art. 149) etcétera.

22) Art. 151.

23) Art. 144.

24) Art. 148.

desarrollo y un acercamiento limitado de los países desarrollados menos beligerantes, que accedieron a firmar el Convenio²⁵ pero sin llegar nunca a expresar su consentimiento definitivo en obligarse.

Mientras tanto, algunos Estados desarrollados que habían quedado al margen del sistema del Convenio procedieron a adoptar legislaciones nacionales para la explotación de los fondos marinos. Así lo hicieron los Estados Unidos y la R.F. de Alemania en 1980, el Reino Unido en 1981, la URSS y el Japón en 1982 e Italia en 1985. Asimismo, varios Estados desarrollados celebraron entre ellos convenios tales como el de 3 de agosto de 1984 relativo a la concesión y registro de autorizaciones mineras²⁶ y el de 5 de diciembre de 1986 relativo a la reserva de datos²⁷. Estas legislaciones nacionales y convenios restringidos, verdadera espada de Damocles blandida sobre la Parte XI del Convenio, evocaban como justificación el principio secular de la libertad del alta mar y afirmaban reconocer también el principio del patrimonio común de la humanidad (al que incluso estaban dispuestos a aportar un mínimo tributo pecuniario). Asimismo afirmaban que las disposiciones adoptadas tenían un carácter provisional y dejarían de estar vigentes cuando el Estado afectado se vinculara al Convenio. Numerosos países, sobre todo en vías de desarrollo, impugnaron estas tesis y consideraron que las medidas previstas constituían una violación del principio del patrimonio común de la humanidad²⁸.

En los años siguientes, algunos Estados que habían firmado ya el Convenio de Montego Bay se inscribieron como "primeros inversionistas" de acuerdo con lo previsto en la Resolución II del Acta Final de la Conferencia²⁹. Tras la celebración de dos acuerdos para evitar la superposición de áreas entre los países afectados³⁰, la India se inscribió como primer inversionista el 17 de agosto de 1987, Francia el 17 de

25) España mismo lo hizo *in extremis* el 5 de diciembre de 1984, acompañando la firma de 9 declaraciones sobre puntos particularmente sensibles para nuestro país. Ver: RIQUELME CORTADO, R. *España ante la Convención del Derecho del Mar. Las declaraciones formuladas*, Universidad de Murcia, 1990.

26) Suscrito por Bélgica, Francia, R.F. de Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y EE.UU.

27) Suscrito por Bélgica, Canadá, Italia, Países Bajos y la URSS.

28) Cfr., *ad ex.*, el Acta final de la Reunión de 1983 de los Jefes de Estado o de Gobierno de los países no alineados, citado por SCOVAZZI, T. *Elementos de Derecho internacional del mar*, edición española a cargo de V. BOU FRANCH, Madrid (Tecnos) 1995, p. 70, nota 5.

29) Ver: Resolución II. Inversiones preparatorias en primeras actividades relacionadas con los nódulos polimetálicos. I. a).

30) Acuerdo de 1986 entre Francia, Japón, India y la URSS y acuerdo de 14 de agosto de 1987 entre Canadá, Bélgica, Italia, Países Bajos, y la URSS (Texto en *Bol. D.M.* n° 8, 1986, p. 154).

diciembre de 1987, la URSS el 5 de marzo de 1991, China el 25 de marzo de 1991 y un consorcio de países socialistas el 21 de agosto de 1991. Como se observará algunos países (caso de la URSS) no tuvieron empacho en practicar un descarado doble juego, adoptando primero una legislación nacional al margen del Convenio e inscribiéndose luego como primer inversionista al amparo del mismo. Pero también los EE.UU, Italia, Japón y el Reino Unido practicaron sin duda un cierto doble juego ya que, habiéndose distanciado del régimen previsto en el Convenio al adoptar sendas legislaciones nacionales, exigieron (y consiguieron) ser incluidos entre los Estados cuyas personas naturales o jurídicas podrían inscribirse como "primeros inversionistas" siempre que los Estados certificadores hubieren firmado el Convenio, de acuerdo con la Resolución II³¹

Con este horizonte, los trabajos de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar se desarrollaron penosamente durante la década de los 80 sin que se vislumbrara la posibilidad de un desbloqueo de la situación. Pero la consultas oficiosas iniciadas por el Secretario General Pérez de Cuéllar en julio de 1990 y continuadas por su sucesor Boutros Ghali en 1992 abrieron finalmente la posibilidad de celebrar un acuerdo que permitiera la participación universal en el Convenio. Ante la inminencia de la entrada en vigor de este último el 16 de Noviembre de 1994, las negociaciones se aceleraron llegándose en el mes de julio del 94 a una fórmula de solución que puede desbloquear finalmente la situación.

C. EL ACUERDO SOBRE LA PARTE XI DE 28 DE JULIO 1994

El 28 de julio de 1994 la Asamblea General de las NU adoptó la Resolución 48/623³² que incorpora como Anexo el "Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982". En su preámbulo se evocan las consideraciones generales que inspiran el Acuerdo adoptado y se afirma en particular que "el Acuerdo y la Parte XI serán interpretados y aplicados de forma conjunta como un solo instrumento". El Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar queda así reformado por el juego conjunto de la Resolución 48/623 y del Acuerdo anexo sobre la Parte XI, en vistas a favorecer la participación universal en el mismo. La triada Resolución/Convenio/Acuerdo podría así resolver, mal que bien, un problema que parecía insoluble.

1. *Soluciones de procedimiento*

Desde el punto de vista procedimental, las soluciones adoptadas son ciertamente imaginativas y, aunque no dejan de ofrecer algún resquicio a la discusión en

31) Resolución II, par. 1, a) ii).

el plano de la ortodoxia jurídica, constituyen una solución pragmática que puede ser operativa.

El primer elemento de la construcción realizada consiste en la afirmación de la unicidad convenio/acuerdo y, sobre todo, en la prevalencia del acuerdo sobre el Convenio en caso de discrepancia (Arts. 1 y 2).

Un segundo elemento consiste en propiciar lo más posible la aplicación efectiva e inmediata del binomio convencional compuesto por el Convenio y el Acuerdo. Para favorecer la vinculación al Acuerdo, se establece incluso un "procedimiento simplificado" en cuya virtud se presume que los Estados que se hayan vinculado por el Convenio y que hayan firmado el Acuerdo "han manifestado su consentimiento en obligarse por este Acuerdo" a menos que notifiquen al depositario por escrito lo contrario en un plazo de 12 meses (Art. 5). Para favorecer su operatividad inmediata, el Artículo 7 establece la "aplicación provisional" del Acuerdo desde la fecha de la entrada en vigor del CNUDM (el 16 de noviembre de 1994) por parte de:

a) los Estados que "hayan consentido en su adopción" (mediante la Resolución 48/263 de la AG), salvo que notifiquen al depositario por escrito lo contrario.

b) los Estados y Entidades que firmen el Acuerdo, salvo que notifiquen al depositario por escrito lo contrario.

c) los Estados y Entidades que consientan en su aplicación provisional mediante notificación por escrito al depositario

d) los Estados que se adhieran al Acuerdo.

Un tercer elemento procesal tiende a garantizar que el complejo Convenio/Acuerdo no será operativo si éste último no alcanza el suficiente respaldo, en particular por parte de un número mínimo de primeros inversionistas que sean Estados desarrollados. Se establece así que el Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que 40 Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse, siempre que entre ellos figuren al menos 7 Estados "primeros inversionistas"³² de los cuales al menos

32) Documento A/RES/48/263, de 17 de agosto de 1994 (texto en *Bol. D. M* n° extraordinario 4 de 16 de noviembre de 1994).

33) Estos son los Estados mencionados en el apartado a) del párrafo 1 de la resolución II de la IIIª Conferencia, a saber: Francia, la India, el Japón, la URSS, Bélgica, Canadá, EE.UU., Italia, Países Bajos, Reino Unido, R.F. de Alemania y los Estados en desarrollo signatarios de la Convención, siempre que hubieran gastado con anterioridad al 1 de enero de 1983, una cantidad equivalente a por lo menos 30 millones de dólares de los EE.UU. y hubieren destinado por lo menos el 10% de los gastos a la localización, el estudio y la evaluación del área prospectiva.

5 sean Estados desarrollados (Art. 6). Asimismo, la aplicación provisional del acuerdo terminará en todo caso el 16 de noviembre de 1998 si para esa fecha no han consentido en obligarse los Estados requeridos de acuerdo con la fórmula 7 + 5 (Art. 7, par. 3).

2. *Soluciones substantivas*

En el plano substantivo el Acuerdo mantiene enfáticamente el principio del patrimonio común de la humanidad de la Zona y sus recursos, cuyo régimen modifica parcialmente de acuerdo con las nuevas circunstancias para facilitar la participación universal en el Convenio. Las modificaciones introducidas figuran en un Anexo del propio Acuerdo, dividido en nueve secciones³⁴, en las que se contienen los elementos esenciales de la remodelación efectuada.

Se opera, en primer lugar, una remodelación institucional que afecta tanto a la composición de los órganos de la Autoridad como a los procedimientos para la adopción de decisiones en el seno de los mismos. Así, el Consejo pasa de 34 a 36 miembros, modificándose ligeramente la composición de sus 5 cámaras³⁵. Las decisiones del Consejo sobre las cuestiones de fondo se adoptan ora por consenso (en los casos previstos en el Convenio) ora por mayoría de dos tercios "a menos que se oponga a tales decisiones la mayoría en cualquiera de las cámaras" (nueva disposición destinada a conferir a éstas la capacidad de bloqueo)³⁶.

Se opera, en segundo lugar, una remodelación operativa que afecta principalmente al funcionamiento de la Empresa, cuyas funciones (redefinidas) serán asumidas interinamente por la Secretaría. Además, la Empresa operará únicamente por medio de empresas conjuntas y la aprobación de sus planes de trabajo revestirá también la forma de contrato concertado entre ella y la Autoridad. Los Estados no tendrán la obligación de financiar las actividades de la Empresa que solo recibirá las contribuciones aplicables a los contratistas.

Y se opera, en tercer lugar, una minoración radical de los costos para los Estados partes en el mantenimiento de la Autoridad, tanto en el plano administrativo (que se sufragarán con cargo a la escala de cuotas de contribución al presupuesto de la ONU)³⁷, como en el plano operativo (en el que solo se funcionara con arreglo a

34) A saber: costos para los Estados Partes y arreglos institucionales, la Empresa, adopción de decisiones, Conferencia de revisión, transferencia de tecnología, política de producción, asistencia económica, disposiciones financieras de los contratos y Comité de Finanzas.

35) Sección 3, par. 15.

36) Sección 3, par. 5.

37) Los gastos administrativos de la Autoridad se sufragarán con cargo a la escala de cuotas de contribución al presupuesto de las Naciones Unidas hasta un año después de que el Acuerdo entre en vigor y, con posterioridad, hasta que la Autoridad tenga fondos suficientes procedentes de otras fuentes para sufragar sus gastos (Sección 2, par. 14).

criterios de mercado). La misma orientación se adopta para la transferencia de tecnología a la Empresa y a los Estados en desarrollo que "procurarán obtenerla según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables en el mercado abierto o bien mediante arreglos de empresa conjunta" y, si no pudieren, solicitarán la cooperación de los contratistas o de sus Estados patrocinadores³⁸. Y lo mismo cabe decir de la política de producción³⁹ de la Autoridad que se basará en estrictos principios de mercado y con arreglo a las disposiciones del Acuerdo general de Aranceles y Comercio⁴⁰.

Un último elemento tiende a conseguir la perpetuación del régimen reconstituido mediante la eliminación de la proyectada Conferencia de revisión que debía celebrarse 15 años después de la entrada en vigor del Convenio⁴¹.

II LA PESCA EN ALTA MAR Y LA JURISDICCION RAMPANTE DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS

El ejercicio de la pesca en alta mar⁴² se ha considerado tradicionalmente como una de las libertades propias de este espacio marino.

Los Convenios de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958 confirmaron el principio de la libertad de pesca más allá del mar territorial y establecieron un compromiso de cooperación en la conservación de los recursos vivos del alta mar⁴³. Durante los trabajos de la IIIª Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar se consagró la figura de la zona económica exclusiva (ZEE) de hasta 200 millas en la que los Estados ribereños podían monopolizar la explotación de las riquezas marinas y en particular de los recursos pesqueros. Pero la instauración de la ZEE no ha satisfecho totalmente las pretensiones de ciertos Estados ribereños, tales como Chile, Argentina, Islandia o Canadá que, con fundamentos diversos, han tratado de ampliar sus competencias sobre zonas de alta mar más o menos cercanas a sus aguas.

A. EL REGIMEN DEL CONVENIO DE 1982

El régimen establecido por el Convenio con respecto al ejercicio de la pesca en alta mar trata de establecer un equilibrio entre las exigencias del principio de

38) Sección 5.

39) Sección 6.

40) Hoy transformado en la Organización Mundial del Comercio.

41) Sección 4.

42) Ver: CASADO RAIGÓN, R. *La pesca en alta Mar*. Sevilla, 1994.

43) Ver: Convenio sobre el Alta Mar (Art. 2. 2) y Convenio sobre pesca y conservación de los recursos vivos del mar (Art. 1), ambos de 23 de abril de 1958.

libertad de pesca y las derivadas de la necesidad de proteger los recursos vivos del mar⁴⁴.

El principio de libertad de pesca, consagrado con claridad en el Art. 87 del Convenio, constituye sin duda la piedra angular del sistema, aunque el Art. 116 matiza que esta libertad debe ejercerse con sujeción "a los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños".

Los deberes (y los poderes) para adoptar las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos del alta mar corresponden a cada Estado en relación con sus respectivos nacionales (y buques de pabellón), ora actuando aisladamente (Art. 117) ora cooperando con otros Estados para adoptar las medidas necesarias o para establecer organizaciones regionales de pesca (Art. 118). Las medidas de conservación que se adopten se basarán en una serie de criterios entre los que cabe destacar el objetivo de lograr el "máximo rendimiento sostenible" (sobre la base de los datos científicos más fiables de que dispongan los Estados interesados), la toma en consideración de los efectos sobre las especies asociadas y dependientes, el intercambio periódico de información por conducto de las organizaciones internacionales competentes y la garantía de no discriminación de hecho o de derecho contra los pescadores de ningún Estado (Art. 119).

En la Parte V del Convenio, relativa a la zona económica exclusiva, se encuentran otras disposiciones que afectan también a la pesca en alta mar y que se refieren a las denominadas especies transzonales (que se encuentran tanto dentro de la ZEE de un Estado ribereño como en un área de alta mar más allá de esta y adyacente a ella) y a las especies altamente migratorias (que se encuentran tanto dentro de la ZEE de un Estado ribereño como fuera de ésta en un área de alta mar adyacente a ella). En el caso de las especies transzonales el Art. 63, 2 establece que el Estado ribereño y el Estado que pesque esas poblaciones en el área adyacente "procurarán, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente". En el caso de las especies altamente migratorias, enumeradas en el Anexo I del Convenio, el Art. 64 establece que el Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la zona "cooperarán directamente o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región". Los Arts. 65 a 68 del Convenio establecen disposiciones particulares para los

44) CASADO RAIGÓN, R. "L'application des dispositions relatives à la pêche en haute mer de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer", *Espaces et ressources maritimes*, 1994, n° 8, pp. 210-219.

mamíferos marinos, las poblaciones anádromas, las especies catádromas y las especies sedentarias⁴⁵.

B. LAS VICISITUDES SOBREVENIDAS: LA GUERRA DEL FLETÁN

Los resquicios que sin duda deja la reglamentación establecida en el Convenio han propiciado las acciones unilaterales de algunos Estados que, con justificaciones diversas, pretenden ejercer jurisdicción sobre zonas de alta mar adyacentes a sus aguas. Particular gravedad han tenido los incidentes derivados de las acciones llevadas a cabo por Canadá contra pesqueros españoles en marzo de 1995, en el curso de lo que la prensa bautizó con el nombre ya famoso de "guerra del fletán".

1. Los antecedentes del problema

La estrategia canadiense fue urdida meticulosamente y fue ejecutada con arreglo al plan trazado de una manera precisa.

El primer paso de esta estrategia se dio en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, donde las reivindicaciones "conservacionistas" capitaneadas por Canadá fructificaron en la convocatoria de una Conferencia de las NU sobre especies transzonales y altamente migratorias que debía culminar sus trabajos en 1995. El 10 de mayo de 1994 Canadá substituyó su declaración de aceptación de la competencia del Tribunal Internacional de Justicia de 10 de septiembre de 1985 por una nueva declaración en la que se excluían formalmente "las controversias a las que podrían dar lugar las medidas de gestión y de conservación adoptadas por Canadá para los barcos que pescan en la zona de reglamentación de la OPAN y la ejecución de dichas medidas" (punto 2, d)⁴⁶.

El 12 de mayo de 1994 Canadá adoptó una ley que enmendaba la *Coastal Fisheries Protection Act*⁴⁷ y que le permitía extender al alta mar las medidas nacionales de protección de las especies transzonales, prohibir el ejercicio de la pesca por buques extranjeros y, en caso de contravención, aplicar las medidas de ejecución forzosa correspondientes. El 25 de mayo de 1994 el Gobierno canadiense promulgó una reglamentación por la que se prohibía el ejercicio de la pesca de las especies transzonales indicadas, tanto a los buques sin nacionalidad o que naveguen con el pabellón de dos o más Estados como a los barcos con pabellón de complacencia.

En febrero de 1995 la Comisión de Caladeros de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (en adelante OPAN)⁴⁸ adoptó una disputada propuesta (6

45) Ver HEY, H. *The Regime of Exploitation of Transboundary Marine Fisheries*, Dordrecht-Boston-Londres, 1989.

46) Texto en *Boletín D. M.* n° 26, octubre 1994, p. 10.

votos a favor, 5 en contra y dos abstenciones) relativa a la distribución de las capturas de fletán negro para 1995⁴⁹. Esta propuesta, adoptada con criterios de reparto ajenos al propio Convenio OPAN, suponía una importante disminución de la disponibilidad de capturas de la flota comunitaria que pasaba de 45.000 tns (media de capturas en los años anteriores) a una cuota de tan solo 3.400 tns. Por ello, el 3 de marzo de 1995, en aplicación de lo previsto en el Art. XII del Convenio OPAN⁵⁰, la Comunidad Europea (en adelante CE) objetó formalmente el acuerdo en cuestión, asignándose una cuota autónoma de 18.630 tns.

Ese mismo día 3 de marzo de 1995, Canadá adoptó un nuevo reglamento en el que se prohibía el ejercicio de la pesca del fletán negro de Groenlandia en determinadas divisiones pesqueras de la zona de regulación de la OPAN a los barcos "españoles y portugueses" durante el período comprendido entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de cada año⁵¹.

2. Los incidentes de marzo 1995

El 9 de marzo de 1995 las autoridades canadienses salieron al encuentro de 10 barcos pesqueros españoles que faenaban en la zona OPAN, a más de 250 millas de la costa. El hostigamiento de las patrulleras canadienses se centró en el buque "Estai" que fue perseguido y apresado en alta mar, y conducido al puerto de San Juan (Terranova), donde el buque fue retenido y su capitán procesado, imputándosele diversas infracciones entre las que destacan las de resistencia a la autoridad y pesca ilegal. Días más tarde el capitán del "Estai" fue puesto en libertad bajo fianza de 8.000 dólares canadienses y el barco liberado bajo una fianza de 500.000 dólares canadienses (en total unos 47 millones de pesetas), manteniéndose el decomiso de parte de las capturas.

Desde el punto de vista del Derecho internacional las razones invocadas por Canadá parecen *prima facie* más débiles que las que asisten a España. Desde luego hay que reconocer que la caracterización de los incidentes como "piratería", realizada

47) Ver: Ley de enmiendas a la Ley de Protección de Pesquerías Costeras, *Boletín DM cit.*, p. 11.

48) Establecida por el Convenio de Ottawa de 24 de octubre de 1978 sobre futura cooperación multilateral en las pesquerías del Atlántico Noroeste, al que se adhirió España por instrumento de 13 de agosto de 1983 (BOE de 27 de septiembre de 1983). Texto en SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. España y el Régimen internacional de la pesca marítima, Madrid (Tecnos) 1986. pp. 128-142.

49) Votaron a favor: Canadá, Cuba, Islandia, Japón, Noruega y Rusia; votaron en contra: CE, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia; se abstuvieron: Corea y Dinamarca (por Islas Feroe).

50) Texto en SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. *op. cit.*, p. 128.

51) Ver DIEZ-HOCHLEITNER, J. "El asunto del "Estai". Mucho más que un incidente" *Tribuna* (MAPA), abril 1995. n° 22. p. 44.

por algún medio de comunicación español, está fuera de lugar, porque ésta solo se produce cuando los actos son cometidos "con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada"⁵². Pero los actos de las autoridades canadienses sí parecen constituir una violación no solo de las obligaciones impuestas por el acuerdo OPAN sino también de diversas reglas esenciales del Derecho del mar vigente, tales como las referentes al estatuto jurídico del alta mar⁵³, al principio de libertad de pesca⁵⁴ en este espacio marino y a la jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón⁵⁵. Además las medidas coercitivas de las patrulleras canadienses constituyen una violación de los principios de arreglo pacífico de controversias y de prohibición del recurso a la fuerza consagrados en el Artículo 2, párrafos 3 y 4, de la Carta de las Naciones Unidas.

La reacción de las autoridades españolas ante los atropellos canadienses fue ponderada pero tajante. Primero se emitieron diversas notas verbales de protesta, con objeto de enervar cualquier pretensión de aquiescencia por parte española. Luego se enviaron a la zona dos patrulleras de la Armada que realizaron una eficaz misión disuasoria. El 17 de marzo se suspendió la aplicación del acuerdo hispano-canadiense de 1959 sobre exención de visados de 1959, como medida de represalia. Y el 28 de marzo se introdujo una demanda contra Canadá ante el Tribunal Internacional de Justicia solicitando que se declarara que la legislación canadiense es inoponible a España, que los actos perpetrados contra el buque "Estai" constituyen una violación del Derecho internacional y que Canadá debe abstenerse de reiterar tales actos y ofrecer al Reino de España la reparación debida, concretada en una indemnización que cubra todos los daños y perjuicios sufridos.

Otras respuestas imaginables contra Canadá tuvieron que ser descartadas porque superaban la capacidad de reacción autónoma de nuestro país: tal es el caso de las contramedidas de naturaleza pesquera o de las sanciones comerciales, materias ambas que han sido transferidas con carácter exclusivo a la CE. Y hay que reconocer que la inicial firmeza de la Comunidad, representada en la figura de la comisaria de pesca Emma Bonino, dejó paso a la tibieza, a la insolidaridad y a la disidencia (sobre todo por parte del Reino Unido y de Irlanda) cuando se trató de adoptar represalias comerciales contra Canadá.

Finalmente, el 16 de abril de 1995 la CE y Canadá adoptaron un acuerdo destinado a poner fin a la guerra del fletán y a reordenar la actividad pesquera en los caladeros OPAN. En esencia el acuerdo se concreta en la reducción de las cuotas

52) CNUDM Art. 101.

53) CNUDM Art. 89.

54) CNUDM Arts. 87, c) y 116.

55) CNUDM Art. 92.

asignadas a la CE (que quedan en unas 11.000 tns, de las que 9.000 corresponden a España), en la retirada por parte de Canadá de los reglamentos controvertidos (pero no de la ley misma) y en la devolución de las fianzas, la retirada de los cargos contra el capitán del "Estai" y la indemnización del armador por la pesca sustraída⁵⁶.

El acuerdo CE/Canadá puede considerarse como un mal menor o incluso como un compromiso soportable, que pone fin a una situación de máxima tensión que a nadie beneficia. Pero, ante la desafección con que iba a ser recibido por el sector pesquero español, quizás nuestro país podía haber evitado votar a favor del mismo en el seno del Consejo de la CE (como hizo Portugal, que votó en contra) para demostrar al menos su desencanto⁵⁷.

C. EL ACUERDO SOBRE ESPECIES TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIAS DE 4 DE AGOSTO DE 1995

Las lagunas del Convenio antes señaladas han propiciado las actuaciones de ciertos Estados ribereños que, por vía de su legislación nacional, pretenden extender su competencia reglamentaria y, en ocasiones, ejecutiva, en lo que respecta a la pesca en alta mar⁵⁸. A ello se han opuesto con firmeza los países que practican la pesca en las zonas afectadas, dando lugar a lo que algún autor ha denominado "la crisis de la libertad de pesca en alta mar"⁵⁹.

La cuestión se ha polarizado en torno al punto más sensible, las especies transzonales y altamente migratorias, dando lugar a la aparición de una clara contraposición de intereses entre los países ribereños afectados y los Estados que practican la denominada "pesca a distancia". La controversia entre estos grupos de países se manifestó ya durante los trabajos preparatorios de la Conferencia de las NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo cuya fase final se celebró en Río de Janeiro (Brasil) del 3 al 14 de junio de 1992. No pudiendo resolverse en aquel momento, por la irreductibilidad de las tesis en presencia, se decidió convocar una Conferencia sobre especies transzonales y altamente migratorias que debía culminar sus trabajos en 1995.

56) Ver: MATE, V. "Acuerdo polémico con Canadá", *Mar*, Instituto Social de la Marina (MIS), nº 327, abril 1995, p. 8.

57) En esta materia, el procedimiento de votación en el seno del Consejo es la mayoría cualificada, de acuerdo con lo previsto en el Art. 43, 2 *in fine* del Tratado CE.

58) Ver: REY CARO, E. "La conservación de los recursos vivos del alta mar y las nuevas tendencias de la legislación de América Latina", *Anuario del IHLADI*, vol. XII, pp. 99-163. YTURRIAGA BARBERAN, J.A. "Los mares presenciales: del dicho al hecho no hay tanto trecho", *Ibid.*, pp. 389-439.

59) BADENES CASINO, M. *La crisis de la libertad de pesca en alta mar*. Tesis doctoral. Valencia. 1996 (en vías de publicación).

La Conferencia ha completado seis períodos de sesiones antes de lograr un Acuerdo final el 4 de agosto de 1995. Durante los trabajos de la Conferencia los grupos de intereses antes señalados se identificaron con claridad: en el lado de los Estados ribereños, Argentina, Canadá, Chile, Islandia, Indonesia, Noruega, Perú, Rusia, los Estados del Pacífico Sur y los EE.UU.; en el lado de los Estados que practican la pesca en alta mar, la CE (sobre todo España y Portugal), Belice, Corea del Sur, China, Honduras, Japón, Panamá, Polonia y los EE.UU. (único Estado que tiene intereses en ambos lados). Los temas más debatidos durante la Conferencia fueron fundamentalmente tres. En primer lugar, si el instrumento a adoptar debía poseer la forma jurídica de una declaración no vinculante (posición apoyada por España) o configurarse como un tratado obligatorio para las Partes. En segundo lugar, si las medidas de protección y ejecución establecidas debían aplicarse únicamente en el alta mar o debían aplicarse también en la ZEE de los Estados ribereños afectados. Y, en tercer lugar, el contenido mismo de las medidas en cuestión, especialmente las medidas de ejecución.

El Acuerdo finalmente adoptado el 14 de agosto de 1995⁶⁰ posee la forma jurídica de un tratado internacional y se estructura en torno a las siguientes líneas básicas. El Acuerdo se aplicará a las poblaciones de peces que se encuentren en el alta mar, "salvo que los artículos 5 (principios generales *mutatis mutandis*), 6 (principio de precaución) y 7 (compatibilidad de las medidas de conservación y de ordenación) se aplicarán también dentro de las zonas sometidas a jurisdicción nacional"⁶¹. La aplicación del "principio de precaución"⁶² se efectuará de acuerdo con las directrices establecidas en el Anexo II que pretende garantizar el máximo nivel sostenible de las pesquerías, principalmente mediante la prevención de la sobreexplotación, la minimización de las capturas incidentales y la protección de la biodiversidad marina. Se potenciará el establecimiento de organizaciones o arreglos regionales, reservándose el acceso a los recursos pesqueros a los buques de Estados (partes en el Acuerdo) que sean miembros de dichas organizaciones o arreglos regionales o se comprometan a aplicar las medidas de conservación establecidas por aquellos⁶³; asimismo los Estados miembros de una organización o participantes en un arreglo pesquero regional intentarán "disuadir" a los buques que enarbolan el pabellón de Estados

60) Proyecto de Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1992 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios. Propuesta del Presidente. Doc A/CONF.164/33 de 3 de agosto de 1995.

61) Art. 3.

62) Art. 6.

63) Art. 8, par. 4 y Art. 17, par. 2.

terceros de realizar actividades que comprometan la eficacia de las medidas de conservación y ordenación adoptadas por la organización o arreglo regional⁶⁴.

Las disposiciones relativas a las medidas de ejecución son algo más difusas, ordenándose en torno a los siguientes criterios. Ante todo, se potencia la responsabilidad del Estado de pabellón, que deberá hacer cumplir las medidas de conservación y ordenación establecidas y reprimir las infracciones, procediendo, cuando corresponda, a retener el buque de que se trate y a aplicar las sanciones correspondientes que deben tener una "severidad suficiente"⁶⁵. En el marco de las organizaciones o arreglos regionales, se autoriza a los inspectores de los Estados miembros a abordar e inspeccionar los buques sospechosos de violar la reglamentación pesquera establecida. Si la violación es confirmada por las pruebas obtenidas a bordo, se notificará la infracción al Estado de pabellón que deberá asumir la competencia sancionatoria en un plazo de 3 días. Si el Estado de pabellón no lo hiciera así, y hubiera motivos evidentes para creer que se trata de una "infracción grave", el buque puede ser conducido a puerto⁶⁶ pero sin adoptar el estado ribereño por su cuenta otras medidas de sanción⁶⁷.

Y se establece también un procedimiento de solución de controversias que incorpora los mecanismos previstos en la Parte XV del Convenio, incluyendo los procedimientos de jurisdicción obligatoria enumerados en su Art. 287⁶⁸, que sin duda ejercerá un efecto disuasorio de actuaciones tales como la que afectó recientemente al "Estai".

CONCLUSION

La entrada en vigor del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 16 de noviembre de 1994 y la adopción del Acuerdo de 28 de julio de 1994, que desbloquea el *impasse* sobre la Parte XI (Zona de fondos marinos), permiten suponer que el Convenio alcanzará pronto una participación (casi) universal.

Aunque la regulación establecida en el Convenio no se ajusta totalmente a los intereses de España en varios temas importantes, no parece aconsejable que nuestro

64) Art. 17, par.4; Art. 20, par.7 y Art. 33, par. 2.

65) Art. 19.

66) Lo que producirá, por lo menos, la paralización de la actividad pesquera del buque infractor. Ver: F. PEREZ A. "ASIL Briefing on UN Conference on Fish Stocks", *ASIL Newsletter*, June-August 1995, p. 14.

67) Art. 21.

68) Art. 30.

país quede al margen de un instrumento jurídico destinado a convertirse en una suerte de "constitución" de los mares, que cubren dos tercios del Planeta. Pero la vinculación de España al Convenio no debe constituir un acto aislado, sino el punto de partida de una renovada actitud destinada a potenciar la presencia de nuestro país en las instancias de decisión establecidas y la elaboración de una normativa nacional orientada a la preservación de nuestros intereses.

Lo mismo cabe decir con respecto al Acuerdo de 14 de agosto de 1995 sobre la pesca de especies transzonales y altamente migratorias, que responde más a las reivindicaciones de los Estados ribereños que a las de los Estados que practican la pesca en alta mar, como es el caso de España. Con todo, una vez que las negociaciones han culminado con los resultados que hemos visto, no parece aconsejable quedar al margen del Acuerdo. Cabe esperar, por lo menos, que la aceptación generalizada del mismo creará un escenario más claro (y por ende más satisfactorio) para el ejercicio de la pesca en alta mar que tanto interesa a nuestra flota.

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS A DISPONER DE SU TIEMPO HISTÓRICO

*José Manuel Peláez Marón**

I. EN TORNO A LA NOCIÓN DE PUEBLO COMO SUBJETIVIDAD JURÍDICO INTERNACIONAL EMERGENTE

1. La noción de pueblo -como también la palabra que la expresa- no ha dejado de suscitar desde su irrupción en el ámbito jurídico internacional apreciaciones críticas e incluso posiciones contradictorias al respecto. La misma dificultad que presenta de situar con precisión su delimitación y alcance jurídico revela la existencia de una naturaleza vigorosa y en evidente estado de evolución.

Los profesores COT y PELLET, que han recordado los pormenores de la introducción de la noción de pueblo en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y que han puesto de relieve como, no obstante las desconfianzas y recelos suscitados por el empleo de la misma, esta fue aceptada finalmente, han insistido certeramente en la necesidad de que la noción de pueblo sea interpretada a la luz de

* Miembro Correspondiente de la AADI. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Sevilla, España.

la evolución que el Derecho Internacional ha conocido posteriormente gracias a la Carta de las Naciones Unidas y a la costumbre(1).

En cualquier caso, entiendo que se hacen necesarias algunas consideraciones sobre una noción de suyo anfibológica. En principio, como ha puesto de relieve el profesor Ruiloba si bien los vocablos "pueblos" y "nación" designan una misma realidad, todo un conjunto de matices y connotaciones los diferencian. Conviene, sin embargo, retener que tales matices son al mismo tiempo expresión del sustancial cambio experimentado por la sociedad internacional contemporánea y por el sistema de normas del que la misma se ha dotado(2).

2. Es cierto que la palabra "nación" evoca al Estado nacional surgido a principio de la Edad Moderna y que durante el siglo XIX y comienzos del XX la idea de nación alcanzó su más relevante valoración como sustrato del Estado(3). Sin embargo, la crisis del principio de las nacionalidades va a propiciar la aparición, en el Derecho Internacional contemporáneo, del concepto de pueblo, aunque para designar la misma realidad contemplada por la palabra nación, esto es, la comunidad de personas sobre la que se asienta el Estado. Misma realidad, desde luego, pero distinta percepción histórica y sociológica. En este sentido se ha escrito que *le principe des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue l'avatar contemporain du principe des nationalités consacré par le droit positif dans sa portée anti-coloniale*, si bien se trata de una consagración parcial ya que el Derecho Internacional actual no comporta siempre el reconocimiento de la legitimidad de la secesión(4).

3. Por otra parte, la noción de pueblo parece resumir en sí misma las orientaciones objetivas y subjetivas que otrora sirvieron para avivar una, a la postre más académica que útil, polémica sobre la concepción de la idea de nación. Así, los elementos objetivos que sirven de apoyo a una delimitación de la noción de pueblo se alinean en torno a datos tales como la existencia de un territorio geográficamente diferenciado, la unidad étnica o, la lengua y la cultura comunes. Por su parte, los elementos subjetivos se centran en la existencia de la voluntad colectiva de constituir

(1) COT I.P. et PELLET, A. et alii. La Charte des Nations Unies. Paris, 1985 págs. 1 a 22, particularmente págs. 18 y s.

(2) RUILOBA SANTANA, E. "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional. el concepto de pueblo", en Estudios de Derecho Internacional Homenaje al profesor MIAJA DE LA MUELA. Madrid, 1979, vol. I, pág. 303 et ss.

(3) PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de Derecho Internacional público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, 4º de. 1992. pág. 276.

(4) NGUYEN QUOC, D. DAILLIER, P. y PELLET, A. *Droit international public*. Paris, 4º de. 1976, pág. 397.

un agregado humano independiente, voluntad condicionada y limitada por un sentido integrador. Tal sentido integrador tiene extraordinaria importancia a la hora de establecer el alcance del principio de la libre determinación de los pueblos con el de unidad nacional e integridad territorial del Estado(5). En efecto, como ha explicado el profesor Carrillo Salcedo cuando, en 1970, el Comité especial logró una fórmula en virtud de la cual la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos se configuraba *simultáneamente* como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados, se evitaba el riesgo que hubiese comportado una formulación universal susceptible de ser usada como bandera de cualquier movimiento secesionista en abierta contradicción con el principio de la integridad territorial de los Estados(6).

II. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS A LA LIBRE DETERMINACIÓN

4. A partir de la eclosión del fenómeno de la descolonización y el acceso a la independencia política de un buen número de nuevos Estados, la noción de pueblo comienza a perfilarse como un supuesto de subjetividad jurídico-internacional emergente. En efecto, tanto en la Carta de las NN.UU. como en desarrollos posteriores inspirados en aquella e impulsados por la Organización, se hace referencia a la noción de pueblos como titulares de determinados derechos. En este sentido, para el antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Arechaga, tras la aprobación de la R. 2625 (XXV) los pueblos pueden considerarse como nuevos sujetos de Derecho Internacional. No obstante ello, ha de matizarse que la subjetividad internacional de los pueblos es necesariamente limitada por reducirse al hecho de convertirse en destinatario de ciertas normas jurídicas que le otorgan derechos, pero sin capacidad jurídica plena en las relaciones internacionales(7).

De entre los derechos de que los pueblos aparecen como destinatarios, es sin duda, el de la libre determinación el de mayor entidad e importancia. Este derecho, también denominado sinónimamente como derecho de libre disposición, o de derecho de auto-disposición, ha sido considerado doctrinalmente como uno de los principios estructurales o constitucionales del Derecho Internacional(8).

(5) PASTOR RIDRUEJO, J.A. Loc. cit., pág. 277.

(6) CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, 2º de. 1976. pág. 68. Vid. también supra, párrafo 14

(7) GONZALEZ CAMPOS, J.D. SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. ANDRÉS SAEZ DE SANTA MARÍA, M.P. *Curso de Derecho Internacional Público*. Vo. I. Oviedo. 5º de. 1992, pág. 695.

(8) NGUYEN QUOC, D. DAILLER, P. y PELLET, A. op. cit. p. 398.

5. Como es de sobra conocido, el derecho de los pueblos a la libre determinación aparece en su origen, vinculado al fenómeno del colonialismo y en este sentido se ha aludido al mismo desde los tratados de paz de 1919-1920 hasta la llamada Carta del Atlántico de 14 de agosto de 1941, pasando por el preámbulo de la sección V del Tratado de Versalles sobre la devolución de Alsacia y Lorena a Francia(9). No se hace referencia al mismo, sin embargo, en el Pacto de la Sociedad de Naciones(10).

La Carta de San Francisco va a suponer un hito decisivo para el posterior desarrollo de este derecho. En efecto, en la misma se menciona por dos veces el referido derecho. Así, los artículos 1, 2 y 55 establecen el fundamento del principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos. Como acertadamente ha puesto de relieve el profesor Pellet en el espíritu de los redactores de la Carta el derecho de los pueblos a la libre determinación significa el derecho de cada pueblo a elegir su régimen político, económico y social, el derecho a participar, en el seno del Estado, en la elección de los gobernantes, el derecho, en alguna manera, a la democracia, pero, en modo alguno, el derecho a la independencia de los territorios no autónomos, derecho que, ciertamente no evoca el capítulo XI dedicado a tales territorios. Fue la Asamblea General la que, en base a la expresión: derecho de los pueblos a la libre determinación, impuso una lectura anticolonialista de la Carta(11).

En efecto, los desarrollos posteriores de este derecho impulsados por la Asamblea General a partir de la ya histórica Resolución 1514 (XV) de 1960 evidencian, no sólo la orientación anticolonialista propiciada por aquella sino la intención de potenciar el protagonismo de la noción de pueblo en el medio jurídico internacional. Y así, como ha recordado Pastor Ridruejo(12) mientras en la Resolución 1514 (XV) el derecho de libre determinación se configura como un derecho de los pueblos, en la Resolución 2625 (XXV) este principio se formula simultáneamente como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados. Y ciertamente cabe afirmar

(9) Dictionnaire de la terminologie du Droit International. Publicado bajo el patrocinio de la U.A.I. París. Sirey, 1960, pág. 233.

(10) Debe recordarse, a este propósito, que si bien la creación, tras la primera Guerra Mundial, de la Sociedad de Naciones supuso, en cuanto organización internacional general, el paso del sistema de acción individual del Estado al de acción colectiva, tal cambio fue suficiente para iniciar la liquidación del fenómeno colonial. Antes bien, el art. 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones consagraba la pervivencia de las colonias, mediante la creación de la figura del mandato. Vid sobre este punto DE YTURRIAGA BARBERAN, J.A. Participación de la ONU en el proceso de descolonización. Madrid, 1967.

(11) PELLET, A. Droit International public. París. P.U.F. 1981, pág. 48.

(12) PASTOR RIDRUEJO, J.A. Loc. cit., pág. 282.

que mientras la primera de estas dos resoluciones pone el acento en los supuestos coloniales, la segunda va más lejos en lo referente al ámbito de aplicación del principio ya que queda formulado de manera que quepa aplicarse no sólo a los pueblos sometidos a dominio colonial, sino también a los pueblos de cualquier Estado(13).

6. En cuanto a su naturaleza hoy ya no puede sostener que este principio sea solamente un postulado moral o político como sugirió la Comisión de Juristas que, en 1920, se ocupó del *asunto de las islas Aland*(14). Por el contrario, no cabe duda de que tal principio constituye hoy una norma de derecho positivo, de notable relevancia, por otra parte, en el ordenamiento jurídico internacional como así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en su dictamen del 21 de junio de 1971 sobre el *asunto de Namibia*(15).

En relación con el alcance jurídico del principio de libre determinación se pronuncia Jiménez de Arechaga cuando sostiene que el mismo no es sólo aplicable a los pueblos sometidos a dominio colonial sino también a los pueblos que se encuentran en "Estados soberanos e independientes" si bien añade que "un Estado independiente y soberano que posee un Gobierno representativo de la totalidad de su pueblo queda así salvaguardado respecto de todo reclamo de libre determinación de una parte o de un sector de su población"(16), con lo que se configura una idea de exigencia de democracia interna para que al principio no sea aplicable(17).

III. LA DEUDA SOCIAL: LA OTRA CARA DE LA DEUDA EXTERNA

7. Es bien sabido que tras la segunda guerra mundial, la aceleración del proceso descolonizador, aumentó considerablemente el número de Estados integrantes de la sociedad internacional y que la interacción de un conjunto de factores ha llevado a la formación de un Norte económica e industrialmente desarrollado, con una renta per cápita que se acerca a los 10.700 dólares por año, y de un Sur subdesarrollado cuyos países sobreviven con una renta que no llega a los 650 dólares anuales(18).

(13) Ibidem, pág. 283.

(14) J.O.S.D.N., octubre de 1920, supl. n° 3_ 288.

(15) C.I.J. Recueil, 1971.

(16) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, F. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1980, pág. 135.

(17) Ibidem.

(18) Estas cifras expresan la media aritmética del PIB por habitante en cada uno de ambos grupos de países.

También es de sobra conocido que uno de los obstáculos principales para el desarrollo de los países del Sur lo constituye la pesada deuda externa que los mismos soportan y que, en la actualidad se cifra en más de un billón de dólares(19). En efecto, la deuda externa dinamiza profundamente el círculo vicioso de la pobreza y el subdesarrollo(20). Dos datos ilustran, a mi juicio, bastante certeramente tal conclusión. Se refieren, de una parte, a la relación: ingresos por exportación-monto del servicio de la deuda, y, de otro, al espinoso tema del alza unilateral de los intereses de la deuda.

