

# SOLUCION JUDICIAL DE CONTROVERSIAS

El Derecho Internacional  
ante los tribunales  
internacionales e internos

## Compiladoras

María Teresa Infante Caffi  
Rose Cave Schnöhr

## Autores

Raimundo Barros – Cecilia Medina  
Santiago Benadava – Francisco Orrego  
María Teresa Infante – Rodrigo Ravilet  
Jeannette Irigoín – Hernán Salinas

Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile  
Sociedad Chilena de Derecho Internacional

**Obra patrocinada por el Ministerio Secretaría General  
de Gobierno de Chile.**

**Universidad de Chile, 1995**

**Inscripción N°95.228**

**Derechos exclusivos reservados para todos los países**

**ISBN 956-7350-06-X**

**Texto compuesto en el Instituto de Estudios  
Internacionales de la Universidad de Chile**

**Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile  
Condell 249 – Providencia  
Casilla 14187 – Suc. 21  
Santiago – Chile**

**HECHO EN CHILE / PRINTED IN CHILE**

# **SOLUCION JUDICIAL DE CONTROVERSIAS**

El Derecho Internacional  
ante los tribunales  
internacionales e internos

**Compiladoras**

María Teresa Infante Caffi

Rose Cave Schnöhr



Figure 1

1

2

3

4

# INDICE

---

|  |   |
|--|---|
| Autores  | 5 |
| Presentación de la obra<br><i>María Teresa Infante Caffi</i> | 7 |

## I PARTE

### **El Derecho Internacional ante los Tribunales Internos y la Práctica Chilena**

|   |    |
|---|----|
| The implementation of the international law of human rights by the judiciary: new trends in the light of the Chilean experience.<br><i>Francisco Orrego Vicuña y Francisco Orrego Bauzá</i> | 15 |
| La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno.<br><i>Jeannette Irigoien Barrenne</i>   | 33 |

## II PARTE

### **Los Tribunales Internacionales. Vigencia y Perspectivas**

|   |    |
|---|----|
| Perspectivas de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia<br><i>Rodrigo Ravilet</i> | 51 |
| Las opiniones consultivas "obligatorias" de la Corte Internacional de Justicia<br><i>Santiago Benadava</i>                          | 85 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b><br><i>Cecilia Medina Quiroga</i>  | 95  |
| <b>Solución de controversias en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar</b><br><i>María Teresa Infante Caffi</i> | 123 |
| <b>El Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoeslavia</b><br><i>Hernán Salinas Burgos</i>   | 147 |
| <b>Integración regional y estructuras jurídicas</b><br><i>Raimundo Barros Charlin</i>   | 175 |

## AUTORES

*Raimundo Barros Charlin*, profesor de derecho internacional económico Universidad de Chile, ex-embajador de Chile en Uruguay y ante ALADI. Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

*Santiago Benadava*, profesor de derecho internacional Universidad de Chile, ex-embajador en Israel y ante la Sede Sede para la Mediación Pontificia sobre el Diferendo Austral. Miembro del Tribunal Arbitral en el diferendo chileno-argentino sobre la región de Laguna del Desierto.

*Maria Teresa Infante Caffi*, profesora de derecho internacional Universidad de Chile y Academia Diplomática de Chile, ex-Directora del Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile. Presidenta de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional.

*Jeannette Irigoien Barrenne*, Magíster en Estudios Internacionales, Doctorado (c) Universidad Complutense de Madrid. Profesora de derecho internacional del Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho Universidad de Chile. Directora Sociedad Chilena de Derecho Internacional.

*Cecilia Medina Quiroga*, Doctora en Derecho Internacional Universidad de Utrecht, profesora de derecho internacional Universidad Diego Portales. Miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

*Francisco Orrego Vicuña*, Doctor en Derecho Internacional London School of Economics, profesor de derecho internacional Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho Universidad de Chile, director Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Membre associé del Institut de Droit International y miembro del Tribunal Administrativo del Banco Mundial.

*Francisco Orrego Bauzá*, abogado, Estudio Allard, Orrego y Cía. Investigador en materias jurídicas del Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago.

**Rodrigo Ravilet**, egresado de derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro del equipo chileno a la 1994 Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, Washington D.C.

**Hernán Salinas Burgos**, Magister en Derecho Internacional Universidad de Chile, profesor de derecho internacional Universidad de Chile y Universidad de Los Andes, director Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Sub director de Asuntos Jurídicos Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

# Presentación

María Teresa Infante Caffi

**L**A obra **Solución Judicial de Controversias. El Derecho Internacional ante los Tribunales Internacionales e Internos** es fruto del trabajo conjunto de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional con el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, en una tarea que tuvo como punto de partida las XIII Jornadas de la Sociedad realizadas en el mes de enero de 1995. Estas Jornadas fueron inauguradas con las palabras del profesor Edgardo Riveros Marín, Subsecretario General de Gobierno, quien destacó la importancia de la solución pacífica de las controversias como un principio fundamental de convivencia y la vigencia del orden jurídico en las relaciones entre los Estados, así como en el ejercicio de sus competencias en el plano interno.

En su origen, esta obra colectiva se inspiró en la idea de que existía una carencia de estudios sobre los diversos problemas y situaciones que se estaban planteando con frecuencia en el ordenamiento jurídico interno chileno en cuanto al reconocimiento y aplicación del derecho internacional vigente para el país. Una serie de temas coyunturales o de mayor trascendencia se ha ido presentando en la tarea normal de los tribunales chilenos, planteando tanto cuestiones doctrinales como la necesidad de avanzar hacia una jurisprudencia más consistente con la supremacía del derecho internacional sobre las normas de origen interno.

Con ese espíritu, las Jornadas anuales de la Sociedad acogieron la iniciativa de examinar las principales interrogantes en que se debate el trabajo de nuestros tribunales internos, y

que se acrecienta con la vigencia del Artículo 5 de la Constitución Política que en su inciso segundo incluye desde 1989, una referencia expresa a los "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" como fuente de la garantía de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La tarea de promoción y respeto de tales derechos que la Constitución encomienda a los órganos del Estado constituye un mandato delicado para los órganos judiciales chilenos, a cuya aplicación e interpretación se dejó la responsabilidad primordial de dar sentido concreto a la disposición constitucional. Del conjunto de presentaciones expuestas en las XIII Jornadas, este libro recoge trabajos particularmente ilustrativos de los diversos ángulos que ofrece el derecho convencional y las normas consuetudinarias relativas a los derechos humanos y su rol efectivo en las controversias que se suscitan ante los tribunales nacionales.

La tarea no resulta fácil por cuanto nuestra tradición jurídica, expuesta en estudios clásicos por el Profesor Santiago Benadava, no se ha guiado siempre por los mismos conceptos y empieza en una época más bien reciente a asimilar las consecuencias jurídicas de la participación en un orden internacional que se refiere de manera creciente y directa a la persona humana en sus más diversas facetas.

La obra se publica teniendo en cuenta que tanto constitucionalistas como internacionalistas, si bien tienden a situarse desde posiciones originalmente distintas, toman parte en un mismo debate que merece ser iluminado simultáneamente desde ambas especialidades en la búsqueda de definiciones que conjuguen el ejercicio de la justicia razonada para cada caso, con la superación de los conflictos entre normas de diverso origen y que deben compatibilizarse.

En la medida en que el país participe más intensamente en el sistema internacional y en que éste desarrolle otros mecanismos de armonización de normas internas, de legislación internacional, supervisión, promoción y solución de controversias, la actualidad de este tema será más evidente y habrá

que proporcionar respuestas adecuadas desde una perspectiva académica especializada, así como de parte de los propios órganos del Estado.

La documentada contribución que incluye este libro acerca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contrasta con el análisis crítico acerca de la precariedad de los mecanismos regionales en otros ámbitos de la cooperación e indica que aún faltan etapas de desarrollo institucional en procura de una adecuada ecuación entre el orden interno de los Estados y la protección de la persona humana sobre la base de normas comunes, principios generales e internacionalmente vigentes.

Por otra parte, los cambios y evoluciones profundas que experimenta el sistema jurídico interno chileno han tenido un paralelo en la renovación del interés por la vigencia de los tribunales internacionales.

Esta obra ilustra acerca de la permanencia de temas que si bien no se han suscitado solamente en estos tiempos, como los alcances de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, se plantean en un escenario internacional en que podría suponerse una mayor adhesión a la función de los tribunales internacionales, y en consecuencia, a la de ese órgano judicial de las Naciones Unidas. El trabajo sobre las opiniones consultivas "obligatorias" que incluye esta obra, constituye una clara indicación de las variadas hipótesis en que un sistema internacional más bien reacio a someterse a tribunales permanentes, ha concebido mecanismos originales para resolver controversias que pueden incluso implicar cuestiones políticas de alta sensibilidad, pero no por eso menos susceptibles de una solución jurídica.

Por otra parte, nuestra época asiste a un fenómeno singular de creación jurídica mediante decisiones que adopta el órgano político supremo de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad. En este proceso, destaca la creación de dos tribunales internacionales destinados a procesar y juzgar a individuos acusados de delitos particularmente graves contra el

derecho internacional, para los casos de Rwanda y la ex-Yugoeslavia. A este último se dedica el estudio que incluimos en este libro, iniciando una tendencia normativa que procura acelerar la adopción de mecanismos internacionales eficaces para hacer frente a violaciones graves al orden internacional en perjuicio de la persona humana, en particular en situaciones de conflicto armado. Se advierte que en la práctica esta decisión coincide con una revitalización del interés por adoptar normas acerca de la creación de un tribunal penal internacional de competencia general para situaciones de diferente origen y no sólo para casos específicos.

Dentro de esta tendencia que suponemos persistirá en esta década, resulta de interés destacar la incidencia en el rol más activo del derecho en las relaciones entre los Estados, de la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en noviembre de 1994.

Junto con ella, entran en vigencia sus mecanismos de solución de controversias estructurados en un esquema novedoso y de especial significación como precedentes para otros tratados más recientes. La adopción de una convención sobre especies transzonales y altamente migratorias en el presente año que reenvía a las disposiciones de esa Convención, ha confirmado la importancia de esa negociación. Entre los mecanismos e instrumentos sobre los cuales los Estados podrán ejercer el derecho de opción en virtud de estos instrumentos, un Tribunal Internacional del Derecho del Mar iniciará su operación a partir de 1996 y a éste se dedican algunas secciones de esta obra.

La Sociedad Chilena de Derecho Internacional y el Instituto de Estudios Internacionales agradecen especialmente el apoyo prestado por el Ministerio Secretaría General de Gobierno que ha permitido decisivamente llevar adelante este proyecto. El libro no agota todas las materias que hubiéramos deseado incluir en los diferentes capítulos, tampoco incluye a todos los profesores y especialistas que han hecho un aporte en Chile al estudio de los temas que aquí tratamos. Confiamos, con la ayuda de los centros académicos, academias e

investigadores, continuar en esta labor de profundización y difusión del derecho internacional para provecho de la comunidad jurídica, del desarrollo institucional del país y de su participación en el sistema internacional.

Finalmente debemos reconocer el esfuerzo de quienes han hecho posible la preparación y compilación de esta obra, señoras Rose Cave, Patricia Sánchez y Magdalena Arellano, sin cuyo apoyo no habríamos podido llevar adelante la lectura y revisión de los trabajos.

Diciembre de 1995



# **I PARTE**

**El Derecho Internacional  
ante los Tribunales Internos  
y la Práctica Chilena**

# The Implementation of the International Law of Human Rights by the Judiciary: new trends in the light of the Chilean experience\*

Francisco Orrego Vicuña  
Francisco Orrego Bauzá

## 1. New dimensions of the implementation of the law of human rights

**T**HE implementation of the law of human rights by the Judiciary has been the subject of a long debate in Chile as elsewhere in the world.<sup>(1)</sup> This debate is in part related to issues of domestic law and procedure but mostly it involves important questions concerning international law. The fact that the most substantive developments of the law of human rights have taken place by means of treaties and covenants has inevitably meant that the implementation of international law in the domestic legal orders is at the very heart of this discussion. To the extent that new rules of customary international law may be identified in the field of human rights this will result in an additional dimension of the relationship between international law and domestic law. The recognition of human rights as a paramount concern of the international community is also leading to the enactment of particular and

---

\* Este estudio fue presentado a la Conferencia sobre la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Nacionales, realizada en 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Siena, Italia.

more effective rules for the implementation of this body of the law.

This article will examine firstly the implementation of international law in the Chilean legal system, with reference to both customary and conventional international law. Next it will discuss the consequences of such provisions in the light of the specific issues relating to the implementation of human rights by the Judiciary and the shortcomings and criticism that have emerged in this context. Thirdly, the article will discuss the constitutional amendments enacted to provide for a more effective implementation of the international law of human rights and the decisions adopted under these new arrangements. In concluding, the relationship between this evolution and current trends in international law will also be examined.

## 2. International law in Chilean Courts

**C**HILEAN courts have followed a rather open attitude as to the implementation of customary international law by means of their decisions.<sup>(2)</sup> This has been certainly the case when the domestic legal order refers in an express manner to customary international law or more generally to the rules of international law. But interestingly enough this is also the case when there are applicable rules of customary law available even if domestic legislation does not make a specific referral to them. It is quite true that occasionally the language used by judicial decisions is not entirely uniform, interchanging for example expressions such as "principles" of international law with "general rules" or "customary" international law, but none of it alters the fundamental trend allowing for the automatic and direct implementation of international law in the domestic order.<sup>(3)</sup>

When a situation of conflict arises between a rule of customary international law and a rule embodied in the domestic legislation, decisions of Courts have been somewhat less consistent. At an early stage, a line of decisions favoured the prevalence of domestic legislation,<sup>(4)</sup> but this

was dramatically overturned when the Supreme Court ruled in 1955 that "even in the assumption that national legislation could be applicable, the principles of international law shall prevail in such cases..."<sup>(5)</sup> However, as it will be examined further below, not always were the logical consequences of this change relied upon in deciding on issues of human rights.

Less open has generally been the attitude of courts regarding the application of conventional international law. Underlying this different approach there is an important problem of legal construction under constitutional and domestic law relating to the identification of treaties with a domestic statute. In point of fact, with the exception of few decisions and even less fewer authors, legal opinion has generally favoured in Chile such an identification what has resulted in the requirement of having treaties approved by Congress and then have them "promulgated" and published like any ordinary statute.<sup>(6)</sup> The omission of such requirements has generally impeded the application of treaties by courts and the administration.

Under the Constitution of 1925 this was basically a problem of interpretation since there was no express requirement to that effect.<sup>(7)</sup> However, as it was stated in a legal opinion of the Ministry of Foreign Affairs "... the binding effects of a treaty in the domestic sphere only arise as of its publication in the Official Gazette; a non published treaty lacks in Chile binding effects and following the opinion of courts cannot be applied by the Judiciary".<sup>(8)</sup> Promulgation and publication were expressly required since 1974<sup>(9)</sup> but under the present Constitution of 1980 this has become again a problem of interpretation since the latter identifies a treaty with a statute only for the purpose of the procedural arrangements for its approval in Congress. It follows that not necessarily treaties should be then promulgated and published as a statute, but here again opinions are divided and the traditional restrictive attitude tends to prevail more as a matter of custom than of a strict legal obligation.<sup>(10)</sup>

Both the Constitution and practice allow for various kinds of executive agreements which do not need to be submitted to the approval of Congress with the important limitation that such agreements cannot deal with matters which under the Constitution require the passing of a statute.<sup>(11)</sup> However, the simplified procedures envisaged in the case of these agreements refer only to the omission of parliamentary approval but not to the issue of promulgation and publication which has still to be observed.

### 3. Issues of conflict before the Courts

**O**NCE a treaty has followed the above mentioned procedures and is consequently applicable in the domestic sphere there arises the related issue of its eventual superiority over domestic law. A number of judicial precedents evidence that Chilean courts have tended to rely on international law in deciding a case, thus ensuring the superiority of international law over domestic statutes.<sup>(12)</sup> There are also important cases in which the automatic incorporation of customary international law has been recognized by the courts and applied accordingly.<sup>(13)</sup> International law writers generally agree that this is the right approach for the application of international law in Chile.<sup>(14)</sup>

It does not follow, however, that a judicial tradition has been firmly established in this context since there are also cases where the courts have upheld domestic law above international law.<sup>(15)</sup> This is particularly the case when the conflict arises between a treaty and a subsequent contradictory statute since the Court may be inclined to apply the rule enacted later in time. This is yet another consequence of having assigned to a treaty the same legal hierarchy of a domestic statute.

If a conflict arises between a rule of international law and a provision of the Constitution the situation will be further complicated by the fact that courts will generally approach the question with added caution. This of course is not a peculiarity of the Chilean case but of many other legal

systems as well.<sup>(16)</sup> There is no question that from the viewpoint of international law the argument that constitutional provisions prevail over treaties would not stand, but from the point of view of a constitutional court, however, it is most probable that the Constitution will be upheld unless its very clauses might provide for the supremacy of the international rule.

#### 4. The international law of human rights in Chilean courts

**W**HEN the complex framework of both procedural and substantive rules explained above is applied to the specific field of the international law of human rights the shortcomings of such domestic legal system become more evident and hence the criticism becomes stronger in turn. The study of the many relevant cases submitted for the adjudication of Chilean Courts reveals the difficult issues that have to be addressed in relation to the international law of human rights and the fact that the decisions reached cannot always be considered quite satisfactory.<sup>(17)</sup>

It should firstly be born in mind that to the extent that the law of human rights can be identified with rules of customary international law, these could be applied automatically in the Chilean legal system. However, the evidence about the formation of rules of customary international law is of course difficult to obtain and many times practice will be contradictory; still more difficult would be to prove the existence of rules *erga omnes* or of *jus cogens* in the matter, an approach which has been favoured by some writers.<sup>(18)</sup> It is interesting to note that in spite of these difficulties some decisions of Chilean courts and the separate opinion of some judges have relied on general principles of law, with particular reference to the Universal Declaration of Human Rights, for the adjudication of human rights cases.<sup>(19)</sup>

In most cases the issue before the courts will concern the application of treaties on human rights. Three important cases dealt specifically with the issue of the application of

the United Nations Covenant on Civil and Political Rights. The first case involved a recourse on *habeas corpus* interposed by two distinguished lawyers and politicians who had been expelled on government orders from Chile in application of domestic legislation enacted at the time of the military government. The main argument invoked by the plaintiffs was that the Covenant had been ratified by Chile and had entered into force and therefore its provisions prevailed over domestic legislation. However, both the Court of Appeals of Santiago and the Supreme Court ruled that since the Covenant had not been promulgated it could not constitute the legal basis for the derogation of the domestic legislation at issue.<sup>(20)</sup>

The second case concerned also a situation of expulsion from the country based this time on the application of a transitory rule of the Constitution. The recourse on *habeas corpus* interposed argued that on this occasion the Covenant had been indeed promulgated and it should be applied in spite of the fact that it had not yet been published in the *Official Gazette*. But again the Court of Appeals of Santiago and the Supreme Court were of the opinion that publication was an essential requirement for the Covenant to be legally enforceable in Chile and like any ordinary statute could not have binding effects unless promulgation and publication had been observed.<sup>(21)</sup> In the third case a recourse of protection was interposed in order to compel the government to proceed with the publication of the Covenant, but the Court of Appeals of Santiago ruled that since the publication had not been made plaintiff had only the expectancy of acquiring given rights and this was not enough to request protection of such potential rights from the Courts.<sup>(22)</sup>

In all three cases the procedural problems associated with equating a treaty with an ordinary statute became quite apparent. In addition to the opinion of some writers to the extent that promulgation and publication of treaties was not necessary in Chile, a Conference of Chilean Lawyers took the view that specifically the treaties on human rights which

had been ratified and approved by Congress had a full legal effect in Chile without the need of promulgation and publication and that in the event of doubt judges could always request the official text of those treaties from the Ministry of Foreign Affairs.<sup>(23)</sup> The distinction between self-executing and non-self-executing treaties has also been made by Chilean writers,<sup>(24)</sup> but just as in the case of executive agreements this has not solved the problem of promulgation and publication and has only helped to dispense with the need of further legislative action by Congress.

Beyond the issue of procedural requirements a few cases have dealt with situations of conflict between a treaty rule and a provision of the Chilean Constitution. The Constitutional Court decided in 1987 a case in which the Covenant was invoked as prevailing over a provision of the Constitution allowing for the possibility of sanctions against Chileans entering the country illegally. The Court, relying on some citations from Kelsen, came to the conclusion that "constitutional rules prevail in the domestic order over the provisions contained in treaties".<sup>(25)</sup> Although, as explained above, a few decisions of courts and the opinion of some legal scholars have recognized the superiority of international law over domestic law, this body of opinion becomes more scant when the conflict arises with the Constitution. It should be noted, however, that again on this occasion a Conference of Chilean Lawyers expressed the view that treaties on human rights prevail over domestic law and even over constitutional provisions.<sup>(26)</sup>

In two other very complex cases the Supreme Court dealt in 1988 with the issue of whether the Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Immunities took precedence over the provisions on basic human rights embodied in the Constitution.<sup>(27)</sup> In deciding the respective recourses of protection the Court upheld the jurisdiction in spite of immunities having been invoked, arguing that the rights guaranteed by the Constitution prevail over treaty rules which have only the hierarchy of an ordinary statute. However, on technical

grounds the recourses were later dismissed in view of the fact that the Supreme Court accepted the existence of immunity of execution. It is interesting to note, however, that the Supreme Court established in these cases an important limitation on the effect of treaty provisions in Chile, namely that such provisions cannot in any way contradict the protection of human rights afforded by the Constitution of 1980. This means that not always the prevalence of the domestic order will result in a situation adverse to the protection of human rights.

## 5. Shortcomings and criticism of the role of courts

**I**N the light of the decisions mentioned it has been argued that in refusing to apply the international law of human rights Chilean courts have violated both international and domestic law and broken with a longstanding judicial tradition on the role of international law.<sup>(28)</sup> It is quite true that in some instances there might have been a violation of international law, at least to the extent that the obligations in question were clearly set out, which unfortunately is not always the case with treaty rules. Less clear is the issue of a violation of domestic law, in part because the applicable rules of the Constitution and other sources are not precise as far as international law is concerned, and in part because some of the technical obstacles to the implementation of the latter can be found quite explicitly in the law itself. As to the question of whether a judicial tradition on the superiority of international law has been well established in Chile, this is open to doubt since, as explained further above, there are cases recognizing such superiority and also cases where the courts have upheld domestic law above international law.