8. Por lo que se refiere a la relación entre la cuantía de los intereses de la deuda y los ingresos por exportaciones cabe decir que, salvo contadas excepciones, la mayoría de los países subdesarrollados se enfrentan a un panorama francamente pesimista: la actividad económica no avanza, las inversiones no se recuperan, los fondos que se logran generar están comprometidos de antemano, y la posibilidad de nuevos préstamos, congelada.

En estas circunstancias es evidente que los ingresos por exportación no llegan a ser suficientes para atender el pago del servicio de la deuda, lo que da lugar a la dramática paradoja de que una zona del mundo en desarrollo se haya convertido en uno de los exportadores netos de capitales y recursos al del Norte desarrollado. En tal sentido, y según el reciente informe del Secretario General de la UNCTAD, la relación entre la cuantía de la deuda externa y el valor de las exportaciones de los países en desarrollo ha seguido creciendo a lo largo de la década y en la actualidad es mayor que en 1982. En efecto, se señala en este informe que:

"El volumen de las exportaciones de los países desarrollados de economía de mercado aumentó vigorosamente en 1988, en un 7%... En cambio los países en desarrollo con posición exterior débil no pudieron incrementar sus importaciones... Este resultado tuvo, en parte, por causa los pagos más elevados por servicio de la deuda que tuvieron que hacer los países deudores desde 1987 a causa de la subida de los tipos de interés; el aumento de dichos pagos, que a quienes más afectó fue a los países altamente endeudados de renta media, se ha estimado en unos 6.000 a 8.000 millones de dólares por año. Estos pagos más elevados por concepto de intereses produjeron un fuerte aumento de la transferencia de recursos de los países deudores

(19) SUBSINHE, T.B., "Global Security Linked with Development Security", en *New Perspectives* (Journal of the World Peace Council), Helsinki, vol. 9, 1/1989, pág. 7.

(20) PEI.ÁEZ MARÓN, J.M., "La deuda social de los países en desarrollo y la percepción europea de la autonomía latinoamericana", en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* I.AEAL, Caracas, n° 2, 3 y 4 1991, pág. 371.

a sus acreedores. Para los países altamente endeudados esta transferencia de recursos fue en 1988 el doble que en 1987 y alcanzó la cifra de 42.000 millones de dólares”(21).

Y en el informe elaborado tras el octavo período de sesiones de la UNCTAD, celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) en febrero de 1992, la Conferencia insistía en que las dificultades experimentadas por muchos países en desarrollo “han provocado en muchos casos, un serio retroceso en esferas tales como la seguridad alimentaria, la reducción de la pobreza, el desarrollo de los recursos humanos, las inversiones en infraestructuras, la conservación del medio ambiente”(22).

Para salir de esta situación, la Conferencia estima que, entre otras medidas, es preciso poner fin a la fuga de capitales, de una parte, y obtener financiación del exterior, de otra. Sin embargo, reconoce que no es muy probable la obtención de nuevos créditos ya que “las corrientes totales de recursos en términos reales han sido, en los últimos años, muy inferiores a las cifras de los primeros años del decenio de 1980”(23). Por ello, insiste en que “es preciso hacer esfuerzos mucho mayores por incrementar la cantidad y la calidad del apoyo de los países en desarrollo. A este respecto, la financiación oficial es especialmente importante. Los países donantes desarrollados deben cumplir el compromiso que han contraído de alcanzar el objetivo internacionalmente acordado de dedicar el 0,7% del PIB a la asistencia oficial para el desarrollo...”(24).

En segundo lugar, y en relación con el alza de los intereses de la deuda -que según el mencionado informe han sufrido un último aumento en el segundo semestre de 1988(25)- cabe apuntar lo que, respecto de la licitud de su incremento unilateral, ha expresado el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) en su sesión de 1989, celebrada en Santo Domingo (República Dominicana), al señalar:

“Que las graves consecuencias del ámbito unilateral e ilimitado de las tasas de interés de la deuda externa se prolongan y agudizan en el acelerado empobrecimiento de nuestros pueblos del continente americano y constituyen una amenaza para la paz y la estabilidad de las naciones así como para la democracia”, por lo que, añade, “es

(21) Trade and Development Report, 1989, UNCTAD/TRD/9, p. III.

(22) TD/364/Rev. 1 N° de venta: 5.93.II. D.5. pág. 21.

(23) Ibid.

(24) Ibid. pág. 23.

(25) Ibid.

necesario despertar la conciencia de la Comunidad Internacional para hallar, con ayuda del derecho, soluciones a los problemas políticos, económicos y sociales originados por el desmesurado crecimiento de la deuda no obstante los cuantiosos pagos ya efectuados”(26).

Tras estas palabras se halla el dato incontestable de que en 1979 América Latina debía 100.000 millones de dólares. En los diez años siguientes pagó 258.000 millones pero ha terminado debiendo 430.000 millones(27).

Ocurre también, que en la actual situación los países en desarrollo han perdido interés para el mundo industrializado. Su elevado endeudamiento y la drástica reducción del poder de compra de sus habitantes hacen imposible una reactivación económica a medio plazo(28). Durante algunos años se pudo creer que los progresos del comercio exterior, conseguido el precio de pasados sacrificios (particularmente la brutal disminución de la demanda interior), permitirían soportar el peso de la deuda, hoy es ya evidente que estos países se hallan atrapados en un círculo vicioso, como se ha señalado más arriba. En efecto, el ajuste recesivo al debilitar la capacidad de inversión y de modernización y aumentar los riesgos de inestabilidad, desalienta las inversiones extranjeras y disminuye, por tanto, el producto con el que se ha de hacer frente al pago de la deuda. Resulta hoy claro que el problema de la deuda no puede ser resuelto sólo por el esfuerzo de los países en desarrollo(29).

9. Las consecuencias que tal situación genera en el ámbito interno de estos países son particularmente dramáticas. En efecto, la general y fuerte caída de la inversión -debida básicamente al pago del servicio de la deuda externa y a la importante fuga de capitales- así como la drástica disminución de la demanda tiene un coste social que no se borrará en mucho tiempo. En consecuencia el nivel de vida de los asalariados de escasa remuneración y, naturalmente, la de los parados (categorías las dos en las que se integra la inmensa mayoría de la población) ha descendido mucho más que la de los jefes de empresa y cuadros de alta remuneración.

En efecto, esta desigualdad social en lugar de disminuir en una situación de emergencia nacional, ha aumentado, en general y considerablemente, por los efectos de la crisis que han provocado una redistribución regresiva de las rentas. En otras

(26) Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. *Conclusiones y acuerdos del XV Congreso Real Colegio Universitario "María Cristina"*. San Lorenzo del Escorial. Madrid 1989. págs. 15 y 55.

(27) El País. 21-2-1990 y de 21-12-1989. Víd. en similar sentido el *"Balance preliminar de la Economía de América Latina y el Caribe"*, CEPAL. 1989.

(28) FONSECA. J. *"Auge del Este, ocaso del Sur"*, en El País. 12-12-89.

(29) TOURAINE. A. *América Latina Política y Sociedad*. Madrid. 1989. pag. 399.

palabras, la crisis económica, generada por la carga de la deuda externa, se ha transformado en una crisis social agravada por la inflación, esto es, por la lucha entre los grupos sociales para transferir a los demás el peso de la deuda. Finalmente han sido las clases más desfavorecidas las que han sido duramente golpeadas por los efectos de la deuda.

Así las cosas, cabe subrayar que con ser grave la situación de depresión económica y subdesarrollo de los países del Sur económico, a causa de la abrumadora deuda exterior, más graves son aún -por lo que de hipoteca del futuro de estos países conllevan- las consecuencias que, en el plano social tiene la deuda. Puede decirse, sin exagerar, que toda una generación de los países en desarrollo, está ya sensiblemente marcada por las repercusiones de la deuda externa. La mayoría de esto a países, en efecto, ha retrocedido entre diez y veinte años en terrenos de la importancia de la agricultura o la tecnología(30). Subalimentación, carencia de atención médico-sanitaria, precariedad en los segmentos más básicos de la enseñanza y nula o escasa formación profesional y técnica, son hoy los indicadores más alarmantes de la situación.

Tales son los efectos sociales de la carga de la deuda externa. Como contrapartida a la misma ha surgido, en efecto, el concepto de deuda social, según la exacta expresión de los investigadores del Programa Latinoamericano para el Empleo en América Latina y en el Caribe (PREALC)(31). La deuda social tiene su origen próximo en la forma desigual en que los distintos agentes económicos soportaron el coste del ajuste económico que se produjo en la región durante la década de los años ochenta. Si se habla de deuda, es necesario señalar quienes sean deudores y acreedores. En el caso de la deuda social, los acreedores son los trabajadores que han pagado proporcionalmente más el costo del ajuste económico por la vía del menor empleo, del deterioro de la calidad de las ocupaciones y de la caída de las remuneraciones. A su vez, los deudores son, además de aquellos grupos sociales que no redujeron sino que incrementaron su consumo al tiempo que el ingreso nacional se deterioraba, aquellos estamentos socioeconómicos, aquellos poderes fácticos de los Estados desarrollados, que han venido presionando para mantener en sus términos más rigurosos las condiciones de ejecución de sus créditos, que han propiciado el alza unilateral e ilimitada de los intereses de la deuda y que, en definitiva, han determinado la adopción, por parte de sus respectivos Estados, de disposiciones que se acomodan mal a los postulados de la justicia social internacional. Los instrumentos de pago de

(30) TOURAINE, A. *"América Latina..."*, cit. pág. 395

(31) TOURAINE, A. *"¿Puede desarrollarse América Latina?"*, El País, 12 nov. 1989

la deuda social pasan por la necesidad de revertir los comportamientos mencionados que han llevado a agravar la pobreza y una mayor concentración del ingreso(32).

IV. BREVE REFLEXIÓN EN TORNO AL TIEMPO HISTÓRICO Y AL DESARROLLO SOCIAL

10. Para Husserl una propiedad del yo subjetivo es la temporalidad y tal propiedad viene a significar que el sujeto sólo accede así mismo en el tiempo(33). Cabe incluso mantener que el tiempo es la permanencia en el acto de ser de los entes sustancialmente cambiantes. El tiempo, en efecto, está íntimamente unido al acto de ser del ente mudable. Aparece entonces el tiempo como *duración*(34) que implica una sucesión de cambios(35). De aquí que quepa considerar al tiempo como la estructura de la posibilidad. Entonces, como ha escrito Heidegger, el "ser ahí" (Dasein) en cuanto sucesión de posibilidades se proyecta, es decir, tiende al futuro(36).

De lo dicho cabe desprender que el hombre no puede ser comprendido como un ser terminado que se repite una y otra vez en los tipos de su especie. Por el contrario, como ha señalado Jaspers, el ser del hombre está en movimiento por lo que el mismo no puede quedar como es en un determinado espacio temporal. El hombre, en efecto, se encuentra en constante cambio de su estado en comunidad. No es como los animales, un ser que, una vez que está acabado, se repite de generación en generación. Por otra parte, el hombre puede no ser como es según su esencia. Puede ir a parar a callejones sin salida. Necesita de la salvación, la curación, la liberación, el retorno a sí mismo(37).

(32) PFLÁEZ, MARÓN, J.M. "La deuda social de los países en desarrollo y la percepción...", cit. pág. 375. Puede verse también, en este sentido el estudio: *Asumiendo la deuda social: Qué es y cómo se paga*. O.I.T., PREALC/318, marzo 1988, pág. 16.

(33) HUSSERL, E. *Zur Phänomenologie des inneren Zeit bewusstseins* (1893-1917). Herausgegeben von Rudolf Boehm. La Haya. Nijhoff, 1966.

(34) SPINOZA, B. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Introducción, traducción y notas de Vidal Pela. Madrid, Alianza, 1987.

(35) ARISTOTE. *Du ciel*. Texto preparado y traducido por P. Moraux. París. Belles lettres, 1965. También SPINOZA, B. "Cogitata metaphisica" en *Oeuvres completes*. Textos de nueva traducción realizada y anotada por R. Cailliois, M. Frences et R. Misral. París. Gallimard. 1957. En este mismo sentido se han pronunciado otros muchos autores.

(36) HEIDEGGER, M. "Sein und Zeit (Erste Hälfte)", en *Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung* Halle. 1927.

(37) JASPERS, K. "La pregunta acerca del hombre", en UNIVERSITAS (Revista trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte) Stuttgart. 1988, vol XXV, n° 4, pág. 269.

Por consiguiente, debe añadirse que el proceso del desarrollo humano no es ni la síntesis continuamente renovada de los mismos elementos, ni tampoco el puro despliegue de disposiciones preexistentes desde un comienzo. Y así cabe señalar, como ha descrito Dahrendorf, que el viaje espacial no es simplemente el desarrollo ulterior y consecuente del caballo y el carro. Que la posibilidad de que lo nuevo deba de haber existido no significa que lo nuevo ya se encontraba involucrado en lo viejo. En efecto, lo nuevo es más bien el resultado del proceso creador del desarrollo humano. La historia es el proceso resultante de los descubrimientos de los hombres, descubrimientos que, en principio, son imprevisibles(38).

11. Hasta aquí me he referido a algunas conclusiones respecto del hombre como ser esencialmente temporal. En mi opinión, tales percepciones pueden trasladarse al plano de lo social-comunitario (y en tal sentido las aportaciones de antropología social pueden ser de inestimable valor). Ciertamente, desde que el hombre es un ser social y necesita, por lo mismo, del grupo para desarrollar sus potencialidades, es éste, el grupo, el que condiciona básicamente su realización(39). Debe añadirse que todo grupo socialmente organizado, posee una herencia acumulada de conocimientos, valores y normas de conducta que se sigue desarrollando con cada generación. Este hecho es el que ha permitido dar respuestas y aportar soluciones al conjunto de necesidades a las que ha debido enfrentarse el grupo(40).

Conviene, sin embargo, no olvidar -como ha escrito Truyol y Serra- que en nuestros días la situación del individuo depende estrechamente de la importancia y relieve que posea el grupo al que pertenezca pero sobre todo que, en la actualidad, la consideración de la historia no ya a escala de las distintas comunidades singulares sino a escala de las grandes sociedades globales (hoy ya de ámbito mundial) es la única que permite una verdadera comprensión de los destinos particulares de los pueblos(41).

De lo que hasta aquí acaba de exponerse, cabe concluir que el hombre, en cuanto a ser social temporal, necesita para su realización perfectible del desarrollo histórico de su entorno societario. Ahora bien, si el desarrollo de un pueblo no sólo se imposibilita sino que se invierte, esto es, si se relega a ese pueblo a niveles de subsistencia propios de etapas pretéritas en lo que se refiere a la economía, la

(38) DAHRENDORF, R. *"Del sentido de la historia y de la posibilidad de progreso"*, en UNIVERSITAS, Vol. cit. 303.

(39) Sobre las razones profundas de la sociabilidad humana, véase TÖNNIES, F. *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Stuttgart, 1935. (Hay traducción española: *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires. 1947. Trad. de F. Ayala).

(40) MAIR, L. *Introducción a la antropología social*. Madrid. 1970. págs. 46 et ss

(41) TRUYOL Y SERRA, A. *La sociedad internacional*. Madrid. 1974, pág. 170.

agricultura o la industria, o a la nutrición, la asistencia sanitaria o la enseñanza; se está infligiendo seguramente un daño irreparable al conjunto de los hombres que integran ese pueblo y se está conculcando, seguramente también, el derecho fundamental de los pueblos a determinar libremente su destino(42).

Una última observación ayudará a situar el tema en estudio. Se sabe que existen grupos tribales que, en regiones abruptas y, en ocasiones, ignoradas del planeta, viven en condiciones similares a la de la prehistoria. Ciertamente son casos insólitos y su suceso difícilmente imputable a la actual factura socioeconómica de la sociedad internacional. También se sabe que no es verosímil imaginar, a medio plazo, una asimilación de tales grupos a las pautas de comportamiento y nivel de vida de los países desarrollados, pero la simple consideración de ambas realidades ilustra, en mi opinión, paradigmáticamente el incuestionable valor del tiempo histórico(43) y su decisivo impacto en el desarrollo evolutivo de los pueblos.

12. La revolución industrial, como es conocido, proporcionó a los Estados europeos y a los Estados Unidos de América tal superioridad tecnológica y, consiguientemente, económica y militar que el resultado fue, como ha puesto de relieve el profesor CARRILLO SALCEDO, la consagración de la hegemonía de estos

(42) En tal sentido se pronuncia el Acta Final del séptimo período de sesiones de la UNCTAD, cuando observa que "los países menos adelantados..., en general están retrasados desde hace mucho tiempo en su crecimiento y su desarrollo en comparación con otros países, y muchos de ellos parecen haber entrado en un círculo vicioso de limitaciones, pobreza y explosión demográfica, con lo que quedado estancados o incluso han retrocedido". TD/350, pág. 33.

(43) Naturalmente que cuando se alude aquí al tiempo histórico no se habla de éste en su dimensión objetiva, es decir, del tiempo de las ciencias experimentales, objeto de análisis y susceptible de medirse (como, por ejemplo, el tiempo biológico, el sideral o el atómico), sino del tiempo como duración vivida por la conciencia humana, del tiempo como experiencia interna que -en unión con los datos proporcionados por el curso de los acontecimientos externos- ayuda a la inteligencia a construir y reconstruir constantemente la realidad total.

Debe considerarse además, que todo pueblo, en cuanto grupo humano diferenciado, dotado de identidad propia y necesitado de hacer valer su peculiaridad -para poder seguir siendo interlocutor- en sus relaciones con otros pueblos, constituye un yo colectivo. En razón de ello cabe mantener que la dimensión del tiempo que acaba de exponerse, opera tanto a nivel individual como colectivo. Por consiguiente, si los datos que nutren la experiencia propia y diferenciada de ese pueblo se falsean o suprimen, seguramente la noción de realidad, elaborada por el mismo, se desvirtuará y, por tanto, ese pueblo quedará, en alguna medida, distanciado de otros pueblos en evolución o, si se me permite la imagen, frenado en su experiencia histórica.

Lo que acaba de exponerse resulta particularmente importante desde el momento en que la historia, a diferencia de lo intemporal o de lo que se considera repetible, aparece como una secuencia irreversible y creadora de novedad a través del tiempo. El que todos los pueblos puedan participar en la construcción de su propio futuro, y del futuro común, no deja de ser un aspecto, y no el menor, del derecho de los pueblos a la libre determinación.

países, plasmada jurídicamente en los tratados desiguales(44) que tendían a mantener y también a aumentar tal situación de superioridad.

El acceso a la independencia política de un gran número de Estados instalados en los antiguos territorios coloniales no ha cambiado sustancialmente la situación de predominio de unos países sobre otros. Existe, es cierto, un elevado nivel de interdependencia pero en numerosas áreas de la actividad económica dicha interdependencia es asimétrica, razón por la cual los resultados son con frecuencia diferentes para las partes implicadas en la interacción. Esta asimetría es consecuencia de una prolongada historia de desarrollo desigual y sus efectos no sólo se manifiestan en el plano económico sino también en las esferas de la ciencia y la tecnología(45).

En razón de ello, lo que, en nuestros días ha venido en llamarse la revolución tecnológica, está ahondando el desequilibrio. En efecto, los beneficios del gran salto tecnológico que vive la humanidad en el umbral de un nuevo milenio -progreso tecnológico del que en última instancia derivan los diferentes grados de industrialización y desarrollo económico y social- no están siendo compartidos, equitativamente, por todos los miembros de la comunidad internacional(46).

Y ello es particularmente grave desde el momento en que no puede discutirse que el retraso y el subdesarrollo de un gran número de países es imputable a su inferioridad tecnológica. No debe olvidarse que la utilización de la tecnología avanzada, especialmente de los ordenadores, intervienen tanto en la superioridad como en la garantía del proceso industrial de fabricación. Además esta tecnología permite, especialmente, la creación de nuevos productos, que son mucho menos dependientes de aprovisionamientos exteriores que en el pasado(47).

13. Sentado que el retraso de los países subdesarrollados es consecuencia, al menos en una importante medida, del avance tecnológico del que disponen los países industrializados, es evidente que para reducir la separación existente entre los ritmos de crecimiento de estos dos tipos de sociedades, separación que crece peligrosamente, es necesario la transferencia de capitales siempre y cuando se acepte que dicha transferencia nunca dejará de ser un paliativo temporal si no va acompañada de transferencia de tecnología(48).

(44) CARRILLO SALCEDO, J.A. *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid, 1984, pág. 27.

(45) *El derecho a una alimentación adecuada como derecho humano*. Naciones Unidas. Nueva York, 1989 (Nº de venta S. 89. XIV 2), pág. 46.

(46) CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Derecho internacional en un mundo...* Cit. pág. 35.

(47) MERLE, M. *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid 1º de. 1980, pág. 189. La 2º de. española. Madrid, 1991. (traducción de la 4º de. francesa. París. 1988). cambia la redacción.

(48) *Ibidem*. pág. 192.

Con todo, incluso la transferencia de tecnología tampoco podrá ejercer su decisiva influencia positiva si no se dan las condiciones de recepción adecuadas por parte de los países en desarrollo. A este propósito, es necesario recordar que un Estado no está constituido solamente por un territorio, una población y unas instituciones de gobierno; es, además, un sistema de relaciones, basado en el intercambio incesante de innumerables mensajes mediante los cuales los ciudadanos se comunican entre sí. En efecto, el pueblo filtra, clasifica, memoriza, recoge o rechaza los mensajes que recibe del exterior en función de un sistema de valores (o cultura) que le sirve de código para descifrar e interpretar las informaciones. Tal sistema de valores depende estrechamente del sistema educativo y fundamentalmente, por lo que respecta los fenómenos internacionales, de los modelos proporcionados por la enseñanza de la historia y de la literatura⁽⁴⁹⁾.

Si como consecuencia de una crisis económica las estructuras sociales de los países más directamente perjudicados por la misma, se resienten y anquilosan; si, particularmente, aquellas destinadas a la enseñanza y a la capacitación profesional y técnica del medio humano se detienen y deterioran, las respuestas que esos pueblos darán a una eventual transferencia de tecnología no podrá ser la adecuada. La falta de sintonía frustrará seguramente el intento.

Poner de nuevo en marcha, en estos países, las estructuras de formación y adiestramiento de modo que hagan posible disponer de la necesaria capacidad para recibir, adecuadamente, la información procedente del exterior es un problema, evidentemente económico (y tecnológicos) pueden transferirse, también lo es que el tiempo no puede ser restituido.

V. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

14. La libre disposición supone para los pueblos ya constituidos en Estado, como ha indicado oportunamente CARRILLO SALCEDO, el derecho de todos los pueblos a su autodeterminación interna, esto es, el derecho de las personas que integran los pueblos a ejercer efectivamente sus derechos y libertades fundamentales y, en los términos de la R. 2625 (XXV), el deber de los Estados a conducirse de conformidad con el principio enunciado y estar dotados, en consecuencia, "de un

(49) Ibidem. pág. 178.

gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color"(50)

Conviene no olvidar la estrecha relación del principio que nos ocupa con el respeto a los derechos humanos. En efecto, como ya señalara la delegación italiana en el documento de trabajo que, en 1970, presentó al Comité especial creado por la R/1966 (XVIII).

"existe una estrecha relación entre ese principio y la promoción de los derechos humanos. El ejercicio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos como entidades colectivas podrá garantizarse eficazmente en la medida en que se permite a los individuos que integran esas entidades ejercer efectivamente sus derechos y libertades fundamentales. La existencia y el funcionamiento de estructuras y mecanismos mediante los cuales se ha de expresar la libre determinación depende de la posesión y del ejercicio efectivo de los derechos y libertades individuales"(51).

En esta misma dirección se ha pronunciado el profesor GROS ESPIELL para quien, hoy día, el concepto de derechos humanos incluye no sólo los clásicos derechos civiles y políticos, esto es, las tradicionales libertades públicas y los derechos económicos, sociales y culturales sino también los nuevos derechos que han surgido ante las exigencias del mundo actual particularmente en relación con los problemas del desarrollo y de la libre determinación de los pueblos(52).

Según la concepción tradicional del Derecho humanitario este se define como el conjunto de normas relativas a la protección de las víctimas de los conflictos armados. Desde esta óptica se podría llegar a distinguir, a lo sumo, entre Derecho humanitario en sentido estricto -Derecho de Ginebra(53)- y Derecho humanitario en sentido amplio -Derecho de La Haya(54)-, pero sin ir más allá de estos límites. Sin embargo, hace apenas una década ha comenzado a consolidarse una iniciativa tendiente a la promoción de lo que ha venido en llamarse nuevo orden humanitario internacional(55).

(50) CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía del Estado...* Cit. pág. 69.

(51) Doc. A/AC. 125/L. 83.

(52) GROS ESPIELL, M. "*Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados*", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge* (en l'honneur de JEAN PICTET). Genève 1984. pág. 704.

(53) Componen este derecho fundamentalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1948, para la protección de las víctimas de la guerra, concluidos bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja y los dos Protocolos adicionales de 1977.

15. Parece tomar cuerpo, en efecto, una reflexión más general según la cual el mismo hombre que puede ver violados sus más elementales derechos en cuanto tal podría sufrir igual atropello siendo víctima de un conflicto armado o igualmente verse reducido, como consecuencia del mismo, a la penosa condición de refugiado por lo que, en definitiva, el hombre tiene necesidad de un trato homogéneo y continuo. Sin embargo, dicho trato corre el riesgo de ver disminuida, cuando no anulada, su eficacia a causa de la existencia de un conjunto de instrumentos jurídicos, no siempre coherentes, aplicados por diversas instituciones cuya actuación no se halla ciertamente coordinada. En cualquier caso, sin embargo, lo que no cabe olvidar es el hecho de que la desgracia humana es indivisible por lo que necesita de un trato y una responsabilidad también indivisibles(56).

Por otra parte, y aún cuando sus respectivos campos de aplicación material y personal no coinciden plenamente existe una zona común entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Podrá haber principios o criterios particulares, de aplicación necesaria sólo en algunas de estas ramas del Derecho Internacional, pero no puede negarse la existencia de principios comunes a ambas, que las vinculan e interrelacionan en base al objetivo esencial de defender y garantizar la dignidad e integridad de la persona humana(57).

Tal conclusión ha sido puesta de relieve por la Corte Internacional de Justicia con ocasión del *asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* cuando ha señalado la vigencia de unos "principios generales básicos de Derecho Humanitario respecto de los que a su juicio, los Convenios de Ginebra constituyen en ciertos aspectos el desarrollo y en otros la expresión"(58). Se trata de principios que la Corte, en 1949 en su sentencia en el *asunto del Estrecho de Corfú* había ya considerado como "principios generales y bien reconocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, más absolutas aún en tiempos de paz..."(59).

(54) Constituido fundamentalmente por la Convención de La Haya de 1899 (II), revisada por la Convención de 1907 (IV) y su anexo.

(55) Esta denominación no ha estado exenta de críticas. En este sentido puede verse el estudio de PERRUCHOU, R. en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire*. Cit. pág. 500 et s.

(56) Vid. en este sentido, AL-FALLOUJI, I. "Pour une thèse plus humaniste de tous les droits de l'homme", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire...* cit. pág. 630.

(57) GROS ESPIEU, H. Loc. cit. pág. 704 y s. Sobre este mismo extremo observa CALOGEROPOULOS-STRAVIS que "le fondement philosophique de la protection générale de la personne humaine est identique pour le droit humanitaire et pour les droits de l'homme et ne distingue pas entre situation de guerre et situation de paix" Ibidem, pág. 655.

(58) C.I.J. Recueil 1986, pág. 103.

(59) C.I.J. Recueil 1949, pág. 22.

16. Existe, por consiguiente, un conjunto de obligaciones internacionales de los Estados que integran el concepto de respeto del Derecho. Tales obligaciones que, entre otros objetivos, persiguen la salvaguardia de los principios de no intervención(60) y libre determinación, exigen el abstenerse de utilizar o alentar la aplicación de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coartar a otro Estado a fin de subordinarlo en el ejercicio de sus derechos soberanos o de obtener del mismo ventajas de cualquier orden(61).

Tal concepción se refleja no sólo en diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como son, entre otras(62), la Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las NN.UU. -R. 2625 (XXV)- y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la cual establece en su artículo 19 que "Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de este ventajas de cualquier naturaleza".

En esta misma línea y tomando como referencia *el asunto del Estrecho de Corfú*, la Comisión Internacional de Juristas se refirió al principio relativo al uso indebido de los derechos y señaló que "es obligación de todo Estado no consentir que su territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados". Cabe reconocer pues en virtud de este principio que los derechos de soberanía son interdependientes y están sujetos a limitaciones recíprocas. Es decir, un Estado no puede ejercer su derecho de modo tal que el perjuicio causado a otro Estado sea mayor que los beneficios que pudiese obtener(63).

17. Respecto a la relevancia jurídica de estos principios, ciertamente comunes al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario e inspiradores de ambas ramas jurídicas, cabe decir que no es posible

(60) En relación con el principio de no intervención conviene recordar lo que la R. 2625 (XXV), proclama al respecto: "Ningún Estado o grupos de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de ingerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del Derecho internacional.

(61) Ibidem.

(62) Particular interés revisten, a este propósito, las resoluciones 44/54 sur la Protection sociale, développement et science et technique, 44/55 sur la Realisation de la justice sociale, 44/56 sur la Situation sociale dans le monde et 43/113 sur l'indivisibilité et interdépendencia des droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques, las cuatro de 8 décembre 1989, et la resolution 44/213 sur la Mise en valeur des ressources humains aux fins du développement de 22 décembre 1989.

(63) *El derecho a una alimentación adecuada como derecho humano*. Cit.pág. 47.

mantener que se trate de meros postulados morales o políticos(64). Por el contrario, no cabe duda de que tales principios informan normas de derecho positivo, como señaló la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 21 de junio de 1971 sobre el *asunto de Namibia*(65) y reiteró en el del 16 de octubre de 1975, sobre el Sahara Occidental y como también ha sostenido en sus sentencias en los *asuntos del Estrecho de Corfú* de 9 de abril de 1949 y de las Operaciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 27 de junio de 1986 a las que ya me he referido.

Por otra parte tales principios han sido el impulso nuclear de importantes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas cuyo valor y alcance jurídicos no pueden hoy ignorarse(66), máxime cuando versan sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación lo que plantea, de una parte, la cuestión del respeto a los derechos humanos fundamentales y, de otra, la salvaguarda de principios elementales de humanidad inspiradores de las normas más fundamentales del Derecho Internacional Humanitario.

En cualquier caso si un excesivo rigor metodológico demandase contrastar la vigencia y el rango de tales normas a la luz (hoy más que incierta) del artículo 38 del Estatuto de la C.I.J., habría que pensar en la costumbre internacional. Una costumbre internacional cuyo elemento material se haya consolidado en un lapso temporal breve(67) en consonancia con las exigencias de democratización y socialización de la actual sociedad internacional y en cuya formación, como ha señalado Pastor Ridruejo sería un factor decisivo contar con un foro internacional, como la Asamblea General, en el que los Estados encontraren el medio adecuado para hacer patente la existencia del elemento espiritual de la costumbre, esto es, la *opinio iuris* colectiva. *Opinio iuris* a la que se ha conformado la práctica general de los Estados y de la misma Organización de las Naciones Unidas, siendo pues indiscutible la existencia de una norma consuetudinaria de origen institucional que consagra el derecho de los pueblos a la libre determinación(68).

En tal sentido se ha pronunciado la C.I.J. en el asunto de las Operaciones militares en y contra Nicaragua cuando ha sostenido que en relación con la norma consuetudinaria, la *opinio iuris* puede deducirse entre otros elementos

(64) Informe de la Comisión de juristas al Consejo de la S.D.N. en el asunto de las islas Aland. J.O.S.D.N. oct. 1920, sup. spé.

(65) I.C.J. Reports, 1971.

(66) PELAEZ MARON, J. M. La crisis del Derecho Internacional del desarrollo. Córdoba 2ª reimpresión. 1989, particularmente págs. 68 y ss.

(67) Ibidem, pág. 50

(68) PASTOR RIDRUEJO, J.A. Loc. cit. pág. 286 y s.

"de la actitud de los ... Estados respecto de ciertas resoluciones de la Asamblea General, particularmente de la resolución 2625 (XXV)... El efecto de un texto de tales resoluciones no puede ser interpretado como el de una simple llamada o una simple especificación del compromiso convencional originado en la Carta. Puede, por el contrario interpretarse como una adhesión al valor de la regla o de la serie de reglas declaradas por la resolución y consideradas en sí mismas... La toma de posición mencionada puede, en otros términos, aparecer como la expresión de un *opinio iuris* respecto de la regla (o de la serie de reglas) en cuestión, considerada independientemente en adelante de las disposiciones, particularmente institucionales, a las que se halla sometida en el plano convencional de la Carta"(69). Y ha añadido que:

...

"el hecho de que los Estados han adoptado este texto R. 2625 (XXV) proporciona una indicación de su *opinio iuris* en el Derecho Internacional consuetudinario en cuestión. La declaración comporta, al lado de ciertas formulaciones que pueden aplicarse a la agresión, otras que sólo contemplan modalidades menos graves de empleo de la fuerza". En ella se encuentran especialmente los siguientes pasajes:

...

"Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cual medida de coerción que privase de su derecho a la autodeterminación, a la libertad y a la independencia a los pueblos mencionados en la formulación del principio de igualdad de derechos y del derecho a disponer de sí mismos"(70).

18. Por lo que hace al rango de las normas en las que se desarrolla en principio al que vengo refiriéndome, un considerable sector de la doctrina ha atribuido a las mismas el carácter de norma *de ius cogens*(71). Esta opinión se ha visto apoyada por

(69) C.I.J. Rec. 1986, pág. 100.

(70) Ibidem, pág. 101.

(71) Entre otras, pueden citarse, en tal sentido, las opiniones siguientes: ABI-SAB, The concept of *ius cogens* in International Law, Ginebra, 1967, pág. 13. AGO, R. Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados. "El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional". Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, Vol. II, Doc. A/CN.4/291 y ADD. 1 y 2, págs. 34, 53 y 59. ALEXIDZE, L.A. "Problem of *ius cogens* in contemporary international Law", en Soviet Year-Book of International Law, Moscú, 1968, pág. 148. BROWNLEE, I. Principles of Public International Law, Oxford, 3º de 1979, pág. 472 y s. CARRILLO SALCEDO, J.A. Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Madrid 2º ed. 1976, pág. 248. CARRILLO SALCEDO, J.A. El Derecho Internacional en un mundo en cambio, Madrid, 1984, pp. 204 s. CARRILLO SALCEDO, J.A. El Derecho Internacional en perspectiva histórica, Madrid, 1991, pp. 173. CARRILLO SALCEDO, J.A. Curso de Derecho internacional público, Madrid, 1991, pág. 102. CONDORCULLI y BOISSON DE CHAZOURNES, L. "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire

el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional en el que, al incluirse (art. 19.3º) entre los llamados crímenes internacionales "una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos..."(72). Como subraya Gross Espiell la C.D.I. ha estimado, por consiguiente, que la violación del derecho a la libre determinación de los pueblos es uno de los supuestos que, en Derecho Internacional actual, cabe calificar como de transgresión de una norma de *ius cogens*(73).

Todavía podría añadirse una observación complementaria en relación con el carácter imperativo de las normas del Derecho Internacional Humanitario, a partir de la previsión que se contiene en el párrafo 5 del art. 60 del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los Tratados. En efecto, como así se ha argumentado(74), en dicho artículo se contempla el supuesto de la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación, estableciéndose que el incumpli-

respecter" le droit international humanitaire en "toutes circonstances", en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*. Ginebra 1984, pp. 21 ss. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. et al. Op. cit. p. 699. GROSEPIELL, H. "No discriminación y libre determinación como normas imperativas", en *Anuario del I.H.L.A.D.I.*, vol. 6, 1980, pp. 53 ss. JUSTERUIZ, J. "Las obligaciones erga omnes en el Derecho Internacional público", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, I, pp. 219 sq. KISS, A. "Le Droit international peut-il encore être considéré comme volontariste?", en *Symbolae García Arias*. Temis. Zaragoza, 1974-74 p. 83. NGUYEN QUOC, D. DAILLIER, P. PELLET, A. Op. cit. p. 197. PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* Madrid, 5º de. 1994, pp. 286 ss. PASTOR RIDRUEJO, J.A. La determinación del contenido de "ius cogens" (ponencia presentada al IX Congreso del I.I.L.A.D.I.), Madrid, 1972. PASTOR RIDRUEJO, J.A. "La Convención europea de Derechos del Hombre y el ius cogens internacional", in *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, cit. pp. 581 sq. A *Droit international public*, cit. Paris 1981, p. 74. PELLET, A. *Le droit international du développement*, Paris, 2º de. 1987, p. 51. REMITO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público. I. Principios fundamentales*. Madrid, 1982, pp. 51 s. RIGO-SUREDA, A. *The Evolution of the Right of Self-determination. A Study of the United Nations Practice*. Leyden 1973. RODRIGUEZ CARRION, A. J. *Lecciones de Derecho Internacional público*, Madrid, 2º de. 1990, pp. 82 ss.

(72) Informe de la C.D.I. sobre su 2º periodo de sesiones. *Anuario de la C.D.I.* 1976, vol. II, 2º parte, pág. 73.

(73) GROS SPIELL, H. *Loc. cit.*, pág. 53. En relación con el carácter imperativo de estas normas y sus peculiaridades ha escrito el profesor ABI-SAAB que "these substantive characteristics translate in legal terms the will of the drafter of the Geneva Conventions to attach to these rules, albeit through conventional means, the attributes of a higher legislation. They perfectly illustrate the proposition that law, even in its most technical aspects, cannot be understood in vacuo, but only in the light of the subject-matter of legal regulation, and as a function of the object and purposes pursued by this regulation". "The specifics of humanitarian law". *Ibidem*, pág. 280.

(74) CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZOURNES, L. *Loc. cit.* p. 21 et s.

miento grave de un tratado faculta a la otra u otras partes a poner fin a dicho tratado o a suspender su aplicación, salvo que se trate de "disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenida en tratados de carácter humanitario". De ello se desprende que la parte o partes inocentes no sólo no pueden transgredir -como la parte infractora- las normas del Derecho Humanitario, sino que continúan obligadas por éstas cuando las mismas deriven de un tratado internacional.

En relación con este extremo, la C.I.J. en el dictamen de 1971 señaló que "*les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition) peuvent, à ien des égards, être considérées comme una codification du droit coutimier existant dans ce domaine*". La Corte estableció además, que tales consideraciones concernían a la totalidad del art. 60, incluido su párrafo 5. En consecuencia, puede hoy mantenerse que la obligación de respetar, en todas las circunstancias, el Derecho Internacional Humanitario no tiene solamente un carácter convencional sino que viene establecida por una norma de Derecho Internacional general. En este mismo sentido se ha vuelto a pronunciar la Corte en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, según se ha señalado en página anteriores.

DIMENSIONES ACTUALES DEL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES; LEGITIMIDAD Y RESTRICCIONES ESTABLECIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

*Anahí Priotti**

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos analizar las dimensiones actuales del uso de la fuerza, desde una doble perspectiva: la política y la jurídica, y finalmente las restricciones a su uso, legítimo o no, impuestas por el Derecho Internacional Humanitario. Para ello, en el primer capítulo reseñamos las características del sistema internacional a partir de 1945 y la repercusión de esas características en el empleo de la fuerza. A continuación, analizamos el marco jurídico que acompañó esa utilización de la fuerza, principalmente la Carta de las Naciones Unidas. Y, finalmente, en el tercer capítulo, exponemos las principales características del Derecho Internacional Humanitario, como atenuante de la crueldades que todo conflicto armado conlleva, tanto los internos como los internacionales y el reconocimiento que han hecho las Naciones Unidas de la importancia de su existencia y de su observancia.

* Miembro Titular de la AADI. Profesora de Derecho Internacional Público en las Universidades Nacionales del Litoral y de Rosario.

CAPÍTULO I

USO DE LA FUERZA: ENFOQUE POLÍTICO

El tema que nos ocupa, las dimensiones actuales del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, nos lleva a plantearnos, en primer lugar, el estudio de las características del sistema internacional a partir de 1945 y cómo esas características incidieron o repercutieron en el uso de la fuerza.

Partimos de 1945 porque es el año que marca un hito muy importante en la historia de la humanidad: Finaliza la Segunda Guerra Mundial y surge la organización de las Naciones Unidas.

1. La guerra fría: Bipolaridad: Acabada la Segunda Guerra Mundial la historia de la humanidad estuvo marcada por la división del mundo en dos grandes bloques, el occidental y el soviético, y por la paulatina independencia de los antiguos territorios coloniales (Tercer Mundo).

Desde su creación en 1945, las Naciones Unidas han intervenido en distintos conflictos bélicos (Palestina, Corea, Congo, Chipre, y más recientemente, Irak-Kuwait, ex-Yugoeslavia) y han actuado en numerosas cuestiones internacionales. Sin embargo, han sido incapaces de detener el rearme y el distanciamiento de los bloques como consecuencia de la llamada "guerra fría".

"La división del mundo en zonas de influencia de uno y otro imperio fue la determinante del nacimiento del sistema bipolar, dentro de cuyo marco se desarrollará la "guerra fría" I.

Se señalan como causas de la guerra fría a la vocación imperialista de ambas superpotencias y sus diferentes ideologías.

Desde 1947, el clima de entendimiento y los restos de la alianza militar entre EE.UU. y la Unión Soviética habían desaparecido. La situación en Europa Central parecía augurar un nuevo choque armado en Europa. Sin embargo, las diferencias se resolverían en escenarios muy distantes. La guerra fría aparecería en toda su crueldad emparejada con el denominado "equilibrio del terror" o la paz precaria garantizada sólo por el pánico ante el inmenso poder de destrucción de las recién descubiertas armas nucleares, monopolizadas en aquel entonces por las dos superpotencias. "Durante este período tuvo lugar el bloqueo de Berlín en donde los EE.UU. hicieron jugar la doctrina de la "Contención del comunismo", que suponía enfrentar militar-

(1) LAVIÑA, Félix, BALDOMIR, Horacio. *Manual de Política Internacional Contemporánea*, Depalma, Bs. Aires, 1983, pág. 286.

mente con armas convencionales los conflictos provocados por la Unión Soviética, o mostrando la disposición de no ceder terreno”².

Pero la guerra fría o “pax armada” no ahorraría conflictos militares en otros escenarios: en el continente asiático se sucederían una larga serie de conflictos, unas veces descolonizadores, otras de contenido social revolucionario, pero siempre bajo el signo común del enfrentamiento entre las hegemonías antagónicas. Ante la consigna de “Asia para los asiáticos”, EE.UU. instrumentó la “teoría del dominó”, de extraordinaria simpleza pero no carente de realismo y que en síntesis consistía en sostener que la pérdida de una posición arrastraría la pérdida de las restantes; y lo que estaba en juego era sencillamente la presencia física de EE.UU. en el continente asiático.