The issue of the independence of courts from the Executive has been much debated in Chile in the context of the application of international law, since the courts have in many cases relied on the Executive's view on problems of international relations, this again being not a peculiarity of Chile. On occasion this situation has led to a negative conclusion

about the enforcement of international law, the law of human rights being a case in point in the recent past. On other occasions, however, it has led to a positive conclusion, international law being applied by the courts at the express written request of the Ministry of Foreign Affairs.<sup>(29)</sup> Such intervention by the Foreign Ministry raises issues comparable to those of executive certificates in Great Britain and the United States.<sup>(30)</sup>

## 6. A new constitutional approach resulting from the Chilean experience

**B**E that as it may the fact is that the application of the international law of human rights by the Chilean courts was generally considered far from adequate. With a view to having this situation corrected a number of ideas for constitutional amendments were considered at the time of transition to democracy. Article 5 of the 1980 Constitution facilitated this approach since it restricted the exercise of sovereignty to the extent required by the fulfilment of "fundamental rights emerging from human nature". This provision referred in essence to the exercise of sovereignty in the sense of State action in a domestic sphere, but it could also be read in the sense that the international law of human rights always prevails over domestic law and hence that there could be no true conflict between a rule of international law and the Chilean legal order.<sup>(31)</sup>

Although the matter was debatable in light of the wording of the Constitution various proposed amendments sought to clarify the issue. A broadly conceived amendment was suggested to the effect that a new paragraph should read: "Chile adheres to the universally accepted principles and norms of international law", but this was judged too vague and various other alternatives were discussed.<sup>(32)</sup> Finally the addition of a second paragraph to said Article 5 was agreed to in the context of a political dialogue between government and opposition, which reads: "It is the duty of the organs of the State to observe and promote such rights, guaranteed by this

Constitution, as well as by the treaties ratified by Chile and which are in force".<sup>(33)</sup>

This amendment has the important effect of incorporating the conventional law of human rights, to which Chile is a party, into the domestic legal order, thus accommodating the concerns that had been raised in this regard. The reference to treaties ratified by Chile and which are in force has prompted some doubts about its precise meaning, the view having been expressed that it means to encompass those treaties which have completed the domestic requirements to bring them into force, even if they are not yet in force as international law.<sup>(34)</sup> Another issue which has been raised by the language used relates to whether the amended provision refers only to such treaties in force at the time when it was adopted or to those in force at any point in time when the provision has to be applied.<sup>(35)</sup>

It should also be noted that Chile has recently ratified various conventions on human rights and has completed the procedures for the domestic entry into force of the Covenant on Civil and Political Rights and other related treaties. Among the most important treaties on human rights to which Chile is today a party there are the two United Nations Covenants, the Inter-American Convention on Human Rights, and both the United Nations and Inter-American conventions against the use of torture.<sup>(36)</sup>

It follows from the above that treaties on human rights have now, in Chile, a ranking above ordinary statutes and at least equal to the Constitution.<sup>(37)</sup> The material content of the rights guaranteed by the Constitution has been considerably enlarged by this interlinking with international law, although it should be noted that the rights embodied in the 1980 Constitution were already quite meaningful and extensive. This enlargement, in turn, will result in broader protection under the special recourses and procedures provided for in the Constitution to this effect.

A constitutional mandate of this kind addressed to state organs in general is likely to be observed with great care,

particularly by the Judiciary. It may even be argued that domestic legislation contrary to the international law of human rights not only will not prevail, but might have been tacitly repealed by the Constitution,<sup>(38)</sup> or at any rate will have to be revised accordingly. In addition, customary international law and general principles of law can always be enforced by the courts automatically in terms of the Chilean Judicial tradition; and to the extent that these rules are embodied in treaties on human rights, they are now also included in the constitutional mandate. It is on the basis of these new developments that a judicial tradition on the adequate implementation of international law, and particularly of the international law on human rights, might now become firmly established.

## 7. Decisions and initiatives based on the new constitutional approach

A number of decisions of Chilean courts, separate opinions of judges, governmental legislative initiatives and actions by Congress have relied on the application of the amended Article 5 of the Constitution in order to deal with issues relating to treaties on human rights.

In three most interesting decisions the Court of Appeals of Santiago ruled in 1991 that the amount of bail required under the Banking Law and the Tax Code for dispensing with preventive imprisonment was contrary to the Inter-American Convention on Human Rights and its prohibition of imprisonment for indebtedness, a treaty guarantee that was applicable in light of Article 5 of the Constitution.<sup>(39)</sup> The Supreme Court dismissed recourses interposed against some of these decisions and confirmed the conclusions reached in other instance,<sup>(40)</sup> but in other occasions it has considered that there was no contradiction between the laws at issue and the Inter-American Convention.<sup>(41)</sup> This Convention was also invoked in a case involving the arrest of the Director of the Social Security Service for not paying given pensions and a recourse of *habeas corpus* on his behalf, but such recourse

was dismissed both by the Court of Appeals and the Supreme Court; separate opinions of judges, however, were in favour of the application of the Convention although no specific reference was made to Article 5 of the Constitution.<sup>(42)</sup>

The delicate issue of the meaning and extent of the Law on Ammesty passed in 1978 has also been brought before the courts in relation to the application of treaties on human rights. In a decision of 1989 a distinguished judge reached the conclusion that in light of the American Declaration on Rights and Duties of Man, the Universal Declaration on Human Rights and the Covenant every individual has the right to petition the courts and institute proceedings leading to the protection of his rights and that such guarantee could not be ignored in the terms of the Ammesty Law; all such declarations and treaties were specifically associated with the operation of Article 5 of the Constitution.<sup>(43)</sup> A year later, however, the Supreme Court dismissed a recourse challenging the constitutionality of the Ammesty Law which had argued that such law was contrary to the Genocide Convention, the Geneva Convention on Prisoners of War and the Covenant, all such conventions supposedly applicable in relation to said Article 5.<sup>(44)</sup> The Supreme Court took the view that the first two conventions were not related to the issue as it arose in Chile and that the Covenant could not be applied retroactively since it came into force in Chile only in 1989. In 1992 again a judge ruled that the amnesty law could not constitute a bar to the application of the international law of human rights and the guarantee of a due process of law, a decision which was confirmed by the competent Court of Appeals.<sup>(45)</sup>

A major legislative initiative was undertaken by the government in 1990 in order to bring a number of domestic laws in line with the provisions of basic treaties on human rights. The mandate to State organs embodied in Article 5 of the Constitution was invoked as the specific justification for this initiative.<sup>(46)</sup> It should also be mentioned that this Article was the basis on which Congress proceeded to impeach four

judges of the Supreme Court in 1993 for "abandonment of their duties", and particularly for having ignored the duty of application of major treaties on human rights.<sup>(47)</sup> This impeachment has been much debated for it could mean that Congress might become a sort of Court of last resort, thereby affecting the separation of powers and the functions of the Judiciary, but it also reveals that the issue of the international law of human rights has become a major concern in Chile.

It follows from the above discussion that although decisions of courts adopted in the context of the amended Article 5 of the Constitution are not yet uniform nor abundant there is a meaningful evolution favouring the application of the international law of human rights by Chilean courts and other State organs, which is the result of both a greater consciousness about the matter and the availability of a clearer constitutional provision governing the relations between international law and domestic law.

## **8. New trends in international and constitutional law.**

**T**HE evolution that has taken place in Chile in relation to the role of the Judiciary in the implementation of the international law of human rights has been of course heavily influenced by the domestic experience in the recent past, but it is by no means unique. In point of fact, there is a noticeable trend to expand the role of the courts in the process of application of international law generally, and of the law of human rights in particular.

Various constitutions in Latin America have introduced provisions in order to facilitate and clarify such a relationship. The 1978 Peruvian Constitution states in this regard: "The provisions embodied in treaties concerning human rights have a constitutional rank. Such rights cannot be modified except by following the procedures applicable to the amendment of the Constitution".<sup>(48)</sup> The Constitution of Guatemala of 1985 provides: "The general principle that in human rights matters treaties and conventions accepted and ratified by Guatemala take precedence over domestic law is

hereby established".<sup>(49)</sup> The Constitution of Nicaragua of 1987 while guaranteeing the protection and promotion of human rights makes specific reference to the Universal and American Declarations on Human Rights, the Covenant and the Inter-American Convention.<sup>(50)</sup> Similarly, the Constitution of Colombia provides: "Treaties and international covenants ratified by Congress, recognizing human rights and forbidding their restriction in situations of emergency, prevail over the domestic order".<sup>(51)</sup> A number of constitutions also provide for the superiority of international law and treaties in case of conflict with a domestic statute.<sup>(52)</sup>

To the extent that human rights are being recognized as a high ranking value by the international community at large this view is influencing both the evolution of international law itself and the corresponding adjustments of domestic law. Not only national courts are called to play an active role in this adjustment but this is the case of international courts and tribunals as well.

## NOTES

- (1) See generally John A Detzner: **Tribunales chilenos y derecho Internacional de derechos humanos**, 1988; and the book review by Francisco Orrego Vicuña in **American Journal of International Law**, Vol. 84, 1990, 793-797.
- (2) Santiago Benadava: "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", **Nuevos Enfoques del Derecho Internacional**, 1992, 9-59, at 11-18.
- (3) Francisco Orrego Vicuña: "Chile", in Elihu Lauterpacht and John C. Collier (eds.): **Individual rights and the State in foreign affairs**, 1977, 123-186, at 159-161.
- (4) See for example Supreme Court, Decision of 1917 published in **Gaceta de los Tribunales**, 1917, Segundo Semestre, p. 562; and Court of Appeals of Valdivia, Decision in **Castellu y otros con Dirección General de Impuestos Internos**, **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Vol. XL, March-December 1943, second part, second section, p. 74; both as cited in Benadava, loc. cit., supra note 2, at 28-29.
- (5) Supreme Court, Decision in **Lauritzen y otros con Fisco**, 1955, **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Vol. LII, 1955, second part, first section, p. 485, as cited in Benadava, loc. cit., supra note 2, at 29.
- (6) Francisco Orrego Bauzá: **Los tratados internacionales en la Constitución Política de la República de Chile de 1980**, 1991, 3 vol. 192-202, 212-221.
- (7) The only reference to promulgation of treaties was made by Decree No. 132 of 21 June 1926; see Orrego Bauzá, op. cit., supra note 6, at 191-192.
- (8) Opinion No. 2 of the Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, January 5, 1968; **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores**, 1968, 346-348. The legal advisor at the time was Mr. Edmundo Vargas who later became the Executive Secretary of the Inter-American Commission on Human Rights.
- (9) Decree Law No. 247 (1973), Official Journal No. 28.753 of 17 January 1974. See generally Jeannette Irigoien: **La incidencia del órgano legislativo chileno en la conclusión de acuerdos internacionales**, 1976.
- (10) Orrego Bauzá, op. cit., supra note 6, 492-512.

- (11) *Ibid.*, 359-440.
- (12) **Lauritzen y otros con Fisco**, *cit.*, *supra* note 5.
- (13) **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 26-30.
- (14) **Benadava**, *loc. cit.*, *supra* note 2; **Irigoin**, *op. cit.*, *supra* note 9; **Orrego Vicuña**: "La incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno. Análisis de la práctica chilena", **Derecho de la Integración**, No. 7, 1970, p. 42.
- (15) **Supreme Court, Decision in Duncan Fox y Cía. con Dirección General de Impuestos Internos**, **Revista de Derecho y Jurisprudencia**, Vol. 30, Pt. 2, No. 1, 1933, p. 100; **Orrego Bauzá**, *op. cit.*, *supra* note 6, 526, 540.
- (16) See for example **Louis Henkin: Foreign Affairs and the Constitution**, 1972; **Quoc Dinh: "Le Conseil Constitutionnel français et les règles du droit public international"**, **Revue Générale de Droit International Public**, Vol. 80, 1976, p. 1001.
- (17) See generally **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1; and **Orrego Bauzá**, *op. cit.*, *supra* note 6, 583-715.
- (18) **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 37-51.
- (19) **Court of Appeals of Santiago, Decision of 4 February 1987; and opinion of Judge Carlos Cerda in case No. 1.837-84 of 22 November 1984.** The Supreme Court, however, quashed the decision of the Court of Appeals. See **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 30-32.
- (20) **Supreme Court, Decision of 25 August 1976 in Case No. 20187-146 on a Recourse of Habeas Corpus of Messrs. Jaime Castillo Velásco and Eugenio Velásco Letelier**, as cited by **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 60-61.
- (21) **Supreme Court, Decision of 22 October 1984 in Case No. 24128, Fallos del Mes, No. 311, October 1984, p. 588**, as cited by **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 61-63.
- (22) **Court of Appeals of Santiago, Decision of 1986 in Case No. 242-86, and Supreme Court, Decision of 11 November 1986 in Case No. 21.471, Fallos del Mes, N°336, November 1986, p. 796**, but as cited by **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 71-73.
- (23) **Séptimo Congreso Nacional de Abogados de Chile, 17-20 July 1986, in Chilean Bar Association: Boletín Informativo, N°3 August 1986, p. 7**, as cited by **Detzner**, *op. cit.*, *supra* note 1, at 73.
- (24) **Benadava**, *loc. cit.*, *supra* note 2, at 42-44.

- (25) Decision of the Constitutional Court of 21 December 1987, No. 3, par. 27, *El Mercurio*, December 23, 1987, p. C 11; see for comments Orrego Bauzá, *op. cit.*, supra note 6, 543-546.
- (26) See supra note 23 and Detzner, *op. cit.*, supra note 1, p. 124.
- (27) Francisco Orrego Vicuña: "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, 34-48.
- (28) Detzner, *op. cit.*, supra note 1, at 7-8.
- (29) Supreme Court, Decision of 10 December 1969 in the case *Gulf Oil Co. con Gobierno de Bolivia*, *International Legal materials*, Vol. 10, 1971, at 1.
- (30) Collier: "The United Kingdom", in Lauterpacht and Collier, *op. cit.*, supra note 3, 602, 628-630; and Leigh: "United States of America", in *Ibid.*, at 639, 671-678.
- (31) Detzner, *op. cit.*, supra note 1, at 125-126.
- (32) Orrego Bauzá, *op. cit.*, supra note 6, 584-597.
- (33) Constitutional amendments introduced by Law No. 18.825; *Official Journal*, 17 August 1989.
- (34) Rodrigo Díaz Albónico: "La reforma al Artículo 5 de la Constitución Política", in Jeannette Irigoín: *Nuevas Dimensiones en la protección del Individuo*, 1991, 199-208, at 206.
- (35) For this discussion see Orrego Bauzá, *op. cit.*, supra note 6, 667-669.
- (36) For a listing of the relevant treaties to which Chile is a party see *Ibid.*, at 665-667.
- (37) Díaz Albónico, *loc. cit.*, supra note 34, at 207; Orrego Bauzá, *op. cit.*, supra note 6, at 651-654.
- (38) Francisco Cumplido: "Historia de una negociación para la protección y garantía de los Derechos Humanos", in Irigoín, *op. cit.*, supra note 34, 191-197, at 196.
- (39) Court of Appeals of Santiago, Decisions of 5 February 1991, 11 February 1991 and 12 April 1991, as cited in Orrego Bauzá, *op. cit.*, supra note 6, at 696 et seq.
- (40) Supreme Court, Decisions of 18 April 1991 and 2 May 1991, as cited in Claudio Troncoso Repetto: "La incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos al Derecho Chileno", *LLM Thesis*, University of Heidelberg, 1992, at 38-39.

- (41) Supreme Court, Decisions of 25 June 1991 and 10 September 1991, as cited in Troncoso, loc. cit., supra note 40, at 38-39.
- (42) Supreme Court, Decision of 17 September 1991, as cited in Troncoso, loc. cit., supra note 40, at 40.
- (43) Decision by Justice Carlos Cerda of 25 August 1989, as cited with other material on the Ammesty Law in Orrego Bauzá, op. cit., supra note 6, at 705-714. Two other decisions have dealt with the issue of the Amnesty Law in the context of the 1949 Geneva Conventions on humanitarian law, concluding that the latter, like treaties generally, prevail over domestic law; Court of Appeals of Santiago, Chamber decisions of 26 and 30 September 1994, unreported.
- (44) Supreme Court, Decision of 23 August 1990, as cited in Troncoso, loc. cit., supra note 40, at 33-34.
- (45) Criminal Court of Castro, Decision of 2 February 1992, as cited in Troncoso, loc. cit., supra note 40, at 40-41.
- (46) Cámara de Diputados: "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en el Proyecto de ley que modifica diversos textos legales que indica, a fin de garantizar en mejor forma los derechos de la persona", Boletín, No. 2-07 (90)-1, 1990.
- (47) Constitutional impeachment of Magistrates of the Supreme Court, Statement of formalization by Mr. Gutemberg Martínez (House of Representatives) and Report by the Secretary of the Senate, 1993.
- (48) Constitution of Peru, 1978, Article 105; see Héctor Gros Espiell: "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", in *Estudios sobre Derechos Humanos*, 1988, 299-316, at 308.
- (49) Constitution of Guatemala, 1985, Article 46; Gros Espiell, loc. cit., supra note 48, at 313.
- (50) Constitution of Nicaragua, 1987, Article 46; Gros Espiell, loc. cit., supra note 48, at 315.
- (51) Constitution of Colombia, 1991, Article 93; *El Tiempo*, Bogotá, 8 July 1991.
- (52) See, for example, Constitution of Peru, Article 101; Honduras, Article 18; El Salvador, Article 144; and Colombia, Articles 93, 94. See generally Orrego Bauzá, op. cit., supra note 6, 567-582.

# La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno

Jeannette Irigoín Barrenne

## Introducción

**E**L derecho internacional contemporáneo ha elaborado un concepto fundamental para determinar cuándo una norma internacional es directamente aplicable en el ordenamiento interno de un Estado o cuándo requiere de un proceso jurídico complementario en el derecho interno. Tal concepto es la "auto-ejecutividad". Su calidad de norma "*self executing*" que pese a haber sido elaborado principalmente en relación con las disposiciones de los tratados, también se aplica a las normas internacionales consuetudinarias.

El jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega, ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia, señala al respecto: "La estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma "*self-executing*" cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión en

favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes".<sup>(1)</sup>

## 1. Auto-ejecutividad de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos

**L**A naturaleza de los tratados relativos a derechos humanos, como la Convención Americana, (o Pacto de San José de Costa Rica) cuyo objeto y fin es la protección de los derechos esenciales de la persona humana mediante la creación de un sistema de orden público internacional al que deben someterse los Estados en beneficio de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, hace indispensable que la mayoría de sus disposiciones sean auto-ejecutables. Hay que tener presente que en algunos casos, la norma convencional requiere de una acción legislativa complementaria de parte del Estado, ya sea por la naturaleza de la norma o porque el propio texto del tratado lo exige. En esta situación se encuentran los artículos N°13.5 sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; N°19 sobre derechos del niño y medidas de protección; N°21.3 sobre prohibición de la usura y N°26 sobre derechos económicos, sociales y culturales, contenidos en la Convención Americana. Las demás disposiciones son directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos internos.

El Preámbulo de la Convención reconoce que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos". Esta afirmación pone en evidencia la intención de los Estados signatarios de

asegurar en forma inmediata los derechos de las personas que se encuentran bajo su tutela, procurando que las disposiciones de la Convención sean aplicadas directamente en sus órdenes internos.

La auto-ejecutividad de las normas de la Convención Americana ha sido reconocida por la mayoría de los Estados Americanos. Sin embargo, es motivo de interpretaciones diferentes como lo muestra la posición de los Estados Unidos en cuanto a que no son ejecutables directamente las disposiciones de la Parte I de la Convención que consagra los deberes de los Estados y más extensamente, los derechos protegidos. El fundamento de esta posición se encuentra en el artículo 2° de la Convención: "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

La interpretación que dan los Estados Unidos de este artículo, se encuentra en el texto enviado por el Departamento de Estado al Presidente del país en el que explica el alcance de la Convención en los siguientes términos: "La Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (artículo 1°) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención (artículo 2°). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación de todas las disposiciones sustantivas a la jurisdicción y legislación domésticas, se recomienda la siguiente declaración: "los Estados Unidos declaran que los artículos 1 al 32 de esta Convención no se aplican directamente (*are not self executing*)".<sup>(2)</sup>

La tesis de los Estados Unidos no es admisible y así lo ha considerado unánimemente la doctrina latinoamericana. El jurista Jimenez de Aréchega afirma que la declaración propuesta no sería otra cosa que una reserva, pues altera el efecto de las obligaciones asumidas en virtud de la Convención, en el sentido de que los Estados Unidos no quedarían obligados sino en la medida en que su legislación interna se fuera ajustando a las disposiciones de la Convención. Esta reserva sería incompatible con el objeto y fin del tratado y por lo tanto estaría prohibida por el artículo 19 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que es aplicable por remisión expresa del artículo 75 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>(3)</sup>

El verdadero sentido y alcance del artículo 2° de la Convención fue señalar "que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención, pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los artículos 1 al 32 no se apliquen directamente como lo pretende la interpretación de Estados Unidos".<sup>(4)</sup>

Esta interpretación ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7/86, en la que concluyó que el artículo 2° de la Convención "sólo recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole".<sup>(5)</sup>

## 2. Vigencia de la Convención de Derechos Humanos en Chile

**C**HILE suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Transcurrieron más de dos décadas antes que nuestro país la ratificara y que el instrumento pertinente fue depositado en la Secretaría General de la Organización de los

Estados Americanos el 21 de agosto de 1990, tras la aprobación por el Congreso Nacional el 14 del mismo mes y año.

La Convención Americana fue promulgada por Decreto Supremo N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990, y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991. A partir de esa fecha, tiene rango constitucional en el derecho interno chileno, según lo sostiene parte de la doctrina, particularmente de especialistas en Derecho Internacional, que interpretan la reforma del artículo 5° de la Constitución Política de Chile.