En este contexto, la guerra de Corea representó “la gran ilustración de la guerra fría”. Liberada tras la derrota japonesa, la península quedó dividida por el paralelo 38° en dos zonas: la del Norte, comunista y patrocinada por los soviéticos, y la del Sur, nacionalista y respaldada por EE.UU. En 1950, Corea del Norte invadió Corea del Sur: de inmediato el conflicto tomó dimensiones internacionales. El Presidente Truman movilizó sus tropas en defensa del Sur, mientras que China comunista decidió prestar su ayuda a la Corea del Norte. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con la ausencia de la Unión Soviética, recomendó a los Estados miembros que prestaran a la República de Corea la ayuda necesaria para rechazar el ataque armado y restaurar la paz y seguridad en la región. Treinta y cinco naciones apoyaron las acciones de Naciones Unidas en Corea y quince contaron con ejércitos en esta contienda. La actividad diplomática no consiguió impedir el desencadenamiento de las hostilidades. El avance inicial de las tropas norcoreanas llevó hasta las mismas playas coreanas al ejército estadounidense; este fue uno de los momentos más dramáticos de la contienda. Más de una vez solicitaba la autorización del Presidente Truman para arrojar bombas atómicas sobre el territorio de China popular. Se estuvo al borde de un holocausto nuclear. No obstante se impuso la razón. Se había llegado a un grado máximo de escalada de terror, el paso siguiente podía ser un punto sin retorno. “En la cuestión de Corea el Consejo de Seguridad pudo actuar, por una circunstancia fortuita: la ausencia de la URSS en las reuniones de este órgano en protesta por la presencia del gobierno de Taiwan en la banca correspondiente a China. Esta acción provocó el inmediato regreso de la Unión Soviética a los trabajos del Consejo; el que, de ahí en más, comenzaría a sufrir las dificultades derivadas de la Guerra Fría”. “Fue en estas circunstancias que la Asamblea General aprobó la resolución 377 (V) Unión Por Paz, atribuyéndose funciones del Capítulo VII en caso de inacción del Consejo de Seguridad”⁽³⁾.

(2) Ibidem, pág. 290.

(3) TETAMANTI, Pablo Anselmo, “Uso de la Fuerza en los conflictos internacionales. Un análisis al final del bipolarismo”, de, Universidad, Bs. Aires, 1995, pág. 60-61.

2. Coexistencia Pacífica: Después de la guerra coreana, las relaciones internacionales entraron en una fase de estabilización, a la que se denomina "coexistencia pacífica". En este proceso influyó el cambio de gobernantes en la Unión Soviética; muerto Stalin, le sucedieron Malenkov y Krushev y, en EE.UU., Eisenhower.

Algunos acontecimientos internacionales que influyeron sobre la nueva situación que surge en la Unión Soviética después de 1953 fueron los siguientes: pocos meses después de la muerte de Stalin, un armisticio pone fin a las hostilidades en Corea(4); un año más tarde, en la Conferencia de Ginebra se establece un acuerdo(5) que garantiza la retirada de las tropas francesas de Vietnam y la división de este país en dos Estados; en 1955 se firma el Tratado sobre Austria(6) que pone fin a las ocupaciones militares tanto de la Unión Soviética como de los países occidentales y se establece la neutralidad de ese país; en ese mismo año se institucionaliza la división de Alemania en dos Estados independientes.

Paulatinamente comienza la era de la descolonización. "En la inmediata posguerra el fenómeno se da en Medio Oriente y en el sudeste asiático pero a partir de 1955 llega al África, a veces, en una evolución concordada con la metrópoli; a veces, a través de una lucha de liberación nacional basada en el derecho a la libre determinación de los pueblos sometidos a la dominación extranjera. Y estos Estados tomaron conciencia de su existencia en la Conferencia de Bandung(7), reunida en 1955 a iniciativa de Birmania, Ceilán, India, Indonesia y Pakistán. Los veinticuatro países afroasiáticos que asistieron no se limitaron a condenar el colonialismo, sino que afirmaron la posibilidad de una coexistencia pacífica. Resulta importante señalar que por primera vez después de la guerra una gran conferencia internacional se había celebrado sin la participación de los Estados Unidos y de la Unión Soviética. Los países de un Tercer Mundo deseaban liberarse de la influencia de uno u otro polo de poder y buscaban una vía alternativa. Al año siguiente Nasser, Tito y Nehru -los líderes de Egipto, Yugoslavia y la India- se encontraron con el objeto de promover la No Alineación"(8).

En 1956, dos crisis hacen estallar nuevamente la tensión internacional: el conflicto del Canal de Suez y la invasión de Hungría. En cuanto al Canal de Suez y

(4) Ver Texto en PEREIRA CASTAÑARES, Juan C. - MARTÍNEZ LILLO, Pedro A. "Documentos básicos sobre historia de las Relaciones Internacionales 1815-1991", de. Complutense, Madrid, 1995, págs. 463/464.

(5) Ibidem, págs. 475/477.

(6) Ibidem, págs. 498/499.

(7) Ibidem, págs. 491/495.

(8) GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., "Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva", Zavalia, Bas. Aires, 1995, pág. 177.

pese a que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no pudo tomar ninguna decisión por el veto de Francia y el Reino Unido, la posterior actuación de la Asamblea General permitió la creación de una fuerza de paz y su exitosa gestión. En cambio, occidente contempló impasible los sucesos en Hungría. EE.UU. se limitó a condenar a Moscú por la terrible represión soviética, pero demostró también que no tenía intención de intervenir y se limitó a admitir la entrada de miles de refugiados húngaros. El Consejo de Seguridad se vio bloqueado por el veto de la Unión Soviética y, aunque se convocó una reunión de emergencia de la Asamblea General, su resolución, votada por abrumadora mayoría, pidiendo la retirada soviética de Hungría y la celebración de elecciones libres bajo la supervisión de Naciones Unidas, fue estéril. El gobierno Kádár respondió que agradecía sus esfuerzos pero que no admitiría observaciones internacionales. La consecuencia inmediata fue el recrudecimiento de la guerra fría.

La carrera armamentista era cada vez más frenética, por lo que, en Naciones Unidas, se propuso la formación de un organismo de control, que no tuvo implementación.

Otro escollo en la coexistencia pacífica fue la "crisis de los misiles" en Cuba en 1962. Allí se volvió a tomar conciencia de los riesgos de una guerra nuclear.

Dentro del marco de la coexistencia pacífica se llevaron a cabo acuerdos y tratados en los que se hacía referencia a restricciones al uso de la fuerza, entre otros:

- se instaló el teléfono rojo o directo entre Moscú y Washington⁽⁹⁾;
- se suscribió el Tratado Antártico (1959)⁽¹⁰⁾ que establece la utilización de dicho continente exclusivamente con fines pacíficos y la prohibición de toda medida de carácter militar (bases, fortificaciones, ensayos nucleares etcétera);
- se firmó la Convención de Moscú (1963)⁽¹¹⁾ que prohibió las explosiones atómicas en la atmósfera;
- el Tratado sobre Espacio Ultraterrestre (1967)⁽¹²⁾ por el cual se comprometen a que la exploración y explotación de la Luna y otros cuerpos celestes se practicarán en beneficio de toda la humanidad y la prohibición de cualquier tipo de instalaciones militares, incluidas armas nucleares;

(9) PEREIRA CASTAÑARES, Juan C.-MARTÍNEZ LILLO, Pedro A. op. cit. 567/568.

(10) Ver texto en RUDA, José María, *"Instrumentos Internacionales"*, de T.F.A. Bs. Aires, 1976, págs. 327/333.

(11) Ibidem. *"Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas"*, págs. 681/683.

(12) Ver texto en GARCÍA GHIRELLI, José L. *"Tratados y Documentos internacionales"*. Zavalia editor, Bs. Aires, 1982, págs. 332/338.

- se llevaron a cabo las negociaciones de Helsinki sobre Limitación de Armas que después darán como resultado el Tratado SALT I (1972)(13).

3. Distensión: Brezhnev, que sucedió a Kruschev continuó el camino de la coexistencia pacífica, término que más tarde fue rebautizado como "distensión". Esta surge cuando las dos superpotencias entendieron que el arma atómica hace racionalmente inconcebible una guerra total como instrumento político porque aunque una de ellas atacara primero, la otra tendría la capacidad de responder con un poder igualmente aniquilador.

Se la definió como "la relación entre las grandes potencias basada más bien en el reconocimiento mutuo de terrenos de interés común que en la política de enfrentamiento hostilidad y conflicto" (Zinam, Oleg)(14).

La distensión evitó la mutua aniquilación termonuclear, fundada en el concepto de paridad de poder.

Fueron hechos relevantes de este periodo en cuanto al uso de la fuerza:

a) Acuerdo de Moscú o SALT I: por el cual las superpotencias aceptaron el principio de la igualdad y de la limitación. En lo esencial restringe la instalación de sistemas de defensa antimisiles. Fue acompañado de un Protocolo que limita el número de armas estratégicas en posesión de los EE.UU. y la Unión Soviética;

b) Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (1975): constituye el hito más importante de la política de distensión ensayada en Europa y su interés rebasa el ámbito de las relaciones intraeuropeas, afectando de forma general a las RR.II. a nivel mundial(15).

c) Conferencia de Madrid sobre Seguridad y Cooperación en Europa (1980): bajo un clima de mutuas acusaciones entre el Este y el Oeste por violación de los acuerdos de Helsinki, no se concretaron nuevos acuerdos, sino que por el contrario endurecieron la relación E-O y su fracaso comprometió la distensión.

d) La Asamblea General aprobó la Resolución 32/150 (1976) por la cual se creó el "Comité Especial para mejorar la eficacia del principio de la no utilización de la fuerza en las RRII" y la Res. 42/22(1986).

(13) Ver texto en PEREIRA CASTAÑARES, Juan C.-MARTÍNEZ LILLO, Pedro A., op. cit. págs. 604/605.

(14) LAVIÑA, Félix, op. cit., pag. 293

(15) Ibidem, pag. 296.

En 1980, un conflicto que parecía circunscripto a un terreno local, provocó en Afganistán la invasión del país por las tropas soviéticas en apoyo de uno de los bandos contendientes. El conflicto afgano tuvo una importante repercusión internacional: a poco de producirse la invasión, E.E.UU. encabezó un grupo de países occidentales que condenó duramente el hecho, al tiempo que las buenas relaciones que formalmente presidían el panorama internacional se endurecieron (boicot occidental a los Juegos Olímpicos de 1980, la Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de una Resolución deploró la intervención armada e instó al inmediato retiro de las fuerzas soviéticas), y dieron pie a una nueva dinámica de las relaciones bilaterales.

Pero, a partir de la asunción al poder de Mijail Gorbachov en la Unión Soviética, se apreciaron síntomas de cambio (encuentro en Ginebra en 1985 con el Presidente Reagan y luego con Bush, en Malta, 1985). Nuevas reuniones a partir de 1990 acercaron ambos bloques.

4. Nuevo Orden Internacional: "En 1988 Gorbachov declaraba ante la Asamblea General de Naciones Unidas que los países del Este" deben poder elegir libremente su propio tipo de organización". La guerra fría estaba culminando, el capitalismo derrotaba al comunismo, el fin de la historia se aproximaba; un nuevo orden internacional se instauraría. Como un símbolo de los tiempos, el 9 de noviembre de 1989 caía el muro de Berlín y ese era el año de las revoluciones en Europa del Este"(16).

El conflicto derivado de la invasión de Irak a Kuwait, "fue el primer acercamiento en la toma de una posición conjunta de las dos superpotencias luego del término de la Segunda Guerra Mundial". El acuerdo de las Grandes Potencias posibilitó que el Consejo de Seguridad tomase las medidas que juzgó necesarias de conformidad a los Propósitos y Principios de la Carta"(17).

Este nuevo orden estará basado esencialmente en la desaparición de la Unión Soviética y en la disolución de la Comunidad de países socialistas: "El capítulo VII de la Carta parecía sumido en un sueño eterno, y no precisamente en el sueño de los justos. La agresión de Irak contra Kuwait ha tenido la virtualidad de suscitarlo, pues contaba para ello con la poderosa ayuda no de los poderes ocultos, sino de los profundos cambios políticos advertibles en el núcleo íntimo de la sociedad internacional: liquidación definitiva (según parece) de la guerra fría, ruptura del esquema bipolar, perestroika soviética, desintegración del bloque socialista, poder cuasi

(16) GUTIERREZ POSEE, Hortensia D.T.; *"El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en un mundo en transición"*, Rev. Comunidades, pág. 34.

(17) *Ibidem*, pág. 36.

hegemónico de los EE.UU. y de sus aliados occidentales, desaparición del modelo de economía planificada, retroceso de las ideologías marxistas-leninistas, etcétera"(18).

Los trascendentales cambios ocurridos en la Europa del Este pueden considerarse el preludio de otros nuevos que hayan de influir notablemente en el panorama mundial en los últimos años del siglo XX.

En el transcurso de los primeros años noventa el curso de la política mundial experimentaba profundas transformaciones: el crecimiento generalizado de las tendencias xenófobas, de los nacionalismos exacerbados y del fanatismo religioso, con los casos concretos de la Europa Balcánica, del África Negra (donde el proceso democratizador se enfrenta a un *sinfin de golpes, contragolpes y guerras intestinas*) o del mundo árabe islámico (con el auge del fundamentalismo en Asia Central, Meridional, en el Cercano Oriente y en el Norte de África), así como la agudización de la crisis económica internacional o la paulatina e imparable degradación del medio ambiente mundial, representan algunos de los difíciles problemas a los que en el umbral del Tercer Milenio deberá enfrentarse la humanidad.

CAPÍTULO II

EL USO DE LA FUERZA: ENFOQUE JURÍDICO

Al término de la Segunda Guerra Mundial, las principales potencias aliadas, en la Carta anexa al Acuerdo de Londres para el Juzgamiento y Castigo de los principales criminales de Guerra de los países europeos del Eje, incluyeron la "guerra de agresión" entre los crímenes "contra la paz". Los Tribunales de Nuremberg y Tokio declararon que la guerra de agresión es un crimen internacional. Los principios de Nuremberg fueron más tarde aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas. Hoy forman parte del Derecho Internacional General.

La norma jurídica fundamental en este tema es la Carta de las Naciones Unidas. Analizaremos cuál es el tratamiento del uso de la fuerza armada en la misma.

Suele decirse que la Carta "prohíbe el uso de la fuerza" y que ello representa la gran contribución de las Naciones Unidas porque constituye un cambio revolucionario en el D.I.. Pero esta expresión, sólo constituye una verdad a medias, son

(18) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. "D.I.P.: Problemas actuales", de. Beramar S.L., Madrid, 1993. pág. 339.

necesarias algunas precisiones al respecto.

La Carta de las Naciones Unidas nace tras la II. Guerra Mundial. Es el instrumento constitutivo de una organización internacional con vocación de universalidad, pero también es el resultado de una conflagración mundial que indudablemente dejó sus huellas en ella.

Sostener que Naciones Unidas prohíbe el uso de la fuerza, así, sin más, explica la postura reticente de su órgano codificador por excelencia, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), de tratar las cuestiones relativas al uso de la fuerza: lo que está prohibido, no necesita reglamentarse. Por el contrario, los que sostienen que Naciones Unidas no prohíbe todo uso de la fuerza, sino sólo aquel uso incompatible con los propósitos de la Carta, defienden la necesidad de reglamentar y limitar su uso. Además, prohibido o no, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales como vimos en el capítulo anterior, es una realidad, y, con un criterio pragmático, y, a nuestro juicio acertado, existen quienes trabajan para amortiguar sus efectos más nefastos (principalmente, el Comité Internacional de la Cruz Roja).

El centro de esta polémica está en la interpretación de algunos de los siguientes artículos de la Carta, esencialmente el art. 2,4, que transcribimos: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". "Integrando un mismo haz de obligaciones, en el inciso 3 de este mismo artículo, se establece la obligación de solucionar pacíficamente las controversias internacionales, de modo que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales, y completando sabiamente el párrafo termina diciendo "ni la justicia"(19).

Interpretado a contrario sensu, podría decirse que hay usos "permitidos" o "compatibles" con la Carta. Claro que la prohibición debe ser la regla o el principio, y esos usos las "excepciones".

1. El Principio:

A) Concepto "fuerza": "aunque la doctrina no sea totalmente uniforme, sin duda predomina el criterio de que el artículo se refiere a la fuerza armada y no a otras formas de presión como por ejemplo la política o económica. Corroborando

(19) ARMAS BAREA, Calisto, "Nuevas Perspectivas del Uso de la Fuerza Armada en el Derecho Internacional Contemporáneo", XIII Congreso Ordinario, VIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Rioja, Junio-julio 1995, pág. 3.

esta interpretación, cuando en 1970 la cuestión se planteó al elaborarse la Res. 2625 (XXV) "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", se mantuvo el criterio de no aceptar que la expresión fuerza abarcara también *disputas económicas o políticas*(20).

B) Alcances:

a) amplitud: La prohibición se aplica no sólo al uso de la fuerza, sino también a la amenaza de usarla;

b) ámbito personal: Teniendo en cuenta el carácter normativo jerárquicamente superior de la Carta, que deriva de sus artículos 103 y 2 inc. 6, tiene una aplicación universal;

c) Integridad territorial e independencia política: Es en este punto donde se plantea la discusión doctrinaria. Para algunos, (posición restringida) esta frase indica que el uso de la fuerza estará prohibido sólo si tiene como objetivo *atentar contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado*. Para otros, "resulta evidente que esta interpretación no tiene en cuenta que el párrafo siguiente de ese mismo inciso agrega "o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la Carta", lo cual le quita a los párrafos anteriores el sentido excluyente que algunos pretenderán atribuirles. Sentido excluyente que no encuentra asidero en ninguna otra disposición de la Carta(21).

d) Naturaleza jurídica: Hay coincidencia en afirmar que la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza armada "es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario", es decir, tiene naturaleza jurídica de una norma de *jus cogens*(22).

Además, no obstante ser una norma jurídica de origen y naturaleza convencional (Carta de Naciones Unidas), establece obligaciones a terceros Estados no partes, alcance que éstos no habían objetado e inclusive aceptado tácita o expresamente. De todas maneras su naturaleza fue originariamente convencional(23). Es importante destacar al respecto que la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de 1986, en el "Caso relativo a las actividades

(20) *Ibidem*, pág. 3.

(21) *Ibidem*, pág. 4.

(22) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 53, ver texto completo arts. 53, 64 y 71 en GARCÍA GHIRELLI, op. cit. págs. 486/521.

(23) DUPUY, Pierre-Marie, "Droit International Public", 2a de, Précis Dalloz, París, 1993, pág. 415.

militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella" (Nicaragua como EE.UU.) establece que: "Otra confirmación de la validez en el derecho consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza expresado en el artículo 2, parágrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas se encuentra en el hecho que los Estados lo mencionan a menudo no solamente como un principio de derecho internacional consuetudinario sino además como un principio fundamental o esencial del mismo"(24).

En síntesis, se trata de una norma no sólo convencional sino también consuetudinaria, de validez universal y jerárquicamente de *jus cogens*.

2. Las excepciones:

Dos son las excepciones previstas en la Carta:

a) La legítima defensa, en el art. 51: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales". Este artículo presenta en su redacción ciertas ambigüedades que dieron origen a distintas interpretaciones en relación a la cuestión de la legítima defensa preventiva. En síntesis, podemos decir que "los que interpretan el artículo 51 de forma restrictiva condenan sin paliativos el hecho de que un estado pueda adoptar medidas de fuerza frente a un peligro o una amenaza inminente, hasta que esta situación no se haya concretado en un ataque armado. Justifican esta actitud, sosteniendo que la legítima defensa preventiva puede constituir auténticas agresiones camufladas bajo el concepto de legítima defensa. Por su parte, los que interpretan el artículo 51 de forma amplia sostienen que negar esta legítima defensa preventiva es practicar una política de resignación que protege el agresor"(25).

B) Medidas coercitivas decididas o autorizadas por el Consejo de Seguridad: El órgano al que la Carta atribuye la responsabilidad primordial de mantener o restablecer

(24) C.I.J., Report, 1986.

(25) BERMEO GARCÍA, Romualdo. "El marco Jurídico Internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites". Univ. de Navarra, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 293-294.

la paz y seguridad internacionales es el Consejo de Seguridad. Él tiene el monopolio del uso de la fuerza según este instrumento y además es el órgano esencialmente político de la organización y cuya constitución responde, como dijimos al comienzo, a la situación imperante en la Comunidad Internacional de 1945. Su actuación, aparte de las cuestiones contempladas en el Capítulo VI, está prevista para tres supuestos: Capítulo VII:

- 1) amenaza a la paz
- 2) quebrantamiento de la paz
- 3) actos de agresión.

y a través de dos vías:

a) Recomendaciones (art. 39)

b) Decisiones: -art. 41: medidas que no implican el uso de la fuerza armada.

-art. 42: medidas que implican el uso de la fuerza armada.

Cuando se la utiliza en ayuda a ciertas acciones ejercidas por la Organización, según prescribe el artículo 2, inciso 5, este tipo de medidas pueden ser tomadas conforme al marco del Capítulo VII, en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. El Consejo también puede autorizar la aplicación de medidas coercitivas utilizando acuerdos u organismos regionales (art. 53).

El sistema de seguridad colectiva proyectado en los artículos 42 a 49 ha fracasado porque no ha sido posible implementar las convenciones necesarias para que los Estados Miembros tengan la obligación de poner a disposición del Consejo de Seguridad las Fuerzas Armadas que éste requiera. Para el Secretario General de las Naciones Unidas, las circunstancias políticas actuales son por primera vez favorables para dar un paso adelante y tratar de lograr la concertación de esos convenios especiales⁽²⁶⁾.

C. Las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz: Paradójicamente, el mayor uso de la fuerza por parte de Naciones Unidas nos se dio a partir de lo previsto en la Carta, sino a partir de un desarrollo "praeter legem" de la misma, a través de las llamadas "Operaciones para el Mantenimiento de la paz"⁽²⁷⁾.

(26) BOUTROS BOUTROS-GHALI. "Un Programa de Paz". Naciones Unidas, N.U., Nueva York, 1992, pág. 26.

(27) JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo. "Derecho Internacional Público", T.IV., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, pág. 287.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz están integradas por contingentes de tropas puestas voluntariamente a disposición por Estados Miembros y financiadas por la comunidad internacional. Corrientemente estas fuerzas contribuyen a prevenir la reanudación de las hostilidades, a restablecer y mantener el orden, a restaurar la normalidad y a prestar asistencia humanitaria. Con ese objeto, sus funciones incluyen verificar el cumplimiento del cese del fuego, supervisar el retiro de tropas y patrullar las zonas neutralizadas. Deben mantener una imparcialidad total en todo momento y evitar toda acción que pueda afectar la posición de las partes. Cuentan con armas ligeras pero están autorizadas a utilizarlas sólo en defensa propia. Han desempeñado un papel muy importante en el Congo (hoy Zaire), Chipre y Medio Oriente(28).

La demanda de estas operaciones hicieron que ellas experimentaran un aumento cuantitativo: A mayo de 1994, 34 operaciones de este tipo se habían realizado, 16 de las cuales todavía continúan, y 21, es decir casi el 62% lo ha sido en el todavía incompleto quinquenio de 1990(29), y también cualitativo "La tradicional competencia que se fijó el Consejo de Seguridad siguiendo las pautas que inspiraron a los fundadores de la Carta de San Francisco, referidas a conflictos interestatales y conflictos derivados del proceso de descolonización, se fue extendiendo a supuestos vinculados al respeto de los Derechos Humanos, reconocidos a través de la importante constelación de Pactos Mundiales y regionales, pero no sólo en cuanto al llamado "núcleo fuerte" de derechos y garantías que no pueden derogarse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia, sino también al ámbito de los derechos políticos que incluyen el mantenimiento y restablecimiento de formas democráticas de gobierno con la supervisión -si fuere menester- y aún la organización de procesos electorales y a la asistencia humanitaria, como consecuencia del subdesarrollo económico y social que asola a extensas regiones del mundo. El terrorismo, el narcotráfico, y la preservación del medio ambiente, son temas que también ya forman parte de la agenda de competencia del Consejo de Seguridad"(30).

(28) ABC de las Naciones Unidas, Depto. de Información Pública, N-U, Nueva York, 1993, págs. 24-25.

(29) "UNITED NATIONS PEACE-KEEPING". UN, Department of Public Information, Nueva York. DPL/1306/Rev. 3, june, 1994-7M. 176.

(30) CERDA, Carlos Horacio, *"Las Operaciones militares de paz y el Derecho Internacional Humanitario"*. Seminario de DIH, Buenos Aires. 1996, pag. 2.

Debemos destacar el reconocimiento del que fueron objeto en 1988 cuando se les otorgó el Premio Nobel de la Paz por "su espíritu de sacrificio y valentía puestos al servicio de la paz"(31).

Los analistas han tratado de encontrar justificación de estas acciones en la interpretación de la Carta. Creemos que, en lugar de tratar de encasillarlas dentro de alguno de los artículos, se debe promover su desarrollo y perfeccionamiento, ya que fue el método que contribuyó a la participación de Naciones Unidas en los conflictos internacionales y significaron un gran avance frente a la inoperancia de la Organización en épocas pasadas.

D) Otras posibles excepciones: Para algunos autores "un Estado puede proteger, aún por medio de la fuerza armada, la vida y la integridad de sus nacionales que se encuentran amenazadas en un país extranjero por la acción ilícita de las autoridades locales, por la anarquía reinante en el territorio, o por la violencia de turbas que las autoridades locales no pueden controlar"(32).

También se está abriendo paso una corriente que legitima las llamadas "intervenciones humanitarias".

Aunque ya ha perdido vigencia, para algunos autores, otro uso "permitido", o no prohibido, lo encontramos en el art. 107 cuando dice: "Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la segunda guerra mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta durante la citada guerra, por los gobiernos responsables de dicha acción".

La Declaración 2625/XXV admite la legitimidad del uso de la fuerza armada cuando de ella hacen uso los pueblos en procura de su derecho de autodeterminación(33).

(31) NACIONES UNIDAS, *"Las Naciones Unidas y el Mantenimiento de la Paz"*, Departamento de Información Pública DPI/1399-93654-September 1993-15M, pág. 4.

(32) BENADAVA, Santiago, *"Derecho Internacional Público"*, 4a. Ed. actualizada, Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993, pág. 377.

(33) ARBUET VIGNALI, Heber, *"Derecho Internacional Público"*, dirigido por E. Jiménez de Aréchaga. Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

CAPÍTULO III

RESTRICCIONES ESTABLECIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

"El Derecho Internacional ha intentado limitar bajo dos formas el uso de la fuerza: pretendiendo establecer los supuestos en que existía un derecho a recurrir a la guerra (*ius ad bellum*) y las modalidades bajo las cuales habrán de desarrollarse las hostilidades (*ius in bello*)"(34). Precisamente, el Derecho Internacional Humanitario es una parte muy importante de este último.

1. Concepto: El DIH ha sido definido como "el conjunto de reglas de Derecho Internacional tendientes a la protección en caso de conflicto armado de las personas afectadas por los males que causa ese conflicto y, por extensión, de los bienes que no tienen directa relación con las operaciones militares".

Es una "rama del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento humanitario y que se centra en la protección de la persona (Jean Pictet)"(35).

Se trata de un conjunto de normas tanto convencionales como consuetudinarias y se aplican a los conflictos armados internacionales como a los internos.

Su finalidad es limitar los métodos y los medios de guerra a que recurren las partes contendientes y otorgar protección a las personas y a los bienes que esos conflictos afectan o pueden afectar.

Es la obra principalmente del Comité Internacional de la Cruz Roja, y de la voluntad de los Estados de firmar y ratificar los Convenios al respecto.

"La Cruz Roja nació en la guerra, dentro de la guerra misma. No para justificarla ni para favorecerla pero sí para aliviar los sufrimientos que la misma provocaba. Y nació también con la esperanza de prevenir los conflictos para lograr una paz justa y duradera"(36).

2. Origen: Suele decirse que el DIH nació en 1863, año de la fundación de la Cruz Roja por cinco ciudadanos suizos, y en 1864, año de la aprobación del "Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en

(34) RODRIGUEZ CARRION, Alejandro *"Lecciones de D.I.P."*, Madrid, 1991, pág. 502.

(35) DUPUY, Pierre-Marie, op. cit. pág. 437.

(36) BLONDEL, Jean Luc y MARTÍNEZ CAMUSSO, Hilda. *"El cometido y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Cruz Roja Uruguaya"*, en *"La defensa nacional y el Derecho Humanitario"*, Terceras Jornadas Académicas, Montevideo, 1992, pág. 89.

campaña". Desde luego, es obvio que las normas de aquel derecho existieron con mucha anterioridad. Aún fuera del marco de las reglas consuetudinarias ya existía desde la más remota Antigüedad gran cantidad de tratados internacionales bilaterales que contenían reglas de naturaleza humanitaria"(37).

3. Justificación: "Las reglas consuetudinarias del derecho de la guerra, que aparecieron casi al comienzo de las reglas entre comunidades, presentan un contenido idéntico y análogas finalidades. Este surgir espontáneo de las diferentes civilizaciones -que en aquella época no disponían de medios para comunicarse entre sí- es un fenómeno importante; es la prueba de que la necesidad de la existencia de normas en el caso de un conflicto armado se hacía sentir de igual manera en civilizaciones muy diversas".(38).

4. Principales instrumentos: El DIH está integrado por:

a) Normas sobre la conducción de las hostilidades o derecho de la guerra. Conocidas como "Derecho de La Haya", referidas a: cómo y cuándo los Estados pueden iniciar las hostilidades armadas; cómo los jefes militares y los combatientes deben dirigir y realizar las operaciones bélicas; cómo están limitados y regulados el uso de las armas y los medios de combate en los conflictos armados internacionales o internos;

b) Normas sobre la protección debida a las víctimas de los conflictos armados, conocidas como "Derecho de Ginebra o Derecho Humanitario propiamente dicho", éstas incluyen los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos adicionales del 10 de junio de 1977:

Convenio I: relativo a los heridos y a los enfermos de las fuerzas armadas en campaña;

Convenio II: relativo a los heridos, a los enfermos y a los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;

Convenio III: relativo al trato debido a los prisioneros de guerra;

Convenio IV: relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;

Protocolo adicional I: relativo a la protección debida a las víctimas de los conflictos armados internacionales;

(37) SWINARSKI, Christophe, *"Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana"*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1991, pág. 16.

(38) SWINARSKI, Christophe, *"Introducción al Derecho Internacional Humanitario"*, CICR, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica -Ginebra, 1984, pág. 7.

Protocolo adicional II: relativo a la protección debida a las víctimas de los conflictos armados no internacionales(39).

"Así, el régimen de la beligerancia debe conciliar, en la medida permitida por la evolución de las técnicas, las necesidades militares y las exigencias humanitarias elementales. De ahí la necesidad de distinguir-reconociendo su complementariedad-el "Derecho de la Haya" centrado sobre el comportamiento de los beligerantes y combatientes en la conducción de las hostilidades y que se esfuerza en limitar la amplitud de la violencia, y el "Derecho de Ginebra", como consagrado a la protección de las víctimas (1949-1977)"(40).

Una nueva rama, llamada "Derecho de Nueva York", contiene normas referidas al desarme, al control, o al registro y al uso de armas convencionales, a la prosecución y a la sanción de los crímenes de guerra y a los esfuerzos de las Naciones Unidas para lograr la aplicación completa de las leyes y costumbres de la guerra.

Las disposiciones del DIH pueden ser resumidas como sigue:

1. Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Estas personas serán, en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

2. Se prohíbe matar o herir a un adversario que se rinde o que está fuera de combate.

3. La Parte en conflicto en cuyo poder estén recogerá y prestará asistencia a los heridos y a los enfermos.

También se protegerá al personal sanitario, los establecimientos, los medios de transporte y el material sanitarios. El emblema de la Cruz Roja (de la Media Luna Roja) es el signo de esa protección, y debe respetarse.

4. Los combatientes capturados y las personas civiles que estén en poder de la parte adversa tienen derecho a que se respeten su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones. Serán protegidas contra todo acto de violencia y de represalia. Tendrán derecho a intercambiar noticias con los respectivos familiares y a recibir socorros.

(39) Ver sus textos en CICR. "Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949", Ginebra, 1986 y CICR. "Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949", Ginebra 1977.

(40) QUOC DINH, Nguyen y otros. "Droit international public", 4a. Ed., Paris, págs.890-891.

5. Cualquier persona se beneficiará de las garantías judiciales fundamentales. No se considerará a nadie responsable de un acto que no haya cometido, ni se someterá a nadie a tortura física o mental ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes.

6. Las partes en conflicto y los miembros de las respectivas fuerzas armadas no tienen derecho ilimitado por lo que respecta a la elección de los métodos y de los medios de guerra. Se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.

7. Las partes en conflicto harán distinción en todo tiempo, entre población civil y combatientes, protegiendo a la población y los bienes civiles. Los ataques se dirigirán contra los objetivos militares⁽⁴¹⁾.

5. Principios: De todo cuanto antecede podemos decir que las normas del DIH se fundan en ciertos principios esenciales, éstos son:

Principio de Humanidad: El individuo tiene derecho al respecto de la vida, de la integridad física y moral, así como al correspondiente proceso.

Principio del derecho humanitario: Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad.

Principio del derecho de la guerra: Los combatientes no tienen un derecho ilimitado a elegir los medios y los métodos de guerra.

Proporcionalidad: Los combatientes deben adecuar los medios a las condiciones de la guerra. No deben causar males desproporcionados. No deben causar sufrimientos excesivos.

Limitación: Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares.

No reciprocidad: La violación de las normas humanitarias por una parte no confiere derecho a la parte adversaria para que también las viole.

6. Naciones Unidas y el DIH: La mejor prueba de que el DIH es compatible con el Derecho Internacional Contemporáneo y, en particular con la Carta de Naciones Unidas, es que en distintas ocasiones el Consejo de Seguridad a través de varias resoluciones ha manifestado su preocupación por las violaciones al DIH y exhortó al respeto del mismo. Como ejemplo citaremos las Resoluciones referentes al conflicto en la ex-Yugoslavia, quizás uno de los más crueles

(41) CICR. "Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales", Ginebra, 1983, pág.7.

e inhumanos que presenciamos últimamente: Res. 764 (1992), 771(1992), 780; 808 (1993), 827 (1993).

Otro aspecto a destacar es la obligación del cumplimiento del DIH por parte de las fuerzas de paz de Naciones Unidas. "El ius in bello se aplica a las fuerzas de Naciones Unidas, sea cual fuere el carácter coercitivo o preventivo de su acción y también en las hipótesis de guerra emprendidas en violación de los principios de la Carta. La aplicación del ius in bello a la parte beligerante que incurra en transgresión de los principios de la Carta, no supone modificación de su status, tal Estado continúa siendo un beligerante ilegal. El preámbulo del Protocolo I, dice que las partes expresan su convicción de que ninguna disposición del presente ni de los Convenios de Ginebra, pueden interpretarse en el sentido de que legitime o autorice cualquier acto de agresión incompatible con la Carta de Naciones Unidas"(42).

CONCLUSIÓN

En ningún sector del Derecho Internacional se advierte, de manera tan patente, la divergencia entre la realidad política y las normas jurídicas como en el control del uso de las fuerzas en las relaciones internacionales. Esto ha llevado a algunos autores a la posición extrema de concluir que la regla que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, a pesar de las declaraciones en contrario,... no existe. Se trataría de una pretendida regla sin eficacia que aspira a regir un campo que escapa al dominio normativo. No se puede decretar la interdicción de la guerra, afirma la profesora Krystina Marek, como no se puede decretar la interdicción de las epidemias(43).

No compartimos esta conclusión. Si bien es cierto que desde 1945 hasta la fecha no ha habido un año sin conflictos armados; que el anhelo expresado en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles", lamentablemente aún no se ha cumplido; también es cierto que el principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza armada constituye actualmente una norma imperativa de Derecho Internacional, reconocida por la comunidad

(42) PRIETO, Fredy T. *"El Derecho Internacional Humanitario Y: La conducta de las hostilidades ("Derecho de La Haya") en "La Defensa Nacional y el Derecho Humanitario"*. Ministerio de Defensa Nacional. Terceras Jornadas Académicas. Montevideo. 1992.

(43) BENADAVA, Santiago. op.cit. pág.382.

internacional en su conjunto. Su frecuente violación no le quita tal carácter. Justamente, el objetivo de la comunidad internacional organizada debe ser velar por su observancia y sancionar en caso contrario.

Las normas del Derecho Internacional Humanitario son, no sólo compatibles sino complementarias del Derecho Internacional Contemporáneo. Mientras la organización internacional debe seguir trabajando para erradicar las causas generadoras de los conflictos armados, el DIH, lo hace paliando sus consecuencias más nocivas. Esta labor contribuye también en gran medida a evitar que los conflictos se extiendan o se repitan, y cumpliendo muchas veces una función preventiva.

Como bien dice Nahlik, sin perder la esperanza de que, tarde o temprano, se alcance la meta ideal que es eliminar la guerra para siempre del futuro de la humanidad, no hay que escatimar esfuerzo alguno a fin de que "la guerra -lleve ese nombre abiertamente o se la denomine de otra forma- sea menos terrible, aliviando la suerte corrida por sus víctimas"(44).

(44) NAHLIK, Stanislaw E., "*Compendio de DIH*". Separata de la revista de la Cruz Roja Internacional, julio-agosto, 1984, pág. 47.

LA PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN DE LA PESCA RESPONSABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Margarita Badenes Casino*

SUMARIO: *I. Introducción. II. La consolidación del concepto de pesca responsable. II.1. La génesis del concepto de pesca responsable. II.2. La Declaración de Cancún de 1992. II.3. La necesidad de convocar una Conferencia Internacional. III. El Código Internacional de conducta para la pesca responsable. III. 1. El proceso de adopción. III. 2. Los contenidos del Código Internacional de conducta para la pesca responsable. III. 3. El seguimiento de la aplicación del Código Internacional de conducta para la pesca responsable. IV. El Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (24 de noviembre de 1993). IV. 1. Los orígenes y la negociación del Acuerdo. IV. 2. El contenido del Acuerdo. V. Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

La actividad pesquera ha sido desarrollada por el hombre desde los tiempos más remotos, constituyendo una fuente muy importante para el abastecimiento humano y para la prosperidad económica de algunos Estados. Esta importancia económica ha

* Profesora Ayudante. Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia, España.

ido aumentando progresivamente de forma considerable, ya que los avances tecnológicos han conllevado un incremento espectacular en la capacidad extractiva de las flotas pesqueras. Además, alrededor de esta actividad se han ido creando nuevas industrias de conservación y de transformación, lo cual, a su vez, ha sido un factor relevante en la creación de empleo.

Hubo un tiempo en el que los mares y océanos del mundo, a excepción de una estrecha franja marítima que constituía las denominadas aguas territoriales, eran libres: su acceso, así como su explotación, carecía de restricciones. En la época clásica del Derecho Internacional, las flotas pesqueras de altura ejercían su actividad sin limitaciones. Existía la creencia errónea de que el mar era una fuente inagotable de recursos y, por ello, la libertad de pesca en alta mar se consagró como una norma consuetudinaria de ámbito universal. Por otra parte, el desarrollo de técnicas pesqueras cada vez más sofisticadas y el incremento de las flotas implicó la necesidad de buscar nuevos caladeros y nuevos recursos.

Esta libertad, absoluta e irrestricta, de pesca en alta mar provocó el agotamiento de algunas especies ictiológicas y esquilmo numerosas pesquerías, especialmente después de la segunda guerra mundial. En esas fechas, tuvo lugar una importante transformación de la pesca artesanal en una pesca industrial debido, principalmente, a la introducción de las fibras sintéticas en la construcción de las redes de pesca, a la motorización de los buques pesqueros, la introducción de sistemas de congelación a bordo, etc. (1). Ello produjo como resultado que, en un período de apenas veinte años, las capturas mundiales de peces se triplicaron con el consiguiente empobrecimiento de los recursos marinos.

La introducción generalizada de las zonas económicas exclusivas de hasta doscientas millas marinas de anchura, donde el Estado ribereño tiene derechos soberanos para explotar los recursos vivos y la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Bahía Montego, 10 de diciembre de 1982), supusieron un avance importante para lograr una adecuada conservación y ordenación de los recursos marinos vivos. Sin embargo, estas medidas fueron insuficientes debido, sobre todo, a las deficiencias del método de conservación adoptado (es decir, del máximo rendimiento sostenible que, para cada especie marina, significa que se permite su explotación económica hasta niveles en los que su reproducción esté asegurada), así como a su insuficiente aplicación en la práctica.

Consciente de esta situación, el Comité de pesca de la FAO (COFI), en su 19º período de sesiones, celebrado en marzo de 1991, pidió que se elaboraran nuevos

(1) Vide FAO (1984), *Perspectives des pêches mondiales jusqu'en l'an 2000*, Circulaire sur les pêches N° 722, FAO, Rome, pp. 3 y ss.

criterios que llevarán a una pesca sostenible y responsable. A partir de este momento, se sucedieron diversos acontecimientos relevantes en la pesca mundial: la Conferencia Internacional sobre la pesca responsable, celebrada en Cancún en 1992; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) y, en particular, la adopción del Programa 21; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias; la adopción por la Conferencia de la FAO, en su 27º período de sesiones, del Acuerdo para promover la aplicación de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar.

La tendencia actual más importante en la práctica internacional citada está encaminada hacia la conservación y la protección de los ecosistemas marinos en su conjunto. Para ello, se están gestando nuevos principios que permitan lograr que el ejercicio de la actividad pesquera se realice de forma responsable y de manera armónica con el medio ambiente. Este proceso, que todavía no ha llegado a su fin, de momento ha desembocado en la adopción por la FAO del Código Internacional de conducta para la pesca responsable en 1995. Este Código puede suponer una limitación importante en el modo de ejercer la pesca y, además, va a afectar a todas las actividades conexas a la misma.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE LA PESCA RESPONSABLE

Aunque en 1991 apareció por primera vez la noción de pesca responsable en la práctica internacional como un concepto carente de perfiles propios, progresivamente fue dotándose de unos contenidos más precisos y más concretos. Ello tuvo lugar, sobre todo, gracias a la adopción de la Declaración de Cancún sobre la pesca responsable en 1992. Esta Declaración fue llevada a la atención de diversos foros internacionales en cada uno de los cuales se apoyó la celebración de una conferencia internacional que elaborara con detalle los contenidos del concepto de la pesca responsable.