Al ratificar la Convención, el gobierno de Chile declaró que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condición de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la misma Convención.<sup>(6)</sup>

Asimismo, el gobierno de Chile declaró que reconocía como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención de conformidad con lo que dispone el artículo 62 de la Convención.

Al formular las mencionadas Declaraciones, el Gobierno de Chile dejó constancia de que los reconocimientos de competencia en ambos casos se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito del Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990".<sup>(7)</sup>

El motivo y conveniencia de esta declaración puede interpretarse en el sentido de que nuestro país iniciaba su retorno al sistema democrático de gobierno y en tales circunstancias, la posibilidad de que el Estado chileno pudiera ser sometido al juicio por los órganos regionales de protección de los derechos humanos por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha en que asumió el nuevo gobierno democrático, podría llegar a ser un elemento desestabilizador en las actuales

circunstancias. Por otra parte, es necesario tener presente que el sistema de democracia representativa es fundamento de la existencia y buen funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos.

### **3. Aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos por los Tribunales de Chile**

**E**N Chile, la mayoría de los especialistas y la jurisprudencia de los Tribunales sostienen que en nuestro derecho los tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico chileno tienen valor de ley y los que consagran derechos esenciales de la persona humana, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes tienen, rango constitucional.

De acuerdo con este criterio, puede considerarse que la Convención Americana de Derechos Humanos es ley de la República y tiene rango constitucional y que son autoejecutables la gran mayoría de sus disposiciones. Las personas pueden invocarlas directamente ante los órganos internos y además, los tribunales nacionales pueden aplicarlas como cualquiera otras normas de derecho.<sup>(8)</sup>

En el tiempo transcurrido desde que la Convención entró en vigor en Chile, los casos en que se ha planteado su aplicación por los tribunales de justicia han sido muy variados, destacándose una materia, la prisión por deudas, que consiste en la facultad del acreedor de pedir que se prive de libertad al deudor que no ha cumplido con su obligación de pagar una determinada suma de dinero y que constituye un resabio del antiguo derecho de prenda general del acreedor que se extendía no solamente a los bienes del deudor, sino también a su persona.

El artículo 7 N°7 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe esta institución en los términos siguientes: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios."

En el derecho chileno no había una norma similar que prohibiera expresamente la prisión por deudas, pero el principio se podía derivar del espíritu general de la legislación.

A partir de la entrada en vigor de la Convención Americana en el ordenamiento jurídico chileno, el artículo 7 N°7 ha sido invocado por abogados defensores y ha sido aplicado por los tribunales chilenos especialmente en relación con dos materias: los arrestos que puede decretar un tribunal como medida de apremio contra el empleador que no paga las cotizaciones previsionales de sus trabajadores y la libertad provisional de los procesados por el delito de giro doloso de cheques.

El artículo 12 de la Ley N°17.322 dispone que: "El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de 15 días contados desde la fecha del requerimiento del pago, si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por 15 días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales".

En sentencia de fecha 10 de junio de 1991, los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Garrido y Raquel Camposano y el abogado integrante Sergio Guzmán acogieron un recurso de amparo (*habeas corpus*) interpuesto por don Manuel Ugarte para dejar sin efecto las órdenes de arresto decretadas en su contra por falta de pago, dentro del plazo legal, de las cotizaciones previsionales establecidas en la Ley N°17.322. Los magistrados y el abogado integrante concluyeron que "atendido lo dispuesto en los artículos 5 y 19 N°7 de la Constitución Política del Estado y el artículo 7 N°7 del Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos, son inadmisibles los apremios por falta de pago de cotizaciones previsionales correspondientes a la ley N°17.322, pues nadie puede ser detenido por deudas".<sup>(9)</sup>

Este fallo fue revocado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 3 de diciembre de 1991, que hizo suyas

las conclusiones expuestas por el abogado Luis Ortiz Quiroga en un informe en derecho sobre la compatibilidad entre el artículo 12 de la ley N°17.322 y el artículo 7 N°7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que la recurrente de queja, la Administradora de Fondos de Pensiones Santa María S.A. presentó en el juicio y en el cual se concluye, en síntesis, que el artículo 12 de la ley N°17.322 no ampara legalmente la prisión por deudas y por lo tanto no se opone al artículo 7 N°7 de la Convención, por cuanto la conducta del empleador que no cumple con la obligación legal de retener y enterar las cotizaciones previsionales descontadas de la remuneración del trabajador, tipifica el delito de apropiación indebida, previsto y sancionado en el artículo 470 N°1 del Código Penal y fundamenta jurídicamente la privación de libertad que se decreta en su contra de acuerdo a los instrumentos propios del derecho penal con arreglo a la Constitución y a las leyes.<sup>(10)</sup>

Otra materia importante en que los tribunales chilenos han aplicado el artículo 7 N°7 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a la libertad provisional de los procesados por el delito de giro fraudulento de cheques, en la que además del artículo 7 N°7 de la Convención, hay que tener presente el artículo 19 N°7 letra E de la Constitución Política de Chile que "asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el Juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La Ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

El Decreto con Fuerza de Ley N°707, de 1982, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques establece en su artículo 44, "En los procesos criminales por los delitos contemplados en los artículos 22 y 43, procederá la excarcelación de acuerdo a las reglas generales. En todo caso se exigirá, además, caución y no se admitirá otra que no sea un depósito

en dinero de un monto no inferior al importe del cheque, más los intereses y costas que fije prudencial y provisoriamente el Tribunal".

Con fecha 11 de febrero de 1991, los Ministros de la Segunda Sala de Verano de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Sergio Valenzuela y doña María Antonia Morales dictaron la siguiente resolución, con el voto en contra del abogado integrante don Orlando Alvarez:

"Que el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques en la parte que exige la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques, intereses y costas, se encuentra en pugna con lo prevenido en el artículo 5° inciso final de la Constitución Política del Estado en relación con el artículo 7 N°7 del tratado internacional denominado "Pacto de San José de Costa Rica" promulgado en Chile el 05 de Enero de este año, se revoca en lo apelado la resolución de 07 de Febrero en curso, escrita a fs. 92 y se declara que se exime al reo Ernesto Quinteros Marabolí de la aludida caución, por estimar que ella constituye un entorpecimiento que hace de la prisión preventiva, más allá de su concesión por la autoridad judicial, una verdadera prisión por deudas."<sup>(11)</sup>

Este fallo fue impugnado por la vía del recurso de queja, siendo confirmado por la Corte Suprema de Justicia en fallo dividido de fecha 18 de abril de 1991. Es importante destacar ciertos párrafos del informe presentado en este recurso por los Ministros recurridos, porque representa la opinión de algunos de los integrantes de los tribunales de justicia en Chile, quienes fundamentaron su posición en las siguientes consideraciones: "Con fecha 5 de Enero último, se promulgó el Decreto N°873 del Ministerio de Relaciones Exteriores que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica", suscrito por Chile el 22 de Noviembre de 1969, aprobado por nuestro Congreso Nacional y por la cual los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en

ella; a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, y adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. El artículo 7 N°7 de dicha Convención establece textualmente: "Nadie será detenido por deudas", contemplando como única limitación, los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios."

"Sostenemos que tal disposición, en la que apoyamos nuestra decisión, atendidas las normas constitucionales en que se sustenta (Artículos 5° y 19 N°7 letra E), derogó tácita y parcialmente la existencia de la caución específica exigida por el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y por lo tanto, al declararlo así, no hemos invadido atribuciones propias de ese alto Tribunal en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El antiguo aforismo invocado por el recurrente "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*" no tiene aplicación, en nuestro concepto, ya que pensamos que tal principio carece de aplicación ante la entidad de la garantía constitucional que se encuentra en juego, por lo que el Juez debe adentrarse en la investigación de la intención del legislador sobre la materia, que fue lo que hicimos".

"Siguiendo con el argumento del recurrente, coincidimos en cuanto la exigencia del art. 44 de la ya tantas veces citada ley como ella misma lo indica, es una caución. No obstante, la circunstancia de encontrarse circunscrita únicamente a un depósito de dinero igual al monto del capital correspondiente al cheque, sus intereses, sus reajustes y costas, depósito sobre el cual puede hacerse efectiva la responsabilidad del librador le otorga a dicha garantía el carácter oprobiano que la Constitución y la ley contenida en el tratado internacional de que se trata, procura evitar".<sup>(12)</sup>

En otro fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de enero de 1991, el Ministro Juan Araya y los abogados integrantes Emilio Pfeffer y Raúl Concha otorgaron la libertad provisional a un procesado por el delito de giro

doloso de cheque, por cuanto concluyeron que el art. 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques se encuentra tácitamente derogada, en la parte que exige una caución por el artículo 19 N° 7 letra E) de la Constitución Política en relación con el N°26 del mismo precepto que otorga la seguridad de que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio.<sup>(13)</sup>

Esta resolución fue también impugnada mediante un recurso de queja, y fue confirmada por la Corte Suprema en fallo dividido de fecha 2 de mayo de 1991. El informe de los sentenciadores recurridos, explica los fundamentos de la resolución y como argumento adicional señala que:

"Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el art. 7 N°7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica" aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial de 5 de Enero de 1991 que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5° de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas" y no cabe duda que si se aceptara la interpretación del recurrente, la permanencia en el recinto carcelario de Hugo Araya Villarroel habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad".<sup>(14)</sup>

Los criterios que se desprenden de los fallos que hemos analizado en relación con la libertad provisional de los procesados por el giro doloso de cheques se han repetido en innumerables fallos de las Cortes de Apelaciones de todo el país. Algunas de estas sentencias han sido recurridas con posterioridad ante la Corte Suprema, la cual en algunas oportunidades las ha confirmado y en otras las ha revocado, generalmente en fallos divididos, en uno y otro caso.

Los argumentos que la Corte Suprema de Justicia ha tenido en vista para revocar algunas decisiones de los tribunales de segunda instancia que han otorgado la libertad provisional a

los procesados por el delito en referencia, están claramente expresados en dos sentencias de idéntico tenor, ambas de fecha 25 de junio de 1991, en las que la Corte Suprema estableció que,

"la caución prevista por el art. 44 de la Ley de Cheques, constituye un requisito, la circunstancia o modalidad que esta Ley establece para obtener la excarcelación, y no por cierto una limitación que impida el ejercicio de ese derecho, ni menos una especie de condición que vulnere la esencia de la garantía a la libertad provisional, de suerte entonces que aquel precepto legal no es contrario sino que guarda relación y la debida correspondencia con la norma constitucional que consagra ese derecho, y por lo mismo tampoco está en pugna con la garantía señalada en el N°26 del artículo 19 de la Constitución."

En otra parte, los mismos fallos expresan:

"En el numerando 7º del comentado artículo 7 del "Pacto de San José de Costa Rica" se asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contrariada por el art. 44 de la Ley de Cheques, en cuanto a la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino que de una simple condición legal para que los individuos privados de libertad, por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio".

Otra materia en que se ha invocado la Convención Americana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia se refiere a la reclamación –que fue acogida– de ciudadanos extranjeros a quienes se ordenó abandonar el país a pesar que habían obtenido la residencia definitiva aproximadamente 25 años antes. Estos ciudadanos alemanes habían contraído matrimonio hacía 24 años en nuestro país y tenían cuatro hijos nacidos en Chile.

La Corte Suprema estimó que, aún cuando el art. 174 del Reglamento de Extranjería establece el recurso de reclama-

ción para aquellos extranjeros que sean objeto de la medida de expulsión por un Decreto Supremo, es evidente que también es posible reclamar por esta vía de la aplicación de la Resolución N°16.110 de la Intendencia de Santiago. Esta decisión fue tomada en virtud del artículo 84 del Reglamento de Extranjería considerando que el matrimonio alemán había permanecido en el extranjero desde abril de 1986, sin solicitar la prórroga de los permisos de que eran titulares.

En Sentencia de 19 de marzo de 1992, la Primera Sala de la Corte Suprema determinó:

"8°.- Que al procederse en la forma que se enuncia en el reclamo, se han infringido los artículos 49 y 51 del Reglamento de Extranjería; los artículos 1, 5 y 19 de la Constitución Política; y los números 1, 24 y 25 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el año 1969 y ratificada por nuestro país.

En virtud de tales antecedentes, se declara que se acoge el recurso de reclamación interpuesto a fojas 6 por don Alfredo Matthusen Draheim y doña Eleonore Gerlach Schritt y se deja sin efecto la Resolución N°16.110 de fecha 15 de noviembre de 1991 de la Intendencia Región Metropolitana".<sup>(15)</sup>

## Consideraciones Finales

**L**OS criterios que se desprenden de los fallos analizados en relación con la libertad provisional de los procesados por giro doloso de cheques y con las deudas previsionales se han repetido en innumerables fallos de las Cortes de Apelaciones de todo el país. Algunas de estas sentencias han sido revisadas con posterioridad por la Corte Suprema, la cual en casos como los analizados las ha confirmado y en otras las ha revocado, generalmente en fallos divididos.

A nuestro juicio, esta pequeña muestra de la jurisprudencia de tribunales chilenos revela que la Convención Americana de Derechos Humanos es parte integrante de la legislación interna, es invocada frecuentemente por los abogados en el

foro y es aplicada siempre de manera tal que confirma o apoya la normativa legal o constitucional de nuestro país. Hasta ahora no ha sido posible encontrar fallos que apliquen solamente las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, directamente, lo que es una clara demostración de que los magistrados consideran en primer lugar el derecho interno y sólo a manera de apoyo o complemento las normas internacionales.

Lo importante y necesario de destacar es que las disposiciones auto-ejecutivas de la Convención Americana de Derechos Humanos son reconocidas como tales en el derecho chileno y en tal carácter son aplicadas por los tribunales de todo el país. Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia reconocen la auto-ejecutividad de sus normas y por lo tanto, Chile está cumpliendo las obligaciones internacionales contraídas al ratificar la Convención.

## NOTAS

- (1) Jiménez de Aréchega, Eduardo. "La Convención Americana como Derecho Interno", en **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos** N°7, Enero-Junio de 1988; p. 26.
- (2) *Ibidem*, p. 28.
- (3) *Ibidem*, p. 29.
- (4) Monroy, Marco. "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno", en: **Derechos Humanos en las Américas**, OEA, Washington, D.C., 1985, p. 136.
- (5) Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Exigibilidad del Derecho de Rectificación y Respuesta". **Opinión Consultiva Consultiva OC-7/86**, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1986, párrafo 28.
- (6) Texto en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC. 1992, p. 353. Véase, Irigoin, Jeannette. "La Solución de Controversias sobre Derechos Humanos: naturaleza y alcance de los mecanismos vigentes para Chile", en **Estudios 1990**, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago de Chile, 1991, p. 64.
- (7) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, *op. cit.*, p. 353.
- (8) Véase, Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O'Donnell, Daniel. **Protección Internacional de los Derechos Humanos**. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú. 1988.
- (9) Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Amparo Rol N°20.356-91. Sentencia de fecha 10 de junio de 1991.
- (10) Corte Suprema. Recurso de Queja Rol 5056-91. Sentencia de 3 de diciembre de 1991.
- (11) Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Apelación rol 30.274-9. Secretaría Criminal. Sentencia de fecha 11 de febrero de 1991.
- (12) Corte Suprema, Recurso de Queja rol 4296-91, Informe de fecha 7 de Marzo de 1991. Sentencia de fecha 18 de abril de 1991.

(13) Corte de Santiago, Recurso de Apelación rol 639-91. Secretaría Criminal. Sentencia de 30 de enero de 1991.

(14) Corte Suprema. Recurso de Queja rol 4306-91, Sentencia de fecha 2 de mayo de 1991.

(15) Sentencia (1ª Sala) 19 de marzo de 1992 pronunciada por los Ministros señores: Marcos Aburto, Servando Jordán, Enrique Zurita, Osvaldo Faúndez y Alvaro Rencoret en la causa Rol N°28.812, en Revista Fallos del Mes N°400, pp. 34 - 37.

## **II PARTE**

**Los Tribunales Internacionales.  
Vigencia y Perspectivas**

1000

1000

1000

# Perspectivas de la Cláusula Facultativa de Jurisdicción Obligatoria de la Corte Internacional de Justicia

Rodrigo Ravilet

## Introducción

**E**NTRE las diversas vías para conferir jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o Corte) el sistema de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria<sup>(1)</sup> (en adelante cláusulas opcional) es posiblemente la alternativa más original y, ciertamente, la más controvertida.

Y es que la evolución de este mecanismo, consagrado originalmente en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante Estatuto de la CPJI) y hoy establecido en la sección 2 del artículo 36 del Estatuto de la CIJ (en adelante Estatuto), ha sido compleja. El sistema de la cláusula opcional es periódicamente analizado y revisado, entre otros, por: a) los Estados adherentes, por tratarse de una herramienta estratégico-política importante que determina los papeles activo y pasivo que le corresponde desempeñar en una posible controversia con otro(s) país(es) adherente(s); b) los demás Estados, como alternativa viable y satisfactoria de arreglo judicial de controversias internacionales; c) los estudiosos del derecho internacional, para perfilar su naturaleza jurídica, funcionamiento y eficacia; d) los científicos políticos, como parámetro de la relación de poderes

en la comunidad internacional al evaluar su número de adherentes y grado de aceptación.

## 1. Mecanismo del sistema de la cláusula opcional establecido en el Estatuto de la CIJ.

1.1. El artículo 36 sección 2 del Estatuto de la CIJ dispone que:

Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. la interpretación de un tratado;
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional;
- d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.<sup>(2)</sup>

Esta disposición ha sido objeto de numerosa jurisprudencia interpretativa tanto de la CIJ como de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI), a raíz de lo cual revisaremos sus principales elementos constitutivos.<sup>(3)</sup>

**i) "*ipso facto* y *sin convenio especial*":** la CIJ en el Caso de derecho de paso por territorio indio (Portugal v. India, objeciones preliminares), resolvió que cuando un Estado deposita una declaración de esta naturaleza ante el Secretario General de Naciones Unidas con arreglo a la sección 4 de este mismo artículo, ese Estado pasa a ser parte del "sistema de cláusula opcional" respecto de otros Estados declarantes. Esto entraña que:

- a) tal Estado participa de todos los derechos y obligaciones emanados del artículo 36, esto es, el derecho a iniciar acciones contra otro Estado parte del sistema, pero también,

la obligación de someterse a la jurisdicción de la Corte en caso de ser demandado por otro Estado parte; y

b) no se refiere sólo a aquellos Estados que al momento del depósito de la declaración son partes del sistema, sino también involucra a aquéllos que en el futuro puedan llegar a serlo.

La Corte fue particularmente explícita y enfática en el citado Caso de derecho de paso, al señalar que un Estado puede esperar ser demandado el día mismo en que deposite su declaración porque es entonces cuando nace el vínculo consensual entre los Estados partes que sirve de base al sistema de cláusula opcional.<sup>(4)</sup>

ii) "*cualquier otro Estado*": las relaciones que se establecen entre los Estados en virtud del sistema de cláusula opcional solamente son eficaces entre:

a) Estados miembros de las Naciones Unidas. Esto no es más que la natural articulación entre el artículo 35(1) del Estatuto, que establece que la Corte estará abierta a los Estados partes del mismo, con el artículo 93(1) de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, Carta de N.U.) que señala que todos los miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto;

b) otros Estados partes en el Estatuto con arreglo al artículo 93(2) de la Carta de las Naciones Unidas. Esta disposición habilita a un Estado no miembro de las Naciones Unidas para hacerse parte en el Estatuto en las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad, pero esa recomendación no basta por sí sola para que el Estado interesado se incorpore en el sistema de cláusula opcional;

c) Estados comprendidos en a) y b) entre sí;

d) Estados que no sean parte en el Estatuto con arreglo al artículo 35(2) del mismo texto. Esta norma señala que las condiciones bajo las cuales la Corte estará abierta a tales Estados serán fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los tratados vigentes. En virtud del principio de igualdad de los Estados ante la

Corte, los Estados partes no están obligados a reconocer la jurisdicción obligatoria de la Corte respecto de Estados no partes y viceversa. Para que ello ocurra, es menester la existencia de un acuerdo expreso.<sup>(5)</sup>

*iii) "que acepte la misma obligación":* esta frase es un aspecto esencial del sistema de cláusula opcional y, paradójicamente, su verdadero sentido y alcance no es un tema simple.

Existe una posición mayoritaria, entre cuyos exponentes se destacan H. Briggs, G. Fitzmaurice, R.P. Anand, I. Brownlie y H. Waldock, para quienes la expresión "respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación" consagra el principio de reciprocidad como inherente al sistema de cláusula opcional.