II.1. LA GÉNESIS DEL CONCEPTO DE PESCA RESPONSABLE

El punto principal de inflexión en el planteamiento pesquero clásico se encuentra, en el ámbito de los principios, en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada en 1982(2) y, en especial, en los párrafos 2, 3 y 4 de sus Principios generales. ya en su

(2) Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su 48ª Sesión Plenaria, celebrada el 28 de octubre de 1982.

preámbulo, se hace referencia a la necesidad de utilizar los recursos naturales en forma tal que se preserven las especies y los ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Se establece como principio el mantenimiento de todas las especies a un nivel por lo menos suficiente para garantizar su supervivencia y sin que se amenace la viabilidad genética en la tierra (párrafo 2), previéndose expresamente que estos principios de conservación no sólo se aplican en la tierra, sino también en el mar. Además, se concederá una protección especial a los ejemplares representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitat de las especies escasas o en peligro (párrafo 3). Pero lo que es más importante, los recursos y los ecosistemas deben administrarse de forma que se consiga una productividad óptima, aunque sin poner en peligro la integridad de otros ecosistemas y especies con los que coexistan.

Este proceso culminó con la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992), también denominada Cumbre de la Tierra. En la *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, adoptada en su seno, se reconoce la naturaleza integral e interdependiente de la tierra (preámbulo) y se establece el principio de conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad de su ecosistema (principio 7).

Asimismo, se adoptó en la Cumbre de la Tierra el Programa 21, compilación de los planes de acción prioritarios que los Estados deben cumplir en el siglo XXI. Los distintos planes de acción se encuentran agrupados en distintas categorías, entre las que se encuentra la protección de todos los océanos y mares del mundo, así como de los recursos vivos marinos (Capítulo 17)(3). El capítulo sobre diversidad biológica del Programa 21 (Capítulo 15) y el Convenio sobre este tema adoptado en dicha Cumbre, también se aplican a los mares. El Programa 21, en su punto 17.-1 claramente establece que:

"El medio marino, a saber, todos los mares y las zonas costeras adyacentes, constituye un todo integrado que es un componente esencial del sistema mundial de sustentación de la vida y un valioso recurso que ofrece posibilidades para un desarrollo sostenible".

Y en su punto 15.-3:

"Es preciso tomar urgentemente medidas decisivas para conservar y mantener los genes, las especies y los ecosistemas, con miras a la ordenación y la utilización

(3) El Capítulo 17 de la Sección II del Programa 21 (N.U. Doc. A/CONF. 151/4) lleva por título "la protección de los océanos y de los mares de todo tipo, incluidos los mares cerrados y semicerrados, y de las zonas costeras, y protección, utilización racional y desarrollo de sus recursos vivos".

sostenibles de los recursos biológicos”.

El Derecho Internacional, tal y como queda reflejado en el Convenio de Bahía Montego, puede contribuir a proporcionar la base sobre la que lograr la protección y el desarrollo sostenible del medio ambiente marino y costero y sus recursos. Ello requiere unos nuevos enfoques “que deben ser integrados en su contenido y estar orientados hacia la previsión y la prevención”, tal como se refleja en siete esferas de programas enumeradas en el punto 17.-1 del Programa 21.

La teoría del uso sostenible de los recursos sintetiza los conceptos de conservación de los recursos y de crecimiento económico, pretendiendo una mayor integración entre el objetivo del desarrollo y la necesidad de proteger el medio ambiente. El desarrollo sostenible apunta a satisfacer las necesidades de la generación actual, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades(4). Cuando el desarrollo sostenible se aplica a las pesquerías:

“conserva los recursos, no degrada el medio ambiente y es técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable”(5).

Es en este nuevo marco de principios medio ambientales en el que se va a ir gestando, cada vez con mayor intensidad, la noción de pesca responsable.

A partir especialmente de 1984, tuvo lugar una notable intensificación tanto de las capturas de especies pelágicas y demersales, como de las propias flotas de buques pesqueros(6). La estrategia sobre la Ordenación y el Desarrollo de la Pesca, aprobada en 1984 por la Conferencia Mundial de la FAO, que contenía principios y líneas de orientación para la ordenación de las pesquerías, no fue eficaz para asegurar una explotación racional de los recursos vivos, sobre todo en el alta mar. En concreto, era muy preocupante la capacidad excesiva de la flota pesquera mundial que, con su explotación intensiva de la mayoría de los stocks, estaba agotando las poblaciones juveniles y reproductoras de las distintas especies ictiológicas, así como las poblacio-

(4) WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1987). *Our Common Future*. Vide también UNCTAD (1991), *Policies and Mechanisms for Achieving Sustainable Development: Report by the UNCTAD Secretariat*. U.N. TDBOR, 38 Sess. pt. 1, U.N. Doc. TD/B/1304; UNCTAD (1990), *Sustainable Development and UNCTAD Activities*, Report by the UNCTAD Secretariat. U.N. TDBOR 37th Sess. pt. 1. U.N. Doc. TD/B/1267.

(5) FAO, (1993), COFI/91/3, *Medio ambiente y sostenibilidad en la pesca*, marzo 1991, p. 2.

(6) FAO (1993), *Code International de Conduite pour une pêche responsable*, Rome, Document préparé pour la Conférence des Nations Unies sur les Stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et les stocks de poissons grands migrateurs, New York. 12-30 juillet 1993, pp. 1-2.

nes que a menudo son capturadas incidentalmente, como los mamíferos marinos y otras especies en peligro de extinción.

La comunidad internacional se está concienciando progresivamente de la necesidad de asegurar los stocks de peces y de responsabilizar la pesca, para lo que es necesario un ajuste del número de buques y del nivel de esfuerzo pesquero. El libre acceso a las pesquerías en el alta mar permite a los pescadores continuar su lucha encarnizada por conservar su parte individual de los stocks de recursos marinos vivos, por lo que ponen en peligro la realización de las operaciones pesqueras de forma responsable.

Así, en el 19º período de sesiones del Comité de pesca de la FAO (COFI), celebrado en 1991, apareció por primera vez el tema de la elaboración de un Código Internacional de conducta para la pesca responsable. Cuando en dicha sesión se intercambiaron los diferentes puntos de vista sobre la pesca en gran escala con redes de enmalle y deriva, el COFI insistió sobre la responsabilidad de los pescadores y reconoció que la FAO tiene un papel importante que jugar favoreciendo, en el ámbito internacional, la concienciación de las responsabilidades conexas a la conducta en las operaciones pesqueras y que los trabajos de la FAO podrían desembocar en la elaboración de líneas de orientación o de un código de usos para una pesca responsable, teniendo en cuenta todos los factores técnicos, socioeconómicos y medio ambientales pertinentes(7).

II.1. LA DECLARACIÓN DE CANCÚN DE 1992

En diciembre de 1991, el Gobierno de México notificó al Director General de la FAO su intención de organizar en 1992 una Conferencia Internacional sobre la Pesca Responsable y pidió la asistencia de esta Organización(8). Dicha Conferencia tuvo lugar en Cancún, del 6 al 8 de mayo de 1992 y, en ella, participaron un total de 66 Estados, así como diversas organizaciones internacionales.

En su seno se aprobó la llamada Declaración de Cancún(9), según la cual, la pesca debe desarrollarse dentro de un sistema integral y equilibrado bajo el concepto de "pesca responsable". Este concepto abarca:

(7) FAO (1991), Rapport du COFI-FIPL/R459, par. 82.

(8) FAO, IWGGF/ICCRF/94/Inf. 3, January 1994, Grupo de Trabajo Informal sobre los Principios Generales del Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable, p. 1.

(9) FAO (1992), Declaration of the International Conference on Responsible Fishing. Cancún, México, 6-8 may 1992 COFI/93/Inf. 7, Dec. 1992, 5 págs.

"...la utilización sostenible de los recursos pesqueros de manera armónica con el medio ambiente; el uso de prácticas de captura y acuicultura que no dañen los ecosistemas, los recursos o su calidad; la incorporación del valor añadido a estos productos mediante un procesamiento que satisfaga las normas sanitarias requeridas, el uso de prácticas comerciales de manera que el consumidor tenga acceso a productos de buena calidad"(10).

La pesca responsable debe llevarse a cabo tanto en las zonas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional como en el alta mar y, en este último supuesto, el principio fundamental es que el derecho a pescar en estas aguas no significa una total y absoluta libertad de pesca. De este modo, la declaración número 12 de la Declaración de Cancún establece que:

"La libertad de los Estados para pescar en el Alta Mar debe equilibrarse con la obligación de cooperar con otros Estados a fin de asegurar la conservación y la administración racional de los recursos vivos, de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Convenio de Bahía Montego".

Esta idea no es nueva, sino que ya se encontraba en el artículo 1.-1, c) del Convenio de Ginebra sobre pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar del 29 de abril de 1958. Sin embargo, ahora se propone en un marco muy diferente, puesto que los problemas medio ambientales juegan hoy un papel mucho mayor que en 1958. Mientras exista el alta mar, con independencia de cuán lejos se encuentre de la costa, la cooperación internacional es un requisito necesario en la administración de las pesquerías(11). Así, la declaración número 11 de la Declaración de Cancún afirma que:

"Los Estados deben cooperar en los planos bilateral, regional y multilateral para establecer, reforzar e instrumentar medios y mecanismos eficaces a fin de asegurar la pesca responsable en la Alta Mar, de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Convenio de Bahía Montego".

En especial, se requiere un refuerzo de la cooperación internacional a fin de evitar la pesca ilícita, especialmente cuando la misma constituya un obstáculo para alcanzar los objetivos de la pesca responsable(12).

Los Estados participantes en la Conferencia Internacional de Pesca Responsable de 1992 acordaron promover, dentro del marco jurídico proporcionado por el

(10) Considerando número 7 de la Declaración de Cancún

(11) SCOVAZZI, T. (1994). *The Conservation and Sustainable Use of High Seas Living Resources*, p. 20.

(12) Declaración número 18 de la Declaración de Cancún.

Convenio de Bahía Montego, una cooperación internacional efectiva a fin de lograr la ordenación y la conservación de los recursos vivos del alta mar de una manera racional. Esta cooperación deberá asegurar el abastecimiento de productos pesqueros para alimentar a las poblaciones actuales y futuras, en un contexto de desarrollo sostenible, así como promover el mantenimiento de la cantidad, calidad, diversidad y disponibilidad económica de los recursos pesqueros. Los Estados deberán tomar medidas para mejorar los sistemas de gestión y reconocen que el principio de utilización sostenible de los recursos marinos vivos deberá ser la base de políticas sólidas de ordenación de la pesca. Así, se deberá lograr un nivel de esfuerzo pesquero que se adecúe a dicho principio, teniendo en cuenta las características específicas de cada pesquería y, para ello, es necesario mejorar los conocimientos científicos de las pesquerías en relación con las características del medio ambiente en el que se encuentran, tanto en el interior de las zonas sometidas a la jurisdicción nacional, como en el alta mar(13).

Entre los contenidos del concepto de pesca responsable, establecidos a nivel de principios, se incluye también la utilización sostenible de los recursos pesqueros de manera armónica con el medio ambiente, y ello constituye la base de las medidas a adoptar para la consecución de una planificación y ordenación racional de las pesquerías.

Los Estados deberán promover y aumentar la recolección de los datos necesarios que permitan la conservación y utilización sostenible de los recursos pesqueros. Además, la Declaración de Cancún establece la necesidad de realizar evaluaciones de forma sistemática del impacto ambiental de la pesca y, particularmente, del impacto ambiental de los equipos y prácticas de pesca en la sostenibilidad de las pesquerías, teniendo en cuenta las características específicas y la diversidad biológica de las diferentes zonas de pesca. Deberán, asimismo, tomar las medidas que sean necesarias para proteger de todo tipo de degradación las zonas húmedas costeras y otros hábitat críticos para las pesquerías(14).

Otro de los contenidos del concepto de pesca responsable establecido en la propia Declaración de Cancún es el deber de los Estados de promover el desarrollo y el uso de las artes y prácticas selectivas de pesca, de forma que se minimicen los descartes en la

(13) Ibid., declaraciones número 1, 2 y 3

(14) Ibid., declaraciones número 4, 5 y 7. También el principio n° 17 de la Declaración de Río de Janeiro establece la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente ha de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

captura de la especie objetivo y se reduzca al mínimo la captura incidental de la fauna de acompañamiento(15).

El concepto de pesca responsable abarca también la exigencia de que el uso de medidas comerciales, con la finalidad de lograr la conservación de las especies marinas vivas, no den como resultado restricciones innecesarias al comercio internacional.

Por ello, en la Declaración de Cancún, los Estados reconocen que estas prácticas comerciales con fines medio ambientales no deben constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable, ni una restricción encubierta al comercio internacional(16)

De otro modo, existe el peligro de que los Estados más poderosos, bajo el pretexto de salvaguardar el medio ambiente, impongan verdaderas restricciones comerciales a otros Estados menos desarrollados que no puedan cumplir con la normativa de los Estados desarrollados y, así, dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de tratados multilaterales de comercio(17).

En concreto, la Declaración de Cancún prevé expresamente que debe evitarse cualquier medida unilateral adoptada con la finalidad de resolver problemas medio ambientales fuera de la jurisdicción del Estado importador. La solución debe lograrse en cada caso, preferentemente gracias al consenso internacional. Así pues, los Estados en su conjunto tienen el deber de cooperar para lograr este consenso y establecer la normativa adecuada de protección del medio ambiente en los espacios internacionales.

Ello no obstante, el texto de la Declaración de Cancún permite algunas excepciones, aunque sometidas a ciertos requisitos. Así, si se considera que las medidas de política comercial son necesarias para el cumplimiento de las políticas ambientales,

(15) Declaración número 6 de la Declaración de Cancún. Sin embargo, aunque la Declaración de Cancún insiste en promover estas artes selectivas, hasta ahora las acciones llevadas a cabo por la comunidad internacional han consistido principalmente en comenzar a prohibir el uso de las artes no selectivas. El uso de las artes de pesca no selectivas es un problema de dimensiones mundiales, que ha ido cobrando una importancia cada vez mayor y que se ha acentuado, sobre todo, a lo largo de las últimas décadas. El perfeccionamiento en la fabricación de las artes pesqueras permitió que se empleasen redes de dimensiones cada vez mayores, que llegaban a formar verdaderas "cortinas de la muerte". En este sentido, son especialmente significativas las redes de enmalle y deriva (*driftnets*), ya que su empleo resulta particularmente peligroso para la conservación de los recursos marinos vivos, especialmente de los mamíferos marinos.

(16) Declaración número 15 de la Declaración de Cancún de 1992. Este mismo principio se reitera en la Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo (principio 12).

(17) Sobre este tema véase, entre otros, HERNÁNDEZ ROHLES, C.; BADENES CASINO, M. (1994), Las prácticas restrictivas en el comercio internacional y la protección de las especies en peligro de extinción, *Relaciones Internacionales*, 61, UNAM, México, pp. 113-25.

pueden establecerse disposiciones nacionales al respecto, siempre que se respeten, entre otros, los siguientes principios y reglas: el principio de no discriminación; el principio de que la medida comercial escogida será lo menos restrictiva necesaria para alcanzar los objetivos; la obligación de asegurar la transparencia en el uso de medidas comerciales relativas al medio ambiente y de proporcionar una notificación adecuada de las regulaciones nacionales; y la necesidad de considerar las condiciones especiales y los requerimientos de los Estados en desarrollo conforme avanzan en el logro de los objetivos ambientales internacionalmente acordados(18).

En el acuerdo número V de la Declaración de Cancún, los Estados participantes en la Conferencia de pesca responsable acordaron que las barreras arancelarias y no arancelarias -como lo son, en este último supuesto, los embargos a la importación, aunque su finalidad sea la protección de los recursos marinos- afectan al comercio internacional de productos pesqueros y a la utilización racional de los recursos pesqueros. Por ello, señalaron la necesidad de lograr un acuerdo sobre las medidas para promover el comercio internacional que sea congruente con los principios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)(19) y de la pesca responsable, así como con las negociaciones de la Ronda Uruguay, que estaban teniendo lugar en aquella fecha. A esta misma conclusión se llegó en la Consulta Técnica de la FAO sobre la pesca en alta mar, celebrada en 1992(20).

El control efectivo de las actividades realizadas por los buques pesqueros en el alta mar se incluyó, asimismo, entre los contenidos del concepto de pesca responsable. En la Declaración de Cancún de 1992, los Estados reconocieron, como apuntamos anteriormente, su obligación de cooperar en los ámbitos bilateral, regional y multilateral para establecer y reforzar instrumentos eficaces que aseguren una pesca responsable en el alta mar, siempre dentro del marco ofrecido por el Convenio de Bahía Montego (declaración número 11), lo que implica respetar la libertad de pesca en el alta mar a la que tienen derecho todos los Estados. Los Estados se comprometieron a adoptar medidas eficaces, conformes con el Derecho Internacional, para impedir el cambio de pabellón de los buques como medio para evitar el cumplimiento de las reglas de conservación y ordenación aplicables a las actividades pesqueras en el alta mar (declaración número 13), así como a apoyar financieramente a los Estados en desarrollo para que puedan mejorar, entre otros, su sistema de vigilancia (declaración número 17).

(18) Vide, asimismo, el punto 119 del Capítulo 17 del Programa 21.

(19) Sobre los principios del GATT, vide BERMEJO GARCÍA, R. (1990), Comercio Internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos, 1^o ed., Madrid, Ed. Civitas, pp. 30-107.

(20) FAO (1992), Technical Consultation on high seas fishing, Rome, 7-15 September 1992. op. cit., punto 40(f).

Asimismo, la Declaración de Cancún recomienda a la Organización de las Naciones Unidas que declare la próxima década como el Decenio de la Pesca Responsable e invita a que la FAO, en colaboración con otras Organizaciones internacionales pertinentes, elabore un Código Internacional de conducta para la pesca responsable.

II.3. LA NECESIDAD DE CONVOCAR UNA CONFERENCIA INTERNACIONAL

La Declaración de Cancún se llevó a la atención de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro, junio 1992). También la Consulta Técnica de la FAO sobre la Pesca en Alta Mar, celebrada en septiembre de 1992, abordó, entre otros temas, el de la pesca responsable y apoyó la propuesta de elaboración de un Código Internacional de conducta para la pesca responsable que tuviera en cuenta todos los factores socioeconómicos y medio ambientales en juego. Todo ello considerando que las prácticas de pesca responsable, es decir, la utilización de métodos y equipos de pesca que presenten características tecnológicas y ecológicas apropiadas, son una condición necesaria para lograr la sostenibilidad de los recursos(21).

Por su parte, el 102º Consejo de la FAO (Roma, 9-20 de noviembre de 1992) pidió al Director General de la FAO que, en los próximos Programas de Labores y Presupuesto y Plan a Plazo Medio (1994-99) de la Organización, se asignaran recursos para la elaboración de un proyecto de Código Internacional de conducta para la pesca responsable. La preparación de este proyecto debía tener en cuenta la Declaración de Cancún, las disposiciones del Programa 21 y los resultados de la Consulta Técnica sobre la pesca en el alta mar. Asimismo, se subrayó que el Código debería elaborarse en conformidad con las disposiciones del Convenio de Bahía Montego y de otros instrumentos internacionales pertinentes(22), a la vez que se reconoció la necesidad de establecer reglas especiales para el alta mar(23).

(21) Vide FAO, FV/HSF/TC/92/Inf. 2, June 1992, Technical Consultation on High Seas Fishing, Rome, 7-15 September 1992. Prospectus, p. 2.

(22) Vide el Informe de la 102 sesión del Consejo de la FAO, párr. 57. FAO, COFI/93/5, January 1993, Conservation and Rational Utilization of Living Marine Resources with Special Reference to Responsible Fishing, p. 2, párr. 7.

(23) Incluso algunos Estados miembros propusieron que las medidas relativas al alta mar deberían ser objeto de un instrumento distinto. Vide FAO, COFI/93/6, December 1992, High Seas Fishing, p. 9.

El futuro Código Internacional de conducta para la pesca responsable debería integrar los principios que se especifican en la propia Declaración de Cancún y que permitirán conseguir una mejora en las prácticas de pesca y en la ordenación de las pesquerías para evitar la sobre explotación de los recursos pesqueros o el menoscabo de la diversidad biológica.

No obstante, el concepto de pesca responsable no es un concepto creado *ex novo* en la Declaración de Cancún. Al contrario, debido en parte al agotamiento de las especies, han ido apareciendo a lo largo de la historia toda una serie de instrumentos jurídicos cada vez más proteccionistas de las especies marinas vivas y que han ido restringiendo progresivamente el alcance de la libertad de pesca en el alta mar. Estos instrumentos jurídicos ya existentes van a ser utilizados como herramientas para conseguir que la pesca se lleve a cabo de forma responsable y, aunque las medidas adoptadas no agotan el contenido del concepto de pesca responsable, no por ello son desperdiciables y en buena parte facilitan la consecución del objetivo que se persigue(24).

III. EL CÓDIGO INTERNACIONAL DE CONDUCTA PARA LA PESCA RESPONSABLE

En la 28ª sesión de la Conferencia de la FAO (octubre de 1995) se adoptó el Código Internacional de conducta para la pesca responsable, formulado en el marco del Convenio de Bahía Montego y teniendo en cuenta la Declaración de Cancún, la Estrategia aprobada por la Conferencia Mundial de la FAO sobre ordenación y desarrollo pesqueros de 1984, la Declaración de Río de Janeiro de 1992, las disposiciones del Programa 21, las conclusiones y recomendaciones de la Consulta Técnica sobre la pesca en alta mar de 1992(25) y los resultados de la Conferencia de

(24) Sin embargo, consideramos que su análisis excede con mucho del ámbito del objeto de nuestro estudio. Sólo nos centraremos, posteriormente, en una de las medidas que ya ha sido adoptada de conformidad con los principios generales que inspiran la Declaración de Cancún y en vistas a la futura elaboración del Código Internacional de conducta para la pesca responsable: el Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (24 de noviembre de 1993). Dicho Acuerdo es especialmente relevante en el tema que nos ocupa, por cuanto ha sido incorporado al Código Internacional de conducta para la pesca responsable. Vide infra, el apartado IV.

(25) Greenpeace Internacional realizó una declaración en la vigésima sesión del Comité de Pesca de la FAO para que se rechazara el informe de la Consulta Técnica sobre la pesca en alta mar de 1992, por considerarlo inadecuado para solucionar de forma efectiva la crisis de las pesquerías en alta mar, especialmente por el escaso énfasis que se pone en las medidas necesarias para el control efectivo de las operaciones de pesca en el alta mar. GREENPEACE INTERNACIONAL (1993), *Pesquerías de Alta Mar*, Roma, 6 págs.

las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces transzonales y las especies de peces altamente migratorias. Se trata, sin embargo, de un instrumento de carácter no vinculante, quedando en manos de cada uno de los Estados su cumplimiento efectivo.

III.1. EL PROCESO DE ADOPCIÓN

En noviembre de 1992, el Consejo de la FAO propuso que la elaboración del Código Internacional de conducta para la pesca responsable se llevara a la 20ª sesión del COFI. Esta sesión tuvo lugar en marzo de 1993 y, en ella, se examinó el contenido del Código, previéndose que sea posible su aplicación por todos los Estados y en todas las pesquerías del mundo. Por ello, se acordó que debería ser elaborado de forma que algunas de sus Partes o Anexos pudieran incorporarse fácilmente en las distintas legislaciones nacionales o ser adoptados como instrumentos jurídicos internacionales distintos. Por otra parte, podrían asimismo reflejarse en el Código las disposiciones de los convenios internacionales existentes y sus protocolos. Principalmente, aquellos tratados que se ocupan de la protección del medio marino y de las especies amenazadas de extinción. El Código estaría integrado por un determinado número de principios generales, que abarcarían seis grandes dominios de interés⁽²⁶⁾ y que serían completados por una serie de Anexos que comprendieran convenios, protocolos o códigos específicos que, o bien ya existen, o podrían ser elaborados separadamente. Cada sección del Código debería ser elaborada en el marco de consultas adecuadas con los expertos de las organizaciones interesadas⁽²⁷⁾. Se propuso preparar un primer proyecto de Código para la siguiente reunión del COFI en 1995, con la idea de conseguir la adopción final del Código en 1996.

Así, en febrero de 1994, se reunió en Roma un Grupo de Trabajo Informal integrado por Expertos nombrados por los Gobiernos, para examinar el primer borrador de los Principios Generales preparado por la Secretaría. El nuevo texto de los Principios Generales se distribuyó tanto entre los Estados miembros, como los no

(26) Estos son: las operaciones de pesca tanto en la zona económica exclusiva como en el alta mar; las prácticas de ordenación pesquera; las prácticas comerciales leales, incluidas las prácticas de postcaptura; el desarrollo de la acuicultura; la investigación haliéutica; y, por último, la integración de las pesquerías en la ordenación de las zonas costeras.

(27) Vide FAO (1993), *Code International de Conduite pour une pêche responsable*, Rome, Document préparé pour la Conférence de Nations Unies sur les Stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et les stocks de poissons grands migrateurs. New York. 12-30 juillet 1993, p. 4. Vide, asimismo, FAO (1993). COFI/93/5, January 1993, *Conservation and Rational Utilization of Living Marine Resources with Special Reference to Responsible Fishing*, p. 3.

miembros de la FAO y, sobre la base de las informaciones recibidas, se elaboró un texto revisado de los Principios generales que fue examinado por la Consulta Técnica sobre el Código Internacional de conducta para la pesca responsable (Roma del 26 de septiembre al 5 de octubre de 1994)(28).

La Secretaría propuso un texto alternativo basándose en las observaciones efectuadas durante los debates celebrados en las sesiones plenarias y, asimismo, propuso a la Consulta Técnica y al Consejo en su 107 período de sesiones (15-24 de noviembre de 1994), que la redacción final de aquellos principios que se ocupan principalmente de las cuestiones de pesca en el alta mar se dejaran en suspenso a la espera de los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces transzonales y las especies de peces altamente migratorias que estaba teniendo lugar en aquellas fechas.

Un borrador revisado del Código fue sometido a la consideración del 21° período de sesiones del COFI (10 al 15 de marzo de 1995), el cual subrayó la importancia de este Código como un instrumento que pudiera apoyar la puesta en práctica del Convenio de Bahía Montego y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Asimismo, en este período de sesiones se estableció un Grupo de Trabajo abierto que revisó el borrador del 10 al 14 de marzo de 1995. El informe del Grupo de Trabajo abierto fue presentado a la Reunión Ministerial de Pesca, celebrada en Roma el 14 y 15 de marzo de 1995, donde por consenso se instó a los Gobiernos y organizaciones internacionales a adoptar prontamente medidas para complementar el Código(29).

El texto revisado se presentó al 108° período de sesiones del Consejo, con vistas a tomar las medidas necesarias para asegurar la finalización del Código y someter el texto final al 28° período de sesiones de la Conferencia en octubre de 1995. El Consejo estableció un Comité técnico abierto que celebró su primera sesión en paralelo con el Consejo, del 5 al 9 de junio de 1995, reuniéndose de nuevo antes de la sesión de la Conferencia de octubre de 1995, una vez que la Secretaría ya había realizado la armonización lingüística y jurídica de los textos, y que ya había tenido en consideración los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces transzonales y las especies de peces altamente migratorias. Así, finalmente, la 28° Conferencia de la FAO pudo adoptar el Código Internacional de conducta para

(28) FAO (1994), FI: CCPR/94/2, Anteproyecto de Código de conducta para la pesca responsable (borrador de la Secretaría), p. 2.

(29) FAO (1995), WP/1, julio de 1995, Código de conducta para la pesca responsable (versión revisada al 9 de junio de 1995), Comité Técnico del Consejo sobre el Código de conducta para la pesca responsable, Roma, 25-29 de septiembre de 1995, pp. iii-iv.

la pesca responsable.

III.2. Los contenidos del Código Internacional de conducta para la pesca responsable(30)

El Código Internacional de conducta para la pesca responsable consta de cinco artículos introductorios (Naturaleza y Ámbito de Aplicación; Objetivos; Relación con otros Instrumentos Internacionales; Aplicación, Seguimiento y Actualización; y Aplicación del Código en los Estados en desarrollo). Después, sigue un artículo sobre los Principios Generales y seis artículos dedicados respectivamente a: la Ordenación Pesquera, las Operaciones Pesqueras, el desarrollo de la Acuicultura, la Integración de la Pesca en la Ordenación de la Zona Pesquera, las Prácticas de Postcaptura y Comercio, e Investigación Pesquera. Además, el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar de 1993 constituye una parte integrante del Código, según la Resolución N° 15/93 de la Conferencia de la FAO.

En el Código, se considera a la pesca como una actividad de gran relevancia para la humanidad y, así, en su introducción se destaca su importancia como fuente de alimentos, empleo, recreación, comercio y bienestar económico, tanto para las generaciones presentes como las futuras. Por ello, debería practicarse de forma responsable, respetando el ecosistema y la diversidad biológica. Entre los objetivos del Código, se encuentra el establecimiento de los principios, conformes con el Derecho Internacional, para el logro de la pesca responsable, teniendo en cuenta los aspectos biológicos, técnicos, sociales, económicos y comerciales pertinentes (artículo 2.-a).

Sin embargo, el principal problema que presenta este Código es su carácter no vinculante, a excepción de aquellas partes basadas en normas pertinentes del Derecho Internacional(31) o de las disposiciones que tienen efectos obligatorios para las Partes que han consentido en vincularse por medio de instrumentos internacionales separa-

(30) FAO (1995), Código de conducta para la pesca responsable, Roma, 46 pág. s.

(31) Según el artículo 3, el Código será interpretado y aplicado en conformidad: 1.- con las normas pertinentes del Derecho Internacional, tal y como se reflejan en el Convenio de Bahía Montego; 2.- con el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias; 3.- con las demás normas de Derecho Internacional aplicables, incluidas las respectivas obligaciones de los Estados conforme a los acuerdos internacionales de los que son parte; 4.- a la luz de la Declaración de Cancún de 1992, de la Declaración de Río de Janeiro y del Programa 21, en particular el Capítulo 17 y demás Declaraciones e instrumentos internacionales pertinentes.

dos, como es el supuesto del Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar de 1993 (artículo 1.-1)(32). La FAO es la organización encargada de realizar el seguimiento y control de la aplicación del Código (artículo 4). Pero en la mayoría de las materias, el Código es un asunto inacabado, ya que se limita a enunciar unas determinadas guías, dejando su regulación y aplicación a los Estados y a las organizaciones internacionales.

Por otra parte, el Código pretende abarcar todos los aspectos relacionados con la conservación y ordenación de las pesquerías. Así, no solamente cubre la actividad extractiva en sí misma considerada, sino también la elaboración y comercio del pescado, la acuicultura, la investigación pesquera, etc. (artículo 1.-3). Además, no sólo se aplica a los Estados, sean o no miembros de la FAO, y a las organizaciones y organismos de pesca interesados, sino también a las personas físicas que entren a formar parte de alguna manera en el proceso de manipulación del pescado hasta llegar al consumidor (artículo 1-2).

El Código contiene un amplio listado de principios generales que, como marco general, deben aplicarse a cada una de las seis actividades que se reglamentan en relación con la pesca. Entre ellos, cabe destacar la obligación de pescar en forma responsable para asegurar la conservación y ordenación efectiva de los recursos acuáticos vivos (artículo 6.-1); el mantenimiento de la diversidad, el desarrollo sostenible y la adopción de un enfoque ecosistemático, que tenga en cuenta la relación inter-especies (artículo 6.-2); evitar la sobreexplotación, la sobre capitalización y el exceso de capacidad pesquera (artículo 5.-3); la aplicación de enfoque precautorio (artículo 6.-5); el uso de artes selectivas que no dañen el medio ambiente (artículo 6.-6); la protección y rehabilitación de los hábitat críticos para la pesca (artículo 6.-8); el control eficaz del Estado sobre los buques que enarbolan su pabellón (artículo 6.-11); la cooperación internacional para promover la ordenación y la conservación de los recursos acuáticos vivos en toda su zona de distribución y el establecimiento de medidas compatibles y coordinadas, tanto dentro como fuera de las zonas sometidas a jurisdicción nacional (artículo 6.-12); la adopción de *prácticas y políticas* comerciales pesqueras que no supongan un obstáculo a dicho comercio ni tengan efectos de degradación ambiental (artículo 6.-14).

Por lo que atañe a la pesca en alta mar, es de gran importancia el artículo 7 del Código, que lleva por título "Ordenación pesquera". Se pretende lograr la sostenibilidad de los recursos pesqueros para las generaciones presentes y futura a niveles que

(32) Vide infra, el apartado IV.

permitan una utilización óptima, por lo que deberían establecerse medidas basadas en objetivos a largo plazo, sin que las consideraciones a corto plazo comprometan estos objetivos (artículos 7.-1.-1).

Cabe destacar que, por lo que respecta a las poblaciones transfronterizas⁽³³⁾, las poblaciones de peces transzonales, las poblaciones de peces altamente migratorias y las poblaciones de alta mar, cuando sean explotadas por dos o más Estados, el Código establece la obligación de cooperación internacional para los Estados en cuestión (incluidos los Estados ribereños pertinentes en el caso de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias) para velar por la conservación y ordenación de forma eficaz de los recursos. Ello debería realizarse estableciendo, cuando proceda, una organización o arreglo bilateral, subregional o regional de ordenación pesquera (artículo 7.-1.-3)⁽³⁴⁾, las cuales deberían incluir representantes de los Estados en cuya jurisdicción se encuentran los recursos y los que tengan interés real en la pesca de los recursos fuera de las jurisdicciones nacionales (artículo 7.-1.-4). Por otra parte, estas previsiones otorgan una posición privilegiada a los Estados ribereños en lo referente a las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, por cuanto siempre se les tendrá en cuenta en el establecimiento de una organización o un arreglo de pesca, aunque sus nacionales no se dediquen a la pesca de dichas especies.

En el supuesto de que un Estado no sea miembro de una organización o arreglo de ordenación pesquera, debería cooperar no obstante de conformidad con los acuerdos internacionales pertinentes y el Derecho Internacional, en la conservación y gestión de los recursos pesqueros cumpliendo con las medidas de la organización o el arreglo (artículo 7.-1.-5)⁽³⁵⁾.

Todas estas disposiciones se complementan con la obligación de los Estados, en el ámbito de sus competencias, de establecer mecanismos eficaces de control tanto para velar por el cumplimiento de sus medidas de conservación, como de las que adopte la organización (artículo 7.-1.-7). Además, tanto los Estados como las organizaciones deben dar la debida publicidad a las medidas adoptadas (artículo 7.-1.-10).

(33) No se especifica que se entiende por "poblaciones transfronterizas", siendo éste un concepto que no está consagrado por el Derecho Internacional del Mar.

(34) Hay que señalar, no obstante, que el empleo del condicional "deberían" y de la expresión "cuando proceda" relativiza la obligación de cooperación que se establece de un modo más imperativo en el art. 118 del Convenio de Bahía Montego.

(35) La anterior redacción de este punto era mucho más radical ya que, omitiendo cualquier referencia a la conformidad con el Derecho Internacional y apartándose del Derecho consuetudinario, establecía la obligación de los Estados no miembros de una organización de hacer efectivas las medidas que ésta adopte. Vide el art. 6.-1.-8 de Doc FAO (1995). WP/1, julio de 1995, Código de conducta para la pesca responsable (versión revisada al 9 de junio de 1995), op. cit.

Para lograr el objetivo primordial de la conservación y ordenación, es decir, el uso sostenible a largo plazo de los recursos pesqueros (artículo 7.-2.-1), se deben tener en cuenta los aspectos ecológicos relacionados con la pesca y, así, se debería asegurar, entre otras cosas: que se permita la recuperación de las poblaciones agotadas; que se evalúe y se corrija el impacto ambiental negativo que sobre los recursos acuáticos hayan provocado las actividades humanas; y que se reduzcan progresivamente las capturas incidentales (artículo 7.-2.-2). Además, debe preservarse la diversidad biológica de los hábitat y ecosistemas acuáticos y protegerse las especies en peligro, para lo cual se establece la obligación de evaluar las relaciones inter-especies y la incidencia de los factores ambientales en todos ellos (artículo 7.-2.-3).

El Código pretende, asimismo, que la ordenación pesquera integre el ecosistema en su conjunto, por lo que se debería contemplar la unidad poblacional en toda su zona de distribución, es decir, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva (artículo 7.-3.-1). El punto 7.-3.-2, por su parte, hace referencia a la necesidad de compatibilizar las medidas de gestión de las poblaciones transfronterizas, transzonales, altamente migratorias y de alta mar, en toda su zona de distribución, adoptadas por cada Estado según sus respectivas competencias o, cuando proceda, por medio de las organizaciones y arreglos de pesca. La referencia a las organizaciones y arreglos de pesca refleja la necesidad de que las medidas compatibles en toda la zona de distribución de estas especies no se adopten exclusivamente y de forma unilateral por el Estado ribereño.

El artículo 7.-5 está dedicado a la adopción del enfoque precautorio en las pesquerías para asegurar el establecimiento de normas mínimas de conservación, basándose en los mejores datos científicos y teniendo en cuenta la incertidumbre con respecto al tamaño, la productividad y el estado de las poblaciones, los puntos de referencia para la ordenación, los niveles y la distribución de la mortalidad por pesca y las repercusiones de las actividades pesqueras en especies asociadas o dependientes, incluida la mortalidad por descarte, así como las condiciones climáticas, ambientales, sociales y económicas (artículo 7.-5.-2). Se hace referencia expresa a la necesidad de adoptar el enfoque precautorio en relación con las nuevas pesquerías, estableciéndose la obligación de que las medidas precautorias adoptadas permanezcan en vigor hasta que se disponga de datos suficientes (artículo 7.-5.-4).

En la sección titulada "Ordenación pesquera", se enumeran una serie de criterios para el establecimiento de medidas de ordenación que aseguren un nivel de actividad pesquera compatible con el estado de los recursos pesqueros. Estas medidas deben incluir determinadas formas de control de los Estados con respecto a los buques que enarbolan su pabellón. Así, no deberían permitir la pesca a ningún buque que no esté

autorizado conforme con el Derecho Internacional para ejercerla en el alta mar o de conformidad con la legislación nacional dentro de las zonas de jurisdicción nacional (artículo 7.-6.-2)(36). Otra serie de medidas de ordenación son la reducción de la capacidad pesquera a niveles compatibles con el uso sostenible de los recursos (artículo 7.-6.-3); eliminar progresivamente las artes, métodos y prácticas que no sean compatibles con la pesca responsable (artículo 7.-6.-4); reducir los desperdicios, los descartes, las capturas realizadas por las artes perdidas, las capturas incidentales; hay previsiones expresas para que los Estados establezcan medidas técnicas con objeto de proteger a las especies juveniles o reproductoras, así como también medidas para los recursos gravemente afectados y en peligro de agotamiento y sus hábitat (artículo 7.-6.-9 a 7.-6.-11).

Es importante señalar que los Estados miembros de una organización o que participen en un arreglo pesquero deberían aplicar las medidas "internacionalmente acordadas" adoptadas en el marco de la organización o arreglo (y compatibles con el Derecho Internacional) para disuadir a los buques de terceros Estados no miembros de la organización o arreglo a que lleven a cabo actividades que menoscaben la eficacia de las medidas de conservación y gestión adoptadas(37).

Est también relevante, en relación a la pesca en el alta mar, el artículo 8 del Código dedicado a las "Operaciones pesqueras", tanto en el interior como en el exterior de las zonas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional. En este tema, el Código realiza una interesante distinción entre las actividades que son responsabilidad de todos los Estados, las actividades que son responsabilidad del Estado del pabellón y las actividades que son responsabilidad del Estado del puerto.

Son actividades de las que son responsables todos los Estados las relativas al salvamento marítimo, salud de los trabajadores del mar, etc. Más importante, en lo que afecta a la pesca en sí misma considerada, son las actividades de las que son responsables los Estados del pabellón y del puerto. En el primer caso, se incluyen el mantenimiento del registro de buques autorizados a enarbolar su pabellón y autorizados a pescar y de las autorizaciones otorgadas; asegurar que no pesquen en alta mar

(36) En la anterior redacción, se indicaban también otros puntos como que los buques deberían llevar siempre a bordo la autorización para pescar, los Estados deberían mantener un registro de buques pesqueros autorizados, los buques autorizados deberían estar debidamente marcados de conformidad con la legislación internacional y las Especificaciones Uniformes de la FAO para el Marcado y la Identificación de Embarcaciones Pesqueras, etc.

(37) Se omite en esta redacción la posibilidad de limitar la entrada en sus mercados de pescado procedente de dichos buques no participantes y obtenidos en las aguas en las que se aplican las medidas de conservación y ordenación.

o en las aguas sometidas a la jurisdicción de otro Estado, a menos que cuenten con un Certificado de Registro y que hayan sido autorizados por la autoridad competente; el marcaje de los buques autorizados y las artes de pesca de conformidad con sistemas de marcado reconocibles internacionalmente; el establecimiento de medidas de ejecución a los buques de su pabellón que contravengan las medidas de conservación y ordenación aplicables; etc. (artículo 8.-2).

El Estado del puerto debe adoptar las medidas que, de conformidad con el Derecho Internacional, sean necesarias para ayudar a otros Estados a lograr los objetivos del Código y de otros acuerdos internacionales pertinentes, así como informar a otros Estados de las medidas adoptadas a tal fin sin que sean discriminatorias para ningún Estado. Lo que no dice el Código es qué tipo de medidas son las que puede adoptar el Estado del puerto, aunque la referencia a la conformidad con el Derecho Internacional parece excluir las medidas coercitivas o que impliquen el uso de la fuerza (artículo 8.-3).

El artículo 8 incluye un apartado relativo a las prácticas de pesca, en el que se establece la necesidad de que sean prácticas de pesca responsable que protejan el medio ambiente, prohibiéndose expresamente los métodos destructivos como los venenos y explosivos, debiendo exigirse, también, que los métodos, artes y prácticas sean lo suficientemente selectivos para reducir al mínimo las capturas de especies incidentales, los descartes y la amenaza para las especies en peligro (artículo 8-4 y 8.-5).

Cabe destacar asimismo, el artículo 11 que lleva por título "Prácticas de postcaptura y comercio", por cuanto algunas de sus disposiciones afectan también al libre ejercicio de la actividad de pesca en el alta mar. A los Estados se le exige que cooperen en el cumplimiento de los acuerdos que regulan el comercio de las especies en peligro de extinción (artículo 11.-2.-9) (como es el caso del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre, adoptado en Washington el 3 de marzo de 1973)(38) y que participen en los foros internacionales pertinentes (como el Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio) para asegurar un comercio equitativo y no discriminatorio de pescado y una amplia adhesión de las medidas de conservación de la pesca acordadas multilateralmente (artículo 11.-2.-14). Las medidas comerciales que

(38) Publicado en el Boletín Oficial del Estado español de 30-VII-1986. En su versión inglesa, también puede consultarse en: RUSTER, b.; SIMMA, B. (ed.s.) (1976), *International Protection of the Environment*, vol. 5, New York, Dobbs Ferry, pp. 2.228 y ss.; Lyster, S. (1985), *International Wildlife Law*, Llandynel, Grotius, pp. 384-409. Sobre el mismo, vide ibid. pp. 239-277; MAFFEL, M.C. (1993).

adopten los Estados para proteger el medio ambiente no deben ser discriminatorios y deben ajustarse a las medidas de comercio adoptadas multilateralmente, como el Acuerdo sobre barreras técnicas al comercio de la Organización Mundial del Comercio (artículo 11.-2.-4). Asimismo, se establece la obligación de eliminar los obstáculos al comercio, entre otros, las barreras no arancelarias de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio (artículo 11.-2.-5), por lo que las limitaciones a los mercados internos deben establecerse en el marco de un acuerdo u Organización internacional.

Como consideración final, se debe resaltar que los contenidos de este Código recortan mucho la libertad de pesca en el alta mar, al introducir la noción de responsabilidad en la pesca y, por lo tanto, la obligación para todos los Estados de responder por la conservación de los recursos vivos marinos existentes en dicha zona. La libertad de pesca en el alta mar ya no va a significar más la facultad de realizar esta actividad sin ninguna sujeción o subordinación, sino que se deben cumplir unos deberes determinados establecidos en el Código. Por otra parte, la propia idea de libertad lleva implícita la exigencia de que se ejercite de forma responsable, no siendo concebible una auténtica libertad que no sea una libertad responsablemente ejercitada.

III.3. EL SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO INTERNACIONAL DE CONDUCTA PARA LA PESCA RESPONSABLE

La responsabilidad principal en el seguimiento y control de la aplicación práctica del Código ha sido encomendada, como ya hemos apuntado, a la FAO, en virtud del mandato establecido en el artículo 4.-2 del Código. También la Resolución adoptada por consenso en el 28º período de sesiones de la Conferencia de la FAO pide, en su punto 6, que la FAO sea la encargada del seguimiento del Código y presente informes sobre su aplicación y sus efectos en la pesca.

Por otra parte, se requiere la colaboración no sólo de los Estados miembros de la FAO, sino también de los Estados no miembros, así como de las organizaciones internacionales pertinentes, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y de todas las personas interesadas en la conservación, la gestión y la utilización de los recursos pesqueros y el comercio de pescado y productos pesqueros (artículo 4.-1 del Código). A los Estados y Organizaciones Internacionales en concreto, se les encarga la labor de promover la comprensión del Código entre aquellas personas involucradas en el sector pesquero mediante la adopción de planes que fomenten la aceptación voluntaria del Código y su aplicación efectiva (artículo 4.-3 del Código).

Uno de los instrumentos apropiados para realizar el seguimiento del Código sería el informe final que elabora el COFI en cada período de sesiones. Además, el propio Código establece que la Secretaría de la FAO debe poner en conocimiento del COFI toda la información que reciba sobre la aplicación en la práctica del Código (artículo 4.-2 del Código).

La FAO es plenamente consciente de la importante tarea de dar a conocer el Código y de concienciar a la comunidad internacional de que la correcta aplicación del mismo *podría reforzar la función de la pesca en la seguridad alimentaria mundial y el desarrollo económico y social, así como asegurar la sostenibilidad de los recursos acuáticos, marinos o no, vivos y su medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*. Por ello, ha señalado el Código a la atención de las autoridades gubernamentales competentes, a los representantes nacionales, regionales y subregionales de la Organización de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales pertinentes, al sector pesquero privado y a las cooperativas de pesca para que den *amplia difusión a la información sobre el Código*(39). Al mismo tiempo, la FAO les ha pedido que informen a su Departamento de Pesca sobre cualesquiera medidas que adopten o los problemas con los que se enfrenten en relación con la aplicación de las disposiciones del Código. El Departamento de Pesca, a su vez, deberá informar al COFI y a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Se ha sugerido, también, que los Gobiernos nombren un punto focal de contacto local para la promoción, el seguimiento y la presentación de informes sobre la aplicación del Código.

La contribución de los propietarios de buques pesqueros, los pescadores y los trabajadores del sector pesquero, así como de las autoridades de los ámbitos del comercio, la investigación, la ordenación y, la producción de alimentos, son elementos fundamentales para el cumplimiento del Código(40).

En la actualidad, la FAO está elaborando algunas directrices técnicas en apoyo de los artículos temáticos pertinentes del Código y asimismo, está tomando medidas

The Protection of endangered species of animals in the Mediterranean Sea. En: Miles, E.L.; Treves, T. (ed.s). *The Law of the Sea: New Worlds, New Discoveries*, Honolulu, pp. 269-271. Para un estudio en profundidad de este Convenio, vide FAVRE, D.S. (1989), *International trade in endangered species. A guide to CITES* Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub., 415 págs.

(39) Así, se sugirió tanto la publicación y difusión del Código, como la realización de actividades informativas, educativas y de sensibilización pública.

(40) De este modo, se dispuso en una carta circular enviada por el Departamento de Pesca de la FAO (FAO, FI 10/43).

para fortalecer los órganos regionales de pesca con el fin de reforzar su eficacia y aumentar la cooperación y coordinación regionales para la aplicación del Código y otros instrumentos internacionales pertinentes(41).

IV. EL ACUERDO DE LA FAO PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS INTERNACIONALES DE CONSERVACIÓN Y ORDENACIÓN POR LOS BUQUES PESQUEROS QUE PESCAN EN ALTA MAR (24 DE NOVIEMBRE DE 1993)

El 24 de noviembre de 1993, la 27ª sesión de la Conferencia de la FAO aprobó el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar(42), en conformidad con el artículo XIV de la constitución de la FAO(43). Este Acuerdo ha sido acogido de forma favorable por un amplio número de Estados, tanto por su contenido, como por la rapidez de su negociación(44).

El motivo principal que llevó a la adopción de este Acuerdo fue la práctica llevada a cabo por algunos buques pesqueros consistente en cambiar su pabellón por el de Estados no partes en acuerdos internacionales de pesca, con el fin de eludir el cumplimiento de las medidas de conservación y administración previstas en estos acuerdos o arreglos.

Así, varias organizaciones pesqueras regionales señalaron a la FAO casos típicos de este problema. Por ejemplo, la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste afirmó que varios buques pesqueros de Estados Partes no Contratantes pescaban en el ámbito de aplicación de la Organización, y que otros muchos habían

(41) Tal y como se le pedía en la Resolución adoptada en el 28 periodo de sesiones de la Conferencia de la FAO, cuyo punto 5 pide a la FAO que elabore directrices técnicas para apoyar la aplicación del Código. Por otra parte, el punto 7 de esta Resolución insta a la FAO a que fortalezca los órganos regionales de pesca a fin de que se ocupen con mayor eficacia de las cuestiones de la conservación y ordenación de la pesca en apoyo de la cooperación y coordinación subregionales, regionales y mundiales en materia de pesca.

(42) International Legal Materials, 1994, vol. 33, pp. 969-984.

(43) Este artículo autoriza a la Conferencia de la Organización a aprobar y a someter a la aceptación de los miembros de la Organización, de los miembros asociados y de los Estados no miembros autorizados, convenciones y acuerdos internacionales de carácter general relativos a la alimentación y a la agricultura.

(44) MOORE, G. (1993). Un nouvel accord de la FAO pour contrôler la pêche en haute mer. *Espaces et Ressources Maritimes*, 7, p. 62.

cambiado su pabellón para no cumplir con las cuotas que les corresponderían según esta Organización. La Comisión Internacional para la conservación del Atún Atlántico indicó que un número considerable de buques que pescan atún rojo del Atlántico están registrados en Estados que no son Partes Contratantes en la Comisión y que tenía gran dificultad para facilitar datos de capturas de los buques que usaban su pabellón; asimismo, indicó que, en algunos casos, algunos de los buques de registro abierto cambian periódicamente de pabellón. También la Comisión Interamericana del Atún Tropical llamó la atención sobre el hecho de que los cambios de pabellón frustran sus esfuerzos por reunir estadísticas exactas sobre las capturas de atún, datos sobre buques y esfuerzo de pesca(45).

Además, tanto la Resolución adoptada en la Primera Conferencia sobre la Conservación y Administración de los Recursos Vivos del Mar de Bering Central, de 21 de febrero de 1991, como el artículo IV.-3 del Convenio para la conservación de los stocks anádromos en el Océano Pacífico Norte (Moscú, 12 de febrero de 1992), son una muestra de la preocupación sobre los problemas del cambio de pabellón de los buques pesqueros en el alta mar, y abogan por establecer una prohibición de tales cambios de pabellón(46).

V.1. LOS ORÍGENES Y LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO

El problema de los buques pesqueros que faenan utilizando pabellones de Estados con registros abiertos fue examinado, en relación con las redes de enmalle y deriva, en la Reunión del Grupo Técnico de Expertos sobre la Pesca en Alta Mar, celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en julio de 1991(47).

El asunto se volvió a plantear, en términos más generales, en la Conferencia Internacional sobre Pesca Responsable de 1992, quedando recogido en el principio 13 de la Declaración de Cancún un llamamiento a los Estados para que adopten medidas eficaces en conformidad con el Derecho Internacional con la finalidad de combatir este fenómeno.

(45) FAO (1993), CL 103/20-Sup. 3, junio 1993, *Antecedentes del problema del abanderamiento y cambio de pabellón de barcos pesqueros y repercusiones del problema en la conservación y ordenación de los recursos marinos vivos*, p. 3, párs 9 y ss.

(46) Technical Consultation on High Seas Fishing, Rome, sept. 7-15, 1992, *Potential Problems Posed by Re-flagging of Vessels Operating on the High Seas* (Document submitted by Representatives from the United States of America), p. 1.

(47) FAO (1993), CL 103/20-Sup. 3, op. cit., p. 1, pár. 1.

Posteriormente, esta idea fue retomada por el capítulo 17 del Programa 21, cuyo punto 17.-53 dispone que los Estados deberían adoptar medidas efectivas conformes con el Derecho Internacional para disuadir a sus nacionales de realizar cambios de pabellón de sus buques con la finalidad de sustraerse a las reglas de conservación y de gestión aplicables a la pesca en alta mar. En este caso, se ha destacado el hecho de que esta disposición hable del cambio de pabellón de los buques, sin limitarlo a los buques de pesca. Ello puede ser significativo en relación a la cuestión de si deberían incluirse también los buques acompañantes, además de los que efectivamente realizan la actividad pesquera(48).

Igualmente se abordó este tema en la Consulta Técnica sobre la Pesca en Alta Mar (septiembre de 1992), reconociéndose la necesidad de establecer un marco internacional para impedir los cambios de pabellón. Asimismo, se recomendó que se encontrara lo antes posible una solución al problema y se pidió llevar el tema a la atención del COFI(49). Por su parte, el Consejo de la FAO, en su 102º período de sesiones (noviembre de 1992), sugirió que se creara un grupo especial de trabajo que se encargó de preparar el texto de un acuerdo para desaconsejar los cambios de pabellón cuyo objeto fuera evitar el cumplimiento de medidas convenidas de conservación y ordenación pesqueras. El Consejo estuvo de acuerdo en que éste era un problema que, si bien formaba parte de las cuestiones que habrían de incluirse en el Código Internacional de conducta para la pesca responsable, requería la inmediata atención de la FAO(50).

En cumplimiento de lo solicitado por el Consejo, el proyecto de acuerdo se presentó al COFI en su 20º período de sesiones (Roma, 15-19 de marzo de 1993). El COFI decidió establecer un Grupo de Trabajo abierto para que celebrara un debate general sobre el tema que, sin embargo, no pudo terminar el texto de un Acuerdo debido, principalmente, a que los diferentes Gobiernos no habían podido pronunciarse todavía sobre el Proyecto. Por ello, el citado grupo sugirió que se volviera a examinar el Proyecto de Acuerdo, juntamente con los comentarios al respecto, antes de presentarlo a la Conferencia(51).

(48) MOORE, G. (1993), *Un nouvel accord de la FAO pour contrôler la pêche en haute mer*, op. cit., p. 63, en nota 5.

(49) FAO (1992), *Technical Consultation on high seas fishing*, Rome, 7-15 september 1992, op. cit., p. 36, párs 42 y ss.

(50) FAO (1993), CL 103/20, mayo 1993, *Abandeamiento de barcos que pescan en alta mar*, p. 1, pár. 1.

(51) FAO (1993), C 93/26, agosto de 1993, p. 1, pár. 2. El texto del Proyecto de Acuerdo que redactó este grupo de trabajo puede consultarse en el Apéndice F del documento FAO (1993), CL 103/

De nuevo el Consejo, en su 103º período de sesiones (junio de 1993), decidió establecer un Comité Técnico abierto para seguir examinando el Proyecto de Acuerdo y en el que se invitó a participar, no sólo a los miembros del Consejo, sino también a otros miembros de la FAO y a observadores de Estados no miembros y de organizaciones interesadas que se ocupan de la ordenación de la pesca. El Proyecto revisado de Acuerdo que surgió de los debates del Comité Técnico contenía las grandes líneas de lo que iba a ser el futuro Acuerdo. Sin embargo, aún tenía varias disposiciones entre corchetes que, en algunos casos, indicaban las disposiciones acerca de las cuáles algunas delegaciones habían reservado sus posiciones y, en otros casos, indicaban disposiciones sobre las cuáles seguía habiendo diferencias de opinión sobre el fondo de la cuestión⁽⁵²⁾. El Consejo pidió a la Secretaría establecer consultas no oficiales entre todas las posibles partes interesadas en el Acuerdo, con vistas a llegar a concordar la base de un posible compromiso acerca de las cuestiones pendientes. Estas consultas informales tuvieron lugar en el transcurso de la segunda sesión sustantiva de la Conferencia sobre las poblaciones transzonales y las especies altamente migratorias (julio de 1993), donde se logró llegar a un acuerdo sobre el texto en su conjunto. Mientras tanto, el texto había sido distribuido entre los Estados miembros de la FAO para que realizasen los comentarios que consideraran oportunos. Dichos comentarios fueron tomados en cuenta tanto por el Comité de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la FAO, en su 61º período de sesiones, como por el Comité Técnico abierto durante la sesión 104º del Consejo de la FAO (noviembre de 1993). De este modo, la 27ª Conferencia de la Organización, que tuvo lugar en ese mismo mes de noviembre, pudo finalmente adoptar el Acuerdo definitivo.

IV.2. EL CONTENIDO DEL ACUERDO

En un principio, el Acuerdo debía tratar directamente el tema del cambio de pabellón de los buques de pesca, es decir, del acto de modificación del registro nacional de un buque de pesca y, por consiguiente, de su pabellón nacional con la

7, abril 1993, Informe de la 20 sesión del Comité de Pesca de la FAO, pp. F1-F18. Sobre el mismo, vide MONTAZ, D. (1993). La conservation et la gestion des stocks de poissons chevauchants et grand migrateurs, *Espaces et Ressources Maritimes*, 7, p. 54. Los comentarios adicionales realizados por los Estados miembros de la FAO hasta el 7 de mayo de 1993 están reproducidos en FAO (1993) CL 103/20-Sup. I, mayo 1993, Proyecto de acuerdo sobre el abanderamiento de los buques de pesca en alta mar para promover el cumplimiento de las medidas internacionalmente aprobadas de conservación y ordenación. Comentarios adicionales recibidos de los Estados miembros de la FAO. 14 págs.

(52) Vide FAO (1993), CL 103/LIM/6, junio de 1993, *Informe del Comité Técnico del Consejo. Acuerdo sobre el abanderamiento de los buques de pesca en alta mar para promover el cumplimiento de las medidas internacionalmente aprobadas de conservación y ordenación*, 11 págs.

finalidad de eludir las medidas internacionales de conservación y administración(53). Por ello, el primer Proyecto de acuerdo elaborado por el Grupo de Trabajo, cuyo título era "Acuerdo sobre el abanderamiento de los buques de pesca en alta mar para promover el cumplimiento de las medidas internacionalmente aprobadas de conservación y ordenación", contenía una disposición por la que las Partes en el Acuerdo, no deberían registrar los buques pesqueros, a menos que tuvieran motivos suficientes para creer que el buque no se utilizará para minar la eficacia de las medidas de conservación y ordenación internacionalmente aprobadas(54). Asimismo, se incluía un artículo en el que se exigía a las Partes no conceder a ningún buque pesquero el derecho a enarbolar su pabellón, a no ser que hubiera una vinculación auténtica entre el buque y la Parte correspondiente(55). Para ello, se enumeraban una serie de elementos a tener en cuenta, entre los que se incluía la nacionalidad o el lugar de residencia permanente de los propietarios del buque o la existencia o no de un control eficaz sobre las actividades del buque.

Sin embargo, ya desde el principio de las negociaciones, salió a la luz la dificultad de alcanzar un consenso sobre estas disposiciones. Ello fue debido, principalmente, al carácter subjetivo de la determinación que las autoridades nacionales encargadas del registro de los buques estarían llamadas a hacer, así como a la dificultad de confiar a las autoridades de comercio marítimo y de transportes una labor relativa a la gestión de las pesquerías(56).

Ante la imposibilidad de definir con precisión conceptos como el de la vinculación auténtica que debería existir entre un buque y el Estado de su pabellón, las Partes potenciales en el Acuerdo decidieron centrarse más sobre el acto de autorización de un buque a pescar en alta mar, acto que sí es competencia de las autoridades de pesca, que sobre el acto jurídico de asignación del pabellón y del registro de los buques pesqueros.

El Acuerdo se apoya en dos pilares fundamentales y éstos son el concepto de responsabilidad del Estado del pabellón y la necesidad de asegurar la libre circulación de información sobre las operaciones de pesca en el alta mar.

(53) MOORE, G. (1993). Un nouvel accord de la FAO pour contrôler la pêche en haute mer, op. cit., p. 64.

(54) Artículo III.4-ii) del Proyecto de Acuerdo (vide FAO (1993), CI. 103/7, abril 1993, Informe de la 20 sesión del Comité de Pesca de la FAO, op. cit., pp. F8).

(55) Ibid, artículo IV, p. F9.

(56) Vide FAO (1993), CL.103/20-Sup. 2, may 1993, Draft Agreement on the flagging of vessels fishing on the high seas to promote compliance with internationally agreed conservation and management measures. Possible rewording of articles III, IV, and V.5 págs

Por lo que respecta al primero de estos dos elementos, la responsabilidad del Estado del pabellón es un método no físico de asegurar que el buque pesquero infractor de las medidas internacionales de conservación y ordenación de las pesquerías en alta mar sea efectivamente sancionado a través del sistema judicial del Estado de su pabellón. La idea que subyace en este concepto es que el Estado del pabellón es el responsable último de la conducta de sus buques y deberá tomar medidas para asegurar que sus buques cumplan con las medidas establecidas por acuerdo, es decir, se trata de una expresión administrativa del principio de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*(57).

El concepto de la responsabilidad del Estado del pabellón fue avanzado por primera vez en la Conferencia Mundial de la FAO sobre ordenación y desarrollo pesqueros de 1984, aunque en relación con los acuerdos bilaterales de pesca celebrados entre un Estado ribereño y un Estado pesquero. En la Estrategia mundial de pesca adoptada en dicha Conferencia, se incluyó la idea de que el Estado del pabellón debería adoptar las medidas necesarias para asegurar que se respeten los términos de los acuerdos pesqueros, así como las leyes y reglamentos de los Estados ribereños(58).

También en la práctica estatal hay muchos ejemplos de acuerdos que incluyen provisiones generales en las que se exige al Estado del pabellón adoptar medidas para asegurar su cumplimiento(59). En algunas ocasiones, los Estados han ido más allá de

(57) MOORE, G., (1993), *Enforcement without force: new techniques in compliance control for Foreign Fishing Operations based on Regional cooperation*, *Ocean Development and International Law*, 24, p. 201. Ibid. (1987), *Enforcement without force: new concepts in compliance control for foreign fishing operations*. En: *The Law of the Sea*, p. 166.

(58) FAO (1984), WCFI, Informe de la Conferencia Mundial de la FAO sobre ordenación y desarrollo pesqueros (Roma, 27 de junio-6 de julio de 1984), p. 20.

(59) Así, por ejemplo, los acuerdos pesqueros con Estados ribereños celebrados por la Comisión Europea. El supuesto paradigmático lo constituye, sin embargo, el Tratado sobre pesquerías concertado entre los Gobiernos de algunos Estados insulares del Pacífico y el Gobierno de los Estados Unidos de América, de 1987 (Boletín del Derecho del Mar, 10, pp. 26 y ss.), que establece no sólo el concepto básico de la responsabilidad del Estado del pabellón sino que también contiene provisiones detalladas para cumplir con esa responsabilidad. El Gobierno de los Estados Unidos debe hacer cumplir lo dispuesto en el tratado y los permisos expedidos de conformidad con él y adoptar las medidas necesarias para velar para que los nacionales de los buques pesqueros estadounidenses se abstengan de pescar en el área de permiso de pesca y en aguas cerradas a la pesca, sin el permiso correspondiente (art. 4.-1). Asimismo, el Gobierno de los Estados Unidos, previa solicitud del Gobierno de una Isla del Pacífico que sea Parte en el Tratado, debe adoptar las medidas que sean razonables para prestarle asistencia en la investigación de una

las meras palabras y han establecido un sistema para que el Estado del pabellón asegure que los buques de su nacionalidad cumplan con las medidas acordadas(60).

El artículo III del acuerdo de la FAO está dedicado al concepto de la responsabilidad del Estado del pabellón con respecto a los buques de pesca que faenen en alta mar(61). Cada una de las Partes está obligada a adoptar las medidas necesarias para asegurar que los buques pesqueros autorizados a enarbolar su pabellón no realicen ninguna actividad que pueda comprometer la eficacia de las medidas internacionales de conservación y de ordenación. Se entiende por medidas internacionales de conservación y de ordenación las encaminadas a conservar u ordenar una o varias especies de recursos marinos vivos, siempre que estén adoptadas y ejecutadas de conformidad con las normas aplicables de Derecho Internacional, tal y como se hallan reflejadas en el Convenio de Bahía Montego.

transgresión del tratado por parte de un buque pesquero de los Estados Unidos y comunicará, sin dilación, a esa parte toda la información necesaria (art. 4.-2). En el supuesto de que la investigación revele una infracción probable del tratado o de las legislaciones nacionales aplicables, debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar que el buque ofensor se someta a la jurisdicción del Estado ribereño o que sea efectivamente sancionado según las leyes de Estados Unidos, de un modo similar al previsto para violaciones similares de la legislación de los estados unidos relativa a los buques extranjeros que pescan en la zona económica exclusiva de Estados Unidos (art. 4.-5).

(60) Así, el art. 5º de la Ley española 53/82, de 13 de julio de 1982 (Boletín Oficial del Estado núm 181 de 3-VII-1982), considera como una infracción muy grave la violación de las obligaciones establecidas en virtud de un convenio de pesca bilateral o multilateral suscrito por España cuando su incumplimiento por un armador o grupo de armadores atente o pueda poner en peligro la normal ejecución del convenio. Sobre esta ley, vide MESEGUER, J.L. (1986), *Legal and administrative control of distant-water fleets in law spanish*. En: *Flag State measures to ensure compliance with coastal state fisheries regulatins*, Fisheries Law Advisory Programme, Circular N° 6, FAO, Rome. Aunque España no es parte en el Acuerdo de la FAO, hay que señalar que el Real Decreto 681/1980, de 28 de marzo sobre ordenación de la actividad pesquera nacional, condiciona el ejercicio de la actividad pesquera de los buques de nuestra flota fuera de las aguas de jurisdicción española (lo que incluye también al alta mar) a la obtención de un permiso temporal de pesca expedido por la Dirección General competente. Por su parte, la Orden de 2 de marzo de 1982 establece las condiciones para la obtención del permiso temporal de pesca en aguas no sometidas a la jurisdicción española (Boletín Oficial del Estado, núm. 70 de 23 de marzo). Además, tanto el art. 5 del Convenio de Ginebra sobre el alta mar de 1958, como el Derecho Internacional consuetudinario, obligan al Estado español a establecer los requisitos necesarios para conceder la nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro y tengan derecho a enarbolar su pabellón. Vide BOU FRANCH, V. (1996), *España y el Derecho del Mar*, (en prensa), p. 95.

(61) Hay que tener en cuenta que, en virtud del art. I.-a), por "buque pesquero" se entiende todo buque utilizado o que se tenga previsto utilizar para la explotación comercial de los recursos marinos vivos, incluyéndose los buques de apoyo y cualesquiera otros buques empleados directamente en tales operaciones de pesca.

Los Estados Partes no deben permitir a ningún buque de su pabellón faenar en alta mar, si no han sido autorizados por las autoridades nacionales competentes y, en caso de que estén autorizados, deben pescar de conformidad con las condiciones establecidas en la autorización. Asimismo, se les exige a las Partes no conceder autorizaciones de pesca en el alta mar si no están seguras de que pueden ejercer efectivamente sus responsabilidades sobre estos buques pesqueros en virtud del acuerdo, y teniendo en cuenta los vínculos existentes entre ellas y el buque pesquero de que se trate.

El párrafo 5° del artículo III es de particular importancia por cuanto obliga a las Partes a no autorizar a pescar en el alta mar a ningún buque pesquero que haya estado registrado anteriormente en el territorio de otra Parte y que haya debilitado la eficacia de las medidas internacionales de conservación y ordenación, si el buque está todavía en el período de suspensión de la autorización o durante el período de tres años después de que alguna Parte haya retirado la autorización para que dicho buque pesquero se utilice en la pesca en alta mar. Sin embargo, se admiten algunas excepciones a esta obligación, como es el supuesto de que pueda demostrar que ha habido un cambio de la propiedad del buque pesquero o si el nuevo Estado del pabellón, tomando en consideración, entre otras, las circunstancias por las que se les retiró o denegó la autorización para pescar, considera que la concesión de una autorización para utilizar el buque para pescar en alta mar no debilitará el objetivo y la finalidad del Acuerdo. Por otra parte, el Acuerdo exige a las Partes que se aseguren de que sus buques se inscriban en el registro de la FAO previsto en el Acuerdo y que les proporcionen las informaciones necesarias sobre sus operaciones pesqueras. Deben, asimismo, adoptar medidas de ejecución con respecto a los buques pesqueros autorizados a enarbolar su pabellón que contravengan lo dispuesto en el Acuerdo. Las sanciones aplicables deberán ser lo bastante severas para asegurar eficazmente el cumplimiento del Acuerdo y privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilegales.

El segundo pilar fundamental en el que se apoya el Acuerdo de la FAO consiste en asegurar informaciones suficientes sobre las actividades de pesca en el alta mar. Para ello, el artículo IV exige a las Partes mantener un registro de los buques pesqueros autorizados a enarbolar su pabellón en el que debe constar toda una serie de informaciones puntuales sobre los buques y que deben poner a disposición de la FAO. La FAO, a su vez pondrá todas estas informaciones a disposición de todas las Partes Contratantes, así como a cualquier Organización pesquera mundial, regional o subregional que lo solicite expresamente (artículo VI). Este banco de datos será de fundamental importancia para lograr una buena gestión de los recursos haliéuticos en

el alta mar, ya que la falta de informaciones fiables sobre las operaciones pesqueras es uno de los obstáculos mayores para conseguir este objetivo.

Además, el Acuerdo prevé también el intercambio de información como un medio de control de su aplicación efectiva. Los Estados del pabellón deben informar rápidamente a la FAO de todas las cuestiones pertinentes relativas a las actividades de sus buques que comprometan la eficacia de las medidas internacionales de conservación y de gestión, y ello comprende la identidad de los buques afectados y las medidas impuestas por la parte interesada como consecuencia de estas actividades [artículo VI.-8 a)]. Por otra parte, cuando cualquiera de las Partes Contratantes tenga motivos razonables para creer que un buque pesquero que enarbola el pabellón de otro Estado realice una actividad que debilite la eficacia de las medidas internacionales de conservación y ordenación, deberá comunicarlo al Estado del pabellón y podrá también informar a la FAO. La FAO podrá hacer circular esta información a las otras Partes, así como a cualquier Organización Mundial, regional o subregional que lo solicite expresamente, aunque primero el Estado del pabellón tiene derecho a realizar comentarios sobre los puntos alegados y sobre las pruebas presentadas, así como de oponerse al respecto [artículo VI.-8 b)](62).

(62) Ya durante la 11ª sesión del COFI en 1977, algunos Estados propusieron el establecimiento de un registro global de buques extranjeros y de una lista negra (blacklisting) de buques violadores reincidentes de la legislación de los Estados ribereños. MOORE, G. (1993), *Enforcement without force: new techniques in compliance control for Foreign Fishing Operations based on Regional cooperation*, op. cit., p. 199. Ibid. (1987), *Enforcement without force: new concepts in compliance control for foreign fishing operations*. En: *The Law of the Sea*, p. 165. Asimismo, la Agencia de Pesca del Foro Sur del Pacífico estableció un registro regional de buques extranjeros, en vigor desde 1983. El Registro es un banco de datos que contiene abundantes detalles de los buques pesqueros que deseen pedir licencias para pescar en la región, tanto sobre los dueños del buque, sus operadores y patrones, como otra información relevante, capaz de proporcionar una historia de los cambios ocurridos en los buques a través de los años. El principal requisito del Registro es que, antes de que se conceda la licencia para pescar a un buque de pesca extranjero, éste debe poseer el good standing del Registro Regional. Los buques deben solicitar anualmente su inscripción en el Registro y proporcionar información relativa a las características físicas del buque, así como detalles sobre el puerto de base, el patrón del buque, el propietario, etc. El good standing es el estatus que se concede automáticamente a un buque en el momento de su inscripción en el Registro. Este estatus puede retirarse en determinadas circunstancias, entre las que se incluyen las infracciones a la reglamentaciones de pesca y, en ese caso, ya no puede pescar en la región. Vide U.N. Doc. A/CONF. 164/L.31, 27 July 1993. *National and regional registers of fishing vessels, licences, authorizations or permits for vessels fishing on the high seas (Proposals submitted by: Australia, Cook Islands, Fiji, Kiribati, Marshall Islands, Micronesia (Federated States of), New Zealand, Papua New Guinea, Samoa, Solomon Islands, Tonga and Vanuatu)*, p. 3.

El Acuerdo debe aplicarse de forma general a todos los buques pesqueros que *faenen* en alta mar. Sin embargo, cualquier Parte puede eximir a los buques pesqueros de menos de 24 metros de eslora autorizados a enarbolar su pabellón de la aplicación del Acuerdo, siempre que el Estado cumpla con su responsabilidad de que sus buques no debiliten la eficacia de las medidas internacionalmente acordadas de conservación y gestión. Asimismo, los Estados ribereños de cualquier región pesquera en la que no hayan declarado aún las zonas económicas exclusivas respectivas, pueden decidir colectivamente que el Acuerdo no se aplique a los buques pesqueros de menos de una determinada eslora que enarbolan el pabellón de tales Estados ribereños y que *faenen* exclusivamente en dicha región de pesca (artículo II).

Respecto a los terceros Estados, los Estados Partes en el acuerdo deben alentarles a que lo acepten y cooperar para que los buques de estos terceros Estados no emprendan actividades que debiliten la eficacia de las medidas internacionales de conservación y ordenación. Asimismo, están obligados a intercambiar informaciones entre sí, directamente o a través de la FAO, respecto a las actividades de los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de cualquiera que no sea Parte que debiliten la eficacia de las medidas internacionales de conservación y ordenación (artículo VIII).

En conclusión, aunque este Acuerdo sigue descansando sobre el principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón en el alta mar, el mismo favorecerá la transparencia de las operaciones pesqueras y asegurará un flujo importante de información tanto entre los Estados Partes, como con las organizaciones internacionales de pesca, lo que a su vez redundará en beneficio de una mejor gestión internacional de los recursos marinos vivos en el alta mar.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Las normas de ámbito mundial sobre las pesquerías aplicables en los mares y océanos han experimentado una constante evolución jurídica desde que aparecieron en el siglo XVI en el Derecho Internacional como normas consuetudinarias.

El Derecho Internacional clásico consagró la división de todos los océanos y mares del mundo en dos grandes zonas sometidas a una distinta regulación jurídica internacional, lo que también incluía el ejercicio de la pesca. Así, a excepción de una estrecha franja marítima sometida a la soberanía estatal denominada mar territorial, el resto de mares y océanos lo constituía la alta mar y, en él, existía la más absoluta e irrestricta libertad de pesca para todos los Estados. La libertad en materia pesquera significa que ningún Estado tenía el derecho de regular o prohibir la pesca a los buques o nacionales de otros Estados. Además, implica la libre concurrencia de todos los Estados en el ejercicio de la pesca en alta mar, basándose en la tesis de la inagotabilidad de los recursos.

Cuando esta tesis comenzó a ponerse en entredicho, los Estados comenzaron a reaccionar adoptando medidas de conservación para determinadas regiones o para determinadas especies ictiológicas que se consideraban en peligro de extinción. Por otra parte, los Estados ribereños, especialmente los Estados ribereños en desarrollo, deseosos de limitar la libertad de pesca que estaba llevando a la extinción de los recurso pesqueros en zonas cercanas a su litoral, optaron sobre todo, por crear nuevos espacios marítimos adyacentes a sus mares territoriales, en los que la pesca quedaba reservada a los nacionales de los Estados ribereños.

Sin embargo, el establecimiento generalizado de las zonas económicas exclusivas y la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982, no resolvió todos los problemas relativos a la pesca. Al final de los años ochenta resultó evidente que los recursos pesqueros no podrían ya sostener una explotación y desarrollo tan rápidos y a menudo no controlados, así como que hacía falta formular con urgencia nuevos criterios de ordenación pesquera que tuvieran en cuenta los aspectos relativos a la conservación y el medio ambiente.

Hoy en día, se está realizando un gran esfuerzo por parte de la mayoría de los Estados para lograr la adopción de medidas que tengan en cuenta las relaciones entre todas las especies y los hábitat en los que viven. Dichas medidas tienden hacia la utilización sostenible de todos sus componentes, planteamiento que pretende integrar el logro del desarrollo económico con la necesidad de proteger el medio ambiente, considerando el medio ambiente marino como un todo integrado. Todo ello se conjuga con la necesidad de respetar el principio de precaución en las pesquerías: ya no es aceptable reclamar que no se dispone de los suficientes datos científicos para poder seguir explotando los recursos sin límites.

En este proceso, la FAO ha tenido una relevancia especial, por cuanto en su seno se ha gestado y desarrollado la idea de la responsabilidad en la pesca. Hay que destacar, en particular, la Declaración de Cancún, adoptada en 1992, como el principal punto de partida que conducirá, apenas tres años más tarde, a la adopción de un Código Internacional de conducta para la pesca responsable. Este Código integra una serie de principios que indican las directrices o pautas que los Estados deben seguir para lograr una planificación y ordenación racional de las pesquerías, incluidas las pesquerías del alta mar. El Código reconoce la importancia nutricional, económica, social, cultural y ambiental de la pesca y los intereses de todos aquellos que se relacionan con el sector pesquero. Sin embargo, las medidas que se han adoptado hasta ahora para conseguirlo, continúan siendo insuficientes y la mayoría son sólo desiderata u objetivos a alcanzar por los Estados.

Entre estos principios, se encuentra la utilización sostenible de los recursos de manera armónica con el medio ambiente, resultado al que se ha llegado a través de una larga evolución en la concepción de la protección internacional de las especies marinas vivas. Este proceso se ha acelerado en los últimos años gracias a la adopción de una serie de principios medio ambientales que están cambiando la conciencia de la comunidad internacional.

Otro de los perfiles del concepto de pesca responsable que afecta a la libertad de pesca en alta mar, es la obligación de utilizar artes y prácticas selectivas de pesca. Cabría recordar, en este sentido, los problemas originados en la pesca de altura en gran escala por la utilización de redes de enmalle y deriva. Se están realizando grandes esfuerzos para poner fin a esta modalidad pesquera, principalmente, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas a través de distintas Resoluciones adoptadas por consenso y que permiten afirmar la progresiva consolidación de una *opinio iuris* al respecto.

El concepto de pesca responsable abarca también la exigencia de que el uso de medidas comerciales, con la finalidad de lograr la conservación de las especies marinas vivas, no den como resultado restricciones innecesarias al comercio internacional. En este sentido, cabe recordar las decisiones de dos paneles del GATT, muy criticables desde una perspectiva medio ambiental, en las que se primó la libre circulación de mercancías sobre las medidas conservacionistas adoptadas por el Estado que goza de la economía más poderosa del mundo.

Asimismo, el concepto de pesca responsable también comprende el establecimiento de garantías para evitar el incumplimiento de las reglas de conservación y ordenación aplicables a las actividades pesqueras en el alta mar. En este último punto, se ha avanzado considerablemente, ya que no se trata solamente de disposiciones marco a desarrollar por los Estados, sino que el Código incorpora el Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar, de 1993. Este Acuerdo pone el acento en la responsabilidad del Estado del pabellón para que sus buques no debiliten la eficacia de las medidas internacionalmente acordadas de conservación y gestión en alta mar. En este sentido, exige un intercambio de información importante, tanto entre los Estados Partes, como con las organizaciones internacionales, lo cual va a contribuir a una mejora en la ordenación de las pesquerías del alta mar.

La introducción de la idea de responsabilidad en la pesca en este Código constituye el último intento posible para garantizar la viabilidad económica del sector pesquero en el futuro inmediato y conseguir, al mismo tiempo, la protección

de la diversidad biológica en los mares y océanos del mundo. El Código ofrece, en este sentido, el marco necesario para que en el ámbito de las iniciativas nacionales e internacionales se asegure una explotación sostenible de los recursos marinos vivos, en consonancia con la protección del medio ambiente.

Es cierto que el Código es un instrumento programático y que su cumplimiento es voluntario por no tener carácter vinculante jurídicamente, a excepción del ya mencionado Acuerdo de la FAO de 1993. Pero esta afirmación requiere diversos matices: 1º) ya hay algunos Estados que voluntariamente lo están cumpliendo; 2º) algunas partes del Código reflejan el derecho consuetudinario ya existente, con lo que estas disposiciones son de obligado cumplimiento; y 3º) el Código tiene un gran potencial de que, a partir del mismo, se generen nuevas normas consuetudinarias. No hay que olvidar, en este sentido, que el Código ha sido adoptado por el consenso de los Estados de la comunidad internacional en su conjunto.

Por otra parte, el Código es un documento de gran amplitud que se dirige a todos aquellos involucrados en el sector pesquero y es aplicable a todos los tipos de pesquerías, tanto dentro de las zonas económicas exclusivas como en el alta mar, en las aguas continentales y también en la acuicultura. De acuerdo con su artículo 4, todos los miembros y no miembros de la FAO, las entidades pesqueras y las Organizaciones subregionales, regionales y mundiales pertinentes, tanto gubernamentales como no gubernamentales, así como todas las personas interesadas en la conservación, la gestión y la utilización de los recursos pesqueros y el comercio de pescado y productos pesqueros, deberían colaborar en el cumplimiento y la aplicación de los objetivos y principios establecidos en el Código.

Es posible, además, que el articulado del Código no quede en letra muerta gracias a al labor de la FAO que ya ha manifestado su voluntad de ayudar a sus Estados miembros y, en especial, a los Estados en desarrollo, para que apliquen de forma eficaz el Código Internacional de conducta para la pesca responsable. Asimismo, tiene el deber de informar a la Organización de las Naciones Unidas acerca de los avances logrados y de las medidas que deberán adoptarse en un futuro. Sin embargo, y hasta la fecha, la FAO se ha limitado a distribuir una circular entre las autoridades pertinentes instándoles a que adopten medidas para dar amplia difusión a la información sobre el Código.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*Nelson Daniel Marcionni**

SUMARIO: I. Introducción. II. Competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia. III. Efectos de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia. IV. Breve clasificación y análisis de la jurisprudencia de la Corte en materia de opiniones consultivas. V. Balance y perspectivas.

1. INTRODUCCIÓN

Antecedentes de la Competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia

Conforme la visión del Juez Oda en su exposición de 1993 en el Curso "La Corte vista desde la banca" en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, oportunamente publicado en el *Recueil des Cours*⁽¹⁾, los redactores del Pacto de la Sociedad de las Naciones tenían en mente, probablemente de forma poco clara, la creación de una forma de jurisdicción que obviara, para cierto tipo de disputas, conclusiones obligatorias de modo que se facilitara su sometimiento a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional a crearse.

El Art. 14 comprometía al Consejo a preparar un Proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional que también emitiría dictámenes acerca de toda diferencia o de todo punto cuyo examen le confie la Asamblea o el Consejo.

(*) Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba

(1) Ver Shigeru Oda "The Court Viewed from the bench", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1993, Vol. 244.

Fue así como en cumplimiento del Art. 14 de dicho Pacto⁽²⁾ se conformó el Consejo Consultivo de Juristas que preparó el Proyecto de Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional que comenzó a funcionar en el año 1922.

Sin embargo no hubo una disposición estrictamente vinculada a la jurisdicción consultiva en el Estatuto de dicha Corte⁽³⁾ sino luego de la Reforma de 1929 que entró en vigencia en 1936. Hasta entonces, fue el Reglamento de la Corte de 1922, el que posibilitó que de forma activa la Corte empleara este procedimiento.

El Estatuto revisado que entró en vigor en 1936, en su Art. 65, conjuntamente con un nuevo reglamento de la Corte, dio forma definitiva, para la Corte Permanente, al procedimiento, asimilándolo al del procedimiento contencioso⁽⁴⁾.

Características Particulares sustanciales y procedimentales del sistema de Jurisdicción Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional

No ignorando la diferente relación institucional entre la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Sociedad de las Naciones, y la que vincula a la Corte Internacional de Justicia con la Organización de las Naciones Unidas; podemos ensayar una caracterización sustancial y procedimental del ejercicio de la jurisdicción consultiva en el Tribunal Permanente.

Desde el punto de vista sustancial, la innegable similitud entre los roles asignados a las competencias consultiva y contenciosa, especialmente por la posibilidad de que mediando consentimiento de los Estados involucrados en una controversia, ésta, vía Consejo o Asamblea de la Sociedad de Naciones, fuera sometida a Opinión Consultiva.

Esta afirmación resulta probada por el único rechazo de expedirse en forma consultiva por parte de la Corte Permanente, en el caso de Carelia Oriental ante la ausencia del consentimiento de Rusia, parte en la controversia, de someterse al procedimiento⁽⁵⁾.

(2) *Pacto de la Sociedad de las Naciones*, texto publicado en *Tratados, Textos y Documentos Internacionales*, Tomo I. Rey Caro Ernesto J. y Salas Graciel R. Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1983. Págs. 9/14.

(3) Ver *Collection of texts governing the Jurisdiction of the Court (P.C.I.J., Series D, N° 6, fourth edition)*.

(4) *Ibidem* Nota (3).

(5) Ver *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, N° 5*.

En este sentido habrá de tenerse especialmente en cuenta que 19 de un total de 27 Opiniones Consultivas, emitidas por la Corte Permanente en poco más de trece años transcurridos entre la primera y última opinión consultiva, se refirieron a disputas existentes entre Estados.

Desde el punto de vista meramente procedimental hemos referido ya a la necesidad de reformas. En este aspecto, sucesivamente, las enmiendas debieron referirse a garantizar el derecho a participar en audiencias públicas para la fase oral del procedimiento, y el derecho a seleccionar jueces *ad-hoc*, para los Estados comprometidos en la controversia objeto de solicitud de Opinión Consultiva.