A esto se refiere J.G. Merrills<sup>(6)</sup> quien sostiene al respecto que no es necesario que ambas declaraciones (del demandante y del demandado respectivamente) sean idénticas para que se satisfaga la exigencia de aceptar una "misma obligación". Más bien, y siguiendo las propuestas de arbitraje obligatorio de la Conferencia de Paz de La Haya de 1907, la expresión apunta a:

- limitar la jurisdicción de la Corte a asuntos comunes a las declaraciones de los Estados involucrados y, como corolario de esto.
- permitir que cada uno invoque en su favor toda reserva contenida en la declaración del otro.<sup>(7)</sup> Esto es lo que se entiende comúnmente por principio o condición de reciprocidad.<sup>(8)</sup>

Rosenne, en cambio, distingue entre el principio de reciprocidad, y el concepto de mutualidad. La mutualidad es un elemento esencial de la jurisdicción de la Corte, independientemente del título que la confiera y por el que todas las partes litigantes están obligadas entre ellas a la obligación general de reconocer la jurisdicción de la Corte en un caso concreto. Entonces, la expresión "que acepte la misma obligación" debe interpretarse como referida a la obligación de arreglo judicial en términos generales, con arreglo al artículo 36(2) del Estatuto, y no al contenido o extensión de esa

obligación, que es el elemento substancial de la reciprocidad.<sup>(9)</sup>

Es importante indicar que, además del sentido y alcance de la referida expresión, hay que atender también al momento en que se determina la existencia de esa "misma obligación". Al respecto, y confirmando el fallo en el Caso de derecho de paso,<sup>(10)</sup> la Corte decidió en el Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (en adelante, Nicaragua contra Estados Unidos) que no es menester que esta obligación esté irrevocablemente definida al momento del depósito de las declaraciones sino que, para que exista esa "misma obligación" es necesario que haya dos Estados partes en un caso y una cuestión definida entre ambos, y esto ocurre una vez iniciados los procedimientos. Sólo entonces debe determinar la Corte si en ese momento ambos habían aceptado la misma obligación en relación con el objeto de los procedimientos.<sup>(11)</sup>

Por último, Renata Szafarz señala que la Corte no ha sido coherente en la aplicación de la reciprocidad a las reservas contenidas en las declaraciones. A modo de ejemplo, en el caso de la Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria, la CPIJ estableció que la reciprocidad se fundaba en el artículo 36(2) así como también en la declaración de Bulgaria.<sup>(12)</sup> Finalmente, la CIJ decretó en el Caso de ciertos empréstitos noruegos (Francia contra Noruega), que la reciprocidad se fundaba en el artículo 36 sección 3.<sup>(13)</sup> Posteriormente, en el Caso de Nicaragua contra Estados Unidos, la Corte señaló que la reciprocidad está contenida en el artículo 36, especialmente en los párrafos 2 y 3.<sup>(14)</sup> Concluye, entonces, que en cierta medida se justificaría la referencia explícita a la reciprocidad de las declaraciones de algunos Estados.<sup>(15)</sup>

*iv) "controversias de orden jurídico":* el sistema de cláusula opcional tiene como finalidad resolver litigios de carácter jurídico, susceptibles de solución jurídica. Esta exigencia ha planteado dos problemas importantes:

a) Si una controversia determinada reúne los requisitos que le darían carácter "jurídico", y

b) La calificación de una controversia como jurídica, o bien, meramente política.

El primer problema ha sido enfrentado por ambas Cortes al atender a los siguientes argumentos:

- que el demandante no ha logrado probar la existencia de una controversia que se refiera a alguna de las categorías enunciadas en el mismo artículo 36(2), o bien;
- que cierta controversia no pueda ser fallada con arreglo a alguna de las fuentes del derecho internacional enunciadas en el artículo 38 del Estatuto.

Históricamente, estos argumentos han sido esgrimidos en forma preliminar junto con otras objeciones, para evitar que se llegue a discutir sobre el fondo de la controversia. A su vez, la Corte los ha tratado en una etapa posterior porque, de lo contrario, al hacerlo podrían haberse prejuzgado asuntos de fondo.<sup>(16)</sup>

El primer argumento fue planteado en el Caso de ciertos empréstitos noruegos y en el Caso del incidente aéreo de 27 de julio de 1955 (Estados Unidos de América y otros contra Bulgaria). En ambos procesos la CIJ declinó jurisdicción fundándose en otros planteamientos. Las categorías del artículo 36(2) cubren virtualmente toda disputa de carácter internacional, por lo que es casi imposible que prospere tal objeción, a menos que se invoque otra excepción a la jurisdicción a la Corte.

El segundo argumento fue invocado en el Caso de derecho de paso vinculado a la quinta objeción preliminar (que disponía que se trataba de un asunto de jurisdicción interna del demandado). La Corte lo falló en el fondo desechándolo e indicando que el hecho de existir problemas delicados en la aplicación del artículo 38 no era razón suficiente para no fallar sobre un cierto derecho con arreglo a esa misma disposición.<sup>(17)</sup>

Unido a este problema está la tesis de que, si bien existe ley aplicable, la disputa no podría ser fallada por tratarse de normas obsoletas. Al respecto cabe citar la posición sostenida por Canadá al sustituir su declaración de cláusula opcional:

"No estamos dispuestos a litigar con otros Estados acerca de asuntos de interés vital a cuyo respecto el derecho es inadecuado, inexistente o inaplicable a situaciones como la que Canadá enfrenta en el Artico. El intento de resolver mediante una sentencia judicial asuntos en los que el derecho no ofrece una base firme para su adjudicación, no favorece ni a la Corte ni al desarrollo del derecho internacional".<sup>(18)</sup>

Una visión distinta tiene L. Gross quien, basándose en la teoría de *non liquet*, señala que siempre que una de las partes invoque un derecho impugnado por la otra con fundamentos jurídicos, hay base necesaria y suficiente para una decisión judicial en derecho.<sup>(19)</sup>

El otro problema que se ha planteado es el de la calificación de la controversia jurídica o meramente política.

Es de común ocurrencia que la distinción entre ambas cuestiones sea un problema de matices. Los Estados procuran dar base jurídica a sus pretensiones de cualquier índole, en circunstancias de que las controversias propiamente jurídicas ordinariamente tendrán origen político y pueden revestirse de un color político.

La opinión disidente conjunta emitida en el Caso de los ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia contra Francia) discurre sobre este punto. Sostiene que una disputa sobre derechos (controversia jurídica) se distingue de una relativa a conflictos de intereses (de carácter político) en que ésta última descansa en consideraciones que no son legales sino, más bien, de carácter político, económico o militar. Más aún, en una cuestión política, al menos una de las partes no se contenta con exigir sus derechos y exige la satisfacción de algún interés propio aun cuando ello exija una modificación de situación legal existente entre las partes.<sup>(20)</sup>

Más esclarecedor aún fue el fallo de la CIJ en el Caso del personal consular y diplomático estadounidense en Teherán (Estados Unidos contra Irán). En este caso, Irán planteó que frente a una controversia jurídica, existen otras disputas que se identifican con un segmento de una situación de tensión y

que, en consecuencia, no son susceptibles de ser resueltas judicialmente. Sostuvo que la Corte no debía conocer el caso, porque la toma de rehenes sólo constituía un aspecto marginal y secundario de un problema global, cual era la situación de tensión entre los Estados Unidos e Irán durante los veinticinco años anteriores. La Corte rechazó este argumento señalando que las controversias jurídicas entre los Estados ocurren naturalmente en contextos políticos, y suelen constituir un elemento más dentro de un conflicto político más amplio y permanente entre tales Estados.<sup>(21)</sup>

Para concluir, citemos a Gross, quien concluye que cuando se plantee que un conflicto no es susceptible de solución judicial dentro del sistema de la cláusula opcional, la Corte seguramente lo conocerá y, que ese fallo podrá servir de base para la búsqueda de una solución diplomática<sup>(22)</sup> al conflicto global.

**1.2.** El artículo 36 en su sección 3 establece:

"La declaración a que se refiere este artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo."

Esta disposición no se refiere al principio general de reciprocidad sino a la condición específica (reserva) que puede incluirse en una declaración con arreglo a la cláusula opcional. Tal declaración puede contener una condición que estipule que sólo será efectiva si ciertos países hacen declaraciones similares. Una posición minoritaria es sostenida por Hambro al decir que, a raíz del término "incondicionalmente", esta disposición permite a los Estados excluir la reciprocidad si así lo desean. En otras palabras, la reciprocidad no sería inherente sino que tendría que ser mencionada concretamente.<sup>(23)</sup>

**1.3.** La sección 4 del artículo 36 simplemente establece el procedimiento formal por el que las declaraciones deben remitirse para su depósito al Secretario General de Naciones Unidas, quien transmitirá copia de ellas a las partes en el Estatuto y al Secretario de la Corte.

1.4. Finalmente, cabe mencionar la sección 5 del mismo artículo. Según ella, las declaraciones hechas de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la CPI que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el Estatuto de la C.I.J., como aceptación de la jurisdicción obligatoria de ésta última por el período que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones.

## 2. Naturaleza Jurídica del sistema de cláusula opcional

**E**L sistema de la cláusula opcional ha sido objeto de considerable estudio respecto de la calificación jurídica y de la legislación aplicable.

La CPI se refirió a la "accesión" y, luego, a la "adhesión" a la cláusula opcional, siendo ambos términos propios del derecho de los tratados. Posteriormente, la CIJ habló de un "vínculo consensual" y se refirió a "las relaciones contractuales entre las partes y la jurisdicción obligatoria que de ahí resulta", para acuñar después el concepto de "sistema" de jurisdicción obligatoria, del que los Estados son partes y del cual derivan derechos y obligaciones.<sup>(24)</sup> Se ha sostenido que las declaraciones en cuestión son unilaterales en su forma pero contractuales en su esencia; que existiría una situación cuasicontractual comparable a la adhesión a un tratado.<sup>(25)</sup> De ahí que Szafarz haya definido la declaración unilateral hecha bajo el artículo 36(2) como "un acto de adhesión a una obligación facultativa establecida en ese precepto."<sup>(26)</sup> Rosenne, por su parte, puso el acento en el momento en que se perfecciona la obligación perfilando la declaración como "un compromiso unilateral en favor de cualquier otro Estado que haga una declaración similar, y que no es aceptada por ningún otro Estado sino hasta que recae en un caso concreto".<sup>(27)</sup>

Conviene examinar ciertas diferencias que el sistema de la cláusula opcional presenta frente a las características propias del derecho de los tratados. Para los propósitos de este trabajo, revisaremos sólo lo relativo a reservas, modificaciones, efecto retroactivo e interpretación de las declaraciones y de los tratados:

**i) reservas:** a diferencia de las reservas definidas en el artículo 2(1)(d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 (en adelante, Convención de 1969), estas reservas.

a) pueden formularse con posterioridad al depósito de la declaración (que equivaldría a hacerlo después de haber consentido final y expresamente en obligarse por un tratado, lo que no es posible);

b) sólo apuntan a restringir la obligación resultante de la cláusula opcional (y no a excluir o modificar el efecto legal de ciertas disposiciones de un tratado);

c) No pueden ser objeto de prueba en cuanto a su compatibilidad con el "objeto y fin", (dispuesta en el artículo 19 (c) de la Convención), en este caso, la sección 2 del artículo 36 del Estatuto, con el fin de determinar su admisibilidad. Y esto porque como su objeto es conferir jurisdicción a la Corte, toda reserva sería, en rigor, contraria a este fin.<sup>(28)</sup>

d) producen efectos distintos de aquéllas formuladas en tratados multilaterales a diferencia del artículo 21 de la Convención de 1969). En el Caso de ciertos empréstitos noruegos, la reciprocidad permitió a Noruega invocar la reserva francesa, no según su redacción, sino invocando su contenido mismo.<sup>(29)</sup>

e) son afectadas por la objeción de un Estado a la declaración que la contiene.<sup>(30)</sup>

Las reservas en el sistema de la cláusula opcional definen hasta qué punto la obligación establecida en el artículo 36(2) se aplica a una relación bilateral dada.

**ii) modificaciones:**

a) todas las declaraciones que regulan su propia modificación establecen que ello constituirá un acto plenamente unilateral. Esto ha sido confirmado en la práctica.<sup>(31)</sup> Por lo tanto, la Convención de 1969, no les sería aplicable en lo referente a la enmienda o modificación de tratados a la luz de los artículos 39 y 41, que exigen para ello un acuerdo entre las partes.

b) en este sistema, las modificaciones dicen relación, entre otros, con cambios referentes a las reservas. En el derecho de los tratados, el retiro de una reserva es siempre un acto unilateral que puede llevarse a efecto en cualquier momento (artículo 22, Convención de 1969). Sin embargo, la Corte estableció que dentro del sistema de la cláusula opcional, toda modificación de una declaración que no incluya reglas para modificarla pero sí para su denuncia (inclusive aquella que causare su denuncia), debe cumplir con las condiciones formales establecidas para ello en la declaración misma. Ello como una obligación ineludible para con los demás países aceptantes.<sup>(32)</sup>

*iii) efecto retroactivo:* las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar antes de la entrada en vigor, debido a la irretroactividad de sus efectos, salvo "...que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo" (artículo 28, Convención de 1969). A su vez, las declaraciones hechas bajo el sistema de la cláusula opcional plantean igualmente el efecto retroactivo, que puede excluirse expresamente mediante reservas *rationae temporis*.

*iv) interpretación:* en el caso de los tratados, la interpretación gramatical y teleológica tiene un papel fundamental, en tanto que aquella basada en elementos históricos juega un papel supletorio. En el caso de las declaraciones, todos los medios de interpretación son igualmente importantes por cuanto el objetivo primordial radica en descubrir la voluntad e intención del Estado que redacta y deposita su declaración. En el Caso de la Anglo-Iranian Oil Company, la CIJ señaló que al fallar no podía basarse en una interpretación del texto puramente gramatical. Debía buscar aquella que fuera armónica con su lectura natural y racional, considerando la intención del gobierno de Irán al tiempo de aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte.<sup>(33)</sup>

No obstante, la Convención de Viena no puede ser excluida del todo del sistema de la cláusula opcional:

– La Corte ha fallado en el Caso Nicaragua contra los Estados Unidos que, tratándose de la denuncia de una declaración de duración indefinida, el derecho a su terminación inmediata no estaba previsto. Más aún, a la luz del principio de la buena fe, parecía que éstas debían regirse, por analogía, por el derecho de los tratados. Este exige, en el caso de los tratados que no establecen un período de validez, un lapso razonable para el retiro o denuncia de los mismos luego de que el Estado respectivo haya dado a conocer su intención en tal sentido.<sup>(34)</sup>

– También por analogía, se estima que debieran aplicarse las normas del derecho de los tratados, al margen de toda condición formal establecida en las declaraciones, en los siguientes casos: 1) cambio fundamental en las circunstancias; 2) brote de hostilidades; 3) incumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema de la cláusula opcional.

Para terminar este punto, concluyamos diciendo que, en cuanto a la naturaleza jurídica, lo característico del sistema es que es *sui generis*. Se trata de una estructura legal flexible que consiste en elementos unilaterales y contractuales que establecen, actualmente, cerca de 1431 relaciones bilaterales paralelas.<sup>(35)</sup> Cada una de estas relaciones está constituida por ciertos elementos, a saber: 1) uno multilateral, como es el artículo 36(2); 2) otro bilateral, cual es el efecto de la reciprocidad en las reservas y 3) un elemento unilateral, en las condiciones formales asimétricas insertas en las declaraciones.

En cuanto a la legislación aplicable, el sistema de la cláusula opcional se rige, en primer término por las declaraciones de ambos países partes en una controversia y por el Estatuto y Reglamento de la CIJ. Además son aplicables las fuentes del derecho internacional enunciadas en el artículo 38 del Estatuto, entre las que destacan como medios auxiliares, los fallos de la CPII y de la misma CIJ. El derecho de los tratados, como vimos, se aplica en situaciones concretas y por vía más bien analógica.

### 3. Evolución histórica de los países adherentes a esta cláusula

**PERÍODO entreguerras.**- La jurisdicción obligatoria de la CPIJ fue aceptada, mediante declaraciones, por un total de 47 Estados, a saber: Dinamarca, Suiza, Portugal, El Salvador, Uruguay, Holanda, Suecia, Noruega, Lituania, Panamá, Brasil, Luxemburgo, Finlandia, Bulgaria, Haití, Austria, China, Estonia, Letonia, República Dominicana, Francia, Bélgica, Etiopía, Alemania, Hungría, España, Italia, Grecia, Irlanda, Perú, Reino Unido, Nueva Zelandia, Unión de Sudafrica, India, Australia, Canadá, Siam, Yugoslavia, Albania, Persia, Rumania, Colombia, Paraguay, Turquía, Bolivia, Mónaco y Lichtenstein.

Ni Estados Unidos ni la Unión Soviética adhirieron al sistema de la cláusula opcional, en tanto que la declaración depositada por Polonia no entró en vigor por no haber sido ratificada, condición para su validez. Nicaragua se encontró en una situación especial.

El mayor número de declaraciones aceptando la jurisdicción de la Corte se presentó en 1934. Se trató de 42 declaraciones que constituyeron más del 80% de todos los Estados partes en el Estatuto de la CPIJ.

**Período posterior a la segunda guerra mundial.**- Al entrar en vigor la Carta de las Naciones Unidas, se encontraban en vigor 31 declaraciones relativas a la CPIJ, de las cuales 17 fueron reconocidas como vigentes respecto de la CIJ. Las demás expiraron porque algunos Estados partes en el Estatuto de la CPIJ no pasaron a serlo en el de la CIJ. En 1947, un año después de la creación de la CIJ, 25 Estados se encontraban obligados por el sistema de la cláusula opcional, lo que equivalía al 50% de los Estados partes en el Estatuto.

**Situación a enero de 1992.**- A esa fecha últimos datos de que disponemos se encontraban vigentes las declaraciones de los siguientes Estados: Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Botswana, Camboya, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chipre, Dinamarca, República Dominicana, Egipto, El Salvador,

España, Estonia, Filipinas, Finlandia, Gambia, Guinea-Bissau, Haití, Holanda, Honduras, India, Japón, Kenya, Liberia, Lichtenstein, Luxemburgo, Malawi, Malta, Mauricio, México, Nauru, Nueva Zelandia, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Panamá, Polonia, Portugal, Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal, Somalia, Sudán, Suriname, Swazilandia, Suecia, Suiza, Togo, Uganda, Uruguay y Zaire.

Si para entonces 170 Estados eran partes en el Estatuto de la CIJ, estos 54 Estados que habían formulado declaraciones sólo constituían el 31,8%. Esto nos indica que habiéndose triplicado el número de países de la comunidad internacional, en 1993 el número de declaraciones vigentes era apenas superior al del período entre las guerras. El Reino Unido es el único miembro permanente del Consejo de Seguridad que mantiene su adhesión a la cláusula opcional.

No sólo es sintomática la proporción decreciente de Estados vinculados al sistema existen en diversas declaraciones que están en vigor, 24 tipos distintos de reservas que limitan la jurisdicción de la Corte. Las reservas más frecuentes se refieren a: a) otras vías de arreglo de controversias; b) la jurisdicción interna del Estado; c) disputas previas; d) asuntos territoriales varios; e) hostilidades; f) tratados multilaterales; g) disputas excluidas del arreglo judicial en virtud de un tratado; h) problemas varios de derecho del mar; i) disputas con miembros de la Comunidad Británica.

Otro problema que ha debido enfrentar el sistema de la cláusula opcional ha sido la llamada reserva subjetiva de jurisdicción nacional (llamada también automática).<sup>(36)</sup> Una clásica reserva automática tiene la siguiente estructura:

"La presente declaración no se aplicará a aquellas disputas referentes a asuntos comprendidos esencialmente (a veces, "exclusivamente") dentro de la jurisdicción nacional del país X, lo que será determinado (también, "así entendido") por el mismo país X."

Para protegerse de una posible demanda, el Estado que la incluye en su declaración se reserva en la práctica, el derecho a determinar unilateralmente el ámbito de su jurisdicción

nacional y, consecuentemente, el de la misma Corte.<sup>(37)</sup> Con ello se burla la jurisdicción obligatoria.

Su propagación inicial, reflejada en un considerable número de países que incorporaron a sus declaraciones este tipo de reserva, sufrió un proceso regresivo al advertirse que era ésta un arma de doble filo. Esto último quedó de manifiesto por efecto de la reciprocidad. Cuando el Estado demandado que no contaba con tal reserva, se valía de la reciprocidad invocando en su favor la reserva automática del Estado demandante, el mismo Estado demandado pasaba a tener el derecho a calificar si el asunto caía o no dentro de su propia jurisdicción interna. El desenlace natural era que el Estado demandado podría siempre eludir la jurisdicción internacional ya que al invocarla, tornaría inoficiosa toda demanda. Así, la reserva automática despojaba de todo poder ofensivo a la declaración que la contuviera. Como consecuencia de ello, aquéllos que en su oportunidad la incluyeron, la eliminaron o bien, reemplazaron sus declaraciones por otras. Actualmente, ya no constituye una amenaza seria al sistema.<sup>(38)</sup>

La Corte señaló, en el Caso de Nicaragua contra los Estados Unidos que, en una situación determinada, un Estado puede no invocar sus propias reservas y "en principio, un Estado puede válidamente renunciar a una objeción a la jurisdicción que, de otro modo, pudo tener derecho a elevar".<sup>(39)</sup>

En general, el enfoque de los Estados hacia la jurisdicción obligatoria de la Corte ha sido y es uno de extrema reserva o, en palabras de la Corte, "ex abundanti cautela".<sup>(40)</sup>

#### 4. Ventajas, críticas y propuestas de reforma al sistema.

**V**ENTAJAS.- Entre otras, podemos destacar las siguientes:

1º) El depósito de una declaración lleva aparejado un mayor prestigio para el Estado declarante, como respetuoso de la legalidad.

2º) Da lugar a un desarrollo y mejoramiento notables del derecho internacional. Aun cuando muchas veces no se lo-

grara fallar el fondo, desde el punto de vista de la doctrina las decisiones de la CIJ, pueden considerarse, como medios auxiliares para la determinación del derecho y elementos que contribuyen a cristalizar la costumbre internacional.<sup>(41)</sup>

3°) Para los Estados más débiles puede constituir una fórmula más justa que un procedimiento mediante negociaciones diplomáticas.

4°) Evita que pequeñas disputas lleguen eventualmente a convertirse en una de mayor envergadura.

5°) Induce a los Estados a evitar las disputas.

*Críticas.*- Luego del fallo del 26 de noviembre de 1984, con el consiguiente retiro de Estados Unidos del sistema de la cláusula opcional, surgió una gran controversia en torno al mismo. Recogemos aquí las principales críticas expresarlas en ese momento, junto con los clásicos recelos a la jurisdicción obligatoria:

1°) Politización de la Corte. Israel y Estados Unidos atribuyeron a esta circunstancia, entre otras, el fallo de 1984, para luego denunciar sus declaraciones. Lo mismo ocurrió en el caso de Francia luego de los casos de los ensayos nucleares. Esta crítica debe ser matizada por cuanto todos los jueces, salvo uno, no se pronunciaron sobre el uso de la fuerza militar estadounidense en Irán en la abortada misión del 24 y 25 de abril de 1980, y no impusieron el deber de reparación por ello.<sup>(42)</sup>

2°) La conveniencia de las negociaciones diplomáticas por revestir una mayor discreción en el manejo de asuntos generalmente delicados.

3°) Temor de los gobiernos a perder el control de ciertos negocios al someterlos a decisión por un tercero. Aquí va involucrado el prestigio en caso de perder.