El Reglamento de 1936 concluyó asimilando el proceso consultivo al contencioso de acuerdo a su Art. 82.

Referencia cuantitativa y cualitativa a las Opiniones Consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional

Todas las Opiniones Consultivas requeridas a la Corte Permanente de Justicia Internacional lo fueron por el Consejo de la Sociedad de Naciones. Los casos particulares sobre el total de requerimientos lo constituyeron, el del Status de Carelia Oriental, ya relacionado y sobre cuyo fondo la Corte fundó su falta de pronunciamiento, y el caso de la expulsión del Patriarca Ecuménico que, de acuerdo a la terminología contemporánea diríamos que se "*discontinué*", retirándose de la lista⁽⁶⁾.

Las restantes, pueden ser clasificadas en tres categorías:

a) Cuestiones jurídicas vinculadas a las actividades de Organizaciones Internacionales;

b) cuestiones jurídicas generales; y,

c) Solución de controversias entre Estados miembros.

En la primera categoría el rol fundamental se desempeñó en relación a procedimientos internos y competencias de la Organización Internacional del Trabajo, obteniéndose de la Corte cinco Opiniones Consultivas⁽⁷⁾.

(6) Sometido a jurisdicción consultiva de la C.P.J.I. mediante resolución del Consejo de la Sociedad de Naciones de fecha Marzo 14 de 1925, habiéndose solicitado su retiro de la lista el 8 de junio del mismo año.

(7) 1) Designation of the Worker's Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference, Advisory Opinion, 1922, P.C.I.J. Series B, N° 1; 2) Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture Advisory Opinion, 1922, P.C.I.J. Series B, N° 2; 3) Competence of the ILO to Examine

En la segunda categoría se advierte la inclusión de tres Opiniones sobre cuestiones legales generales vinculadas a la interpretación de la Convención de 1919 relativa al empleo nocturno de mujeres⁽⁸⁾; sobre la situación de las minorías escolares en Albania y su compatibilidad con las disposiciones de la Sociedad de Naciones concernientes a la Protección de las Minorías⁽⁹⁾; y finalmente el vinculado a la Coherencia de ciertos Decretos Legislativos de Danzig con la constitución de la Ciudad Libre⁽¹⁰⁾.

En la tercera categoría, relativa a la solución de controversias entre Estados, la generalidad de las Opiniones requeridas fue producida por la reorganización de la Europa Oriental bajo el efecto de los Tratados que pusieron fin a la Primera guerra Mundial⁽¹¹⁾.

El balance del funcionamiento del procedimiento consultivo de la Corte Permanente fue calificado de altamente positivo. Así el Instituto de Derecho Internacional, publicó en 1937 en su Anuario, una opinión en la que destacaba las ventajas del

Proposals for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production, Advisory Opinion, 1922, P.C.I.J. Series B, N° 3; 4) Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer, Advisory Opinion, 1926, P.C.I.J. Series B, N° 13; 5) Free City of Danzig and ILO, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J. Series B, N° 18.

(8) Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J. Series A/B, N° 50 p. 365.

(9) Minority Schools in Albania, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J. Series A/B, N° 64, p. 4.

(10) Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J. Series A/B, N° 65, p. 41.

(11) 1) Nationality Decrees in Tunis and Morocco, Advisory Opinion 1923, P.C.I.J., Series B, N° 4; 2) Ver Nota (5); 3) German Settlers in Poland, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, N° 6; 4) Acquisition of Polish Nationality, Advisory Opinion 1923, P.C.I.J. Series B, N° 7; 5) Jaworzina, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, N° 8; 6) Monastery of Saint-Naoum, Advisory Opinion, 1924, P.C.I.J., Series B, N° 9; 7) Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion 1925, P.C.I.J., Series B, N° 10; 8) Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925, P.C.I.J. Series B, N° 11; 9) Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the treaty of Lausanne, Advisory Opinion, 1925, P.C.I.J., Series B N° 12; 10) Jurisdiction of the European Commission of the Danube, Advisory Opinion, 1927, Series B, N° 14; 11) Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B N° 15; 12) Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol. Article IV), Advisory Opinion, 1928, P.C.I.J., Series B N° 16; 13) Greco-Bulgarian "Communities", Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J. Series B, N° 17; 14) Access to German Minority Schools in Upper Silesia, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J. Series A/B, N° 40, p. 4; 15) Customs Régime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, N° 41, p. 37; 16) Railway Traffic between Lithuania and Poland Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J. Series A/B, N° 42, p. 108; 17) Access to, or Anchorage in, the Port of Danzig, of Polish Vessels, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, N° 42 p. 128; 18) Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B N° 44, p. 4; 19) Interpretation of the greco-Bulgarian Agreement of 9 December 1927, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, N° 45, p. 68.

sistema en ausencia de una instancia de arbitraje obligatorio para los Estados partes en una disputa, recomendando a los mismos que remitieran las mismas al Consejo de la Sociedad de las Naciones requiriendo para contribuir a su solución una Opinión Consultiva de la Corte⁽¹²⁾. El advenimiento de la Segunda Guerra Mundial impidió que una tal propuesta se revitalizara.

2. FUENTES DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Fuentes Convencionales Generales

A pesar de que el Comité Informal Inter-Aliado reunido en Londres en 1943, tenía una opinión favorable a mantener idéntica la función consultiva en el esquema de la nueva Corte Internacional a crearse dentro del ámbito de la nueva organización intergubernamental que sustituiría a la Sociedad de las Naciones, la Conferencia de Dumbarton Oaks de 1944 prefirió reservar el procedimiento consultivo para resolver cuestiones puramente legales más que para coadyuvar a la resolución de controversias entre Estados, las que en el nuevo modelo deberían someterse al procedimiento contencioso. La omisión en la Carta de Naciones Unidas de la referencia que facultaba al Tribunal Permanente a entender en "toda disputa" bajo el procedimiento consultivo en el Pacto de la Sociedad de Naciones remarca las diferencias entre las funciones consultivas de ambos órganos jurisdiccionales.

El siguiente Cuadro trata de brindar una sinopsis acerca de los dispositivos aplicables especialmente a las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia dentro del sistema general de la Organización de las Naciones Unidas⁽¹³⁾:

Carta de la O.N.U.: Art. 96

Estatuto de la C.I.J.: Arts. 65 a 68

Reglamento de la C.I.J.: Arts. 102 a 109

subsidiariamente: el conjunto de las normas aplicables a la jurisdicción contenciosa a criterio del Trib.:

- Arts. 68 del estatuto de la C.I.J.
- Art. 102, ap. 2 del Reglamento de la C.I.J.

(12) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1937, p. 272.

(13) *Charter of the United Nations, Statute and Rules of Court and Other Documents. Acts and Documents Concerning the Organization of the Court*, N° 5, 1989. International Court of Justice, Netherlands.

El siguiente Cuadro refleja el Procedimiento Consultivo de acuerdo a las citadas disposiciones específicas recordando que los que pueden reivindicar legitimación activa para formular la solicitud de acuerdo al art. 96 de la Carta son, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la Organización para solicitarla en relación a cualquier cuestión jurídica; y, los otros órganos y organismos de la Organización con autorización de la Asamblea General para cuestiones jurídicas dentro de sus actividades.

- La *solicitud* por escrito será formulada en forma interrogativa y transmitida por el Secretario general de la O.N.U., o por el más alto funcionario del órgano u organismo autorizado.

Debe ser acompañada de toda la *documentación* que pueda arrojar luz sobre la cuestión planteada.

- El *primer análisis* de la Corte determinará si la cuestión se vincula a una *cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados* a los efectos de la aplicación del Art. 31 del estatuto (elección de jueces *ad-hoc*). El *segundo análisis* debe considerar la solicitud o conveniencia de *respuesta urgente* a fin de tomar los recaudos para un procedimiento expeditivo.

- El Secretario de la Corte *notificará de la solicitud* a todos los Estados con derecho a comparecer ante la Corte y a las Organizaciones Internacionales que puedan contribuir con información sobre la cuestión y la fecha fijada para la recepción de exposiciones escritas u orales sobre el tema. Si un Estado no recibe tal notificación puede expresar su deseo de intervenir y la Corte decidirá.

- El Secretario de la Corte *comunicará las exposiciones* escritas y los Estados y Organizaciones que hayan presentado las suyas podrán *efectuar observaciones escritas* sobre las de los demás conforme lo disponga la Corte.

La Corte decidirá igualmente si ha menester una fase oral o no de procedimientos fijando los plazos para las exposiciones asegurando la posibilidad para los intervinientes de formular observaciones sobre las formuladas por los otros.

- La posibilidad de publicidad de las fases oral y escrita dependerá de la decisión de la Corte, aunque si compromete a una cuestión jurídica entre Estados éstos serán consultados para decidirlo.

- Adoptada la Opinión Consultiva esta será leída en audiencia pública que deberá previamente notificarse al Secretario General de Naciones Unidas, en su caso al más alto funcionario administrativo del Órgano u Organización que requirió la opinión así como a Estados Miembros y otros Estados y Organizaciones Internacionales directamente interesados. Se prevé igualmente la posibilidad de agregar opiniones separadas o disidentes y declaraciones de acuerdo o disenso para los jueces.

- La estructura formal de la Opinión Consultiva contendrá: fecha; nombre de los jueces que la han elaborado; resumen del procedimiento; circunstancias de hecho; fundamentos de derecho; respuesta a la pregunta formulada; indicación de número y nombre de jueces que han integrado la mayoría y del texto que hará fe. Los ejemplares corresponderán al archivo de la Corte y al Secretario General de Naciones Unidas, un tercero si el solicitante ha sido un órgano u organismo. Copias serán remitidas a Miembros de Naciones Unidas y organismos y Organizaciones Internacionales directamente interesados.

2 - Fuentes que asignan valor vinculante u obligatorio a las Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia

Referiremos a ellas no sólo para complementar la exposición de la presente etapa; sino para introducir al tratamiento del tema más rico desde el punto de vista de la discusión doctrinaria vinculada a efectos jurídicos distintos de los expresamente asignados en la Carta de las Naciones Unidas y del propio estatuto de la C.I.J. a las Opiniones Consultivas del Tribunal.

I. Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o Entre Organizaciones Internacionales. (1986) (Art. 66 2, ap. b, c, d, y e).

La citada Convención ⁽¹⁴⁾ prevé respecto de las controversias que se susciten con relación a los casos de nulidad de los Tratados bien sea por oposición a una norma existente o una norma sobreviniente de *jus cogens* (Arts. 53 y 64), en las que sean parte un Estado y Organizaciones Internacionales, u organizaciones Internacionales distintas incluso de las referidas en el art. 96 de la Carta, que las mismas podrán ser sometidas a solicitud de Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia disponiéndose en el ap. e) del Art. 66 .2, que ésta "será aceptada como decisiva por todas las partes en la controversia de que se trate".

II. El caso de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y del Estatuto de su Tribunal Administrativo

El Art. 37 .1 y .2, prevén el sometimiento de toda cuestión derivada de la aplicación de la misma Constitución de la O.I.T.⁽¹⁵⁾ y de los Convenios que ulteriormente se suscriban a la Corte Internacional de Justicia. Se establece allí igualmente el mandato para constituir un Tribunal de la propia Organización y que

(14) Abierta a la firma en Viena el 21 de Marzo de 1986.

(15) Naciones Unidas. Serie Tratados, I, N° 229, Vol. 15.

"Cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia obligará a cualquier tribunal establecido de conformidad". En forma concordante con ello, el Art. XII del estatuto del Tribunal Administrativo de la O.I.T., a los que tienen acceso funcionarios de otras organizaciones internacionales, dispone que el Consejo de Administración de la O.I.T. puede requerir a la Corte Internacional de Justicia una opinión sobre un fallo de ése Tribunal *teniendo validez obligatoria el pronunciamiento consultivo de la Corte* debiendo conformarse dicho fallo a la Opinión Consultiva de la Corte⁽¹⁶⁾.

III. Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General. 1946 (art. VIII. Sección 30; segunda parte)

El dispositivo a que referimos⁽¹⁷⁾ indica que las diferencias de opinión surgidas entre un Estado miembro y la Organización, la habilita a solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión legal conexa e indica que *"la opinión que de la Corte será aceptada por las partes como decisiva"*.

IV. Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, reformado en 1955. (Art. 11)

En esta caso se fijan las condiciones para que proceda la revisión de un fallo de dicho tribunal, habiéndose facultado y autorizado al Comité de Peticiones de Revisión de los fallos del Tribunal Administrativo para solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia cuyo pronunciamiento tendrá, de acuerdo al párrafo 3 del Artículo 11 del estatuto del tribunal administrativo⁽¹⁸⁾ efecto decisorio respecto de los puntos discutidos.

V. Otros casos de fuentes que asignan valor vinculante a las Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia

No sólo las descriptas anteriormente reconocen valor obligatorio, decisivo, *definitorio o definitivo* a las Opiniones Consultivas. Acuerdos de sede; instrumentos vinculados con organismos especializados, etc. Más recientemente, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988⁽¹⁹⁾, otorga efecto decisivo a las Opiniones requeridas a la Corte cuando surja una controversia en la que sea parte una organización regional de integración económica de las que se consignan en el párrafo 26 inc. 1), no resuelta mediante el procedimiento del párrafo 1).

(16) Ver sobre la cuestión I.C.J. Reports, 1956, p. 86.

(17) Naciones Unidas. serie Tratados, I, N° 4, Vol. 1.

(18) Resolución A.G. 957 (X) de Noviembre 8 de 1955.

(19) Naciones Unidas. serie Tratados, I, N° Reg. S.G. 27627.

Son disposiciones como las referidas las que han abierto la polémica en la doctrina sobre la posibilidad de existencia de Opiniones Consultivas vinculantes u obligatorias. Nos ocuparemos por ello en la siguiente fase de la exposición sobre los efectos jurídicos de las Opiniones Consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

3. EFECTOS JURÍDICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El tema que nos ocupa no ha sido de los que ha generado mayor adhesión en el trabajo de los jusinternacionalistas, sin embargo contra la opinión general, no es un tema agotado, sino por el contrario ofrece una perspectiva interesante y relevante para su estudio. Tal resulta probado por la disputa doctrinaria que ha generado.

- Antecedentes: Shabtai ROSENNE (1965).

En su obra, ya clásica sobre el Derecho y la Práctica de la Corte Internacional de Justicia⁽²⁰⁾, Rosenne describió la categoría "*procedimientos consultivos especiales*" asignándoles la facultad de producir "opiniones obligatorias". Sin embargo Rosenne, aclara que la fuerza obligatoria de estas opiniones proviene del valor que les resulta asignado por sus destinatarios o los instrumentos jurídicos por los que éstos regulan la conducta de sus propios órganos, sin alterar la calidad meramente consultiva del procedimiento, ni, por supuesto atribuir a este tipo de opiniones la calidad de *res judicata* ni menos aún los efectos previstos en el Art. 59 de la Carta.

Rosenne, *interpretó* que por este medio se pretendía brindar a la organización Internacional una vía para obtener un exámen y una decisión de un caso en el que fuera parte toda vez que, como es sabido, la organización está inhabilitada frente a la Corte para participar *en un procedimiento contencioso*.

- Guillaume BACOT (1980)

Este autor niega categóricamente la posibilidad de asimilar el resultado del procedimiento contencioso ante la Corte al del procedimiento consultivo. Esgrime la diferenciación entre "cláusulas regulares e irregulares", incluyendo en ésta última categoría a aquellas que violan el espíritu de las normas que se imponen a las Organizaciones Internacionales. Se pregunta como ejemplo de ello, si no existe un desvío de poder por parte de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad cuando tratan de transformar el recurso consultivo en un sucedáneo del contencioso. Concluye que en estos casos, el valor "decisorio" no resulta propio de la opinión sino

(20) Rosenne Shabtai, "*The Law and Practice of the International Court*", Vol. II, Leiden, 1965. pp. 682 y subs.

de un valor contractual o reglamentario distinto del valor de cosa juzgada de los fallos de la Corte⁽²¹⁾.

- Paolo BENVENUTI (1985)

En una extensa y completa monografía publicada en Milán en 1985, Benvenuti expresa una opinión contraria a las anteriores. Su perspectiva descansa en el argumento de que toda cuestión sometida a la jurisdicción contenciosa o consultiva de la Corte, determina que ésta aplique los mismos principios fundamentales de objetividad estableciendo siempre la existencia de derechos obligaciones para los sujetos de Derecho Internacional, de modo tal que independientemente del procedimiento seguido, las conclusiones a las que arribe tendrán el mismo valor. La comprobación formal para Benvenuti de sus acertos, proviene, justamente de dispositivos que toman obligatorias las Opiniones Consultivas. Participarían según su criterio de la misma naturaleza que un fallo judicial. Emparenta los efectos incluso con los de cosa juzgada, toda vez que la emisión de la opinión veda a la organización toda otra forma de competencia, recurso de mediación o arbitraje⁽²²⁾.

- La polémica y los Jueces de la C.I.J.: Roberto AGO/Derek BOWETT en las páginas del AJIL 1991/1992

Deseamos recrear aquí, comenzándonos a ocupar de la opinión doctrinaria de los jueces de la Corte Internacional de Justicia en distintas publicaciones, la argumentación mantenida por el fallecido Roberto Ago. Reflejaremos luego las opiniones de Shigeru Oda y del desaparecido Maestro José María Ruda.

Un interesante debate sobre el tema tuvo lugar en la publicación periódica *American Journal of International Law* entre el Juez Ago y el Profesor emérito de la Universidad de Cambridge, Derek Bowett. Transcurió entre los años 1991 y 1992.

El Juez Ago, había publicado en el libro Homenaje a Virally de 1990, el artículo "*Las Opiniones Consultivas "obligatorias" de la C.I.J.: Problema de ayer y de hoy*"; y luego, un trabajo revisado en el AJIL en 1991. Ambos nos permiten conocer bastante bien la posición del Juez.

Tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte, Ago⁽²³⁾ distingue dos períodos para el análisis del valor jurídico de las Opiniones Consultivas: la línea jurisprudencial mantenida desde 1956 hasta 1987, y la que se abre desde ese año.

(21) Bacot Guillaume, "*Reflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la C.P.J.I. et de la C.I.J.*", RGDIP, Vol. 84 (1980), pp. 1027-1067.

(22) Benvenuti Paolo, "*L'accertamento del diritto mediante pareri consultivi della Corte internazionale di Giustizia*", Milán, 1985.

(23) Ago Roberto, "*Las Opiniones Consultivas "Obligatorias" de la Corte Internacional de Justicia: Problemas de Ayer y de Hoy*" en Homenaje a Michael Virally, 1990, pp. 1081-1098.

Para la primera etapa concluye:

1º.: Que no existen diferencias en el proceder de la Corte según que se atribuya o no a la opinión consultiva solicitada valor "decisorio".

2º.: Que el procedimiento de la Corte ha de ser el mismo y continúa regulado y limitado por el Art. 96 de la Carta y 65 a 68 del Estatuto.

3º.: Se sigue de ello que el valor inherente a la propia opinión consultiva no varía, y que su obligatoriedad es un elemento que se agrega por estipulaciones ajenas a las que regulan el funcionamiento de la Corte.

4º.: Que en todo caso el juicio de legitimidad o ilegitimidad que se otorgue al efecto obligatorio de una Opinión Consultiva no es una tarea que compete a la propia Corte.

Estas conclusiones se motivaban según Ago, en la atribución en forma indirecta, y equívocada, a la Corte del rol de un Tribunal Administrativo de Alzada destinado a cubrir una falencia del sistema de la Organización; el hecho de que un órgano con representación política, el Comité de Peticiones de Revisión de Fallos del Tribunal Administrativo ejerciera funciones netamente judiciales; y la circunstancia de que para resolver estas cuestiones ni siquiera podía tener en cuenta los hechos quedando confinada al análisis de las cuestiones de derecho.

Hasta 1987, refiere Ago, las opiniones consultivas con valor obligatorio sólo provenían en revisión de Tribunales Administrativos de una Organización Internacional a la cual su propio estatuto confería dicha obligatoriedad.

Ago, se ve obligado a cambiar esta línea de análisis a partir de la solicitud de Opinión Consultiva en el caso Mazilú.

Aquí la fuente de obligatoriedad de la Opinión Consultiva podía derivar de una cláusula compromisoria incluida en un Convención Multilateral Internacional (la ya mencionada Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946, Art. VIII, Sección 30, segunda parte); constituyéndose la vía consultiva en un recurso para resolver una controversia entre un Estado y una Organización Internacional.

El análisis del caso Mazilú es efectuado por Ago, desde las aristas concretas del caso; y también desde las hipótesis que en relación a él se hubieran podido formular. Ello así, porque en el caso concreto la petición se efectuó sobre una cuestión abstracta sin invocarse la existencia de una controversia concreta entre la Organización y el

Ago Roberto, "Binding Advisory Opinions of the International Court of Justice", AJIL, Vol. 85 (1991), pp 439-451.

BOWETT DEREK, Letter to the Editor in Chief (a response to Judge Ago's article "Binding Advisory Opinions of the I.C.J." en AJIL, Vol. 86 (1992), pp. 342-343.

Estado Rumano. La Corte, para obviar suspicacias hizo la aclaración de que la Opinión que emitía se vinculaba a la aplicabilidad de la Convención en el caso abstracto planteado (el de la posible aplicación del Art. VI Secc. 22 de la mencionada Convención a una persona que revistiera la condición de "relator especial" de la Subcomisión de Derechos Humanos encargada de la protección de los derechos humanos y de la lucha contra la discriminación de las minorías); y no a la aplicación de dicho dispositivo a la situación de controversia generada por su desconocimiento en el caso del Sr. Mazilú. Cabe aclarar que Rumania, había formulado reserva a la Convención en el sentido de que se debía requerir el consentimiento de todas las partes en la controversia en cada caso que se sometieran a la Corte Internacional de Justicia, incluidas las resueltas vía competencia consultiva con efectos obligatorios.

Dada esta experiencia Ago ensaya algunas conclusiones para esta segunda etapa abierta a partir de la experiencia del caso Mazilú:

1º.: La consagración de una vía anómala para la resolución de controversias entre Estados y Organizaciones Internacionales que, a través de la adopción de cláusulas compromisorias como las de la citada Convención (recordemos que hemos mencionado otros instrumentos que las contienen), se viene consolidando.

2º.: Dicha anomalía se caracteriza por los procedimientos y por las consecuencias de su ejecución:

Por los procedimientos:

- Implican una discriminación contra las O.I. pues se les impide que actúen en un procedimiento contencioso en un pie de igualdad con los Estados.
- Implica la ruptura del principio de igualdad de las partes frente al procedimiento pues la legitimación activa para promoverlo es monopolio de una de ellas (la O.I.) pudiendo incluso determinar si sus efectos serán o no obligatorios.

Por los efectos del pronunciamiento:

- Porque resulta imposible asignar los efectos propios de un fallo judicial, particularmente el de cosa juzgada a una Opinión Consultiva en el esquema propuesto. (Plantea los casos de situaciones en los que la propia O.I. promueve Opiniones consultivas sucesivas sobre el mismo caso, contando y no contando, con el consentimiento de Estados reservantes; y casos en los que, con su solo arbitrio podría solicitar y obtener nuevas opiniones consultivas obligatorias sobre puntos particulares de un pronunciamiento ya efectuado).

3º.: Desde la estructuración del procedimiento en el actual esquema, el hecho de que la vía anómala se encuentre obstaculizada de algún modo (caso de la reserva rumana), no impide que permanezca abierta la vía para obtener un pronunciamiento de la Corte conforme la naturaleza propia de las Opiniones Consultivas.

- Shigeru ODA: La Corte vista desde la banca - (1993).

En relación a la disputa que venimos abordando podría decirse que el Juez Shigeru Oda⁽²⁴⁾ representa una corriente pragmática. Sin desconocer la necesidad de reformas que permitan a las O.I. acudir como partes ante la Corte, recordemos el principio expresado en el Art. 34.1 del Estatuto que constituye el vallado formal para una tal capacidad, y las dificultades que ello implicaría (v.g. modo de designación de un juez *ad-hoc*, ó como, un Estado soberano podría, en el actual esquema aceptar sin limitaciones la jurisdicción obligatoria de la Corte); Oda acepta, casi naturalmente, esta realidad de las opiniones consultivas como un recurso para asistir en la resolución de controversias que, de otro modo quedarían huérfanas de la posibilidad de su consideración por la Corte Internacional. A este respecto, a más del caso Mazilú, tiene especialmente en cuenta el de la cuestión de los tratados de Sede de las Naciones Unidas, que comprometía a los Estados Unidos respecto de la presencia de la representación Palestina en su territorio; y el del acuerdo de la sede Regional de la Organización Mundial de la salud, en relación a Egipto. Igualmente los casos relacionados al África Sudoccidental verificarían la utilidad de admitir el recurso a Opiniones Consultivas como modo de resolver las disputas entre Estados y Organizaciones Internacionales.

Reconoce la pertinencia de la resolución de tales controversias mediante procedimientos contenciosos, pero observa que ante la ausencia de otro procedimiento, la llamada por Ago vía anómala, resulta la elección del mal menor en atención al cumplimiento de los fines generales de la Comunidad Internacional Organizada.

- Referencias al problema en la bibliografía nacional: Podestá Costa-Ruda. Ed. 1985

El problema de los efectos de las Opiniones Consultivas ha sido abordado por la bibliografía nacional preferentemente desde la perspectiva de las exposiciones generales en el marco de la especialidad. Así en los textos de mayor difusión por ejemplo, y lo citamos especialmente por la posición que ocupara uno de sus autores, el Manual Podestá Costa-Ruda expresa la opinión terminante en cita a la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania de 1950 y citan:

"El consentimiento de los Estados, partes en una controversia, es la base de la jurisdicción contenciosa. La respuesta de la Corte sólo tiene carácter consultivo; y como tal, no tiene fuerza obligatoria. La opinión de la Corte no es dada a Estados, sino a los Órganos que están autorizados a requerirla"⁽²⁵⁾.

(24) Ver nota (1).

(25) Cita incluida por los autores de referencia en el párrafo 312c., pág. 444, del Manual de Derecho Internacional Público, Tomo II, de. 1985.

4. Clasificación de las Opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

Las Opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia pueden ser clasificadas en cinco rubros principales de acuerdo a las cuestiones tratadas. Oda propone la siguiente clasificación:

1) Materias de procedimiento y cuestiones legales dentro del ámbito de actividades de las O.I.:

- *Como por ejemplo* los casos de las condiciones de admisión de un Estado Miembro según el art. 4 de la carta⁽²⁶⁾; ó el de la Reparación por los daños sufridos al servicio de la Organización⁽²⁷⁾.

2) Consultas en cuestiones legales de orden general.

- *Como por ejemplo* el caso de las Reservas a la Convención sobre el genocidio⁽²⁸⁾.

3) Revisión de sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

- *Como por ejemplo* los casos Pasla⁽²⁹⁾, Yakimetz⁽³⁰⁾ y Mazilú⁽³¹⁾.

4) Casos relacionados a Solución de controversias entre Estados.

- *Como por ejemplo* el de la Interpretación de los tratados de Paz⁽³²⁾ entre los Estados Aliados y Bulgaria, Hungría y Rumania. Igualmente el caso de Sahara Occidental⁽³³⁾ que se registra como el único de Opinión Consultiva donde se designó Juez ad-hoc en virtud de la aplicación de la regla del Art. 31 del Estatuto del Tribunal.

5) Cuestiones legales entre Estados y O.I.

- *Como por ejemplo* citándose los casos del Sahara Sudoccidental respecto de Sudáfrica⁽³⁴⁾; los casos derivados de la Aplicación de las Convenciones sobre

(26) I.C.J. Reports 1948, p. 57.

(27) I.C.J. Reports 1949, p. 174.

(28) I.C.J. Reports 1951, p. 15.

(29) I.C.J. Reports 1973, p. 166.

(30) I.C.J. Reports 1982, p. 325.

(31) I.C.J. Reports 1987, p. 18.

(32) I.C.J. Reports 1950, p. 221.

(33) I.C.J. Reports 1975, p. 12.

(34) Caso del Status Internacional del África Sudoccidental I.C.J. Reports 1950, p. 128; Caso de las Consecuencias Legales para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) a pesar de la Res. C.S. 276/70, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

Inmunidades y Privilegios de la Organización⁽³⁵⁾, de los Acuerdos de Sede entre la Organización Mundial de la Salud⁽³⁶⁾, o de la propia Organización de las Naciones Unidas⁽³⁷⁾.

5. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA APLICACIÓN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Sucesivamente, Javier Pérez de Cuellar⁽³⁸⁾, y Boutros Boutros-Ghali⁽³⁹⁾, han reivindicado la necesidad de que la Secretaría General de las Naciones Unidas pueda peticionar Opiniones Consultivas a la Corte Internacional de Justicia, esto, como modo de contribuir a la solución de controversias que puedan poner en peligro la paz y seguridad internacionales. Coincidentemente con ello, otros organismos y autores contemporáneos se preguntan acerca de los motivos por los que el recurso a la jurisdicción consultiva ha sido, si se quiere, objeto de un uso muy limitado en el sistema de Naciones Unidas. Por ejemplo, el Séptimo Informe del Relator Especial Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, presentado en las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional en 1995⁽⁴⁰⁾, propone para la determinación de las conductas que puedan, dentro del contexto del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, considerarse crímenes de Estado la intervención de la C.I.J., sugiriendo los miembros de la Comisión que se efectúe a través de la utilización de la vía consultiva con carácter vinculante al igual que en los precedentes de la Constitución de la O.I.T. y de la convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. (Afirmación en el párrafo 310 del Informe A/50/10).

Esto demuestra que más allá de las discusiones doctrinarias revisadas, la utilidad de este recurso, conforme lo describiera Oda, responde adecuadamente a los requerimientos de la Comunidad Internacional actualmente en desarrollo. Por otra parte las

(35) v.g.: Caso de Aplicabilidad del Art. VI. Sección 22, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. (Llamado Caso Mazilú). I.C.J. Reports 1989, p. 177.

(36) I.C.J. Reports 1980, p. 93.

(37) v.g.: Caso de la Aplicabilidad de la Obligación de Arbitrar bajo la sección 21 del Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas celebrado con los Estados Unidos en Junio 26 de 1947. I.C.J. Reports 1988, p. 12.

(38) En Informe del Secretario General sobre el trabajo de la Organización, 1990, Doc. A/45/1, p. 19.

(39) Ver "An agenda for Peace" (A/47/277-S/24111. Junio 17, 1992. para. 38 y 39).

(40) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 47º periodo de Sesiones. A/50/10.

pautas jurisprudenciales sugeridas en la emisión de algunas de las Opiniones consultivas tal cual se citaran, han servido para el esclarecimiento y la interpretación adecuada de normas del Derecho Internacional Público, así como para la resolución de diferentes controversias legales conforme las finalidades que le asignaran la Carta y el Estatuto de las Naciones Unidas.

Igual conclusión parecen sostener las recomendaciones incluidas en las referencias a la Corte y su jurisdicción consultiva, en el marco de la Década de Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁽⁴¹⁾.

(41) Ver Res. A.G. 44/23 de Noviembre de 1989.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Ernesto J. Rey Caro(*)

I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración económica iniciados en la década del cincuenta exigieron un marco institucional que se ajustó a las características y niveles de profundización de cada uno de ellos. Al mismo tiempo, la posibilidad cierta de que surgieran desaveniencias entre los Estados participantes en tales originales empresas, tanto en la aplicación e interpretación de los Tratados y acuerdos básicos, como de la normatividad que emanara de los órganos creados para asegurar el cumplimiento de las metas previstas, exigió la elaboración de sistemas de solución de controversias particulares, habida cuenta de la ausencia de instancias internacionales universales obligatorias a imagen de las existentes en los ordenamientos jurídicos estatales.

Las características y modalidades de los sistemas estuvieron siempre estrechamente vinculados con el nivel de perfeccionamiento pretendido(1), y casi sin excepciones los sistemas originarios experimentaron modificaciones que se ajustaron a las necesidades y exigencias de las etapas que se fueron cumpliendo. En general, hubo una cierta gradualidad en los mecanismos creados y se tuvo en cuenta la experiencia recogida a la hora de perfeccionar las transformaciones. En este aspecto, emprendimientos tan diversos como el de las Comunidades Europeas, el Grupo Andino y aún el Mercosur, entre otros, constituyen demostrativos ejemplos de como tal experiencia influyó fundamentalmente en los cambios operados, por precarios y simples que ellos fueran.

* Miembro de la Lista de Árbitros para la solución de controversias en el Mercosur.

(1) Cf. INTAL: "Estudios sobre procedimientos para solucionar conflictos", en Derecho de la Integración, BID-INTAL, N° 11, octubre de 1972, p. 128. "Saber cual es el método más apropiado para obtener un tipo de solución de controversias en un esquema concreto de asociación -sostiene el documento- dependerá de sus objetivos, de sus características y, fundamentalmente, del tipo de mecanismo institucional existente".

Por otra parte, cabe destacar que los mecanismos de solución de conflictos en los llamados procesos de integración necesariamente difieren de los creados para resolver las controversias entre Estados exclusivamente, dado que en dichos procesos, los particulares -personas físicas o jurídicas- pueden ser titulares de derechos que, desconocidos o conculcados, los habilita para ejercer diversas acciones que estos últimos sistemas lógicamente no prevén.

2. ANTECEDENTES EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA

Para apreciar las virtudes o bien resaltar las deficiencias de los mecanismos adoptados en el marco del Mercosur, es necesario contar con algunos puntos de referencia. Al respecto, ofrecen un interés particular algunos antecedentes de los procesos de integración iniciados anteriormente en América Latina y las características de los mecanismos extra-continetales más avanzado en esta materia.

Entre los primeros, pueden señalarse los instrumentados en los comienzos en la década del sesenta. El Tratado de Montevideo de 1960 que creó la Asociación Latinoamérica de Libre Comercio (ALALC), careció de disposiciones que establecieran procedimientos generales de solución de divergencias, sin perjuicio de que previéndose que éstas pudieran originarse, se articularon procedimientos especiales que facultaban a las partes contratantes que se sintieran perjudicadas por la adopción de ciertas medidas, "para recurrir a los órganos competentes de la Asociación con el fin de que se examine la situación planteada y se formulen las recomendaciones que correspondan" (Art. 22), solución que también adoptó el Art. 31 del Tratado. Tales órganos podían ser la Conferencia o el Comité Ejecutivo Permanente. También en las Conferencias de las Partes Contratantes se crearon procedimientos especiales para el caso de que surgieran discrepancias por la aplicación de resoluciones de dicho órgano. Como acertadamente se ha observado, de manera alguna de instituyó un "sistema" de solución de controversias, constituyendo solamente procedimientos simples e informales desconectados entre sí y que en los hechos adoptaron las formas de negociaciones diplomáticas(2).

No obstante, las inevitables controversias que se suscitaron entre los Estados Partes en la ALALC, indujo al Consejo de Ministros a la adopción de un sistema provisorio a tales efectos y de un "Protocolo para la Solución de Controversias" que, aunque entró en vigor para algunos Estados, nunca se aplicó(3).

(2) PAOLILLO y ONS-INDART, "Estudio de los procedimientos de hecho utilizados para la solución de conflictos en la ALALC", en *Derecho de la Integración*, BID-INTAI., N° 9, octubre de 1971, p. 15.

(3) PAOLILLO, Felipe "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", en *Estudios Internacionales, Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo*, Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile. 1981. Vol. 2, p. 109.

En el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la situación no experimentó modificaciones sustanciales. En el Tratado de Montevideo de 1980, de conformidad con el Art. 35, el Comité de Representantes fue habilitado para proponer fórmulas para resolver cuestiones planteadas por los países miembros cuando fuera alegada la inobservancia de alguna de las normas o principios del Tratado. Dichas fórmulas constituían "recomendaciones", sin efectos compulsivos. Fuera de esta norma, no existían auténticos mecanismos de solución de controversias.

Se concedió al Comité un rol expectable y algunas atribuciones a la Secretaría(4). Si bien se han propuesto algunos "desarrollos" de tales mecanismos(5), el avance de esta materia ha sido prácticamente nulo.

En el escenario centroamericano hubo algunos proyectos ambiciosos que giraron en torno a la creación de una Corte con competencias más o menos amplias, sin llegar a emular al Tribunal de los Pactos de 1907(6). Tales proyectos se desarrollaron preferentemente en el área de la cooperación en general. Este fue el caso de la Segunda Carta de la Organización de Estados Centro-Americanos (ODECA), que previó una Corte de Justicia Centroamericana que pese a la denominación no era un Tribunal permanente(7), y la proyectada "Carta de la Comunidad Centroamericana" que también previó un Tribunal, en este caso permanente, pero que nunca llegó a ser una realidad(8).

(4) Cf. Art. 38, inc. i, del Tratado de Montevideo de 1980.

(5) HALPERIN, Marcelo "Ilicitud, control de la legalidad y solución de controversias en la ALADI", en obra "Hacia el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en la ALADI", BID-INTAL. Pub. N° 341, 1984, pp. 62-63.

(6) La Corte Centroamericana de Justicia significó un avance inimaginable para la época en materia de jurisdicción internacional pues admitía incluso, recursos individuales. Su vida fue muy corta, subsistiendo desde 1908 hasta 1918. Entendió y dictó sentencias en ocho causas, de las cuales cinco fueron demandas individuales y tres de Estado contra Estado (Cf. GARCÍA BAUER, Carlos "El Sistema Permanente de Justicia Internacional y la Corte de La Haya", Guatemala, 1976, pp. 4-18; MARTÍNEZ MORENO, Alfredo "La Conferencia de Washington de 1907 y la Corte de Justicia Centroamericana", en Revista de la Universidad, El Salvador, N° 5, 1965; LÓPEZ VILLAMIL, A. "La Corte Centroamericana de Justicia en la política internacional", Madrid, 1960).

(7) Este Tribunal estaría integrado por los Presidentes de los poderes judiciales de los Estados miembros y conocería en los conflictos de orden jurídico que los Estados le sometieran convencionalmente. Podría elaborar y emitir opiniones sobre proyectos de unificación de la legislación centroamericana a solicitud de la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores (Cf. HERRARTE, Alberto "El Derecho de la Integración", Guatemala, 1991, p. 346).

(8) La Corte Centroamericana de Justicia sería constituida por un magistrado por cada Estado que durarían cinco años en sus funciones. Tendría jurisdicción obligatoria sobre toda cuestión de carácter jurídico que surgiera entre los Estados Partes, en las controversias entre nacionales de un Estado y otro, si de común acuerdo le eran sometidas y en las controversias que se originaran en la aplicación del Derecho "intercentroamericano". Se preveía que las decisiones debían ser ejecutadas obligatoriamente por los Estados (Cf. HERRARTE, Alberto, op. cit., p. 348).

En el ámbito específico de la integración económica, el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica suscripto en Tegucigalpa en 1958, cuya finalidad fue meramente provisional, estableció que las controversias que surgieran entre las Partes debían resolverse fraternalmente con la participación de la Comisión Centroamericana de Comercio -órgano creado por aquel instrumento- y, a falta de acuerdo, debían someterse al arbitraje. El Tratado de Managua de 1960 - Tratado General de Integración Económica-, concedió al Consejo Ejecutivo la facultad de resolver los problemas que se suscitaren con motivo de la aplicación de sus disposiciones, y se autorizó a este órgano y al Consejo Económico Centroamericano a participar en la solución de las diferencias que surgieran sobre la interpretación y aplicación de las cláusulas del Tratado, previéndose el recurso al arbitraje en caso de no lograrse un acuerdo. Se reguló la constitución del Tribunal Arbitral⁽⁹⁾.

a. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena

Entre los antecedentes que brinda el Continente Americano, no cabe duda que se destaca el sistema creado en el marco del llamado Pacto Andino. El Acuerdo de Cartagena de 1969 previó en el Art. 23 diversos procedimientos -negociación, buenos oficios, mediación, conciliación- a cargo de la Comisión, en caso de discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las decisiones de la Comisión. De no lograrse el avenimiento, se instrumentó una remisión a los procedimientos establecidos en el "Protocolo para la Solución de Controversias" que se suscribió en Asunción, en 1967, en el marco de la ALALC.

No obstante, ello no implicó el establecimiento de un "sistema" general de solución de controversias, razón por la cual, sobre la base de un informe elaborado por la Junta, los países del Grupo Andino suscribieron diez años después, en mayo de 1979, un tratado instituyendo el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, como órgano de carácter permanente.

Cinco años después, en 1984, se constituyó definitivamente el Tribunal con cinco miembros -un magistrado por cada Estado Parte-, elegidos por unanimidad. Duran seis años en sus funciones y pueden ser reelegidos una vez. El número de jueces puede ser modificado por la Comisión a propuesta del Tribunal. Se designan también magistrados suplentes.

La institucionalización del Tribunal, no obró en desmedro de la importancia del rol de los Tribunales nacionales. De conformidad con el Art. 27 del Tratado, las personas naturales o jurídicas tienen derecho a recurrir ante los tribunales pertinentes en el caso de que los Estados Miembros no adoptaran las medidas necesarias para

(9) Arts. XXII y XXVI.

hacer cumplir las normas del Acuerdo, o adoptaran medidas contrarias a tales normas o pusieran obstáculos para su aplicación, siempre que sus derechos resultaran afectados por dicho incumplimiento.

La jurisdicción del Tribunal ha sido habilitada en forma exclusiva para tres tipos de acciones. La de nulidad, que tiende a la impugnación de la legalidad de algunas decisiones de la Comisión o resoluciones de la Junta, y puede ser instaurada por los Estados, la Comisión, la Junta, o las personas naturales o jurídicas, en las condiciones que determinan los Arts. 18 al 20 del Tratado. La acción debe ser intentada dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de las decisiones o resoluciones, y ella no tiene efecto suspensivo en relación a la eficacia o vigencia de la norma impugnada.

La acción de incumplimiento puede ser entablada tanto por la Junta, en el caso de que un Estado Miembro no cumpliera ciertos dictámenes de este órgano, como por un País Miembro cuando éste considere que otro País Miembro haya incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y no haya tenido éxito la intervención previa de la Junta (Art. 23 y 24). La sentencia tiene carácter obligatorio y se ha previsto un recurso de revisión ante el mismo Tribunal.

La tercera vía prevista en el Tratado, es la de la interpretación pre-judicial. El instrumento otorga al Tribunal competencia para interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, a los efectos de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Partes. A tal efecto los jueces nacionales que fueren requeridos para conocer en un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, pueden solicitar al Tribunal la interpretación de tales normas, a condición de que la sentencia sea susceptible de recursos en el Derecho interno. Si la sentencia no fuera recurrible, el Juez nacional debe suspender el procedimiento y solicitar la interpretación al Tribunal (Art. 29). La interpretación sólo versará sobre el alcance y el contenido de las normas del acuerdo de Cartagena. No cabe al Tribunal pronunciarse sobre la validez de ellas. La sentencia es obligatoria para el juez nacional que ha solicitado la interpretación.