4°) Composición de la Corte. Se ha criticado la presencia de jueces provenientes de países que no reconocen la jurisdicción obligatoria de la Corte.

5°) Percepción del sistema como producto de la civilización y sistema de gobierno occidentales.

6º) Falta de un mecanismo eficaz para la ejecución de los fallos.

7º) Llevar disputas a la Corte a través de la cláusula opcional es muchas veces mirado como un acto no amistoso.

8º) El artículo 36(2) puede obstaculizar la creciente eficacia de la Corte. No se puede imponer a los Estados la idea de legalidad de las controversias insistiendo en una jurisdicción obligatoria.<sup>(43)</sup>

9º) La reducida adhesión por parte de los miembros de la comunidad internacional al sistema y la cantidad de reservas que, en la práctica, hacen ilusoria la noción de jurisdicción obligatoria.

**Propuestas de reforma al sistema.-** La tendencia histórica regresiva de adhesión al sistema de la cláusula opcional indica que, para invertirla es menester introducir reformas. Sin embargo, ellas deben ser moderadas pues, al reformar, se corre el riesgo de que aumente el número y alcance de las reservas o bien, de que se vayan retirando gradualmente los Estados que han adherido al sistema. Al respecto, se han propuesto diversas fórmulas, a saber:

1º) Sustituir el actual sistema llamado de "*contracting-in*" por uno de "*contracting out*", es decir, transformar el sistema actual de adhesión mediante una declaración por uno de exclusión del mismo mediante una declaración expresa.

2º) Modificar la situación de los jueces. D'Amato propone introducir cargos vitalicios bastante mejor remunerados a fin de asegurar la independencia del juez y su familia respecto de todo compromiso para con el país del que es nacional. Así se aseguraría la imparcialidad de los jueces.<sup>(44)</sup>

3º) Franck plantea un nuevo papel de la Corte, orientado a la declaración de grandes principios de derecho internacional, en vez de la resolución directa y total de conflictos concretos.<sup>(45)</sup>

4º) Que la Corte establezca un marco que tienda a uniformar las declaraciones por lo que respecta a sus condiciones formales, teniendo éstas efecto a medida que las declaraciones se vayan renovando o reemplazando.

5º) Estimamos que una alternativa novedosa sería introducir una "declaración colectiva", que podría conducir a la creación de subsistemas regionales de la cláusula opcional. La CIJ podría dar pautas generales sobre las modificaciones unilaterales, indicando un procedimiento de elección de jueces que conocieran las controversias en Salas de la Corte.

## 5. Chile y la cláusula opcional. El Pacto de Bogotá

**C**HILE nunca ha sido parte del sistema de la cláusula opcional. A su vez, nuestro país es un Estado parte en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, o Pacto de Bogotá, de 1948. En tal calidad, le son aplicables las diversas disposiciones de ese cuerpo normativo, entre las cuales podemos advertir un mecanismo aparentemente análogo al de la cláusula opcional. Perfilar la naturaleza y mecanismo de este sistema es importancia para saber el alcance del compromiso asumido por Chile, en caso de que se vea envuelto en una controversia internacional con uno o más Estados partes en el Pacto de Bogotá.

Es menester, entonces, analizar el Pacto de Bogotá (en adelante, el Pacto) principalmente su artículo XXXI. Para ello, analizaremos el fallo de la CIJ de 1988 en el Caso de las acciones armadas fronterizas y transfronterizas entre Nicaragua y Honduras (en adelante, Nicaragua contra Honduras), en que se trató el tema exhaustivamente. Además, consideramos los términos en que Chile y sus países limítrofes se han obligado al Pacto.

### 5.1. Naturaleza jurídica y mecanismo del sistema del artículo XXXI del Pacto de Bogotá

Dice el artículo XXXI del Pacto:

"De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto de cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en

todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional."<sup>(46)</sup>

Esta disposición, a simple vista idéntica al artículo 36(2) del Estatuto, se distingue del mismo en cuanto a que:

– En virtud del artículo 36(2) las partes: "podrán declarar, en cualquier momento, que reconocen como obligatoria...", en tanto en el artículo XXXI "las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen..."

– Dice el artículo 36(2): "...reconocen como obligatoria...respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación...". A su vez, el artículo XXXI dispone que las Altas Partes Contratantes..."reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto...". Con esto, el Pacto incorpora la condición de reciprocidad establecida en el mismo artículo 36 sección 3 del Estatuto de la CIJ.

El artículo XXXI fue exhaustivamente analizado en el fallo antes mencionado del caso entre Nicaragua y Honduras. Analizaremos aquellas cuestiones más importantes que se desprenden de los puntos ahí consignados, a los efectos de esbozar este sistema:

***i) La relación que existe entre el artículo XXXI del Pacto y una declaración con arreglo a la cláusula opcional.***

En el citado caso entre Nicaragua y Honduras, la Corte se refirió a la tesis hondureña que establecía, en un principio, que el artículo XXXI del Pacto requería una declaración, para luego conceder que esto podía ser así aunque no necesariamente.

Según la Corte, la primera interpretación es incompatible con el tenor literal del artículo XXXI que dice que las partes

"declaran que reconocen" la jurisdicción de la Corte "como obligatoria ipso facto". Por otra parte, el artículo XXXI no sujeta ese reconocimiento a una declaración hecha con arreglo al artículo 36, secciones 2 y 4. Por lo tanto, dijo la Corte, el artículo XXXI confiere, por sí mismo, jurisdicción al Tribunal.

En cuanto a la segunda tesis, la Corte la abordó en forma indirecta al analizar la relación del artículo XXXI con el Estatuto de la Corte. En el párrafo 36 del fallo, la Corte concluye que el artículo XXXI: "Es un compromiso autónomo, independiente de todo otro que las partes adopten o hayan adoptado (...) con arreglo a los párrafos 2 y 4 del artículo 36 del Estatuto".

Al fallar así la CIJ se pronunció sobre otro punto, cual era si una reserva a una declaración podía o no restringir el compromiso asumido en virtud del Pacto. En este punto la Corte citó tanto los trabajos preparatorios como la práctica de los Estados americanos en el sentido de que las reservas al Pacto sólo pueden tener lugar con arreglo a las normas establecidas en el Pacto mismo, reforzando así la idea de la independencia de ambos títulos.<sup>(47)</sup>

Jiménez de Aréchaga<sup>(48)</sup> abordó la relación entre la declaración y el artículo XXXI señalando que entre países partes del Pacto estos títulos no pueden constituir fuentes independientes de jurisdicción por cuanto la obligación contraída en virtud del artículo XXXI desplaza o absorbe cualquier otra asumida por esos mismos países por la vía de la cláusula opcional. Tal efecto tendría lugar porque el Pacto, por su naturaleza contractual, crea vínculos más fuertes que los que derivan de las declaraciones. Además, el Pacto es mucho más restrictivo que la cláusula opcional en lo relativo al procedimiento de denuncia como también en la formulación de nuevas reservas. Agrega Jiménez de Aréchaga, que las declaraciones que estos países depositen o hayan depositado tienen su razón de ser, pero sólo en cuanto establecen vínculos jurídicos respecto de aquellos países ajenos al Pacto.

***ii) La relación que existe entre el artículo XXXI del Pacto y el Estatuto de la CIJ.***

Se discutió también si el artículo XXXI del Pacto constituye una declaración colectiva de aceptación de la jurisdicción de la CIJ con arreglo al artículo 36(2) de su Estatuto (tesis hondureña),<sup>(49)</sup> o bien; si se trata de una cláusula inserta en un tratado por la que se confiere jurisdicción a la Corte en virtud del artículo 36(1) del Estatuto (tesis nicaragüense).

La Corte no discurrió mayormente sobre el punto indicando que, aun cuando se admitiera la tesis hondureña en el sentido de entender el artículo XXXI como una declaración colectiva, ésta fue incorporada al Pacto en la forma de ese mismo artículo, poniéndose de manifiesto la naturaleza contractual de la obligación asumida en virtud de esa disposición.

Para Jiménez de Aréchaga, el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, no obstante su terminología, debe ser clasificado como una fuente de jurisdicción derivada del artículo 36, sección 1 del Estatuto, a la luz de las siguientes consideraciones:

– El artículo 36(1) dispone que: "La jurisdicción de la Corte comprende (...) todos aquellos asuntos que le sean referidos (...) en tratados y convenciones vigentes." Este es el caso del artículo XXXI, lo que ha sido confirmado por el hecho de que en el Anuario de la Corte el Pacto de Bogotá no figura entre las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria, sino entre "otros instrumentos que confieren jurisdicción a la Corte".

– El artículo XXXI transforma la dinámica red de obligaciones que emanan de las diversas declaraciones de los países partes en el Pacto, "contractualizándolas" en un Tratado. El efecto propio de ello es, como ya señalamos, una adhesión más estable y firme a la jurisdicción obligatoria.<sup>(50)</sup>

***iii) Cómo se modifica, limita y denuncia la obligación asumida en virtud del artículo XXXI del Pacto.***

Otro de los puntos controvertidos del citado Caso de Nicaragua contra Honduras se suscitó por la posición de este último país, que sostuvo que la jurisdicción de la Corte

conferida con arreglo al artículo XXXI del Pacto queda determinada por cualquier declaración hecha por ese mismo país, así como por toda reserva a la misma. Y aún, que toda modificación o denuncia de tal declaración que fuera válida con arreglo al artículo 36(2), lo sería igualmente respecto del artículo XXXI del Pacto de Bogotá.<sup>(51)</sup>

Establecida, como ya vimos, la naturaleza contractual de la obligación que emana del artículo XXXI del Pacto así como su independencia del sistema de la cláusula opcional, la posición de la Corte sobre este punto se sustentó en los argumentos indicados.

– Esto es que, por su naturaleza contractual, el artículo XXI sólo puede ser modificado según las reglas establecidas en el Pacto mismo. Dijo la Corte: "El artículo XXXI no estipula que el compromiso asumido en virtud del Pacto pueda ser modificado mediante una declaración ulterior, y la referencia al artículo 36(2) es insuficiente, en sí misma, para sostenerlo."(párr. 34)

– Para limitar los efectos del artículo XXXI existen sólo dos vías, a saber:

1º) Las establecidas en el tratado mismo. Los artículos V, VI y VII del Pacto consagran estas limitaciones en lo referente a asuntos sujetos a la jurisdicción interna de los Estados partes, a los asuntos ya resueltos o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigor, y al principio del agotamiento previo de los recursos internos, respectivamente.

2º) Las que se establezcan por los Estados partes mediante reservas hechas con arreglo al artículo LV del Pacto, al firmar, ratificar o adherir al mismo.

– En cuanto a la forma de poner fin a la obligación asumida en virtud del artículo XXXI, la Corte señaló que esta obligación tiene lugar, *ratione temporis*, mientras el Pacto se encuentre en vigor entre los Estados respectivos. Según lo dispuesto en el artículo LVI del Pacto de Bogotá, éste se encuentra en vigor indefinidamente pudiendo ser denunciado sólo con un aviso previo de un año, permaneciendo vigente durante ese lapso para los demás signatarios. Por lo tanto, la

regla que se aplica a la cláusula opcional, que es más flexible, es improcedente.<sup>(52)</sup>

***iv) Si los artículos XXXI y XXXII deben aplicarse de consuno, como una sola fuente de jurisdicción o bien, si cada una constituye, por sí sola, un título independiente.***

El Pacto establece, además del artículo XXXI, otra forma de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

En virtud del artículo XXXII, las partes reconocen la jurisdicción de la Corte, con arreglo al artículo 36(1) del Estatuto, cuando el procedimiento de conciliación o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y no se hubiere convenido previamente procedimiento arbitral alguno.

En el referido asunto entre Nicaragua y Honduras, la segunda objeción hondureña a la jurisdicción de la Corte se basó en la siguiente teoría: mientras el artículo XXXI define el alcance de la jurisdicción de la Corte, el artículo XXXII dispone las condiciones para acceder a ella. Por lo tanto, ambas disposiciones debían aplicarse simultáneamente. Esto implicaba que sólo se podía recurrir a la Corte con arreglo al artículo XXXI si, de acuerdo con el artículo XXXII, había habido un proceso previo de conciliación sin que se hubiera pactado arbitraje lo que, según Honduras, no tuvo lugar en el citado caso.

La Corte, sin embargo, rechazó tal tesis indicando que las citadas disposiciones consagran dos vías independientes de acceso a la misma: "A través del artículo XXXI se recurre directamente, mientras que el artículo XXXII tiene lugar en aquellos casos en que los países acuden inicialmente a la conciliación" (párr. 47).<sup>(53)</sup>

En su opinión individual el Juez Oda se refiere a este punto, citando la segunda oración del artículo XXXII: "La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1º del artículo 36 del mismo Estatuto". Luego agrega "El fraseo puede interpretarse con propiedad en el sentido que la jurisdicción de la Corte, mencionada en el artículo XXXII, es la misma que aquella del artículo anterior (artículo

XXXI) y, por lo tanto, sujeta a las mismas condiciones de ese artículo" (p. 113).

A nuestro juicio, esta teoría no es suficientemente sólida. La lectura del artículo completo arroja una conclusión distinta, y además, la versión del texto en que se basa el Juez ofrece problemas de traducción. Al remitirse a una traducción palabra por palabra del texto, el Juez Oda asimila el "quedará" del Pacto, a la expresión "*will remain*", esta última significando, más propiamente, "permanecerá". Así, si el Pacto hubiera dicho: "La jurisdicción de la Corte permanecerá obligatoriamente abierta..." quizás la teoría del Juez Oda habría tenido mayor asidero.

Para concluir con este análisis del fallo, es menester indicar que el fallo no responde a ciertas interrogantes que fluyen del mismo: ¿Por qué el artículo XXXI del Pacto se refiere al artículo 36(2) del Estatuto? ¿Cómo se concilia la unilateralidad natural de una declaración de la cláusula opcional con la supuesta existencia de declaraciones colectivas? ¿Envolvería una declaración colectiva necesariamente la condición de reciprocidad establecida en la sección 3 del artículo 36, respecto de los Estados co-declarantes? ¿Sería posible la modificación unilateral por parte de un Estado codeclarante?...y, en tal evento...¿Qué valor tendría entonces la declaración? ¿Fue realmente la intención última de los Estados Americanos someterse a la jurisdicción obligatoria de la CIJ?<sup>(54)</sup>

## 5.2. Reservas al Pacto de Bogotá: Chile y sus países limítrofes

De los veintidós países que firmaron el Pacto de Bogotá "a los treinta días del mes de abril" de 1948, sólo catorce lo ratificaron. Ocho países formularon reservas,<sup>(55)</sup> para cuya validez debían sujetarse a los artículos LIV y LV del Pacto:

Artículo LIV:

"Cualquier Estado americano que no sea signatario de este Tratado o que haya hecho reservas al mismo, podrá adherir a éste o abandonar en todo o parte sus reservas, mediante instrumento oficial dirigido a la Unión Pana-

mericana, que notificará a las otras Altas Partes Contratantes en la forma que aquí se establece."

Artículo LV:

"Si alguna de las Altas Partes Contratantes hiciere reservas respecto del presente Tratado, tales reservas se aplicarán en relación con el Estado que las hiciera a todos los Estados signatarios, a título de reciprocidad."<sup>(56)</sup>

Examinaremos las reservas de Chile, Bolivia, Argentina y Perú y los efectos que de ellas podrían derivarse:

*Chile.-*

Chile fue uno de los países signatarios del Pacto de Bogotá. El 15 de abril de 1974, Chile ratificó el Pacto con la siguiente reserva:

"Chile estima que el artículo LV del Pacto en la parte que se refiere a la posibilidad de que se hicieren reservas por algunos de los Estados contratantes, debe entenderse al tenor del N°2 de la Resolución XXIX adoptada en la Octava Conferencia Internacional Americana."<sup>(57)</sup>

El N°2 de la Resolución XXIX de la Octava Conferencia Internacional Americana dispone:

"En caso de adhesión o ratificación con reservas, el Estado adherente o que ratifique enviará a la Unión Panamericana, con antelación al depósito del instrumento respectivo, el texto de la reserva que se proponga formular, para que la Unión Panamericana lo comunique a los Estados signatarios, con el fin de averiguar si la aceptan o no. El Estado que se proponga adherir al Tratado o ratificarlo podrá o no hacerlo, teniendo en cuenta las observaciones que formulen sobre sus reservas los Estados signatarios;"<sup>(58)</sup>

Si examinamos el artículo LIV del Pacto, notaremos que éste exige que, tanto para la adhesión como para el **abandono en todo o parte** de las reservas de un Estado, que ello se haga mediante instrumento oficial dirigido a la Unión Panamericana, que notificará a los demás Estados con arreglo al procedimiento establecido en el Pacto mismo. Ahora bien, al remitirse al N° 2 de la citada Resolución XXIX, Chile además exige que el Estado que adhiera o ratifique **envíe el texto de**

**la reserva que se proponga formular a la Unión Panamericana, antes del depósito del instrumento respectivo, con el objeto de que los demás Estados formulen observaciones a la misma, la acepten o decidan no hacerlo. Así, mediante su reserva, Chile impuso respecto de sí a los demás Estados un requisito adicional en la formulación de reservas, no contemplado en el Pacto.**

Todo lo anterior da lugar a ciertas reflexiones en cuanto a la posición de Chile frente al Pacto:

– Chile aceptó la jurisdicción obligatoria de la CIJ tanto en virtud del artículo XXXI como también con arreglo al artículo XXXII del Pacto de Bogotá.

– En principio, a Chile no le serían oponibles las reservas de los Estados que las formularon al adherir o ratificar, después de la fecha de ratificación de Chile, si sus respectivos textos no fueron remitidos a la Unión Panamericana.

Este efecto de la reserva chilena debe en todo caso analizarse a la luz de la calidad de parte de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que establece reglas precisas sobre reservas y no sigue las normas de 1938. Incluso, entre sus Partes, puede entenderse que las sustituye.

– Por otra parte, de tener efecto válido la "reserva" chilena, cabe preguntarse si otro Estado podría invocarla en su beneficio,<sup>(59)</sup> con arreglo al artículo LV del Pacto.

#### ***Países limítrofes de Chile.-***

**Bolivia.-** Bolivia es un país signatario del Pacto de Bogotá mas no lo ha ratificado. Al suscribir el Pacto, lo hizo con la siguiente reserva:

"La delegación de Bolivia formula reserva al artículo VI, pues considera que los procedimientos pacíficos pueden también aplicarse a las controversias emergentes de asuntos resueltos por arreglo de las Partes, cuando dicho arreglo afecta intereses vitales de un Estado."

En ausencia de ratificación, Bolivia no ha prestado su consentimiento en obligarse por los artículos XXXI y XXXII del Pacto.

**Argentina.-** Argentina también firmó el Pacto pero tampoco lo ratificó. Entre las reservas que formulara al firmar, en la N°2 indica que no adhiere al procedimiento judicial con-

sagrado en el Capítulo Cuarto (artículos XXXI al XXXVII). En consecuencia, el Pacto de Bogotá es inoperante entre Chile y Argentina en lo referente a la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

**Perú.-** Perú ratificó el Pacto de Bogotá con fecha 26 de mayo de 1967. De las cuatro reservas que formulara en 1948, ninguna de ellas dice relación con las disposiciones relativas al procedimiento judicial. Lo anterior implica que Perú está obligado en virtud de los artículos XXXI y XXXII del Pacto, al igual que Chile.

No obstante, la posibilidad de arreglo judicial de una determinada controversia entre ambos Estados en el marco del Pacto de Bogotá podría plantear la vigencia y alcance de las reservas peruanas N°1 y N°2, que establecen respectivamente,

1. "Reserva a la segunda parte del artículo V porque considera que la jurisdicción interna debe ser definida por el propio Estado."<sup>(60)</sup>

2. "Reserva al artículo XXXIII<sup>(61)</sup> y a la parte pertinente del artículo XXXIV por considerar que las excepciones a la cosa juzgada, resuelta por arreglo de las Partes o regida por acuerdos o tratados vigentes, determinan, en virtud de su naturaleza objetiva y perentoria, la exclusión de estos casos de la aplicación de todo procedimiento."

Ambas reservas aplicadas de consuno pueden producir un efecto casi idéntico al de una reserva automática dentro del sistema de la cláusula opcional.

## Conclusiones

**E**L sistema de la cláusula opcional de jurisdicción obligatoria de la CIJ es un mecanismo sui generis, regido por las declaraciones formuladas con arreglo al artículo 36 del Estatuto, de la CIJ y por las decisiones que el propio tribunal adoptase. El derecho de los tratados se aplica supletoriamente y por analogía.

La formulación de reservas en las declaraciones es hoy una práctica constitutiva de la costumbre internacional. Hay más de veinte tipos diversos de reservas en las distintas declaraciones actualmente en vigor. Las reservas automáticas prác-

ticamente se han extinguido por el efecto práctico de la reciprocidad, que es inherente al sistema.

Mientras que la CPJI falló 11 casos en virtud de la cláusula opcional, hacia 1993, 24 casos se habían sometido a la CIJ por la misma vía. Esta nutrida jurisprudencia ha disipado en forma progresiva, gran número de interrogantes y especulaciones en torno a los más variados aspectos del sistema. Por eso, a pesar de su curiosa naturaleza, nos encontramos frente a una herramienta bastante perfeccionada.

Aún cuando el desarrollo que ha experimentado el sistema de la cláusula opcional hasta nuestros días lo reviste de un mayor grado de certeza jurídica, los Estados suelen preferir el acuerdo en el que conservan un cierto dominio sobre la situación de conflicto. El concepto mismo de jurisdicción obligatoria, abierta en forma indeterminada y para posibles controversias no parece responder a las necesidades actuales de la comunidad internacional.

Las propuestas de reforma de la cláusula opcional son parciales, vagas y apenas satisfacen algunos de los reparos clásicos que plantean los Estados al sistema. Queda por resolver el problema de fondo, a saber cómo limitar la omnimoda voluntad del Estado que impide toda modificación sustantiva del sistema. Paradojalmente, ahí radica la esencia de la cláusula opcional.

Chile no se ha adherido al sistema de la cláusula opcional. La CIJ ha fallado que la obligación establecida en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, ratificado por Chile, no es una declaración de cláusula opcional. Tal obligación es de carácter contractual e independiente de toda declaración hecha con arreglo al artículo 36(2).