Es menester destacar que el Tratado excluye la aplicación de todo otro procedimiento de solución de controversias entre los Estados Partes, tratándose de la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Para el caso de controversias entre Estados Partes en el Tratado de 1979 y Estados no Partes, pero miembros de la ALALC, se ha previsto la aplicación de los mecanismos contemplados en el Art. 23 del Acuerdo de Cartagena, ya estudiado. Lamentablemente, este Tribunal ha estado lejos de alcanzar un "pleno empleo" y esta circunstancia impulsó al propio Tribunal, en 1991, a proponer algunas modificaciones⁽¹⁰⁾.

(10) Cf. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Memoria, Quito (Ecuador), 1991, pp. 145-172.

El examen de los diversos procedimientos para la solución de controversias en los procesos de integración en América Latina, pone de manifiesto que ellos estuvieron influenciados por las múltiples concepciones que se manifestaron en los diferentes programas de integración(11). Excepción hecha de los mecanismos creados en el ámbito del Pacto Andino, que realmente constituyen un verdadero "sistema", casi todos han sido medios muy simples, estrictamente tradicionales y difícilmente compatibles con las exigencias de procesos de integración avanzados y complejos. Quizás todas aquellas deficiencias han quedado disimuladas por el éxito tan limitado que han tenido los intentos de integración en el área latinoamericana.

Resulta difícil concebir que los artífices de tales procesos no hayan previsto que inevitablemente deberían surgir discrepancias y que mientras más se avanzara en la profundización de los procesos, serían necesarios mecanismos de solución de controversias más perfeccionados. En realidad, pareciera que prevaleció siempre aquella reticencia que mostraron los Estados del Continente en orden a establecer o aceptar jurisdicciones internacionales obligatorias. Se ha especulado con demasiada frecuencia con la fragilidad y el amplio margen de discrecionalidad que ofrecen los medios llamados diplomáticos, sin advertir que esta postura resulta manifiestamente incompatible con la vigencia de un auténtico "derecho comunitario", y que la seguridad jurídica no podría garantizarse si la interpretación y aplicación de tal derecho recayera únicamente en los jueces nacionales.

b. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La experiencia europea ha sido más que aleccionadora en esta materia. *Ab initio*, los Estados comprendieron que la aplicación del derecho dentro de cada sistema, debía asegurarse a través de un Tribunal. La Comunidad Europea del Carbón y del Acero lo estableció en el Tratado de París de 1951 e igual determinación prevaleció en los Tratados de Roma de 1957 que constituyeron la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea. Siendo una institución común a partir del Convenio de Roma de 1957, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su composición, organización y funcionamiento presenta rasgos que lo diferencian de los tribunales internacionales tradicionales(12).

Lo integran quince jueces asistidos por ocho abogados generales nombrados todos por los Gobiernos de los Estados Miembros. Duran seis años en sus funciones, pueden ser reelegidos en sus mandatos y gozan de plena independencia para el cumplimiento de su misión.

(11) ZELADA CASTEDO, A. "Derecho de la Integración Económica Regional: Lecturas Seleccionadas", BID-INTAL, Pub. N° 315, 1989.

(12) DIEZ DE VELASCO, MANUEL "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Madrid, 1984, pp. 9-11.

No es nuestra pretensión examinar en profundidad el funcionamiento de este Tribunal, tarea esta que excedería los límites de estas reflexiones. Sin embargo, es necesario señalar la importancia que tiene la competencia que le atribuyeron los Estados en los Tratados Constitutivos de las Comunidades. Tal competencia es muy amplia⁽¹³⁾, y alcanza a:

a) Las infracciones al derecho comunitario en que pudieran incurrir los Estados Miembros. La acción sólo puede ser promovida por los Estados Miembros o por la Comisión;

b) Control de legalidad de la actividad o inactividad de los órganos. Se han previsto distintos recursos que pueden ser promovidos por los Estados Miembros, por algunos órganos y en ciertas condiciones, por particulares:

c) Examen pre-judicial de cuestiones relativas a la interpretación del Derecho Comunitario o a la validez de los actos comunitarios. El Tribunal sólo se pronuncia sobre la interpretación y no sobre el fondo de la cuestión;

d) La responsabilidad extra contractual de las Comunidades;

e) Los litigios entre Comunidades y funcionarios y agentes al servicio de ellas;

f) Los contratos de las Comunidades que contengan una cláusula compromisoria de sumisión;

g) Controversias entre Estados Miembros relacionadas con el objeto de los Tratados que se sometan al Tribunal en virtud de un compromiso;

h) Dictámenes.

Por el Acta Única Europea, que entró en vigor en julio de 1987, se creó un Tribunal de Primera Instancia, compuesto de quince magistrados, con competencias limitadas, como son los litigios entre las Comunidades y sus agentes, determinados recursos interpuestos contra una institución de las Comunidades, etc. Los Tratados han previsto una amplia gama de recursos.

Pese a algunas críticas que le han sido dirigidas, el sistema judicial de las Comunidades Europeas constituye uno de los pilares sobre los que se asientan las realizaciones hasta ahora alcanzadas y una garantía del cumplimiento del orden jurídico comunitario.

(13) DIEZ DE VELASCO, Manuel *"Las Organizaciones Internacionales"*, Madrid, 1995, p. 484 y la amplísima bibliografía allí citada; PAZ Andrés, SÁENZ DE SANTAMARÍA, GONZÁLEZ VEGA y FERNÁNDEZ PÉREZ, *"Introducción al Derecho de la Unión Europea"*, Madrid, 1996, pp. 355-380; MANGAS MARTÍN y LIÑAN NOGUERAS *"Instituciones y Derecho de la Unión Europea"*, Madrid, 1996, pp. 199-214; ISAAC, Guy *"Manual de Derecho Comunitario General"*, Barcelona, 1991, pp. 217-293, etc.

3. EL MERCOSUR

El problema de la solución de controversias en el Mercosur fue abordado inicialmente aunque en forma transitoria en el Tratado de Asunción de 1991.

En efecto, el Anexo III del Tratado fue dedicado a tal cuestión, consagrándose mecanismos muy simples y graduales que no excedían el marco clásico de los procedimientos diplomáticos. En caso de controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado, las mismas debían ser resueltas en una primera instancia, a través de las negociaciones directas. Si la instancia fracasaba, se debía someter la controversia al Grupo Mercado Común (GMC), órgano que efectuaba una evaluación de la discrepancia y formulaba una recomendación dentro de los sesenta días. El GMC, quedaba facultado para convocar paneles de expertos o Grupos de peritos para asesoramiento técnico. Finalmente, si no se alcanzaba una solución, la controversia debía girarse al Consejo Mercado Común (CMC), el que podrá efectuar también una recomendación.

Estos mecanismos, que estaban muy alejados de los procedimientos jurisdiccionales, eran demasiado débiles y dejaban muchos interrogantes en cuanto a su operatividad ya que la participación de los órganos, cuyas determinaciones debían adoptarse por consenso y en los cuales estaban representados los propios Estados Partes en la controversia, ponía en tela de juicio la efectividad de las instancias creadas(14).

Constituían procedimientos que se aplicaban exclusivamente en diferendos entre los Estados Partes en el Tratado de Asunción, quedando excluidos los particulares, fueran personas físicas o jurídicas.

El Anexo III previó que dentro de los 120 días de la entrada en vigor del Tratado de Asunción, el GMC estaba obligado a elevar una propuesta de un sistema de solución de controversia que debía regir durante el periodo de transición y que antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados debían adoptar un sistema permanente de solución de controversias.

(14) PÉREZ OTERMIN, Jorge "Solución de controversias en el Mercosur", Montevideo, 1991, p. 21; ARBUET VIGNALI, Heber "La solución de controversias en El Mercosur", en "El Derecho Internacional en un mundo en transformación", LIBER AMICORUM en homenaje al Prof. Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, Tomo II, pp. 1240-1242. Según este jurista, "la aprobación de los textos obedeció a la existencia de urgencias políticas por concretar el acuerdo, las que existían junto a la convicción de que, para adoptar soluciones supranacionales o muy firmes en la obligatoriedad de someter a los Estados a la decisión jurídicamente vinculante de terceros imparciales, se requiere, de otros ritmos y de mayor maduración".

4. LOS PROTOCOLOS DE BRASILIA Y DE OURO PRETO

Aquella primera etapa quedó superada con la adopción del Protocolo de Brasilia en diciembre de 1991 -que entró en vigor el 24 de abril de 1993-, cumpliéndose así con el mandato instituido en el Anexo III.

La elaboración del proyecto de mecanismos para la solución de controversias fue confiada a un Grupo *ad-hoc*, que examinó antecedentes muy variados y de diversas procedencias. Se tuvo en cuenta la situación en ALADI y previsiones contenidas el GATT, NAFTA, el Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y México de 1991, el Tribunal de Justicia del Grupo Andino y de las Comunidades Europeas, la Carta de la ONU, etc. (15).

El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a las controversias que pudieran surgir con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco de éste, las decisiones del Consejo Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común. Este ámbito se amplió por el Protocolo de Ouro Preto, a las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

En su estructura, el instrumento convencional examinado, diferencia claramente entre los mecanismos creados para la solución de controversias entre Estados y los que habilitan a los particulares a formular reclamaciones.

a. Controversias entre Estados Miembros

Los primeros han sido reglamentados en los capítulos II, III y IV del Protocolo. Son una combinación de procedimientos diplomáticos, institucionales y jurisdiccionales, y de aplicación escalonada.

Ante una controversia, debe recurrirse en primer lugar, a las negociaciones directas (Art. 2), obligándose los Estados Partes a informar al GMC las gestiones realizadas y los resultados obtenidos. Tales negociaciones, salvo acuerdo de Partes, no pueden exceder de un plazo de 15 días a partir de la fecha en que uno de los Estados haya planteado la controversia (Art. 3).

(15) DE ALMEIDA, Pablo Alberto "Solucao de controversias no Mercosul. Comentarios ao Protocolo de Brasilia", en Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Vol. XLV, N° 77-78, 1992, p. 6; BOLDORINI, Maria Cristina "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en Revista de Derecho Privado y Comunitaria, N° 6, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1994, p. 475-476; CALCEGLIA, Inés M. "La resolución de controversias en esquemas de integración: el caso del Mercosur", Ed. La Ley, Bs. As., 1995, pp. 25-62; ZEBALLOS, Carlos "Protocolo de Brasilia", en Integración Latinoamericana, diciembre de 1992, pp. 51-52; tn. "Gatt. Procedimientos para solucionar conflictos", en Derecho de la Integración, BID-INTAL, 11, octubre de 1972, pp. 137-149, etc.

Si este procedimiento fracasare o si sólo se lograra un éxito parcial, cualquiera de los Estados en la controversia puede someterla a la consideración del GMC. Este órgano debe evaluar la situación, escuchar a las Partes y, si considera necesario, puede requerir el asesoramiento de expertos extraídos de una lista prevista en el procedimiento de solución de controversias para reclamaciones de particulares.

Examinada la situación, el GMC formula recomendaciones a los Estados en litigio a los efectos de arribar a una solución. Este procedimiento no debe extenderse más allá de los 30 días a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración de dicho órgano (Arts. 4,5 y 6)(16).

Finalmente, si no se llegare a una solución siguiendo el procedimiento referido, el Protocolo habilita el recurso al arbitraje. La Secretaría Administrativa se constituye en el órgano receptor de la voluntad de los Estados de utilizar este procedimiento, teniendo a su cargo los trámites para el impulso de los procedimientos. Debe notificar al GMC tal intención de los Estados involucrados en la controversia. No es necesario, como en el arbitraje tradicional, que se suscriba un compromiso arbitral.

Las principales características del procedimiento arbitral, en su primera etapa, son:

Se sustancia ante un tribunal *ad-hoc* integrado por tres árbitros elegidos de una lista constituida de conformidad con lo prescripto en el Art. 10 del Protocolo. Dicha lista se forma con árbitros que cada Parte designa en un número de diez y queda registrada en la Secretaría Administrativa. La lista y sus modificaciones deben ser comunicadas a los Estados Partes.

Los tres árbitros referidos deben ser seleccionados de la siguiente manera. Cada Estado en la controversia designa un árbitro, y el tercer, que no debe ser nacional de los Estados Partes en la controversia, debe ser nombrado de común acuerdo, correspondiéndole la presidencia del Tribunal. Estas designaciones deben realizarse dentro de los 15 días a partir de que el Secretario Administrativo comunique a los

(16) El papel que se ha otorgado al Grupo Mercado Común ha sido reivindicado por DAVEREDE: "En primer lugar, porque es importante que el órgano que tiene a su cargo velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción conozca los diferendos a que puede dar lugar su aplicación, y trate de buscar un arreglo que resulte satisfactorio para todas las Partes interesadas. En segundo lugar, porque es la institución que mejor conoce el funcionamiento del régimen, lo que la habilita para ofrecer en cada caso la solución más adecuada a la marcha general del proceso de integración. En tercer lugar, permite que las partes que no están directamente involucradas en la controversia intervengan en su posible solución, pudiendo eventualmente interponer sus buenos oficios. Por último, la participación de las Partes en la controversia en el propio proceso en que se revise la cuestión asegura que, en caso de que se llegue a una recomendación, ella será de más fácil aceptación por todas las Partes" (CF "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", La Ley. Bs. As., Año LVI, N° 83, 29 de abril de 1992).

demás Estados Partes en la controversia la determinación de uno de ellos de recurrir al arbitraje.

Se ha previsto la institución de los árbitros suplentes, designados con el mismo procedimiento que se aplica para los titulares. Actúan en caso de incapacidad o excusación de los árbitros titulares, sea en el momento de la constitución del tribunal o durante el curso del procedimiento (Art. 9).

Corresponde a la Secretaría Administrativa la designación de los árbitros en caso de que los Estados Partes en la controversia no efectuaren la designación en el plazo de 15 días. Dicha designación debe realizarse de entre personas que integran cada una de las respectivas listas "nacionales".

Si hubiere desacuerdo para la designación del tercer árbitro, la Secretaría General, a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia, procederá a su designación por sorteo de una lista de dieciséis árbitros elaborada por el GMC. Esta lista debe integrarse con ocho nacionales de los Estados Partes en el Protocolo, y ocho nacionales de terceros países, debiendo ser "juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia", requisito que también rige para los integrantes de la lista a que se refiere el Art. 10 del Protocolo (Art. 13).

En la hipótesis de que dos o más Estados sostuvieran la misma posición en la controversia, tales Estados deben unificar las representaciones ante el Tribunal arbitral, designando un árbitro de común acuerdo en el plazo ya referido de 15 días (Art. 14).

El Protocolo no ha previsto un procedimiento especial para el caso de que los Estados que asumieran la misma postura en la litis no se pusieran de acuerdo en la designación del árbitro único. Las soluciones aportadas en los Arts. 11 y 12 del Protocolo son muy específicas y difícilmente pueden extenderse a tal hipótesis.

Asimismo, el Protocolo ha dotado al Tribunal de facultades para la determinación de la sede -que debe establecerse en el territorio de alguno de los Estados Partes- y de las reglas de procedimiento, el que debe ser expedito y garantizar a las partes en la controversia la oportunidad de ser escuchadas y de presentar pruebas (art. 15).

Los Estados Partes en la controversia deben designar sus representantes ante el tribunal, pudiendo asimismo valerse de asesores para respaldar sus derechos.

En lo que respecta a las normas que regulan el procedimiento propiamente dicho, se ha prescripto la obligación de las partes en la controversia de informar al Tribunal las instancias que se hayan seguido con anterioridad al procedimiento arbitral. Igualmente, deben fundamentar ante el mismo sus respectivas posiciones (Art. 16).

Se ha previsto la posibilidad de adopción de "medidas provisionales", que

pueden ser dictadas por el Tribunal a pedido de parte interesada y siempre que existieran presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación podría ocasionar "daños graves e irreparables" a alguna de las Partes. Estas, están obligadas a cumplir con tales medidas (art. 18).

El Tribunal debe dictar su sentencia o laudo en un plazo de 60 días contados a partir de la designación de su presidente, plazo que puede prorrogarse por treinta días más. El laudo debe ser fundado, debe adoptarse por mayoría y debe ser suscripto por todos los árbitros. No se ha previsto la consecuencia del incumplimiento del tribunal de los plazos para emitir su laudo. estimamos que rigen los principios que la práctica arbitral ha reconocido para esta eventualidad.

Se ha vedado a los miembros del Tribunal la posibilidad de fundar votos en disidencia y se les exige la confidencialidad de la votación. Esta disposición puede encontrar algún fundamento en el carácter de los litigios y en la concesión de una mayor libertad a los árbitros nacionales de las partes en la controversia, pero no se compadece con la obligatoriedad que tiene el tribunal de fundamentar su decisión y desnaturaliza la esencia de los pronunciamientos de estos órganos jurisdiccionales. Por otra parte, impide conocer los argumentos que puede esgrimir un miembro del Tribunal para disentir con la mayoría, limitando la riqueza que ofrecen las sentencias y laudos arbitrales para el desarrollo del derecho. Las opiniones disidentes y los votos individuales en las resoluciones de los tribunales internacionales han tenido una gran importancia y ejercido un rol clarificador en cuanto al contenido, alcance e interpretación de las normas jurídicas. No obstante, habrá que esperar los efectos que puedan producir la aplicación de esta disposición del Protocolo, para juzgar sobre su acierto.

Los laudos son obligatorios e inapelables y hacen cosa juzgada en relación a la controversia. Deben cumplirse dentro de los 15 días a partir de la respectiva notificación (Art. 21).

Pese a ser irrecurribles, dentro del plazo mencionado precedentemente, se ha previsto un "recurso" de aclaración del laudo o una solicitud de interpretación de la forma en que éste debe cumplirse. El tribunal tiene que expedirse en el plazo de 15 días y puede suspender el cumplimiento del laudo hasta que adopte una decisión al respecto.

Para el caso de incumplimiento del laudo, el Protocolo faculta a los Estados Partes en la controversia afectados, a tomar, transcurridos treinta días, medidas temporales para obtener su cumplimiento. Para algunos autores, hubiera sido más conveniente no haber posibilitado la adopción de sanciones, atendiendo a la natura-

leza de los procesos de integración(17). Otros, consideran que deberían haberse previsto sanciones más contundentes(18).

Se ha objetado que pese a la obligatoriedad de los laudos, ellos no son ejecutables, circunstancia esta que conlleva cierta inseguridad jurídica(19).

En cuanto a las costas, cada Estado parte debe sufragar los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado, previéndose una compensación para el presidente del tribunal, que conjuntamente con los demás gastos deben -como regla general- ser sufragados por las partes en montos iguales (Art. 24).

Algunas consideraciones especiales merece la previsión referida al derecho que debe aplicar el Tribunal arbitral para resolver las controversias. El cuerpo normativo, según el art. 19, está integrado por:

- a. El Tratado de Asunción.
- b. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado;
- c. Las decisiones del Consejo del Mercado Común;
- e. Los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.

Cabe señalar que de acuerdo con lo previsto en el Art. 43 del Protocolo de Ouro Preto, debe agregarse en relación al derecho que aplica el Tribunal, las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano este creado por tal Protocolo.

La enumeración efectuada permite distinguir entre el "Derecho originario", emanado del Tratado de Asunción, y el "Derecho derivado" que se origina por la aplicación de los mecanismos de producción normativa que crea este Tratado, aunque ello no habilita a afirmar que se está frente a un auténtico "Derecho comunitario", como dudosamente se ha interpretado(20).

Subsidiariamente se ha facultado al tribunal a resolver las controversias *ex aequo et bono*, siempre que las partes así lo convinieren.

(17) PÉREZ OTERMIN, Jorge. op. cit. pp. 48-49.

(18) ARBUET VIGNALI, Heber, op. cit. pp. 1254-1255.

(19) DREYZIN de KLOR, Adriana "Sistema de solución de controversias en el Mercosur", documento de trabajo presentado en el IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI: Realidad y perspectiva, Montevideo, 17-20 de mayo de 1995, p. 15.

(20) VITERBORI, Juan Carlos "Solución de controversias en el Mercosur", en La Ley. Bs. As., Año LIX, N° 20, 27 de enero de 1995, p. 1.

La incorporación de la jurisdicción de "equidad", tiene como modelo el párrafo segundo del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que también ha sido receptado por otros instrumentos regulatorios de procedimientos de solución pacífica de controversias. Tal es el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal constituido de acuerdo con el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y el Tribunal Arbitral especial que se puede constituir de conformidad con el Anexo VIII de la misma Convención(21).

No obstante, y al margen de la amplitud y pluralidad de interpretaciones que ofrece el concepto de "equidad"(22), no existen demasiados elementos de juicio para apreciar de qué manera los Tribunales Internacionales han aplicado tal fórmula. Tanto en la Corte Permanente de Justicia -en cuyo Estatuto también existió una cláusula semejante- como en la Corte Internacional de Justicia actual, nunca hubo acuerdo de Estados para investir a tales Tribunales de esa competencia.

Cabe preguntarse si la enumeración efectuada en el Art. 19 es taxativa. Al respecto la doctrina no ha sido uniforme y algunos autores sostienen que en determinados casos los Estados partes en la controversia puede acordar la aplicación de otras normas(23).

b. Reclamaciones de Particulares

El Capítulo V del Protocolo de Brasilia ha institucionalizado procedimientos aplicables a reclamaciones que pudieran efectuar personas físicas o jurídicas con motivo de la sanción o aplicación por los Estados Partes "de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorios o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común" (Art. 25).

El Protocolo de Ouro Preto (Art. 43) ha extendido estos procedimientos a las directivas de la Comisión de Comercio del Mercado Común.

(21) Art. 293: "1. La corte o Tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de Derecho internacional que no sean incompatibles con ella. 2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la facultad de la Corte o Tribunal competente en virtud de esta sección para dirimir un litigio ex aequo et bono, si las Partes convienen en ello".

(22) JUSTE RUIZ, José "La equidad en Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales", en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Madrid, tomo 9, 1991, pp. 85-140 y la amplísima bibliografía citada.

(23) ARBUET VIGNALI, Heber, op. cit., p. 1245.

Los reclamos de los particulares en tales casos deben ser formalizados en una primera instancia, ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte en donde tuvieran las personas su residencia habitual o la sede de sus negocios, debiendo ellas acompañar los elementos que le permitan a la Sección Nacional respectiva, determinar la existencia de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio (Art. 26).

La puesta en marcha de estas instancias presupone que la cuestión que motiva la reclamación no deba estar discutiéndose simultáneamente por los Estados interesados, ni haber recurrido a las negociaciones directas, ni estar sometida al Grupo Mercado Común ni al arbitraje, de conformidad con las disposiciones del Protocolo de Brasilia ya examinadas.

Se ha concedido al particular -persona física o jurídica-, la facultad de canalizar su reclamación ante el Grupo Nacional del país en donde tuviera su residencia habitual, para las personas física, o donde tuviere la sede de sus negocios, para las personas jurídicas, independientemente de las respectivas nacionalidades. Esa sería la interpretación que surge, de los términos en que ha sido redactado el precepto. Pero una interpretación más amplia podría inducir a interpretar que una persona física que ejerce el comercio en la hipótesis de que su residencia y sede no coincidieran, ella gozaría del derecho de elección del Grupo Nacional respectivo. Por otra parte, no basta que se haya producido la violación de cualquiera de las normas ya referidas, sino que debe existir un perjuicio o la posibilidad de un perjuicio. Es obvio que corresponde a la Sección Nacional la facultad de admitir o rechazar *in limine* la reclamación. Admitida ésta, se abren dos alternativas:

Una, que la Sección Nacional entable contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se le atribuya la violación, para buscar una solución inmediata a la cuestión.

La otra, que la reclamación, sin más trámite, se eleve al Grupo Mercado Común.

En el primer caso, si fracasan tales contactos en orden a obtener una solución, también puede elevarse la reclamación al Grupo Mercado Común, por la Sección Nacional que realiza la comunicación del reclamo, a solicitud del particular afectado (Arts. 27 y 28).

Se ha destacado la conveniencia de respetar el orden de las alternativas examinadas, en razón de que se facilitaría así que el Estado que presuntamente adoptó la medida que provocó el reclamo, pudiera conocer el perjuicio ocasionado, ello al margen de una mejor compatibilización con el plazo que establece el Art. 28 del Protocolo(24).

(24) DREYZIN de KLOR, Adriana, op. cit., p. 11.

El Grupo Mercado Común, recibida la reclamación, puede rechazar la misma sin más trámite, si estima que no se han reunido los requisitos necesarios para darle curso o, de lo contrario debe proceder a convocar a un grupo de expertos que se deberá pronunciar sobre su procedencia dentro de un término improrrogable de 30 días a partir de su designación. Este grupo debe dar oportunidad al particular reclamante y al Estado contra el cual se dirigió la reclamación, de ser escuchados y de presentar sus argumentos.

El Protocolo ha regulado el procedimiento para la integración del grupo de expertos, designación que está a cargo del Grupo Mercado Común. Se compondrá de tres miembros elegidos por los Estados Partes entre los integrantes de una lista de 24 expertos, debiendo observarse ciertos requisitos⁽²⁵⁾. La lista referida se integrará con expertos designados a razón de seis por cada Estado y debe registrarse en la Secretaría Administrativa.

Corresponde al Grupo de expertos elevar un dictamen al Grupo Mercado Común. Si el dictamen se expide por la procedencia del reclamo formulado contra un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte puede requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si este requerimiento no prosperara dentro de un plazo de 15 días, el Estado Parte que lo efectuó puede recurrir al procedimiento arbitral previsto en el capítulo IV del Protocolo. Aunque no se menciona expresamente, debe entenderse que el dictamen del grupo de expertos es obligatorio. Resulta novedosa la facultad otorgada a los Estados Partes en el Protocolo, pero no partes en la controversia, de poder exigir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas, involucrándose por esta vía en el diferendo. Indudablemente esta disposición contribuye a asegurar la efectividad del dictamen del grupo de expertos.

Los particulares sólo pueden participar directamente -ser escuchados y exponer sus argumentos-, en la instancia que abre el grupo de expertos. Su reclamación, en consecuencia, se canaliza inicialmente a través de una Sección Nacional y si al final se verificara la procedencia del reclamo, es al Estado parte respectivo y a los otros Estados Partes en el Protocolo, a los que se les ha concedido el derecho de exigir el

(25) Art. 30: "1. El Grupo de expertos a que se hace referencia en el art. 29 estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán designados por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos. La Secretaría Administrativa comunicará al Grupo Mercado Común el nombre del experto o de los expertos que hubieren recibido la mayor cantidad de votos. En este último caso, y salvo que el Grupo Mercado Común lo decida de otra manera, uno de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, en los términos del art. 26".

cumplimiento de las medidas correctivas o de anulación de las medidas cuestionadas. Esta mediatización del Estado determina que al final, el procedimiento tome un carácter eminentemente interestatal. En suma, los procedimientos perfeccionados otorgan a los particulares un protagonismo muy limitado, quedando en mano de órganos del Mercosur y de los Estados Partes en el Protocolo, las instancias más decisivas. Como destacara Daverede, se ha reconocido a los particulares sólo un derecho de iniciativa⁽²⁶⁾.

El Protocolo no ha previsto las consecuencias de un dictamen del grupo de expertos desfavorable a los particulares. Importa ipso facto, el rechazo de la reclamación? Todo parecería indicar que ese sería el efecto, aunque hubiera sido apropiado consignarlo expresamente.

Queda sobreentendido que las reclamaciones entre particulares originadas en el intercambio comercial, no han sido objeto de regulación en los instrumentos mencionados.

Los mecanismos del Protocolo de Brasilia, se complementan con los establecidos en el Protocolo de Ouro Preto, creándose en este último acuerdo una instancia ante la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano este al cual se le ha atribuido la consideración de las reclamaciones presentada por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur originadas en los Estados Partes o en demandas de personas físicas o jurídicas relacionadas con situaciones previstas en los Arts. 1 y 25 del Protocolo de Brasilia, siempre que estuvieran dentro del área de la CCM. Esta instancia no obsta a la promoción de una acción por el Estado Parte que efectuó la reclamación de acuerdo con el Protocolo de Brasilia.

El procedimiento que debe observarse ante la CCM con motivo de las reclamaciones mencionadas, ha sido regulado en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto. Sus principales características son:

El Estado Parte debe presentar la reclamación ante la Presidencia *Pro tempore* de la CCM, la que debe incorporar el tema en la Agenda de la primera reunión subsiguiente;

Si no se adoptare una resolución en dicha reunión, se deben remitir los antecedentes a un Comité Técnico;

Este Comité Técnico debe elaborar un dictamen o sus expertos pueden elaborar conclusiones, en un plazo no mayor de 30 días corridos. El dictamen o las conclusiones deben ser tomados en consideración por la CCM para decidir sobre la reclamación;

(26) Op. cit., p. 2.

La CCM debe decidir la cuestión en la primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen o de las conclusiones, o bien hacerlo en una reunión extraordinaria;

Si no hubiere consenso en dicha reunión la CCM debe elevar al GMC las diversas alternativas propuestas y el dictamen o conclusiones del Comité Técnico, debiendo el GMC emitir una decisión en un plazo no mayor de 30 días corridos contados desde la recepción de las propuestas elevadas por la CCM;

Si se logra el consenso en la CCM sobre la procedencia de la reclamación, el Estado reclamado debe adoptar las medidas requeridas o, en su caso, debe cumplir las medidas aprobadas por el GMC. Ambos órganos están facultados para establecer un plazo para la instrumentación de las medidas a cargo del Estado reclamado. En la hipótesis de incumplimiento, el Estado reclamante puede recurrir al procedimiento arbitral regulado en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia. Este mismo derecho le asiste al Estado reclamante si no se lograre el consenso en la CCM y posteriormente en el GMC. El tribunal arbitral, en su caso, está facultado para adoptar medidas provisionales antes de dictar su laudo.

Como se advertirse, la competencia del tribunal arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia se ve nuevamente ampliada por este dispositivo del Protocolo de Ouro Preto.

El procedimiento ante la CCM regulado en el Anexo examinado, presenta algunas lagunas. En efecto, no se ha establecido la forma en que se instrumentarán las reclamaciones de los particulares ante las Secciones Nacionales de dicho órgano, ni se ha determinado a qué Sección Nacional podría recurrir el particular como se consignó en el Protocolo de Brasilia, que reconoció al particular el derecho, según se trate de personas físicas o jurídicas a tener en consideración su residencia habitual o la sede de sus negocios. Asimismo, no se ha previsto cómo se integra el referido Comité Técnico. Se agrega a ello que no queda claro cuáles son las consecuencias de que GMC no se expida dentro del plazo de 30 días corridos conforme a la situación oportunamente examinada. No se trata, por cierto, de la hipótesis de que no hubiere consenso.

El Art. 44 del Protocolo de Ouro Preto ha remarcado la provisionalidad de los mecanismos de solución de controversias elaborado tanto en ese instrumento como en el Protocolo de Brasilia, debiendo efectuarse una revisión del "sistema de solución de controversias" antes de la conclusión del proceso de convergencia del Arancel Común externo, hecho este todavía incierto.

A esta característica de provisionalidad, los autores han destacado la flexibilidad de los mecanismos creados y la celeridad que se ha pretendido imponer a los mismos

mediante la determinación de plazos breves y perentorios(27). Igualmente, se han resaltado las ventajas que ofrecería el procedimiento arbitral(28).

Se han combinado medios de solución de controversias que responde a los modelos clásicos -diplomáticos, institucionales, jurisdiccionales-, que aplicados gradualmente y en forma obligatoria conducen a una última instancia, el arbitraje, que concluye con un laudo o sentencia que pone fin al litigio. Pero, surge el interrogante de si este "sistema" es el apropiado para un proceso de integración como el perseguido en el Tratado de Asunción.

Es obvio que se trata de mecanismos de solución de controversias que tienen un ámbito de aplicación bien limitado -Arts. 1 del Protocolo de Brasilia y 43 de Ouro Preto-, que no excluyen la aplicación de otros procedimientos o medios de solución a otros tipos de controversias entre las mismas Partes del Tratado de 1991. La doctrina se ha encargado de resaltar algunos aspectos que se consideran ventajosos dentro del sistema adoptado(29), pero resulta difícil por ahora evaluar su eficacia, en razón de que las vías institucionalizadas, no han sido utilizadas hasta el momento.

4. PERSPECTIVAS

Todo hace prever que con la profundización del proceso de integración, estos mecanismos resultarán manifiestamente insuficientes. La posibilidad de que a través de múltiples pronunciamientos de los Tribunales arbitrales *ad-hoc* se arribe a diferentes interpretaciones de la misma norma, entre otras consecuencias, resulta a toda luz incongruente y atentaría contra uno de los pilares que sustenta todo ordenamiento legal. Esta situación es igualmente extensiva a los asuntos que deberán resolver los diferentes jueces nacionales respecto a la aplicación o interpretación del derecho del Mercosur. Tampoco puede minimizarse la problemática del control de legalidad de los actos de los órganos a los que se les ha atribuido diferentes competencias, aspectos todos estos estrechamente vinculados con el sistema de solución de controversias.

(27) DAVEREDE, Alberto; op. cit., p. 1.

(28) BOLDORINI, Maria Cristina; op. cit., p. 429.

(29) DE ALMEIDA destaca que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia fue concebido para una etapa de transición, razón por la cual se descartó la constitución de un Tribunal de Justicia y se prefirió el sistema arbitral *ad-hoc* (op. cit., p. 8); BLOCH, Roberto "Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur", Jurisprudencia Argentina, Bs. As., N° 5935, 31 de mayo de 1995, pp. 25-27.

Asimismo, la escasa participación de los particulares en los mecanismos examinados y la intermediación de órganos y de los Estados, puede conducir a cierto Estado de indefensión de aquellos, y hacer predominar los intereses estatales.

Cabe reiterar que no se han previsto mecanismos para la solución de controversias entre particulares.

Resta observar que de acuerdo con el Art. 35 del Protocolo de Brasilia y 50 del Protocolo de Ouro Preto, toda adhesión por cualquier Estado al Tratado de Asunción, implicará ipso facto la adhesión a tales Protocolos.

El modelo europeo y el del Pacto Andino aparecen en materia de solución de controversias, como los más adecuados para garantizar la correcta y coherente aplicación de los respectivos ordenamientos jurídicos. En el Mercosur, si se cumplen las metas fijadas, inevitablemente deberá llegarse a la creación de un tribunal permanente y con competencias múltiples, sin que necesariamente deba resultar una copia de aquellos sistemas, ya que cada proceso de integración presente sus peculiaridades y las respuestas a las necesidades de ellos se particularizan.

Solución de tal naturaleza, ha sido reclamada por una abundante doctrina y en reuniones científicas en donde se ha abordado la problemática(30).

Hay una generalizada convicción de que el momento adecuado será cuando el Mercosur establezca la estructura definitiva, en el que seguramente habrán de institucionalizarse órganos supranacionales, oportunidad en que obligadamente deberán introducirse modificaciones sustanciales en los hasta ahora proceso tradicionales o clásicos de creación de normas jurídicas.

Las características que debe reunir y las competencias que podrían otorgarse al tribunal permanente ha dado origen a una amplia gama de propuestas. Algunas, partiendo de la obligatoriedad de la instancia jurisdiccional se inclinan por otorgarle la potestad de dictar sentencias inapelables y definitivas, una competencia amplia extensiva a diferendos entre los Estados Partes y a acciones de particulares, el control de legalidad de los actos de los órganos a institucionalizarse, la interpretación del derecho "comunitario", una competencia consultiva, etc.(31).

(30) Cf. Documento de trabajo elaborada por la Comisión Nacional de Juristas del Uruguay "*Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el Mercosur*", en Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur, Montevideo, 30 de octubre-1 de noviembre de 1991, p. 2-4; DRFYZIN de KLOR, Adriana "*El sistema de solución de controversias en el Mercosur*", en La Ley, Bs. As., Año LIX, Nº 86, 4 de mayo de 1995, p. 3; CALCEGLIA, Inés M., op. cit., p. XVII.

(31) Cf. Conclusiones del IV Encuentro Internacional de Derecho del Mercosur, Montevideo, Uruguay, 17-20 de mayo de 1995.

Las reflexiones vertidas ponen en descubierto los interrogantes que se han abierto en torno a la eficacia del sistema actual de solución de controversias en el Mercosur y de los mecanismos a institucionalizar en un futuro próximo. Las dudas se acrecientan en ausencia de una práctica que permita apreciar la operatividad de los procedimientos vigentes.

Es un reto que deberán afrontar los Estados Partes en el Tratado de Asunción en la oportunidad que establece el Art. 44 del Protocolo de Ouro Preto, es decir antes de que culmine el proceso de convergencia del Arancel Externo Común.

LEGISLACIÓN

CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA - PERÍODO 01-05-94 AL 30-09-96

Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca

SUMARIO 1- *Derechos Humanos* -2- *Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales* -3- *Derecho Aéreo y Espacial* -4- *Derecho Laboral y Social* -5- *Derecho Humanitario* -6- *Derecho Marítimo* -7- *Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes* -8- *Comercio Internacional* -9- *Integración* -10- *Derecho Fiscal* -11- *Pesca* -12- *Turismo* -13- *Medio Ambiente* -14- *Comunicaciones y Transporte* -15- *Derecho Internacional Privado* -16- *Sanidad* -17- *Energía y Materiales Nucleares* -18- *Derecho Diplomático y Consular* -19- *Extradición* -20- *Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial* -21- *Paz y amistad* -22- *Derecho Internacional Penal*.

1- DERECHOS HUMANOS

Ley 24.544- Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito en Madrid el 24 de Julio de 1992.

Sanción: 13- 09-1995; Promulgación: 17- 10-1995; B.O. 20-10-1995.

Ley 24.556- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

Ley 24.559- Día de repudio y lucha contra la discriminación del hombre contra el hombre - Declaración del 24 de abril en homenaje a todos los seres humanos víctimas de la discriminación y la intolerancia.

Sanción: 20-09-1995; Promulgación: Vetada por dec. 562/95; B.O. 17-10-1995.

Ley 24.632- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem do Pará".

Sanción: 13-03-1996; Promulgación: 01-04-1996 (Aplicación del art. 80, C. Nacional), B.O. 09-04-1996.

2- ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES

Ley 24.313- Corporación Financiera Internacional - Aumento del aporte de nuestro país.

Sanción: 23-02-1994; Promulgación: 18-03-1994 (Aplicación del art. 51 C. Provincia); B.O. 22-03-1994.

Ley 24.361- Convenio constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo.

Sanción: 31-08-1994; Promulgación: 15-09-1994; B.O. 20-09-1994.

Ley 24.370- Convenio constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica - Ingreso de la República Argentina como miembro extrarregional.

Sanción: 01-09-1994; Promulgación: 28-09-1994; B.O. 05-10-1994.

Ley 24.386- Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado en Managua el 10 de junio de 1993.

Sanción: 19-10-1994; Promulgación: 11-11-1994; B.O. 17-11-1994.

Ley 24.403- Enmienda a los arts. 24 y 25 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Sanción: 09-11-1994; Promulgación: 07-12-1994 (Aplicación del art. 80 C. Nac.);

B.O. 13-12-1994.

Ley 24.425- Acta final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, las decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el acuerdo de Marrakech.

Sanción: 07-12-1994; Promulgación: 23-12-1994; B.O. 05-01-1995.

Ley 24.500- Convenio constitutivo de la Organización Marítima Internacional - Enmiendas adoptadas el 4 de noviembre de 1993.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 05-07-1995; B.O. 10-07-1995.

Ley 24.586- Asociación Internacional de Fomento - Aumento del aporte de la República Argentina.

Sanción: 01-11-1995; Promulgación: 27-11-1995 (Aplicación del art. 80 C. Nac.); B.O. 30-11-1995.

Ley 24.596- Acta Final de la Primera Reunión Extraordinaria del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALADI, protocolo interpretativo del art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980 y resoluciones 43 (I-E) y 44 (I-E) suscriptos en Cartagena de Indias.

Sanción: 15-11-1995; Promulgación: 06-12-1995 (Aplicación de art. 80 C. Nac.); B.O. 12-12-1995.

Ley 24.628- Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo - Modificación - Aumento de aporte.

Sanción: 21-02-1996; Promulgación: 13-03-1996 (Aplicación del art. 80 C. Nac.); B.O. 27-03-1996.

3- DERECHO AÉREO Y ESPACIAL

4- DERECHO LABORAL Y SOCIAL

Ley 24.648- Convenio sobre agencias retributivas de colocación (revisado) 1949.

Sanción: 29-05-1996; Promulgación: 26-06-1996; B.O. 1-07-1996.

Ley 24.650- Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado en la 58ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Sanción: 29-05-1996; Promulgación: 24-06-1996; B.O. 1-07-1996

5- DERECHO HUMANITARIO

6- DERECHO MARÍTIMO

Ley 24.332- Acuerdo suscrito con EE.UU. sobre asistencia mutua entre servicios de aduanas, hecho en Buenos Aires el 4 de diciembre de 1990.

Sanción: 2-06-1994; Promulgación: 1-07-1994; B.O. 6-07-1994.

Ley 24.543- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de dicha convención.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 17-10-1995; B.O. 25-10-1995(suplementos)

Ley 24.608- Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 18-01-1996.

7- PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

Ley 24.419- Convenio sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas suscriptos con Nicaragua, hecho en Buenos Aires el 25 de marzo de 1992.

Sanción: 7-12-1994; Promulgación: 5-01-1995; B.O. 12-01-1995.

Ley 24.502- Convenio sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas suscrito con la República de El Salvador, hecho en Buenos Aires el 4 de setiembre de 1991.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 10-07-1995

Ley 24.503- Acuerdo de cooperación para la lucha contra la producción, el tráfico ilícito y el abuso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas suscrito en Jamaica, hecho en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1992.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 10-07-1995.

Ley 24.504- Convenio sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas suscripto con la República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 17 de octubre de 1992.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 10-07-1995

Ley 24.505- Acuerdo de cooperación sobre prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas suscripto con Brasil, hecho en Buenos Aires el 26 de mayo de 1993.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 11-07-1995.

Ley 24.513- Acuerdo de cooperación suscripto con los Estados Unidos Mexicanos para la lucha contra el abuso y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecho en México el 15 de octubre de 1992.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 13-07-1995; B.O. 19-07-1995.

Ley 24.530- Acuerdo suscripto con Italia sobre cooperación en la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito internacional de estupefacientes y la criminalidad organizada, hecho en Roma el 6 de octubre de 1992.

Sanción: 09-08-1995; Promulgación: 11-09-1995; B.O. 14-09-1995.

Ley 24.542- Convenio sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas suscripto con Guatemala, hecho en Buenos Aires el 19 de noviembre de 1991.

Sanción: 16-08-1995; Promulgación: 18-09-1995. B.O. 25-09-1995.