Es difícil que Chile sea llevado ante la CIJ en el marco de los artículos XXXI o XXXII del Pacto, si examinamos el alcance de estos artículos y las reservas de los Estados partes. Además, la reserva chilena puede plantear problemas de interpretación que limiten la jurisdicción de la Corte.

## NOTAS

- (1) La "cláusula opcional" original era un protocolo especial asociado al Protocolo de Firma del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1920. Como el Estatuto de la actual Corte forma parte de la Carta de las Naciones Unidas, no existe hoy una cláusula opcional en sentido estricto, por lo que este término se asocia hoy al artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ.
- (2) Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Servicios de Información Pública, Naciones Unidas, Nueva York. El texto auténtico está redactado en idiomas inglés y francés.
- (3) Rosenne, S.: *The Law and Practice of the International Court*, second revised edition, (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985). Capítulo XI.
- (4) **International Court of Justice Reports** (en adelante, **I.C.J. Rep.**), 1957, p. 146.
- (5) Resolución del Consejo de Seguridad de 15 de octubre de 1946 (véase Rosenne, *op. cit.*).
- (6) Merrills, J.G.: "The Optional Clause Today", **British Yearbook of International Law**, 1980, p. 89.
- (7) Para una mejor comprensión de la forma en que opera la reciprocidad, véase: Caso de ciertos empréstitos noruegos, **I.C.J. Rep. 1957**, p. 23-24; Caso *Interhandel*, **I.C.J. Rep.**, 1959, p. 23.
- (8) La CIJ estableció en el Caso de Nicaragua contra los Estados Unidos que el concepto de reciprocidad se refiere, en el caso de las declaraciones con arreglo a la cláusula opcional, al fondo y alcance de los compromisos ahí establecidos, incluyendo reservas, y no a las condiciones formales de su establecimiento para su creación, formación o extinción. Añadió que no se puede invocar la reciprocidad para sustraerse de los términos de la propia declaración de un Estado, sean cuales fueren su alcance, limitaciones o condiciones. **I.C.J. Rep. 1984**, párr. 62 p. 419.
- (9) Rosenne, *op. cit.*, págs.373-374.
- (10) **I.C.J. Rep. 1957**, pág. 143.
- (11) **I.C.J. Rep. 1984**, págs.420-421.

- (12) C.P.J.I. 1939, Ser. A/B, No. 77, p. 81.
- (13) I.C.J. Rep. 1957, pp. 23-24.
- (14) I.C.J. Rep. 1984, pp. 420-421.
- (15) Szafarz, R: *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. 44-45 y 95.
- (16) Rosenne, Shabtai: *op. cit.*, p. 375.
- (17) I.C.J. Rep., objeciones preliminares, 1957, pp. 149-150; ver también I.C.J. Rep., fondo, 1960, pp. 32, 36-37.
- (18) Dillard, H.: *The World Court: Reflections of a Professor Turned Judge*, 1978, 27 *Am. U.L. Rev.* p. 230.
- (19) Gross, L: "Underutilization of the International Court of Justice". *Harvard International Law Journal*, 27, 1986, 2, pp. 581-582.
- (20) Caso de los ensayos nucleares, I.C.J. Rep. 1974, p. 366.
- (21) Caso del personal diplomático y consular estadounidense en Teherán, I.C.J. Rep., 1980, p.20.
- (22) Gross, *op. cit.* p. 591.
- (23) Hambro, E: "The International Court of Justice". *Recueil des Cours*, 76, 1950, I, pp. 125-185.
- (24) Rosenne, *op. cit.*, pp. 409-410 citando los siguientes casos ventilados ante la C.P.J.I.: *Sudeste de Groenlandia*, Ser. A/B 48, p. 270; *Compañía de Electricidad de Bulgaria y Sofia*, Ser. A/B 77, p.80; y de la C.I.J.: *Caso del Derecho de Paso*, I.C.J. Rep. 1957, p. 146.
- (25) Szafarz, *op. cit.*, p. 41.
- (26) Szafarz, *op. cit.*, p. 42.
- (27) Rosenne, *op. cit.*, p. 413.
- (28) En este punto, cabe destacar la posición de Jiménez de Aréchaga, quien sostiene que debe regir el principio *In Plus Stat Minus*, esto es, como todo Estado parte del Estatuto puede negarse en forma absoluta a someterse a la jurisdicción obligatoria, debiera permitírsele cualquier grado de aceptación de la misma. Véase Jiménez de Aréchaga, E.: *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1980, p. 185. En el mismo sentido, D'Amato, A. "The United States Should Accept, by a New Declaration, the General Compulsory Jurisdiction of the

World Court", *American Journal of International Law* (en adelante *AJIL*), 80, 1980, 2.

(29) *I.C.J. Rep.*, 1957, p. 24.

(30) Szafarz, *op. cit.*, p. 96.

(31) Szafarz, *op. cit.*, p. 74.

(32) Se trató del Caso de Nicaragua contra los Estados Unidos, en cuyo fallo no se le reconoció a la "notificación Shultz" el efecto de excluir, por 2 años, con efecto inmediato, las disputas con cualquier Estado centroamericano. Para la Corte, "Los Estados Unidos por su propia elección, formal y solemnemente, asumieron la obligación ineludible de no alterar su declaración de 1946 sino con 6 meses de aviso previo". *I.C.J. Rep.* 1984, párr. 61 y 65.

(33) *I.C.J. Rep.*, 1952, p. 104-105.

(34) *I.C.J. Rep.*, 1984, párr. 63.

(35) Estas relaciones bilaterales no pueden ser consideradas como un tratado debido a la inestabilidad intrínseca del sistema, que se refleja en el hecho de que las condiciones formales de un tratado son comunes para todos los Estados partes y no pueden ser modificadas unilateralmente. Szafarz, *op. cit.*, p. 82.

(36) Esta reserva tuvo su origen en la llamada Enmienda Connally, establecida en la ya denunciada declaración de los Estados Unidos de 1946. Sobre la reserva automática, véase: Opinión Individual del Juez H. Lauterpacht en el Caso sobre ciertos empréstitos noruegos y en el Caso *Interhandel* (*I.C.J. Rep.* 1957 y 1959, respectivamente); véase también Crawford, J.: "The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court", *British Yearbook of International Law*, 1980, pp. 63-86.

(37) Esto último queda de manifiesto cuando se examina la sección 6 del mismo artículo 36. "En caso de disputa en cuanto si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá". Luego, es la Corte y no el país X llamado a determinar si una disputa cae dentro de la jurisdicción interna de un país lo que, en el fondo, define a la vez la jurisdicción de la Corte.

(38) Hoy sólo subsisten reservas automáticas en las declaraciones de México, Sudán, Filipinas, Liberia y Malawi.

- (39) I.C.J. Rep., 1985, p. 216, párr. 43.
- (40) Caso de la Anglo Iranian Oil Company, I.C.J. Rep., 1952, p. 105.
- (41) A modo de ejemplo, se ha invocado la Cláusula Opcional en casos tan trascendentes, como: Caso Panevezys Saldutiskis (1939), Fosfatos en Marruecos (1938), Cía de Electricidad de Bulgaria y Sofia (1939), por la C.P.J.I.; y por la C.I.J.: Pesquerías (1950-51), Anglo Iranian Oil Company (1951-2), Ciertos Empréstitos Noruegos (1955-7), Interhandel (1959), Derecho de Paso (1960), Nottebohm (1951-5), Nicaragua v. EE.UU. (1984-91), entre otros.
- (42) D'Amato, A: "Modifying U.S. acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court". A.J.I.L., 79, 1985, p. 404.
- (43) Gary L. Scott & Craig L. Carr: "The I.C.J. and Compulsory Jurisdiction: A Case for Closing the Clause". A.J.I.L., vol 81, 1987, p. 75.
- (44) D'amato, A., op. cit. (1985), p. 404.
- (45) Franck, T.: Judging the World Court, 1986, citado por E. Lauterpacht, A.J.I.L., 82, 1988, p. 871. En el mismo sentido se inclina Jiménez de Aréchaga citando, para ello, el Caso de la plataforma continental del Mar del Norte: "Esta manera de enfocar el asunto permitió dejar la solución final a las partes y al mismo tiempo arreglar la controversia en base a una sentencia obligatoria." Jiménez de Aréchaga, E.: El Derecho Internacional Contemporáneo (Madrid, Editorial Tecnos, 1980), p. 200.
- (46) García Amador, F.V.: Sistema Interamericano, Vol. I: Asuntos Jurídico-Políticos, Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1981, p. 733.
- (47) La Corte se basó, entre otros antecedentes, en la tercera reserva formulada por Estados Unidos, que señalaba expresamente que la jurisdicción obligatoria establecida en el Pacto se hallaba determinada por toda limitación contenida en toda declaración en vigor depositada por ese país con arreglo al artículo 36(4).
- (48) Jiménez de Aréchaga, E.: "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice under the Pact of Bogotá and the

Optional Clause" en: *International Law at a Time of Perplexity, Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Y. Dinstein* (ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 357.

(49) Esta posición encuentra apoyo en la opinión de F.V. García Amador. Infante C., María Teresa: "El Pacto de Bogotá: Vigencia y Propuestas de Reforma", pp. 63-64. Véase también la opinión individual del Juez Shahabuddeen en el Caso Nicaragua contra Honduras, I.C.J. Rep. 1988, p. 148.

(50) Jiménez de Aréchaga, E: "The Compulsory Jurisdiction...", pp. 356-357.

(51) I.C.J. Rep., 1988, párr.31.

(52) Véase supra, pág. 13.

(53) F.V. García Amador y A. Lleras han sostenido una interpretación diferente en el sentido de que la obligatoriedad del artículo XXXI depende de los requisitos establecidos en el artículo XXXII, véase: Infante, M.T.: "El Pacto de Bogotá: Vigencia Y Propuestas de Reforma", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Ano XLV, N°s 79/80, 1992, pp. 63-64. En su opinión individual en el citado Asunto entre Nicaragua y Honduras, el Juez Oda expresó que, si bien se trata de interpretaciones autorizadas, la de aquél es "confusa y ambigua" (párr. 3); en tanto que el Juez Shahabuddeen alude a ellas en términos tales como "breve(s)" y "no totalmente clara(s)". (p. 148).

(54) En este punto, véase la opinión individual del Juez Oda, quien duda de tal intención fundándose en los antecedentes y en los trabajos preparatorios del Pacto.

(55) García Amador, F.V., op. cit., p. 749.

(56) García Amador, F.V., op. cit., p. 739.

(57) García Amador, F.V.: op. cit., p. 742.

(58) Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio, 1938, p.145.

(59) En ese sentido falló la CIJ en el Caso de la plataforma continental de Mar Egeo, en que Turquía invocó la reserva "b" de Grecia al Acta General de Solución Pacífica de 1928, en virtud de la reciprocidad establecida en el N°3 de su artículo 39. La Corte reconoció este efecto declarándose incompetente debido al contenido de esa reserva. I.C.J. Rep. 1978, párr. 90.

(60) Dice el artículo V del Pacto de Bogotá: "Dichos procedimientos (pacíficos) no podrán aplicarse a las materias que por su esencia son de la jurisdicción interna del Estado. Si las partes no estuvieren de acuerdo en que la controversia se refiere a un asunto de jurisdicción interna, a solicitud de cualquiera de ellas esta cuestión previa será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia."

(61) El artículo XXXIII del Pacto dispone: "Si las partes no se pusieren de acuerdo acerca de la competencia de la Corte sobre el litigio, la propia Corte decidirá previamente la cuestión." Aquí el Pacto prácticamente transcribe el artículo 36(6) del Estatuto.

# Las Opiniones Consultivas "Obligatorias" de la Corte Internacional de Justicia

Santiago Benadava

**L**A competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia está prevista en el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y está regida por los artículos 65 a 68 del Estatuto de la Corte. Expresa el artículo 96 de la Carta:

"1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades".

Varios órganos y organismos han sido autorizados por la Asamblea General para solicitar opiniones consultivas de la Corte: el Consejo Económico y Social, la OIT, la FAO, la UNESCO, el Organismo Internacional de Energía Atómica, etc.

Las opiniones consultivas, como su nombre lo indica, no tienen carácter obligatorio. Ellas constituyen una participación de la Corte en las actividades de las Naciones Unidas y están destinadas a ilustrar y a guiar a esta organización en materias de orden jurídico.

Según la jurisprudencia de la Corte, "cuando un órgano de las Naciones Unidas o un organismo especializado solicita de la Corte una opinión consultiva en virtud del artículo 96, a título de consejo o ilustración sobre un punto de derecho, la Corte debe dar curso a su solicitud y emitir una opinión, a menos que 'razones decisivas' se opongan a ello".<sup>(1)</sup> La falta de consentimiento de un Estado interesado no constituye por sí sola una razón 'decisiva', aun si la solicitud de opinión versa sobre una cuestión pendiente entre dos Estados o entre las Naciones Unidas y un Estado miembro de la organización.

El mecanismo de las opiniones consultivas ha sido también utilizado para una finalidad que no fue prevista en la Carta de las Naciones Unidas ni en el Estatuto de la Corte: como medio de solución de controversias.

En efecto, diversos instrumentos internacionales establecen que si surge una determinada controversia podrá solicitarse una opinión consultiva de la Corte y que la opinión emitida será "decisiva", es decir tendrá fuerza obligatoria para las Partes en litigio.

Ejemplos de instrumentos de esta clase son algunos acuerdos de sede celebrados entre organizaciones internacionales y los Estados en que ellas despliegan sus actividades, como el acuerdo entre Chile y la CEPAL, los textos constitutivos de algunas de estas organizaciones, el Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT y el del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas; y ciertas convenciones multilaterales, tales como la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988).

Es importante destacar que el carácter obligatorio de una opinión consultiva de esta clase no dimana de ella misma sino de una disposición contenida en un instrumento jurídico autónomo que le atribuye tal carácter.

El mecanismo de las opiniones consultivas "obligatorias" permite someter a conocimiento y decisión de la Corte una controversia en que es parte un órgano de las Naciones Unidas o una de sus instituciones especializadas, los cuales

tienen cerrada la vía contenciosa en virtud del artículo 34, párrafo 1, del Estatuto de la Corte según el cual "Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte". De esta manera, se soslaya esta disposición y en vez del procedimiento contencioso, que el Estatuto excluye, se emplea la vía consultiva para dirimir la controversia.

Han sido las peticiones de opiniones consultivas con respecto a sentencias pronunciadas por el Tribunal Administrativo de la OIT y por el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas las que han suscitado mayores dudas en cuanto a su procedencia.

Como es sabido, estos Tribunales conocen de diferendos en que son partes la respectiva Organización, por un lado, y los funcionarios de ella que se sientan perjudicados en sus derechos, por el otro. Los Estatutos de estos Tribunales contienen cláusulas que permiten impugnar, por ciertas causales, la decisión pronunciada por el Tribunal y solicitar, al efecto, una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. Estas cláusulas atribuyen fuerza obligatoria a la opinión emitida. Dichos Estatutos establece, pues, verdaderos recursos similares a los de casación, ante la Corte Internacional de Justicia en contra de las sentencias de los Tribunales Administrativos a fin de que la Corte se pronuncie sobre las cuestiones jurídicas (no sobre los hechos) que plantean tales impugnaciones. Este pronunciamiento de la Corte será obligatorio y el respectivo Tribunal Administrativo deberá confirmar, o rectificar, conforme a la opinión consultiva emitida, su resolución inicial.

La Corte, aún considerando que el procedimiento de revisión "no está exento de dificultades", ha declarado que

"no le corresponde apreciar los méritos de este procedimiento que han conducido a adoptarlo. Ella sólo debe considerar si su Estatuto y su carácter judicial constituyen o no un obstáculo para que ella participe en el ejercicio de tal procedimiento dando curso a la solicitud de opinión consultiva".<sup>(2)</sup>

El hecho de que la opinión emitida sea considerada como obligatoria no constituye, según la Corte, un impedimento para la admisibilidad de la opinión solicitada, pues ello no afecta en nada el modo según el cual la Corte funciona, el razonamiento mediante el cual formará su opinión ni el contenido de la opinión misma.<sup>(3)</sup>

La Corte sí ha declarado que debe velar por la igualdad procesal de las Partes durante el procedimiento:

"La Corte debe únicamente asegurarse de que las partes interesadas tengan la posibilidad de exponerle, en condiciones de equidad y de igualdad, sus puntos de vista sobre las cuestiones respecto de las cuales se ha solicitado su opinión, y de que ella misma disponga de informaciones adecuadas para permitirle administrar justicia al emitir su opinión consultiva".<sup>(4)</sup>

Algunos magistrados de la Corte han sostenido, en sus opiniones individuales o disidentes, que la Corte debería haberse abstenido de emitir una opinión consultiva en casos de esta índole por carecer de competencia para ello en virtud del artículo 34, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, o porque las Partes no están en condiciones de completa igualdad en el procedimiento consultivo ante la Corte. Según algunos de estos jueces, los expedientes procesales empleados para tratar de crear una igualdad procesal entre las Partes, como la transmisión a la Corte por la Organización respectiva de las observaciones de los funcionarios interesados (que ello no pueden presentar directamente), o la renuncia por la Organización al procedimiento oral (en que dichos funcionarios no pueden participar), se prestan a serias objeciones y no cumplen plenamente el objetivo propuesto. Se ha estimado que sería más conveniente la adopción de un método más adecuado de revisión de las decisiones de los Tribunales Administrativos, tales como la creación de un verdadero Tribunal Administrativo de Apelaciones.<sup>(5)</sup>

Hasta el año 1987 las solicitudes de opinión consultiva dotadas de carácter "decisivo" u obligatorio, tendieron a obtener un pronunciamiento de la Corte respecto de una

demanda de revisión de una sentencia del Tribunal<sup>1</sup> Administrativo de la OIT o del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas. Fue en 1986 que se pidió a la Corte que emitiera su opinión sobre un caso en que se discutía la aplicabilidad de una convención multilateral: la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Los hechos que motivaron esta solicitud de opinión fueron ciertas dificultades que las autoridades rumanas habrían creado al Sr. Dumitru Mazilu, relator especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías (de la Comisión de Derechos Humanos) en su tarea de elaborar y presentar un informe sobre los derechos humanos y la juventud. Las Naciones Unidas estimaban que era aplicable al Sr. Mazilu, en su calidad de relator especial, el artículo VI de la Convención ("Expertos que forman parte de las Misiones de las Naciones Unidas"), en tanto que el Gobierno rumano sostenía que dicha disposición no era aplicable a los relatores especiales, quienes, al contrario de los expertos en misión de la Organización, no gozaban de prerrogativas e inmunidades, menos aún respecto del Estado de su nacionalidad o de su residencia.

Las Naciones Unidas decidieron solicitar a la Corte una opinión consultiva sobre

"la cuestión jurídica de la aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas al caso del Sr. Dumitru Mazilu en su calidad de relator especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías".

La solicitud de opinión consultiva versaba sobre la *aplicabilidad* de la sección 22 del Artículo VI de la Convención, relativa a los "Peritos que forman parte de las Naciones Unidas", al caso de Mazilu. No se preguntaba a la Corte sobre las consecuencias de esta aplicabilidad, es decir sobre las prerrogativas e inmunidades de que el señor Mazilu podría gozar (si se asimilaba su situación de relator especial a las de los peritos de las Naciones Unidas), ni tampoco sobre si se

había o no atentado en contra de estas prerrogativas e inmunidades en la persona del señor Mazilu.

Rumania sostuvo ante la Corte que ésta no podía declararse competente para emitir la opinión solicitada en razón de la reserva que había formulado a la sección 30 de la Convención. Esta sección dispone:

"Todas las divergencias que surjan sobre la interpretación o aplicación de la presente Convención serán referidas a la Corte Internacional de Justicia, a menos que, en un caso determinado, las partes convengan en recurrir a otro modo de solución. Si surge un diferendo entre las Naciones Unidas, por una parte, y un Miembro, por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica suscitada, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión emitida por la Corte será aceptada por las partes como decisiva".

Rumania había adherido a la Convención, pero con la reserva de que no se consideraba vinculada por las disposiciones de la sección 30, de manera que para la sumisión de cualquier diferendo a la Corte "es necesario en cada caso, contar con el consentimiento de todas las partes en el diferendo". Precisaba la reserva rumana que "ella se aplica igualmente a las estipulaciones comprendidas en la misma sección, según las cuales la opinión consultiva de la Corte Internacional debe ser aceptada como decisiva".

Rumania arguyó que, en razón de dicha reserva, las Naciones Unidas no podían, sin el consentimiento de Rumania, solicitar una opinión consultiva respecto del diferendo con la Organización. Como Rumania no había dado su consentimiento, la Corte carecía de competencia en la especie.

La Corte emitió su opinión consultiva el 15 de diciembre de 1989.<sup>(6)</sup>

Examinando la objeción rumana a su competencia la Corte señaló:

"La competencia de la Corte en virtud del artículo 96 de la Carta y del artículo 65 del Estatuto para emitir opinio-

nes consultivas sobre cuestiones jurídicas permite a las entidades de las Naciones Unidas solicitar consejo a la Corte a fin de realizar sus actividades conforme a derecho. Como estas opiniones están destinadas a ilustrar a la Organización de las Naciones Unidas, el consentimiento de los Estados no condiciona la competencia de la Corte para emitir las".<sup>(7)</sup>

Expresa también la Corte que la sección 30 de la Convención, respecto de la cual Rumania había formulado su reserva, juega en un plano y en un contexto diferentes de los del artículo 96 de la Carta. La sección 30 tiene por objeto establecer un mecanismo de solución de controversias; su primera parte contempla el caso de una divergencia entre los Estados partes en la Convención sobre la interpretación o aplicación de ella. La segunda parte de la sección 30 contempla el caso de que surja un diferendo análogo entre la Organización de las Naciones Unidas, por una parte, y un Estado miembro, por la otra.

Si se le solicitara una opinión consultiva sobre la base de la sección 30 —prosigue la Corte— ella debería naturalmente tomar en consideración las reservas que una de las partes en el diferendo hubiere formulado a dicha sección. En el caso particular de Rumania, la Corte debería examinar si la reserva de este país tendría por resultado impedir el procedimiento consultivo o privar a la opinión que la Corte emitiera del efecto decisivo que la sección 30 de la Convención atribuye a tal opinión. Pero no era éste el caso actual. La solicitud de opinión no había sido presentada en virtud de la sección 30 de la Convención sino en virtud del artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas. El actual procedimiento tendía a obtener una opinión sobre la aplicabilidad de una parte de la Convención y no a llevar ante la Corte un diferendo para que fuera resuelto. En consecuencia, la Corte estimó que la reserva formulada por Rumania a la sección 30 de la Convención no afectaba la competencia de la Corte para conocer de la solicitud de opinión presentada.

La Corte dejó, pues, en claro que la facultad de una entidad de las Naciones Unidas para solicitar una opinión consultiva en virtud del artículo 96 de la Carta, sobre la aplicabilidad de la Convención a un caso determinado, y la competencia de la Corte para conocer de dicha solicitud, no podía ser afectada u obstruida por una reserva formulada a la cláusula compromisoria de la Convención por un Estado que fuera parte en dicho caso.

No hallando razón decisiva para rehusar emitir una opinión consultiva, la Corte abordó la cuestión jurídica sobre la cual se le había solicitado su opinión. Estimando que la sección 22 del Artículo VI de la Convención era aplicable a los relatores especiales aún en el país de su nacionalidad o de su residencia, la Corte concluyó, por unanimidad, que tal disposición era aplicable al caso del Sr. Dumitru Mazilu en su calidad de relator especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías.<sup>(8)</sup>

El examen del caso Mazilu explica por qué la Organización de las Naciones Unidas decidió no solicitar una opinión consultiva "obligatoria" en virtud de la sección 30 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidad de las Naciones Unidas a fin de resolver su diferendo con Rumania: se lo impedía la reserva rumana a dicha sección. Optó, en cambio, por seguir otro camino: solicitar una opinión consultiva en virtud del artículo 96 de la carta, opinión que, sin estar dotada de fuerza obligatoria, le brindaba una orientación sobre la cuestión jurídica de la aplicabilidad de la Convención al caso Mazilu.

\*\*\*\*\*

El Profesor Ago, juez de la Corte Internacional de Justicia, en un interesante trabajo, ha planteado la posibilidad de que la Corte emita dos opiniones consultivas, una simple y otra "obligatoria" en relación con el mismo caso. Por ejemplo, para tomar el caso Mazilu, si el Gobierno rumano cambiara de criterio y diera el consentimiento que exige su reserva a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, la existencia de la opinión consultiva an-

terior de 15 de diciembre de 1989 no constituiría un obstáculo para que la Corte emitiera una opinión "obligatoria" que resolviera la controversia entre las Naciones Unidas y Rumania. La nueva opinión, dotada de efectos "concluyentes", podría "absorber la anterior, modificarla, o finalmente, mantenerse junto a la anterior, dejándola inalterada". Y, a la inversa, si la Corte Internacional de Justicia emitiera una opinión consultiva a la que esta misma Convención atribuyera efecto "concluyente", nada impediría que la Corte emitiera más tarde, a solicitud de la Organización, una opinión consultiva sobre el mismo caso que interpretara algún aspecto del mismo.<sup>(9)</sup>

Estas y otras situaciones similares evocadas por el Juez Ago son teóricamente posibles, pero la práctica de la Corte Internacional de Justicia no nos proporciona ejemplo de ellas.

\*\*\*\*\*

Para terminar: coincidimos con varios magistrados de la Corte Internacional de Justicia en la conveniencia de efectuar una doble reforma:

1°. Reemplazar el actual sistema de recursos respecto de las sentencias de los tribunales administrativos de la OIT y de las Naciones Unidas consistente en solicitar a la Corte opiniones consultivas dotadas por los estatutos de dichos tribunales de fuerza obligatoria, por el establecimiento de un Tribunal Administrativo de Apelaciones ante el cual las partes interesadas puedan impugnar directamente tales sentencias.

2°. Dar a las Naciones Unidas y a algunas de sus entidades *locus standi* para que puedan ser partes en casos ante la Corte y solucionar así, mediante el procesamiento contencioso, las controversias que surjan entre ellas y los Estados miembros.

## NOTAS

- (1) **Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies**, *Recueil* 1989, p. 191.
- (2) **Jugement du Tribunal Administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO**, *Recueil* 1956, p. 85.
- (3) *Ibid.*
- (4) **Demande de réformation de jugement N°158 du Tribunal Administratif des Nations Unies**, *Recueil* 1973, p. 182.
- (5) Véanse, por ejemplo, los puntos de vista de los jueces Winiarski, Klaestad, Zafrulla Khan, Badawi, Read y Córdova, en sus opiniones anexas a la opinión consultiva recaída en **Jugement du Tribunal Administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO**. *Recueil* 1956. Véase también la opinión del juez Ago en **Demande de réformation du jugement N°333 du Tribunal Administratif des Nations Unies**, *Recueil* 1987, p. 107 y ss.
- (6) **Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies**. Avis consultatif du 15 décembre 1989. C.I.J. *Recueil* 1989.
- (7) *Ibid.*, pp. 188-189.
- (8) Shabtai Rosenne, escribe respecto de Mazilu: "el lector inadvertido podría pensar que Mazilu fue una víctima inocente de la persecución comunista. Sin embargo, después del colapso de la Rumania comunista y de los disturbios que vivió ese país, se reveló que Mazilu había sido miembro prominente del Partido Comunista, pero que había caído en desgracia ante Ceausescu y los dirigentes oficiales". *The World Court: What it is and how it works*, 5a. ed., 1995. p. 233.
- (9) Roberto Ago, "'Binding' Advisory Opinions of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 85, 1991, 3, p. 448. Este artículo nos ha servido de valiosa guía en el presente trabajo.

# La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cecilia Medina Quiroga

## I. Introducción

**E**L derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado de manera rápida y segura desde sus inicios después de la segunda guerra mundial. Existen actualmente sistemas de protección y promoción de los derechos humanos en los continentes europeo, americano y africano, además de un sistema universal en el marco de las Naciones Unidas. Estos sistemas tienen por finalidad por una parte, examinar la situación general de los derechos humanos en los Estados que forman parte de ellos y, por la otra, conocer de las violaciones aisladas de los derechos humanos establecidos en los tratados que los conforman.

Este trabajo dice relación con la segunda de las facultades que tienen los órganos internacionales, es decir, la de conocer de casos aislados de violación de los derechos humanos y tiene por finalidad mostrar la enorme importancia de la labor de los órganos internacionales a los aspectos de precisar el alcance y contenido de los derechos humanos dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Como se sabe, Chile es parte en innumerables tratados de derechos humanos<sup>(1)</sup> dos de los cuales contemplan un mecanismo para conocer de este tipo de violaciones: uno es el Pacto Internacional de Dere-

chos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo<sup>(2)</sup> y el otro, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>(3)</sup>

Entre los mecanismos existentes para conocer de este tipo de violaciones, el sistema europeo es sin duda el más desarrollado, y en la actualidad cuenta con una rica jurisprudencia sobre los derechos consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>(4)</sup> (en adelante el Convenio Europeo). Aun cuando este Convenio no es aplicable en Chile, la jurisprudencia de sus órganos sirve a menudo de referencia a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sí tienen jurisdicción para conocer de violaciones de derechos humanos que puedan ser cometidas por Chile. Más aún, la jurisprudencia internacional, se alimenta recíprocamente por una parte, y se nutre, por otra, de la jurisprudencia nacional cuando los derechos humanos que se aplican son similares. Por estas razones me ha parecido interesante destacar algunos rasgos del sistema, reflejados en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puedan servir de inspiración o a la comunidad jurídica de Chile para defender o, en su caso, fallar los casos de derechos humanos de que se conozcan. Estos rasgos se relacionan con la labor de uniformar el alcance y contenido de los derechos humanos que lleva a cabo el Tribunal Europeo a través de sus sentencias, así como la tarea de modernizar los derechos para irlos adaptando a la realidad del momento, bajo la cual subyace la idea de la interpretación extensiva de los derechos. Finalmente, se analizará la importancia de la supervisión internacional para el desarrollo del derecho internacional y nacional de los derechos humanos.

## II. El sistema europeo de protección de los derechos humanos

**E**L sistema europeo de protección de los derechos humanos fue establecido en el Convenio Europeo. Se com-

pone de un catálogo de derechos y de un mecanismo de control de la conducta de los Estados en relación con dichos derechos, que está entregado a tres órganos. El primero es la Comisión Europea de Derechos Humanos, que conoce de comunicaciones individuales o estatales en que se denuncie, respectivamente, la violación de un derecho humano consagrado en el Convenio Europeo o en uno de sus Protocolos o la violación de cualquiera disposición de ese Convenio. La Comisión se compone de un número de expertos igual al de los Estados miembros del Consejo de Europa, y no puede haber más de un nacional de cada Estado. La tramitación de un caso por la Comisión Europea es un requisito de admisibilidad para poder acceder al segundo órgano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que se hablará más adelante.

El tercer órgano, el Comité de Ministros, órgano político del Consejo de Europa, cumple una función cuasijudicial al decidir de manera vinculante aquellos casos que, tras su tramitación ante la Comisión Europea, no son llevados por la Comisión o los Estados interesados al Tribunal Europeo.<sup>(5)</sup>

El Tribunal se compone de un número de jueces igual al de los Estados miembros del Consejo de Europa, no pudiendo haber dos jueces que sean nacionales de un mismo Estado. Tiene competencia para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo que los Estados o la Comisión sometan a su consideración (art. 45), siempre que los Estados interesados en el caso hayan reconocido expresamente la jurisdicción del Tribunal de manera general o concreta para un caso determinado.<sup>(6)</sup> Las decisiones del Tribunal son jurídicamente vinculantes sólo para las partes en el litigio (art. 53).

El Tribunal demoró bastante en desarrollarse. Entre 1959 y 1968 sólo dictó dos sentencias, la primera de las cuales en el caso *Lawless*. Entre 1959 y 1981, el Tribunal decidió 50 casos. Entre 1981 y 1993, hubo sentencia final en 415 casos.

A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni necesaria, ni princi-

palmente resuelve conflictos entre Estados, sino entre particulares y los Estados a cuya jurisdicción están sujetos. Por ello tiene características diferentes de lo que podría llamarse un tribunal internacional típico, a algunas de las cuales me referiré en este trabajo.

### III. La labor de uniformar el contenido de los derechos humanos y de las limitaciones a que pueden ser sometidos

**E**N principio, la labor del Tribunal Europeo consiste en resolver un caso concreto, sin embargo, al realizar esta tarea el Tribunal da contenido y precisión a las disposiciones del Convenio, que a menudo son muy generales y, así, trata de uniformar el alcance y contenido de los derechos humanos para la región y las limitaciones que pueden imponerles los Estados. Por otra parte, para verificar la opinión de la región respecto de un derecho concreto, el Tribunal a menudo utiliza el derecho nacional de los Estados partes en el Convenio, con lo que se produce un intercambio de precedentes entre el sistema regional y estos sistemas jurídicos nacionales. Esta posición del Tribunal se apoya, entre otras razones, en el objetivo expresado en el preámbulo del Convenio Europeo, que reafirma la profunda adhesión de los miembros del Consejo de Europa a las libertades fundamentales y su convicción de que el mantenimiento de estas libertades reposa esencialmente "en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos".

El Convenio Europeo, como todo tratado de derechos humanos, formula los derechos en términos generales, lo que a menudo hace imprescindible su interpretación. Además, como hay muy pocos derechos absolutos,<sup>(7)</sup> es decir, derechos que no admitan ningún tipo de restricción, ni temporal ni permanente,<sup>(8)</sup> el Convenio se preocupa de fijar los límites dentro de los cuales los Estados pueden restringir los derechos allí consagrados. Para las restricciones permanentes que son las que interesan para los propósitos de esta sección, el Convenio exige; (i) que se establezcan por ley; (ii) que sean

hechas para alcanzar ciertos objetivos determinados en el propio Convenio para cada derecho; y (iii) que sean necesarias en una sociedad democrática. Este tercer requisito implica que la restricción tiene que ser conducente, es decir, apropiada para conseguir el objetivo que se persigue; proporcional, es decir que no se puede restringir un derecho humano más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo; y, finalmente, que responda a una necesidad social imperiosa,<sup>(9)</sup> para satisfacer la cual no hay otro camino que el de limitar el derecho.

Naturalmente es donde cabe en mayor medida la interpretación respecto de los requisitos (ii) y (iii) y es allí donde el Tribunal intenta conseguir un concepto uniforme del alcance y contenido de los derechos.

A manera de ejemplo de esta idea, cabe citar tres casos, a saber: **Östürk contra República Federal de Alemania**,<sup>(10)</sup> **Dudgeon contra el Reino Unido**,<sup>(11)</sup> y **Tyrer contra el Reino Unido**.<sup>(12)</sup>

En el primero de ellos, **Östürk contra República Federal de Alemania** (1984) se examinó la posible violación del artículo 6.3 en el proceso que se siguió al Sr. Östürk en Alemania por una infracción del Reglamento del Tránsito.<sup>(13)</sup> En ese país dichas infracciones no se consideran penales y, por lo tanto, no se aplican a ellas las disposiciones del artículo 6, ni tampoco las disposiciones del ordenamiento jurídico alemán respecto del debido proceso penal, entre las que se encuentra una norma que obliga al Estado a pagar los costos de un intérprete cuando el acusado no habla alemán.

El núcleo del problema en el caso Östürk era decidir si el procesamiento de la infracción al Reglamento del Tránsito que había cometido el solicitante debía ser considerada como "una acusación en materia penal", para lo cual el Tribunal consideró diversos criterios. Uno de ellos era la clasificación hecha por el Estado, que en este caso claramente había distinguido entre "infracciones criminales" e "infracciones reglamentarias" (*regulatory offences*) y había calificado las infracciones al Reglamento del Tránsito en la segunda cate-

goría. El Tribunal aceptó la posición del Estado de que podía ser positivo "descriminalizar" ciertas infracciones, pero hizo presente que, si los Estados tuvieran discrecionalidad plena para hacerlo, el cumplimiento de los artículos 6 y 7 del Convenio quedaría entregado a la voluntad soberana del Estado, lo que era, naturalmente, contrario al Convenio. De ello se desprendía que había que considerar otros criterios adicionales para poder tomar una decisión. Uno de estos era el de la naturaleza de la infracción, y era propio incluir en el ámbito de las infracciones criminales aquéllas que se castigan con penas que tienen el propósito, entre otros, de ser disuasivas y que consisten generalmente en multas o en privación de libertad. El tercer criterio era el de la naturaleza de la sanción que se podía aplicar por este tipo de infracciones, llegando a la conclusión el Tribunal de que, además de ser disuasiva, tenía un carácter punitivo. Finalmente, el último criterio, que reforzó los anteriores, fue el de que en la vasta mayoría de los Estados partes del Convenio Europeo esta conducta se clasificaba como conducta penal.<sup>(14)</sup>

El segundo caso, **Dudgeon contra el Reino Unido**, examina una posible violación del artículo 8 del Convenio Europeo<sup>(15)</sup> por la existencia de una ley penal en Irlanda del Norte que tipificaba como delito los actos homosexuales consentidos y realizados en privado entre hombres adultos. El Tribunal examinó, en primer lugar, la legislación sobre este punto en el resto del Reino Unido, advirtiendo que en Inglaterra y Gales una ley de 1967 había despenalizado la conducta señalada, a raíz del informe Wolfenden (informe preparado por el Comité Departamental de Delitos Homosexuales y Prostitución, presidido por Sir John Wolfenden), en el que se consideró que la función del derecho penal en este campo era preservar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de lo que es ofensivo o injurioso y proporcionar suficientes salvaguardias contra la explotación y corrupción de otros, particularmente de aquéllos que son especialmente vulnerables porque son jóvenes, débiles de cuerpo o de mente, sin experiencia o en un estado de dependencia parti-

cular ya sea física, oficial o económica, pero no intervenir en la vida privada de los ciudadanos, o intentar obligar a una conducta determinada, más allá de lo necesario para lograr los propósitos expuestos anteriormente<sup>(16)</sup> y se concluyó que este comportamiento era un problema de moral privada en el que el derecho no podía inmiscuirse.

En Escocia, los procuradores generales (Lord Advocates) habían reiterado que no perseguirían estos casos que no habrían sido punibles si se aplicara en Escocia la ley de 1967 de Inglaterra y Gales, y finalmente lograron que por ley de 1980 se adecuara la legislación de Escocia a la ley de 1967.

Un examen de la legislación en otros países mostró que en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no se consideraba necesario o apropiado considerar susceptibles de tipificar como delito prácticas homosexuales como las del caso Dudgeon.<sup>(17)</sup> Teniendo presente que el Estado solo podrá afectar el derecho a la intimidad cuando existieran razones poderosas para ello, el argumento de la posición de los demás Estados europeos, y de sectores dentro del mismo Reino Unido, fue decisivo para concluir que la ley de Irlanda violaba el artículo 8 del Convenio Europeo.

En el tercer caso, **Tyrer contra el Reino Unido**, el Tribunal sostuvo que el castigo corporal aplicado en la Isla de Mann, que el Gobierno justificaba como medida preventiva aprobada por la opinión pública de la Isla, violaba el artículo 3,<sup>(18)</sup> y explicó que: El Tribunal no puede sino ser influenciado [para decidir] en esta materia por el desarrollo del derecho y de las normas aceptadas de manera común en la política criminal de los Estados del Consejo de Europa.<sup>(19)</sup>

En el caso **Handyside contra el Reino Unido**,<sup>(20)</sup> la tendencia fue diferente. El caso también se refería a una restricción de un derecho para proteger la moral y se discutía si la confiscación y destrucción de un libro informativo para adolescentes, ordenada por sentencia definitiva de un tribunal inglés era compatible con el artículo 10 del Convenio, sobre libertad de expresión. La decisión fue contraria al señor Handyside, ya que el Tribunal decidió que dicha confiscación

no había violado dicha disposición puesto que en su inciso 2 justificaba una restricción a la libertad de expresión, pese a que el mismo libro ya se había distribuido sin problemas en muchos países europeos y en diversas regiones del Reino Unido. Si nos atenemos a la tendencia del Tribunal de uniformar el contenido y alcance de los derechos consagrados en el Convenio, habría que decir que había sólidas bases para sostener que, la acción del tribunal inglés al calificar el libro de obsceno y condenar al señor Handsyside al pago de una multa, además de confiscarle y destruir el libro mismo, lo que había ocurrido dentro de un procedimiento iniciado a solicitud de un padre, era una restricción a la libertad de expresión que no cumplía con el requisito de ser "necesaria en una sociedad democrática".

Las razones que invocó el Tribunal para su decisión fueron básicamente dos; a saber, el derecho a la libertad de expresión afectaba a la sociedad más que un derecho que se ejercía en total intimidad y el libro objeto de la acción estaba destinado a menores, sector de la sociedad que tiene derecho a una mayor protección del Estado.

El Tribunal fue, sin embargo, más allá y estimó que en materia de moral, y sobre todo cuando la decisión afectaba a menores, había que dejarle al Estado un amplio margen de apreciación,<sup>(21)</sup> porque en el derecho interno de los Estados partes no era posible encontrar un concepto europeo uniforme de la moral.<sup>(22)</sup> El Juez Mosler disintió de la decisión arguyendo, entre otras cosas, que la diversidad de enfoques en las diferentes regiones del Reino Unido "hacía dudar de la necesidad de las medidas tomadas [por el tribunal] en Londres", y agregó que el Convenio obligaba a los Estados al menos, a actuar de manera tal que se mantuviera el nivel de protección garantizado por el Convenio a lo largo de todo el territorio del Estado.

Examinada la jurisprudencia y particularmente lo afirmado por el Tribunal en el caso Handsyside de que no existe un concepto europeo de moral, parece legítimo decir que esta tendencia del Tribunal a uniformar el alcance y contenido de

los derechos es menor cuando se invoca la moral pública como causal para restringir un derecho humano y mínima cuando se trata de problemas de sexualidad. En este aspecto el Tribunal ha sido más que reticente y ante la diversidad de posiciones en Europa y pese a que pudiese haber una mayoría respecto de una posición determinada, tiende a conceder a los Estados un amplísimo margen de apreciación. Esta posición no es unánime y al respecto se observa una división de opiniones bastante significativa.

El caso más claro de la reticencia del Tribunal Europeo a admitir innovaciones en materia de moral y sexualidad puede apreciarse en la aplicación del artículo 8 a ciertos problemas de los transexuales, que en algunos países europeos enfrentan la negativa de los Estados a permitir un cambio de nombre y de sexo en su partida de nacimiento, pese a que permitan la operación para cambiar el sexo de un transexual. En el caso **X contra República Federal de Alemania**<sup>(23)</sup> no se llegó al Tribunal porque hubo un arreglo amistoso entre el requirente y el Estado y éste aceptó cambiar en la partida de nacimiento el nombre y sexo del requirente. En el caso **Van Oosterwijk contra Bélgica**,<sup>(24)</sup> la Comisión Europea —no el Tribunal— concluyó que la negativa de las autoridades belgas a tomar en cuenta un elemento esencial de la personalidad, el de la identidad sexual que resulta de un cambio en la apariencia física y en la función social de un transexual, constituía "una verdadera omisión a reconocer el respeto debido a su vida privada en el sentido del artículo 8(1) del Convenio".<sup>(25)</sup> Este caso no llegó al Tribunal por problemas procesales.