Ley 24.552- Acuerdo suscripto con la República de Cuba sobre cooperación para combatir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecho en La Habana el 6 de abril de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

Ley 24.553- Convenio suscripto con la República de Costa Rica sobre mutua asistencia judicial contra el tráfico ilícito de drogas, hecho en Buenos Aires el 18 de junio de 1992.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

8- COMERCIO INTERNACIONAL

Ley 24.325- Convenio suscrito con la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Beijing el 5 de noviembre de 1992.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 10-06-1994; B.O. 17-06-1994.

Ley 24.327- Acuerdo comercial suscrito con la República Islámica de Irán, hecho en Teherán el 19 de febrero de 1990.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 10-06-1994; B.O. 17-06-1994.

Ley 24.328- Convenio¹ suscrito con la República de Austria relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 7 de agosto de 1992.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 10-06-1994; B.O. 21-06-1994.

Ley 24.335- Acuerdo suscrito con Hungría para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Budapest el 5 de febrero de 1993.

Sanción: 2-06-1994; Promulgación: 1-07-1994; B.O. 6-07-1994.

Ley 24.339- Acuerdo comercial suscrito el 18 de octubre de 1991 con la República de Túnez.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 4-07-1994; B.O. 11-07-1994.

Ley 24.340- Convenio suscrito con Turquía relativo a la promoción y protección de inversiones, hecho en Ankara el 8 de mayo de 1992.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 4-07-1994; B.O. 11-07-1994.

Ley 24.352- Convenio para la promoción y la protección recíproca de inversiones suscrito con el Reino de los Países Bajos, hecho en Buenos Aires el 20 de octubre de 1992.

Sanción: 28-07-1994; Promulgación: 22-08-1994; B.O. 29-08-1994.

Ley 24.432-Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones y acuerdo por canje de notas modificatorio suscrito con Chile, hecho en Buenos Aires el 2 de agosto de 1991 y el 13 de julio de 1992, respectivamente.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 4-07-1994; B.O. 11-07-1994.

Ley 24.353- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, adoptado en Washington(EE.UU.) el 18 de marzo de 1965.

Sanción: 28-07-1994; Promulgación: 22-08-1994; B.O. 2-09-1994.

Ley 24.356- Acuerdo por canje de notas suscrito con EE.UU. modificando el tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones.

Sanción: 18-08-1994; Promulgación: 12-09-1994; B.O. 15-09-1994.

Ley 24.389- Convenio suscrito con la Federación de Rusia sobre el comercio y la cooperación económica, hecho en Moscú el 25 de mayo de 1993.

Sanción: 26-10-1994; Promulgación: 22-11-1994; B.O. 25-11-1994.

Ley 24.394- Acuerdo suscrito con la República Tunecina para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 17 de junio de 1992.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 12-12-1994.

Ley 24.395- Acuerdo suscrito con la República de Armenia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 16 de abril de 1993.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 12-12-1994; B.O. 12-12-1994.

Ley 24.396- Acuerdo suscrito con la República de Senegal para la promoción y protección de inversiones, hecho en Dakar el 6 de abril de 1993.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 12-12-1994.

Ley 24.397- Acuerdo suscrito con el Reino de Dinamarca para la promoción y protección recíproca de inversiones , hecho en Copenhague el 6 de noviembre de 1992.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 12-12-1994.

Ley 24.401- Acuerdo suscrito con la República de Bulgaria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 21 de septiembre de 1993.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 13-12-1994.

Ley 24.456- Acuerdo suscrito con la República de Rumania para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 29 de julio de 1993.

Sanción: 8-02-1995; Promulgación: 7-03-1995; B.O. 10-03-1995.

Ley 24.457- Acuerdo suscrito con la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Caracas el 16 de noviembre de 1993.

Sanción: 8-02-1995; Promulgación: 7-03-1995; B.O. 10-03-1995.

Ley 24.458- Convenio suscrito con la República de Bolivia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 17 de marzo de 1994.

Sanción: 8-02-1995; Promulgación: 7-03-1995; B.O. 10-03-1995.

Ley 24.459- Convenio suscrito con la República de Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Quito el 18 de febrero de 1994.

Sanción: 8-02-1995; Promulgación: 7-03-1995; B.O. 10-03-1995.

Ley 24.549- Acuerdo suscrito con el gobierno de Jamaica para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Kingston el 8 de febrero de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

Ley 24.554- Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur, suscrito en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

Ley 24.563- Acuerdo suscrito con la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Buenos Aires el 2 de diciembre de 1994.

Sanción: 20-09-1995; Promulgación: 17-10-1995; B.O. 20-10-1995.

Ley 24.593- Acuerdo suscrito con la República Portuguesa sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Lisboa el 6 de octubre de 1994.

Sanción: 15-11-1995; Promulgación: 6-12-1995; B.O. 12-12-1995.

Ley 24.613- Acuerdo suscrito con el gobierno de Malasia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Kuala Lumpur el 6 de setiembre de 1994.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 18-01-1996.

Ley 24-614- Acuerdo suscrito con el gobierno de la República de Finlandia para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Helsinki el 5 de noviembre de 1993.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 19-01-1996.

Ley 24.680- Convenio suscrito con el gobierno de Perú sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Lima el 10 de noviembre de 1994.

Sanción: 14-08-1996; Promulgación: 6-09-1996(Aplicación del art. 80 C.N.); B.O. 10-09-1996.

9-INTEGRACIÓN

Ley 24.385- Acuerdo de transporte fluvial por hídrovía Paraguay-Paraná(Puerto de Cáceres-Puerto Nueva Palmira) suscrito con Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, en la Provincia de Mendoza el 26 de junio de 1992.

Sanción: 19-10-1994; Promulgación: 11-11-1994; B.O. 21-11-1994.

Ley 24.560- Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur-Protocolo de Ouro Preto, suscrito el 17 de diciembre de 1994.

Sanción: 20-09-1995; Promulgación: 6-10-1995; B.O. 13-10-1995.

Ley 24.639- Acuerdo para el aprovechamiento múltiple de los recursos de la Alta Cuenca de Río Bermejo y del Río Grande de Tarija; creación de la Comisión Binacional, suscrito con Bolivia el 9 de junio de 1995.

Sanción: 17-04-1996; Promulgación: 9-05-1996; B.O. 13-05-1996.

Ley 24.676- Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico, suscrito con Brasil, Paraguay y Uruguay.

Sanción: 14-08-1996; Promulgación: 6-09-1996(Aplicación del art. 80 C.N.); B.O. 10-09-1996.

Ley 24.677- Acuerdo constitutivo de la Comisión Trinacional para el Desarrollo de la Cuenca del Río Pilcomayo, *suscripto con Bolivia y Paraguay*, en La Paz el 9 de febrero de 1995.

Sanción: 14-08-1996; Promulgación: 6-09-1996(Aplicación del art. 80 C.N.); B.O. 10-09-1996.

10- DERECHO FISCAL

Ley 24.398- Convenio suscripto con Canadá para evitar la doble imposición en relación a los impuestos sobre la renta y sobre el capital, hecho en Buenos Aires el 29 de abril de 1993.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 13-12-1994.

Ley 24.399- Acuerdo por canje de notas con EE.UU. modificadorio del acuerdo para evitar la doble imposición sobre ingresos derivados de operaciones de buques y aeronaves del 20-07-1950, suscripto en Washington el 30 de diciembre de 1987.

Sanción: 9-11-1994; Promulgación: 7-12-1994; B.O. 13-12-1994

11- PESCA

Ley 24.315- Acuerdo sobre las relaciones en materia de pesca con la Comunidad Económica Europea.

Sanción: 20-04-1994; Promulgación 6-05-1994; B.O. 12-05-1994.

Ley 24.607- Asamblea constitutiva del Centro para los Servicios de Información y asesoramiento sobre la comercialización de los productos pesqueros en América Latina y el Caribe(INFOPESCA) - Acta final.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 17-01-1996.

12- TURISMO

Ley 24.357- Acuerdo de cooperación turística suscripto con Paraguay el 12 de agosto de 1991.

Sanción: 31-08-1994; Promulgación: 21-09-1994; B.O. 27-09-1994.

Ley 24.358- Convenio de cooperación turística suscripto con Méjico el 15 de diciembre de 1992.

Sanción: 31-08-1994; Promulgación: 21-09-1994; B.O. 27-09-1994.

Ley 24.532- Convenio de cooperación en materia de turismo suscripto con Jamaica, hecho en Kingston el 8 de febrero de 1994.

Sanción: 9-08-1995; Promulgación: 11-09-1995; B.O. 15-09-1995.

Ley 24.545- Convenio de cooperación en materia de turismo suscripto con el Gobierno de la República Helénica, hecho en Atenas el 2 de setiembre de 1993.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 17-10-1995.

Ley 24.546- Convenio de cooperación turística suscripto con el gobierno de la República de Túnez el 14 de mayo de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 17-10-1995.

13-MEDIO AMBIENTE

Ley 24.375- Convenio sobre la diversidad biológica, adoptado en Río de Janeiro, Brasil el 5 de junio de 1992.

Sanción: 7-09-1994; Promulgación: 3-10-1994; B.O. 6-10-1994.

Ley 24.376- Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales.

Sanción: 21-09-1994; Promulgación: 20-10-1994; B.O. 25-10-1994.

Ley 24.418- Enmienda del protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptado en Copenhague el 25 de noviembre de 1992.

Sanción: 7-12-1994; Promulgación: 28-12-1994; B.O. 5-01-1995.

Ley 24.567- Convenio sobre la diversidad biológica, adoptado y abierto a la firma en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992.

Sanción: 27-09-1995; Promulgación: vetada por dec. 604/95(B.O. 25-10-1995).

14-COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

Ley 24.341- Actas, resoluciones y recomendaciones suscriptas en ocasión del XIV Congreso de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal, hecho en Buenos Aires el 21 de setiembre de 1990.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 4-07-1994; B.O. 15-07-1994.

Ley 24.385- Acuerdo de Transporte fluvial por la hidrovia Paraguay-Paraná(Puerto de Cáceres-Puerto Nueva Palmira) suscrito con Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, en la provincia de Mendoza el 26 de junio de 1992.

Sanción: 19-10-1994; Promulgación: 11-11-1994; B.O. 21-11-1994.

Ley 24.420- Quinto protocolo adicional a la Constitución de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal y resoluciones, aprobados el 23 de junio de 1993 en Montevideo, adhesión.

Sanción: 7-12-1994; Promulgación: 6-01-1995; B.O. 18-01-1995.

Ley 24.535- Acuerdo de cooperación en materia de telecomunicaciones, suscrito con Colombia el 22 de febrero de 1994.

Sanción: 9-08-1995; Promulgación: 18-09-1995; B.O. 25-09-1995.

Ley 24.548- Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones (INTELSAT); enmienda adoptada el 26 de octubre de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 17-10-1995

Ley 24.615- Protocolo sobre los privilegios, exenciones e inmunidades de INTELSAT.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 19-01-1996.

15-DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ley 24.322- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 15-06-1994; B.O. 17-06-1994.

Ley 24.409- Convención sobre reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, adoptada el 1 de junio de 1956.

Sanción: 30-11-1994; Promulgación: 20-12-1994; B.O. 28-12-1994.

Ley 24.533- Carta de ciudadanía-otorgamiento-modificación de la ley 346.

Sanción: 9-08-1995; Promulgación: 11-09-1995(Aplicación del art. 80 C.N.); B.O. 14-09-1995

Ley 24.578- Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, suscrito en Mendoza el 27 de junio de 1992.

Sanción: 25-10-1995; Promulgación: 22-11-1995; B.O. 27-11-1995

Ley 24.579- Protocolo de medidas cautelares, suscrito en Ouro Preto, el 16 de diciembre de 1994.

Sanción: 25-10-1995; Promulgación: 22-11-1995; B.O. 25-11-1995.

16-SANIDAD

17-ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

Ley 24.448- Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, abierto a la firma en Londres, Washington y Moscú el 1 de julio de 1968.

Sanción: 23-12-1994; Promulgación: 13-01-1995; B.O. 20-01-1995.

Ley 24.534- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, suscripta en París el 13 de enero de 1993.

Sanción: 9-08-1995; Promulgación: 11-09-1995; B.O. 13-10-1995.

Ley 24.536- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus protocolos anexos.

Sanción: 9-08-1995; Promulgación: 12-09-1995; B.O. 15-09-1995.

18- DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

Ley 24.460- Acuerdo por canje de notas con Brasil relativo a la incorporación de funcionarios consulares, suscrito en Buenos Aires el 26 de mayo de 1993.

Sanción: 8-02-1995; Promulgación: 7-03-1995; B.O. 13-03-1995.

Ley 24.488- Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos.

Sanción: 31-05-1995; Promulgación: 22-06-1995; B.O. 28-06-1995.

Ley 24.489- Servicio Exterior- aprobación del dec. 849/94.

Sanción: 31-05-1995; Promulgación: 23-06-1995 (Aplicación del art. 80 C. N.); B.O. 28-06-1995.

Ley 24.580- Acuerdo sobre inmunidades y privilegios de la agencia brasileño-argentina de contabilidad y control de materiales nucleares, suscripto en Río de Janeiro el 19 de mayo de 1993.

Sanción: 25-10-1995; Promulgación: 22-11-1995; B.O. 27-11-1995.

Ley 24.615- Protocolo sobre los privilegios, exenciones e inmunidades de INTEL SAT.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 19-01-1996.

19-EXTRADICIÓN

20-COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL Y COMERCIAL

Ley 24.324- Convenio de reconocimiento mutuo de certificados, títulos y grados académicos de educación primaria, media y superior suscripto con el gobierno de Colombia, hecho en

Buenos Aires el 3 de diciembre de 1992.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 15-06-1994; B.O. 17-06-1994.

Ley 24.326- Convenio de cooperación económica y comercial suscripto con Turquía, hecho en Ankara el 9 de mayo de 1992.

Sanción: 11-05-1994; Promulgación: 10-06-1994; B.O. 17-06-1994.

Ley 24.337- Protocolo adicional sobre reconocimiento de estudio suscripto con Paraguay, hecho en Asunción el 30 de octubre de 1992.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 6-07-1994; B.O. 8-07-1994.

Ley 24.338- Acuerdo por canje de notas suscripto con Chile relativo al reconocimiento de homologación de certificados de estudio y de egreso de instituciones educacionales de nivel primario o básico y secundario o medio, hecho en Santiago de Chile el 31 de julio de 1992.

Sanción: 9-06-1994; Promulgación: 4-07-1994; B.O. 11-07-1994.

Ley 24.351- Convenio cultural suscripto con el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hecho en Buenos Aires el 8 de octubre de 1990.

Sanción: 28-07-1994; Promulgación: 22-08-1994; B.O. 29-08-1994.

Ley 24.359- Acuerdo general de cooperación suscripto con la República de Armenia, hecho en Buenos Aires el 11 de junio de 1992.

Sanción: 31-08-1994; Promulgación: 21-09-1994; B.O. 27-09-1994.

Ley 24.362- Acuerdo de cooperación científico-técnico suscripto con el gobierno de Granada, hecho en St. George 's el 14 de julio de 1992.

Sanción: 31-08-1994; Promulgación: 21-09-1994; B.O. 27-09-1994.

Ley 24.388- Acuerdo de cooperación en materia Antártica suscripto con Italia, hecho en Roma el 6 de octubre de 1992.

Sanción: 26-10-1994; Promulgación: 22-11-1994; B.O. 25-11-1994.

Ley 24.507- Acuerdo de coproducción cinematográfica suscripto con Brasil, hecho en Buenos Aires el 18 de abril de 1995.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 11-07-1995.

Ley 24.512- Convenio de cooperación científica, técnica y económica suscripto con Jamaica, hecho en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1992.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 5-07-1995; B.O. 11-07-1995.

Ley 24.555- Convenio de reconocimiento mutuo de certificados de estudios, títulos y grados académicos de educación superior, suscripto con la República de Ecuador, hecho en Quito el 18 de febrero de 1994.

Sanción: 13-09-1995; Promulgación: 11-10-1995; B.O. 18-10-1995.

Ley 24.562- Acuerdo general de cooperación suscripto con la República de Letonia, hecho en Riga el 19 de marzo de 1992.

Sanción: 20-09-1995; Promulgación: 17-10-1995; B.O. 20-10-1995.

Ley 24.564- Acuerdo sobre cooperación económica- comercial suscripto con la República de Croacia, hecho en Buenos Aires el 2 de diciembre de 1994.

Sanción: 20-09-1995; Promulgación: 17-10-1995; B.O. 20-10-1995.

Ley 24.612- Convenio básico de cooperación técnica y científica suscrito con Chile, hecho en Santiago el 26 de agosto de 1994.

Sanción: 7-12-1995; Promulgación: 12-01-1996; B.O. 18-01-1996..

21-PAZ Y AMISTAD

22- DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Ley 24.584- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Sanción: 1-11-1995; Promulgación: 23-11-1995; B.O. 29-11-1995.

ANEXO

OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL.

Ley 24.411- Desaparición forzada de personas - Beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes-Requisitos-Alcances.

Sanción: 7-12-1994; Promulgación: 28-12-1994; B.O. 3-01-1995.

Ley 24.499- Desaparición forzada de personas - Beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causa habientes(Ley 24.411) Solicitud-Presentación-Prórroga del plazo.

Sanción: 14-06-1995; Promulgación: 7-07-1995(Aplicación del art. 80 C.N); B.O. 13-07-1995.

Decreto 1.374/94- Servicio exterior de la Nación-modificación del reglamento de la ley orgánica 20.957.

Fecha: 11-08-1994; B.O. 17-08-1994.

Decreto 1.947/94- Relaciones exteriores-Embajada de la República en la República Socialista de Vietnam-Creación .

Fecha: 4-11-1994; B.O. 10-11-1994.

Decreto 2.050/94- Consulado de la República en Punta Arenas-
Modificación de categoría.

Fecha: 17-11-1994; B.O. 24-11-1994.

Decreto 2.275/94- N.C.M.-Sustitución de la Nomenclatura del
Comercio Exterior-Modificación de las Res. 537/92 y
1.239/92.

Fecha: 23-12-1994; B.O. 30-12-1994(Suplemento).

Decreto 296/95- Consulado de la República en la ciudad de Belo
Horizonte- Brasil.

Fecha: 27-02-1995; B.O. 2-03-1995.

Decreto 322/95- Dirección Nacional de Migraciones-Fijación del
valor de las concesiones(art. 65 Ley 22.439) en la suma
de \$ 20.000- Tasas retributivas de servicios a partir del
9 de marzo de 1995.

Fecha: 6-03-1995; B.O. 8-03-1995.

Decreto 435/95- Seguridad Internacional-Aprobación de la Res.48/
75 adoptada por la Asamblea General de la ONU-
Suspensión transitoria de la exportación, venta, o
transferencia de minas antipersonales.

Fecha: 27-03-1995; B.O. 3-04-1995.

Decreto 849/95- Veto parcial de la Ley 24.488.

Fecha: 22-06-1995; B.O. 28-06-1995.

Decreto 231/95- Ciudadanía y naturalización-Sustitución del art. 2
del dec. 3.213/84.

Fecha: 2-08-1995; B.O. 7-08-1995.

Decreto 229/95- Tratado Antártico-Recomendaciones adoptadas en
la XVII Reunión Consultiva.

Fecha: 2-08-1995; B.O. 8-08-1995..

Decreto 274/95- Tratado Antártico-Recomendaciones adoptadas en la XVI Reunión Consultiva.

Fecha: 9-08-1995; B.O. 14-08-1995.

Decreto 366/95- Consulado General en Amsterdam-Cierre-Apertura de la sección consular en la Embajada de la República en el Reino de los Países Bajos.

Fecha: 17-08-1995; B.O. 23-08-1995.

Decreto 403/95- Desaparición forzada de personas. Beneficios para sus causahabientes. Reglamentación de la Ley 24.411.

Fecha 29-08-1995; B.O. 4-09-1995.

Decreto 942/95- Migración-Trámites que deben efectuar los refugiados-Eximición del pago de la tasa retributiva de servicios .

Fecha: 18-12-1995; B.O. 22-12-1995.

Decreto 998/95- Nomenclatura común del Mercosur-Modificación del dec. 2.275/94 .

Fecha: 28-12-1995; B.O. 29-12-1995(Suplemento). Fe de Erratas: B.O. 17-04-1996.

Decreto 256/96- Compañías de comercialización internacional-Consorcios de exportación o cooperativas de exportación de bienes y servicios. Régimen de compensación y reintegros. Normas.

Fecha : 14-03-1996; B.O. 18-03-1996.

Decreto 582/96- Seguridad internacional-Res. 986 adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 14 de abril de 1995.

Fecha: 31-05-1996; B.O. 11-06-1996.

Resolución 119/96-Dirección Nacional de Migraciones-Solicitudes de residencia que se remitan por vía postal-Aprobación de la Disp. 32/96.

Fecha: 23-01-1996; B.O. 5-02-1996.

Resolución 129/96-Migración-Extranjeros que permanecieron ilegalmente en el Territorio Nacional-Admisión y/o permanencia.

Fecha: 26-01-1996; B.O. 22-02-1996.

Resolución 20/96-Carta de ciudadanía-Modelo-Aprobación-Derogación de la Res. 97/89.

Fecha: 29-01-1996; B.O. 31-01-1996.

Resolución 451/96-Aduana-Importación de mercaderías que deberán ser autorizadas por la Comisión Nacional de Energía Atómica-Modificación de las Res. 2.018/93 y 3.342/93.

Fecha: 7-02-1996; B.O. 19-02-1996.

Resolución 452/96-N.C.E.-Exportaciones de determinadas mercaderías- Prohibiciones-Modificación de la Res. 2.053/93-Derogación de la Res. 439/95.

Fecha: 7-02-1996; B.O. 19-02-1996.

Resolución 286/96-Migración-Residencia para extranjeros-Constatación notarial de medios de prueba-Procedimiento-Aprobación de la Disp.3.019/95.

Fecha: 8-02-1996; B.O. 22-02-1996.

extensa, está dedicada al Derecho internacional convencional. Este primer volumen agrega varios apéndices al Capítulo I de la Tercera Parte (intercambio de notas relativas al *modus vivendi* comercial, modelos de acuerdos, de plenos poderes, de cartas reales....).

El *segundo volumen* está conformado por la Cuarta Parte, relativa a "Hechos y actos jurídicos internacionales" y la Quinta Parte dedicada a "Sujetos". Esta última se divide en siete capítulos: "Estado", "Insurgentes", "Gobiernos sin efectividad", "Naciones y Pueblos", "Santa Sede", "Orden de Malta" e "Individuos".

El *tercer volumen*, formado por las Partes Sexta ("Uniones e Instituciones Internacionales"), Séptima ("Órganos de los Sujetos") y Octava ("Derechos fundamentales de los Estados"), implica una novedad en relación a la sistematización de las dos series anteriores en tanto incorpora como temas de tratamiento a la Sociedad de Naciones y a otras organizaciones internacionales, como la OIT. Al igual que el primer volumen, incluye apéndices con modelos de *placet*, de cartas credenciales, de acreditación....

El *cuarto volumen* está conformado solamente por una Parte, la Novena, relativa a la "Condición Jurídica de los Individuos", ciudadanos y extranjeros de un Estado. Se ocupa también de la protección diplomática y consular, de los derechos del hombre y de los crímenes internacionales.

El *quinto volumen* contiene la Parte Décima, dedicada a cuestiones relativas a soberanía territorial, fronteras, relaciones de vecindad, Ejercicio de poderes soberanos, condominios internacionales, servidumbres internacionales, territorios internacionalizados, territorios neutralizados, mandatos, derecho del mar, de los ríos internacionales y del espacio aéreo.

El *sexto volumen* está dedicado a la "Responsabilidad internacional" (Parte Undécima), a la "Solución Pacífica de Controversias" (Parte Duodécima) y a las "Medidas Coercitivas y Empleo de la Fuerza" (Parte Décimotercera). La Undécima Parte revela una práctica enmarcada en la doctrina tradicional en materia de responsabilidad y reparaciones. Incluye, asimismo, la práctica italiana en la aplicación de medidas de acción directa, tales como las represalias, retorsiones y sanciones colectivas.

El *séptimo volumen* desarrolla el "Derecho Bélico" (Parte Décimocuarta) y comprende la guerra en general, la guerra terrestre, la marítima, la aérea, la neutralidad y la guerra civil. Este último aspecto es tratado en general y en lo que hace a la aplicabilidad de las normas del derecho bélico y las indemnizaciones a los extranjeros damnificados.

El *octavo volumen* contiene los índices de esta tercera serie de "práctica jurídica". Al igual que las dos series anteriores contiene un índice sumario de los volúmenes de la obra, un índice de casos, un índice analítico, un índice de actos internacionales, uno de leyes y otros actos normativos y un índice de nombres propios.

Resulta especialmente destacable el hecho de que buena parte de la obra esté desarrollada en cuatro idiomas: italiano, francés, inglés y castellano (vg.: Presentación, Introducción, Índices sumario y analítico), facilitando con ello el acceso de un mayor número de interesados a los encomiables resultados del trabajo.

Italia es uno de los países más ricos en tradiciones jurídicas, de allí la importancia de los casos seleccionados y de la fundamentación, del análisis y del comentario que realizan los investigadores a cada una de las prácticas consideradas. Esas intervenciones de los autores, breves pero enjundiosas, constituyen una verdadera contribución metodológica para la captación simplificada, pero profunda, de las circunstancias, dimensiones y relevancia jurídica, en el plano del Derecho internacional, de los casos seleccionados. Casos, que, según el propio decir del Prof. Marchisio, nos permiten aprender de la misma voz de los hombres que guiaron los destinos de Italia. El admirable esfuerzo del equipo dirigido por el Prof. Marchisio nos brinda los elementos para una labor analítico-inductiva de la dinámica con que ha evolucionado el Derecho internacional a través de la práctica de un Estado, indiscutidamente reconocido como el adalid del desarrollo jurídico en su más variada gama.

Zlata Drnas de Clément

URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA Y DREYZIN DE KLOR, ADRIANA. "DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL". FUENTES CONVENCIONALES, EDITORIAL ZAVALÍA, BUENOS AIRES, 1996.

La obra que nos ocupa es un meduloso trabajo de recopilación y sistematización de instrumentos de Derecho Internacional Privado y de Mercosur precedido de una nota preliminar.

En esta nota las autoras hacen una apretada aunque no menos clara síntesis de los avances alcanzados por el Derecho Internacional Privado a nivel mundial, americano y particularmente en el área de interés del Mercosur.

Comienza el texto que nos ocupa con una primera parte reservada a Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional, en la que se incluyen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos citados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, oportunidad en la que se agrega la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

La segunda parte, que calificaríamos de medular y de hecho la más extensa, que se encuentra dividida en capítulos comenzando por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y continuando con la importantísima obra de las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos (CIDIP) en sus cinco ediciones, oportunidad en la que se incluyen Convenciones aprobadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a las cuales ha adherido la República Argentina y aquellas de la Organización de las Naciones Unidas ratificadas por Argentina. Esta parte concluye con cuarenta y siete Convenios Bilaterales de Derecho Internacional Privado que fueron ratificados por nuestro país, clasificados por Estados.

La tercera y última parte está reservada a la Integración Regional dividida en sendos capítulos. El primero de ellos incluye los antecedentes inmediatos del Mercosur, partiendo del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración, mientras que el segundo se reserva exclusivamente a instrumentos de fundamental interés para el estudio del Mercosur, ocasión en que se incluyen desde el Tratado de Asunción de 1991 hasta el Protocolo de Ouro Preto de 1994, además de documentos emanados del Grupo Mercado Común y del Consejo de Ministros de Mercosur.

Es de destacar la importante tarea realizada por las sistematizadoras al incluir las respectivas leyes de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina, lo que facilita la aplicación de los instrumentos que forman parte de este valioso trabajo.

Concluye el mismo con dos índices, diagramado el primero de ellos conforme a las materias objeto de cada instrumento internacional incluido y el segundo conforme a la división antes expuesta, el que, además, permite conocer rápidamente el sistema de trabajo y de exposición utilizado por las dos universitarias cordobesas.

Finalmente cabe destacar la utilidad práctica de la obra que reseñamos, tanto para el estudioso del Derecho Internacional Privado como para abogados, magistrados y funcionarios encargados de la aplicación práctica de la normativa presentada en esta oportunidad en forma tan accesible.

Graciela R. Salas

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA. "DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. CASOS PRÁCTICOS", MARCOS LERNER EDITORA CÓRDOBA, CÓRDOBA, 1995, 286 PÁGINAS.

La obra que en esta oportunidad reseñamos, es la primera de esta carácter que se edita en nuestro medio, y tal vez por ello, además del contenido que analizaremos a continuación, le auguramos y deseamos un marcado éxito.

Este trabajo se divide en dos partes principales: la primera de ellas reservada a consignas de trabajo en ochenta y un temas diferentes que comienzan con los Principios de la Carta de las Naciones Unidas para finalizar con Jurisprudencia: sentencia-opinión consultiva, pasando por aspectos relacionados con los sujetos, solución de controversias, tratados, derechos humanos, entre otros.

La segunda parte, que estimamos sumamente importante y la más extensa, incluye documentos internacionales con una división interna conforme a los tribunales internacionales de los cuales emanan las resoluciones citadas, partiendo de sendos casos resueltos por la Corte Permanente de Justicia, incluye luego algunos párrafos sobresalientes de catorce procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia, uno del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, dos de la Corte Americana de Derechos Humanos, dos del Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea, tres recientes sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyendo con sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a Namibia, de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, y el 11° Protocolo - Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Europeas emanado del Consejo de Europa.

Como características de este trabajo podemos señalar que, enunciado un tema, se cita documentación a tener en consideración y a continuación se fijan consignas de trabajo, todo lo cual permite la aplicación práctica de conceptos estudiados por los alumnos con la guía del profesor, y a éste le facilita la tarea de cierre de la tarea docente.

Es sin dudas una importante obra que ve la luz como un primer paso en un largo camino.

Graciela R. Salas

REMIRO BROTONS, ANTONIO "CIVILIZADOS, BÁRBAROS Y SALVAJES EN EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL", ESTUDIOS CIENCIAS JURÍDICAS, MC GRAW HILL, MADRID, 1996, 222 PÁGINAS.

Es este uno de esos trabajos cuyo ritmo por momentos vertiginoso, lo constituye en una suerte de brisa fresca que sacude las tradicionales hojas de un tradicional árbol que por un largo periodo se hubieran mantenido inmóviles, paralizadas por el verano, y ello queda corroborado por las palabras de su autor en cuya presentación manifiesta que su intención ha sido que "su lectura fluyera como las aguas de un río..." y a tales efectos utiliza versos de Alvaro Mutis "...para marcar las pausas sin marcar silencio...". Es precisamente esa una de las características de la obra pues cada capítulo está encabezado por un verso de ese autor en lugar de una clásica numeración.

"Un orden donde el tiempo ha perdido la engañosa condición de sus poderes" abre el desarrollo de la trilogía constituida por civilizados, bárbaros y salvajes, a partir de la posición de EE.UU. ante la Guerra del Golfo y la articulación de un nuevo orden internacional conforme a la visión del Presidente G. Bush compartida por Mijail Gorbachov.

A lo largo de su trabajo, con un lenguaje fluido que a veces parece surgir a borbotones, analiza y discute la posición de F. Fukuyama a partir de su obra "The End of History?" y otras obras posteriores del mismo autor, como así también de su crítico, el profesor de Harvard Samuel P. Huntington.

En esa verdadera vorágine aborda diversos temas como los derechos humanos, el desarme, el uso de la fuerza y el rol de Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la llamada disuasión humanitaria y la injerencia anti-humanitaria y el divorcio de la situación real con la normativa surgida a partir del accionar de la organización mundial, ante la pregunta sobre ¿cuál ha sido la sanción por las infracciones a la misma?

En este ámbito cabe destacar la permanente referencia a cuestiones relacionadas con América más allá de la consabida presencia de EE.UU., abarcando en la O.E.A. y a sus miembros. Y es aquí donde debemos colocar el acento en una óptica que no es habitual en los internacionalistas europeos: una visión del mundo que no se centra exclusivamente en el viejo continente, analizando diversos temas aun desde la óptica de países del tercer mundo. Así nos dice: *"No juguemos con las necesidades del Tercer Mundo, moviendo las fichas del primero. No demos por descontado que ellos quieren lo que nosotros queremos que quieran. No acabemos suscribiendo planes*

que, bajo la apariencia de espectaculares avances normativos, suponen lamentables retrocesos institucionales".

Es así que promediando este trabajo otro capítulo es encabezado como sigue "¿Quién convocó aquí a estos personajes? ¿Por qué se han permitido usar el tiempo y la sustancia de mi vida?, y como es de esperar está dedicado a analizar la tensión entre las grandes potencias y el tercer mundo, así al referirse a la legitimidad internacional del Estado, dice: *"Y la enseñanza es: no basta con hacer proposiciones normativas. Estas, si no van acompañadas por un serio esfuerzo institucional que impida los abusos de quienes encuentran en ellas una renovada tapadera para sus arbitrariedades, acaban siendo contraproducentes"*.

Y a estas alturas ya la brisa fresca se ha transformado en una verdadera llamarada que arremete contra realidades y circunstancias a las que pocos autores se atreven mencionar en lo más mínimo.

Bajo el título "Nunca te será dado entrar en la ciudad de Tashkent, la ciudad donde reina la abundancia" aborda la problemática de los conflictos civiles y fronterizos con base étnica y religiosa en el que efectúa una revisión de los más recientes como Somalia, Ruanda y Sudán o los innumerables conflictos existentes en la Europa oriental, sin que escape a su análisis la influencia de aspectos económicos y sociales, o aún los fundamentalismos, que se encuentran en la base de estos estallidos, como así también los problemas planteados por la sucesión de Estados, haciéndolo a veces con un lenguaje duro, descarnado.

Tal como era de esperar del título impuesto a este trabajo, el concepto de civilización ocupa un lugar importante en la segunda parte cuando, bajo el título "Un espectro desvaído te dirá algunas palabras del pasado", realiza un análisis de hechos que a través de la historia cubrieron intereses geopolíticos con un manto religioso o aún cultural, oportunidad en que no escapa a su lupa implacable ni el cristianismo en sus diversas etapas (España y su escolástica incluidos) ni el islamismo hasta la actualidad, y a renglón seguido afirma que *"El nuevo orden que ahora algunos nos proponen es en cierto sentido de reestreno"*.

En efecto, la trilogía que da nombre a su trabajo, largamente conocida en la historia del mundo, le merece un especial comentario sobre la obra de J. Lorimer (The Institute of the Law of the Nations) donde precisamente recuerda "A la humanidad *'civilizada'*", según Lorimer, correspondía un reconocimiento político completo, lo que suponía la aplicación integral del Derecho Internacional *racional y positivo*. A la humanidad *bárbara* correspondía un reconocimiento político parcial, lo que suponía la aplicación restringida y variable del Derecho Internacional *positivo*. A la humanidad *salvaje*, por último, correspondía un reconocimiento puramente natural o

humano, lo que suponía el respeto, tan sólo, de los principios humanitarios del Derecho racional". A partir de esta clasificación efectúa algunas consideraciones acerca del dispar destino de aquellos territorios que fueron encuadrados en cada una de esas categorías y los reiterados desmanes cometidos en su nombre.

De regreso a los tiempos actuales se ocupa del *choque de civilizaciones* y del *multiculturalismo* producidos aún a nivel interno de los Estados donde se atreve a predecir que la *desoccidentalización* supone la *desamericanación* de los Estados Unidos que seguirán a la Unión Soviética, la otra superpotencia cuya ideología es más definida, al cementerio de la historia.

Una y otra vez regresa al rol de la gran potencia americana, analizando a veces sus actividades como tal en el ámbito meramente político, para concluir con su actitud ante las Naciones Unidas, su visión del principio de solidaridad, su principio de liderazgo.

Le merece un capítulo aparte toda la problemática de la articulación del *Sur* tanto en el medio político cuanto en el económico, su relación con el *Norte* y su rol en la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo, los derechos humanos, el medio ambiente, para concluir con un ríspido análisis sobre el reciente desempeño del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y sus posibles reformas.

En fin, podemos concluir como lo hace su autor en la contratapa cuando afirma que "*Este libro ha sido escrito sólo para seres vivos*".

Graciela R. Salas

GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA "MODERNO DERECHO INTERNACIONAL Y SEGURIDAD COLECTIVA", EDITORIAL ZAVALÍA, BUENOS AIRES, 1995, 427 PÁGINAS.

En esta oportunidad la Dra. Hortensia D. T. Gutierrez Posse nos ofrece la posibilidad de ingresar al estudio de la seguridad colectiva con una óptica que calificaría estrictamente jurídica aunque sin soslayar los aspectos políticos que se encuentran en la base de esta problemática.

A través de cinco capítulos desarrolla un verdadero abanico de posibilidades en su análisis, en el que nos permitimos resaltar su óptica argentina, siguiendo la senda trazada por los grandes maestros nacionales de nuestro siglo.

En efecto, partiendo de una fecha precisa (1919), vuelve atrás en la historia del mundo hasta llegar al Imperio Romano, a partir del cual desgrana diversos acontecimientos históricos que marcan verdaderos hitos políticos y que tuvieron influencia en

el desarrollo del actual concepto de seguridad colectiva. En consecuencia, el primer capítulo está reservado al período mencionado, hasta 1945 incluida la Segunda Guerra Mundial.

A continuación efectúa un enfoque general del sistema de las Naciones Unidas para enfocar la interpretación de sus principios por parte de la propia Organización, a través de las diversas discusiones y resoluciones que fueron creando el actual sistema, respecto del cual la Dra. Gutierrez Posse resalta la confluencia del mismo hacia el bienestar del ser humano, en lo que personalmente nos recuerda una obra anterior de la misma autora (Los Derechos Humanos y las Garantías, Buenos Aires, 1988).

El tercer capítulo es el que podríamos calificar demarcadamente político. En efecto, mediante un pormenorizado análisis del desarrollo de los hechos a nivel mundial que siguieron a la finalización de la Segunda Guerra, va puntualizando ocasiones en las que fueron cuestionados algunos de los principios enunciados en la Carta de San Francisco, todo ello dividido en etapas iniciada una por la guerra fría y la otra a partir de la caída del Muro de Berlín y los diferentes cambios operados en el panorama mundial dentro de cada una de ellas.

Retoma a continuación el tratamiento de la seguridad colectiva desde un punto de vista estrictamente jurídico marcando permanentemente su contacto con las relaciones internacionales, en un sentido de mutua interacción puesto de relieve más precisamente en las conclusiones, y adoptando una posición clara respecto de la discusión acerca de la existencia o no de una sociedad internacional. Asimismo, una referencia al rol protagónico del Papa Juan Pablo II reintroduce el valor de la persona humana en el contexto de todo el trabajo que reseñamos, tal como quedó dicho más arriba.

En la quinta y última parte los modernos conflictos armados son objeto de un moderno estudio, siempre a la luz de la Carta de las Naciones Unidas, aunque partiendo siempre de la normativa vigente especialmente a partir de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907. Así, analiza en forma clara, concisa y equilibrada, los conceptos de guerra, beligerancia y neutralidad para arribar a la protección de las víctimas, resaltando la evolución operada en el derecho internacional humanitario a partir de los hechos que se produjeron antes y durante la última conflagración mundial.

A modo de conclusión efectúa una síntesis de los temas desarrollados para concluir con una frase que, estimamos, es un verdadero broche de oro de este trabajo, motivo por el cual nos permitimos reproducirla: "... *El moderno derecho internacional, integrado por un subsistema de coordinación y un subsistema de cuasi-subordinación, es el instrumento jurídico adecuado para hacer frente a los desafíos de la hora, pero su eficacia dependerá de la voluntad política para superarlos*".

Descamos, finalmente destacar en esta impecable obra la importancia de las cuatrocientas veintinueve notas de pie de página, a través de las cuales nos remite a importantísima bibliografía y documentación internacional, que demuestra el rigor científico del trabajo de la profesora argentina.

Graciela R. Salas

IN MEMORIAM

MANUEL A. VIEIRA

El 11 de junio de 1996 ha fallecido en Montevideo el eminente Profesor uruguayo Manuel A. Vieira, quien fuera Miembro Fundador de la *Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI)*. Destacamos esta circunstancia ya que ha sido el único uruguayo participante en el *Primer Seminario de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional* (3 a 6 de noviembre de 1968 - Rosario - Argentina), cuya primera resolución, sentó las bases del edificio institucional de lo que es hoy la *AADI*. Manuel Vieira integró el *Consejo Directivo de la AADI* entre 1979 y 1981 y fue Relator en el VI Congreso Ordinario (Mar del Plata, 1981) sobre el tema "Derecho Internacional Privado Marítimo". Su continuada y viva participación en la Institución, ha dejado un cálido e imborrable recuerdo y una rica herencia.

Nacido en 1917, egresó de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la República Oriental del Uruguay con el título de Abogado. En esa misma Facultad habría de ejercer con profunda vocación la docencia como Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público, asignaturas que constituyen la columna vertebral de los estudios a los que se dedica la *AADI*. Su vocación por la enseñanza lo llevó a desempeñarse como Profesor también en otras prestigiosas instituciones, entre ellas: Escuela Militar, Instituto Militar de Estudios Superiores, Escuela de Guerra Naval, Escuela de Comando Aéreo, Cancillería, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. Separada y especialmente, deseamos destacar su participación como docente, en dos oportunidades, en los codiciados Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (*1970: *El Derecho Internacional Privado frente al Proceso de Integración en América Latina*; *1984: *La Evolución Reciente de la Extradición en el Continente Americano*). Su dedicación y calidad científica y pedagógica también pudo ser apreciada en múltiples centros especializados de Argentina, Brasil, Venezuela, Italia, Francia, Suiza...

La sólida preparación jurídica de Vieira y la confiabilidad de su persona, lo llevaron a desempeñarse en destacadas funciones a nivel nacional e internacional. Entre algunas de ellas merecen ser destacadas las siguientes: Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, Juez sumariamente en relación con el otorgamiento de asilo diplomático en Cuba, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la República Oriental del Uruguay, Director de la Autoridad Central del Ministerio de Justicia, Miembro y Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

Ha cimentado su renombre internacional la larga lista de enjundiosos libros y artículos publicados en distintos países, como así también, su pertenencia a destacadas instituciones especializadas en Derecho, tales como el *Instituto Hispano-Lusoamericano*, *UNIDROIT*, *Parlamento Latinoamericano*, *American Society of International Law*, *Institut Canadie-Interaméricain de Recherches*.

Al perder a Manuel Vieira, no sólo hemos de lamentar la desaparición de un eminente internacionalista, también, tristemente, pesa sobre nosotros el vacío que deja la partida de un hombre que supo infundir en otros perdurable entusiasmo y sincero calor humano.

La AADI ha resuelto que el próximo congreso ordinario, lleve su nombre.

El Director

Se terminó de imprimir en el mes de
Mayo de 1997 en los Talleres Gráficos de

MARCOS LERNER EDITORA CORDOBA

Administración: Duarte Quiros 545 Loc. 2 y 3 - Tel/fax: 229333

Talleres: Francisco De Paula Castañeda 1183 - Tel.: 683649

Córdoba - República Argentina