En el caso **Rees contra el Reino Unido**,<sup>(26)</sup> se planteó una situación similar a la de Van Oosterwijk y la Comisión mantuvo su posición anterior al señalar que la persona que ha cambiado de sexo debe poder confirmar su apariencia física con la documentación correspondiente. El Tribunal, sin embargo, sostuvo que el artículo 8 —que exigía a veces acciones positivas de parte del Estado— no llegaba tan lejos como para exigir que el Estado alterara su legislación respecto de la partida de nacimientos y agregó que, aunque esto era

así en el momento de ese fallo, el tribunal está consciente de la seriedad de los problemas que afectan a los transexuales y de la angustia que sufren. El Convenio ha sido siempre interpretado y aplicado a la luz de las circunstancias ... La necesidad de que se tomen medidas legales apropiadas debería, por lo tanto, mantenerse en [continua]revisión, teniendo especialmente en cuenta los adelantos científicos y sociales".<sup>(27)</sup>

En el caso **Cossey contra el Reino Unido**<sup>(28)</sup> el Tribunal reiteró su jurisprudencia, pero la decisión se tomó por 10 votos contra 8 y las opiniones disidentes se refieren expresamente, en diversas formas, al hecho de que Europa ha evolucionado desde la época del caso **Rees**.<sup>(29)</sup> La opinión disidente del juez Martens es, sin duda, la más importante, ya que sostiene que, en principio la precaución con que se mueve el Tribunal, no guarda armonía con su misión de proteger al individuo contra la colectividad y, al hacerlo, elaborar normas comunes.<sup>(30)</sup> El Juez Martens agrega que la precaución debería existir precisamente en el sentido opuesto: si una colectividad oprime a un individuo porque no quiere reconocer los cambios sociales, el Tribunal debería tener gran cuidado en no ceder muy fácilmente a los argumentos basados en las particularidades históricas y culturales de un país.<sup>(31)</sup>

La contradicción entre la percepción que tiene el Tribunal de la necesidad de uniformar el alcance y contenido de los derechos contemplados en el Convenio y su posición respecto de cambios en problemas de sexualidad, se advierte claramente en el caso **B contra Francia**,<sup>(32)</sup> donde la requirente argumentó que su caso no era idéntico al caso **Rees** y al caso **Cossey** porque, por una parte, en 1992 había elementos científicos, jurídicos y sociales nuevos y por la otra, había una diferencia fundamental entre Francia e Inglaterra tanto respecto de la legislación como la actitud de sus respectivos poderes públicos.

El Tribunal examinó cuidadosamente la evolución científica, y expresó que los científicos habían llegado a la conclu-

sión, sobre la base de investigación empírica, de que el criterio cromosómico para decidir el sexo de una persona no era infalible y había mujeres, con apariencia física de mujeres, que tenían cromosomas XY. Además, cabía pensar que la ingestión de ciertas sustancias durante el embarazo o en los primeros años de vida podrá determinar un comportamiento transexual y que la transexualidad podía derivar de una anomalía cromosómica.<sup>(33)</sup> Enseguida, el Tribunal señaló que la legislación y la jurisprudencia europeas habrían cambiado enormemente, y que en ese momento incluso había resoluciones y recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo que propiciaban la posición de la requirente.<sup>(34)</sup> Finalmente, el Tribunal sostuvo que no era posible negar que ha evolucionado la mentalidad en Europa respecto de los transexuales. Lo sorprendente de la sentencia es que, a pesar de todas estas consideraciones, el Tribunal concluyó que aun hay discrepancias entre los países europeos y que, por lo tanto, no se puede concluir que Francia hubiera violado, por esas consideraciones, el artículo 8 del Convenio.<sup>(35)</sup>

Sin perjuicio de esto, y quizás no pudiendo resistir la presión moral de solucionar el problema de los transexuales, el Tribunal concluyó que Francia había violado el artículo 8, para lo cual se apoyó en la diferencia entre el sistema jurídico inglés y el francés y en las aparentemente mayores dificultades que acarrearía en Francia el no poder cambiar el sexo en la partida de nacimiento. Hay que observar que éste es ya un avance en el enfoque del Tribunal, que en este caso contó con el voto mayoritario de 16 jueces y con la oposición de sólo 5.

#### **IV. La labor de adaptar los derechos humanos a la época actual. La interpretación dinámica y extensiva**

**E**L Tribunal, a través de su interpretación, también amplía el contenido de los derechos humanos, adaptándolos al estado actual de la sociedad. Este modo de interpretar parece basarse en la propia Convención, que instruye a los órganos

de Estrasburgo que examinen si las limitaciones a los derechos humanos han sido "necesarias en una sociedad democrática", lo que implica que los derechos humanos necesariamente van a progresar cuando la democracia progresa. La expresión citada es, por esencia, evolutiva.<sup>(36)</sup>

La misma posición adoptó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Corte sostuvo que era necesario precisar "que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración".<sup>(37)</sup>

Por lo demás, la idea del dinamismo de la interpretación está en consonancia con la norma de interpretación de los tratados que contempla el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que: "1. Un tratado deberá 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".

La mención del objeto y fin del tratado como elemento de interpretación incorpora la idea de dinamismo. El tratado debe leerse de tal manera que permita que su lectura cumpla con el objeto y fin del mismo. Esto significa que el intérprete debe tratar de darle a la norma el sentido que más se avenga con el objeto y fin del tratado que, en el caso de los derechos humanos, es proteger la dignidad humana e impedir la discriminación. La finalidad de los tratados de derechos humanos es dar salvaguardia a las personas frente a la posibilidad de abusos de los gobernantes, posibilidad que puede variar a lo largo del tiempo.

El carácter dinámico de la interpretación se refleja también en la amplitud del concepto "el contexto del tratado", ya que

los instrumentos formulados "con motivo de la interpretación del tratado" son necesariamente posteriores a éste y si se han adoptado por las mismas partes que adoptaron el tratado pueden entenderse como una interpretación que dichas partes han dado al acuerdo primero. La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en una opinión consultiva que: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar".<sup>(38)</sup>

El Tribunal Europeo aplicó expresamente este concepto de dinamismo, en su sentencia en el caso **Tyrrer contra el Reino Unido**, en la que sostuvo que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales.<sup>(39)</sup>

Uno de los artículos cuyo alcance se ha extendido más a través de este método de interpretación es el artículo 8 del Convenio Europeo, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia. El propio caso **Dudgeon contra el Reino Unido**, al que se hizo referencia, fue uno de los primeros en que se incluyó en el artículo 8, es decir, dentro del derecho a la privacidad, el ejercicio de la libertad sexual en la intimidad.

Otro ejemplo de la evolución del artículo 8 es el caso **Marckx contra Bélgica**,<sup>(40)</sup> en que se discutió si la ley belga, que no permitía que el solo hecho del nacimiento creara el vínculo familiar entre una madre natural y su hija y que impedía que, una vez creado este vínculo por los procedimientos pertinentes, se estableciera un vínculo entre el hijo y sus demás ascendientes, por ejemplo, sus abuelos, violaba el derecho al respeto a la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo. El Tribunal consideró que el lazo natural que unía a la señorita Marckx con su hija formaba parte de la expresión "vida familiar", ya que el artículo 8 no distinguía entre familia legítima o ilegítima,<sup>(41)</sup> de modo que la familia consanguínea generada fuera de matrimonio estaba protegida por el Convenio Europeo. Más

significativo aún fue que el Tribunal estimara que el artículo 8, que en principio se consideraba como un típico ejemplo de una obligación de abstención por parte del Estado, podía llegar a imponer a los Estados obligaciones de hacer, para que el derecho allí consagrado pudiera ser ejercido y gozado plenamente.<sup>(42)</sup>

Algo semejante ha sucedido respecto de la interpretación del artículo 3 del Convenio, que consagra el derecho a no ser sometido a tortura o a tratamiento o pena inhumanos o degradantes. En el caso **Soering contra el Reino Unido**,<sup>(43)</sup> el Tribunal concluyó de manera unánime que la decisión de extraditar a los Estados Unidos a un nacional alemán que había cometido un homicidio con agravantes en ese país, y que estaba por lo tanto expuesto a sufrir el fenómeno de "la espera del cumplimiento de la pena de muerte" (el llamado "*death row*") constituiría una violación del artículo 3 del Convenio Europeo, en razón de las circunstancias en que se espera la pena de muerte y el largo período de tiempo en que un condenado está en esa situación, todo esto atendido además su edad y su estado síquico.<sup>(44)</sup>

El artículo 6 del Convenio, que consagra el debido proceso, también ha sido interpretado por el Tribunal de manera dinámica. En el texto del artículo 6, el debido proceso sólo es exigible para decidir la inocencia o culpabilidad de un acusado y para decidir "los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil de una persona".<sup>(45)</sup> La expresión "de carácter civil" podría haberse interpretado en el sentido de que se refiere a lo que es privado y no público y de que el Estado es el que decide lo que es público o privado dentro de su ordenamiento. Interpretada así, la expresión habría servido para excluir de la garantía del debido proceso innumerables asuntos importantes para las personas. El Tribunal, sin embargo, sostuvo ya en 1970 que, en una sociedad democrática en el sentido que ella tiene en el Convenio, el derecho al debido proceso ocupa un lugar tan fundamental que "una interpretación restrictiva del Artículo 6(1) no correspondería al objeto y propósito de esa disposición".<sup>(46)</sup>

También la expresión "litigio" ha sido interpretada de manera amplia.<sup>(47)</sup>

La decisión del Tribunal de interpretar el artículo 6.1 de manera extensiva se ha traducido en la incorporación a la garantía del debido proceso de muchos casos que en 1950, probablemente habrían quedado fuera de ella. Uno de ellos es el caso **Le Compte, van Leuven y De Meyere contra Bélgica**,<sup>(48)</sup> donde se discutió si el procedimiento disciplinario que se aplicaba a los médicos en Bélgica, que podía conducir a sanciones consistentes, por ejemplo, en suspensión del derecho a ejercer la profesión por un tiempo determinado, debía ajustarse a los requisitos del debido proceso que estableció el Convenio Europeo. Los demandantes en el caso sostuvieron que en el procedimiento disciplinario estaba en juego la posibilidad de que pudieran ejercer su profesión y que eso era indudablemente un derecho civil. El Gobierno, por el contrario, argumentó que las decisiones que se tomaban en el procedimiento disciplinario sólo incidían indirectamente en la materia, ya que su principal propósito era sancionar la infracción de los deberes propios de los médicos.<sup>(49)</sup> El Tribunal sostuvo que, desde el momento en que los médicos ejercían su profesión de manera liberal, la suspensión del ejercicio afectaba las relaciones de éstos con sus clientes, que eran relaciones contractuales o cuasi-contractuales y que influían directamente en el plano personal de las relaciones de los individuos. Esto convertía a los derechos reclamados por los demandantes en carácter privado, no obstante la naturaleza específica y de interés general de la profesión médica y los deberes particulares ligados a ella.<sup>(50)</sup>

Otra materia incorporada a la garantía del artículo 6.1. ha sido la del conflicto suscitado en el caso **Neves e Silva contra Portugal**.<sup>(51)</sup> El asunto de fondo plantado ante los tribunales nacionales se suscitó a raíz de que se negó al Sr. Neves fabricar fibra de plástico. Este apeló alegando que la negativa se debió a la conducta fraudulenta e ilegal de un funcionario, por lo que pidió una indemnización. El demandante sostuvo que la causa debía haberse regido por las normas del debido

proceso, lo que no había sucedido porque el procedimiento había excedido el plazo razonable que establece el artículo 6 del Convenio. El Gobierno sostuvo que lo ocurrido entre el requirente y el Estado no era un "litigio", porque la decisión de conceder una autorización era discrecional y el demandante no tenía un derecho preexistente a que se le diera, y agregó que la intervención del Estado le daba un carácter público y no privado al asunto. El Tribunal reiteró su jurisprudencia anterior,<sup>(52)</sup> basándose en que el derecho que se discutía en este caso no era el derecho a la autorización para fabricar fibra de plástico, sino que el derecho a una indemnización por la conducta fraudulenta e ilegal de un funcionario público, por lo que el artículo 6 del Convenio era aplicable. En cuanto al fondo, el Tribunal decidió que se había violado la disposición, porque el tiempo transcurrido para que la jurisdicción nacional tomara la decisión no era razonable.

Un tercer caso que refleja la interpretación extensiva del artículo 6 es el caso **Fredin contra Suecia**,<sup>(53)</sup> donde el Tribunal decidió que el reclamo sobre la revocación de un permiso para explotar una propiedad era un litigio de carácter civil y, por lo tanto, el Estado debía proporcionar al interesado la posibilidad de que fuera visto por un tribunal independiente e imparcial, de acuerdo con el artículo 6.

En la misma materia, en el caso **Allan Jacobsson contra Suecia**, el Tribunal decidió que: "El artículo 6.1 se aplica sin consideración a la condición jurídica de las partes, a la naturaleza de la legislación que rige la manera en que ha de resolverse la controversia y la naturaleza de la autoridad que tiene jurisdicción en el asunto; basta que el resultado del procedimiento sea determinante para un derecho u obligación civil", y agregó que una circunstancia como el carácter general de una prohibición de construir no afecta el carácter civil del derecho del demandante a construir en su propiedad.<sup>(54)</sup>

Finalmente, en otro aspecto de la aplicación del artículo 6, esta vez su inciso 3.c, es interesante mencionar el caso **Airey contra Irlanda**,<sup>(55)</sup> que extendió el derecho a la asistencia

gratuita de un abogado al juicio civil que intentaba iniciar la demandante, a pesar de que el artículo 6.3.c del Convenio establece que éste es un derecho mínimo que tiene todo acusado, es decir, presupone un juicio criminal, cuando los intereses de la justicia lo exijan y siempre que el acusado no tenga medios económicos. En la sentencia recaída en el caso Airey, el Tribunal expresó que la falta de ayuda legal a una mujer casada y sin medios económicos propios que desea obtener una separación judicial, es una denegación de acceso a la justicia, aun cuando la persona pueda comparecer por sí misma, porque "el Convenio está destinado a garantizar derechos que no son teóricos o ilusorios, sino derechos que sean prácticos y efectivos". Según el Tribunal, la complejidad del procedimiento y el factor emocional que lleva consigo una disputa conyugal, difícilmente compatible con el grado de objetividad necesario para alegar ante un Tribunal, requieren de asistencia legal profesional.

## V. Importancia de la supervisión internacional en materia de derechos humanos

**A** diferencia de la Convención Americana, el Convenio Europeo no establece la facultad del Tribunal para ordenar a los Estados los medios de reparar la violación cometida y el Tribunal nunca ha desarrollado esta posibilidad a través de las facultades que se le confieren. El Artículo 50, sin embargo, le permite conceder una satisfacción equitativa a la parte lesionada cuando el derecho interno del Estado de que se trate sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de una violación del Convenio declarada por el Tribunal. Por otra parte, aun cuando el Convenio Europeo estipula que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte", no existe un método coercitivo para obligar a un Estado a su cumplimiento.

Sin perjuicio de esto, las sentencias son en su mayor parte acatadas y cumplidas, cada una de la manera que el Estado lo estime conveniente, y a menudo la sentencia influye en el

cambio de legislación o de prácticas administrativas en Estados que no han sido partes en el caso decidido. Sería imposible en este trabajo señalar detalladamente los innumerables cambios registrados en las legislaciones internas y en las prácticas administrativas y judiciales de los Estados como consecuencia de la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>(56)</sup> Me limitaré a señalar algunos casos, para que el lector pueda apreciar la importancia de los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo.

El caso **Marckx contra Bélgica**<sup>(57)</sup> es, en este sentido, paradigmático. A raíz de la sentencia del Tribunal Europeo cambiaron su legislación no sólo Bélgica sino también Holanda, que tenía una ley similar a la belga, que regulaba la filiación y la sucesión hereditaria. Asimismo, Bélgica como consecuencia de la sentencia recaída en el caso **De Wilde, Ooms y Versijp contra Bélgica**,<sup>(58)</sup> reformó su legislación sobre vagancia.

La decisión recaída en el caso de **Irlanda contra el Reino Unido**,<sup>(59)</sup> también influyó mucho para que el Reino Unido pusiera fin a las llamadas "cinco técnicas" que utilizaba en los interrogatorios a sospechosos de pertenecer o colaborar con el Ejército Revolucionario Irlandés (IRA) en Irlanda del Norte.

En los casos **Neumeister contra Austria**,<sup>(60)</sup> **Stögmüller contra Austria**<sup>(61)</sup> y **Ringeisen contra Austria**,<sup>(62)</sup> el Tribunal decidió que Austria había violado el artículo 5 del Convenio al mantener a los demandantes en prisión preventiva por lapsos de 2 a 3 años, que consideró no razonables. Como consecuencia de estas decisiones, Austria modificó su legislación para impedir que ello pudiera volver a suceder.

Estos cambios legislativos y de prácticas han tenido, pues, gran significación en el desarrollo de los derechos humanos a nivel nacional, lo que es precisamente el fin último del derecho internacional de los derechos humanos. Es evidente que el éxito de esta rama del derecho debe medirse en relación inversa a la necesidad de aplicar la supervisión internacional: a menos necesidad de aplicación, mayor el éxito del sistema,

puesto que un ordenamiento jurídico nacional que respete las normas internacionales permite a los individuos gozar de sus derechos humanos en todo momento. En cambio, la supervisión de las violaciones es un procedimiento *a posteriori*, que nunca puede considerarse óptimo.

Los efectos de la jurisprudencia europea trascienden los países del Consejo de Europa. No hay que olvidar lo señalado al principio de este trabajo respecto de la forma en la influencia recíproca de la jurisprudencia de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos y del hecho de que este continente cuenta ya con una Convención Americana sobre Derechos Humanos y con una Comisión y una Corte que tienen facultades aun mayores que las de sus homónimas en Europa.<sup>(63)</sup>

El desarrollo de los derechos humanos a nivel nacional exige que el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos se difunda en los países en que se aplica, para que los problemas puedan llegar a los órganos internacionales. Para esto, convendría que los juristas de este hemisferio emularan la actitud de los juristas europeos, que hicieron funcionar el sistema interponiendo comunicaciones ante la Comisión Europea. Cabe esperar que lo hagan. Después de todo, la función de los abogados es defender a sus clientes con todos los recursos de que dispongan, uno de los cuales es el de invocar las normas internacionales en los juicios que llevan ante los tribunales nacionales y recurrir a los órganos de supervisión del sistema interamericano cuando no se obtenga protección dentro del país.

## NOTAS

(1) Chile es parte entre otros, en numerosos tratados del sistema universal, entre los que pueden citarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. También es parte, entre otros tratados del sistema interamericano, de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Los textos de estos tratados están reproducidos en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales* (C. Medina, Introducción y selección de textos), Santiago, 1993.

(2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se adoptó por Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entró en vigencia internacional y en vigencia para Chile el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su artículo 49. Chile depositó el instrumento de ratificación del Pacto el 10 de febrero de 1972, pero el decreto respectivo se promulgó solamente el 30 de noviembre de 1976 y se publicó recién el 29 de abril de 1989. El Protocolo Facultativo se adoptó por la misma resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigencia internacional el 23 de marzo de 1976. Chile depositó el respectivo instrumento de ratificación del Protocolo el 27 de mayo de 1992; el decreto respectivo se promulgó el 15 de junio de 1992 y se publicó el 20 de agosto de ese mismo año. Texto del Pacto y del Protocolo en *Derechos Humanos, Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York, 1988.

(3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos celebrada en San José De Costa Rica en 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. El texto de la Convención figura en OEA, CIDH, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano* (Actualizado a julio de 1992), OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6 rev. 1, 1 julio 1992, pp. 29-57. Chile depositó el instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1990, promulgándose el decreto respectivo el 23 de agosto del mismo año, el que se publicó el 5 de enero de 1991.

(4) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante el Convenio Europeo) fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de setiembre de 1953. Tiene al 31 de diciembre de 1994 treinta Estados partes. A esa misma fecha se han adoptado ya varios Protocolos Adicionales. El último protocolo, el Nº 11, establece un órgano único —un tribunal permanente— en vez del sistema existente hasta este momento, que es el que se describe en esta sección. El Protocolo 11 no ha entrado aún en vigencia, ya que requiere para ello de la ratificación de todos los Estados partes del Convenio Europeo.

(5) El Comité de Ministros está formado por los Ministros de Relaciones Exteriores de todos los países miembros del Consejo de Europa, o sus delegados. Véase respecto de sus funciones, P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1990, pp. 29 a 31, 191 a 206.

(6) La posición del individuo en el proceso ha ido evolucionando positivamente. El Tribunal sostuvo ya en el caso **Lawless contra Irlanda** (sentencia de 14 de noviembre de 1960) que su deber era salvaguardar los intereses del individuo y que, por lo tanto, en el interés de la administración de justicia, el Tribunal debía conocer y, si era necesario, considerar el punto de vista del demandante. La Comisión facilitó la participación de éste ante el Tribunal nombrando a su abogado como asesor jurídico de la Comisión. En 1982, el Tribunal modificó su Reglamento para permitir al demandante presentar su propio caso, independientemente de la Comisión, lo que significa que puede presentar escritos, participar en las audiencias y pedir o rendir prueba. Finalmente, el Protocolo Nº 11 de la Convención (ver nota 4) faculta al individuo para iniciar por sí mismo el proceso ante el Tribunal. Cuando el Protocolo entre en vigencia, por lo tanto, tendrá pleno *locus standi* ante el Tribunal europeo.

(7) En la categoría de derechos absolutos dentro del Convenio se encuentran la prohibición de la tortura (artículo 3), la prohibición de la esclavitud (artículo 4.1), la irretroactividad de la ley penal (artículo 7), la presunción de inocencia (artículo 6.2), la prohibición de la expulsión de un nacional del territorio de su Estado (Protocolo IV, artículo 1), la prohibición de la prisión por deudas (*idem*, artículo 1) y las expulsiones colectivas de extranjeros (*idem*, artículo 4).

(8) Se llama restricción temporal a la suspensión de ciertos derechos en "caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación" (Artículo 15 del Convenio). La restricción permanente se refiere a la regulación que los Estados hacen del ejercicio de los derechos con el fin de armonizarlos y de proteger ciertos valores y sus límites se encuentran, generalmente, en los incisos siguientes a aquél en se consagra el derecho humano respectivo.

(9) Sobre el concepto de necesidad social imperiosa, véase Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **Caso Handyside c. el Reino Unido**, sentencia de 7 de diciembre de 1976, considerando 48.

(10) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **Caso Östürk contra República Federal de Alemania**, sentencia de 21 de febrero de 1984.

(11) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **Caso Dudgeon contra el Reino Unido**, sentencia de 22 de octubre de 1981.

(12) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **Caso Tyrer contra el Reino Unido**, sentencia de 25 de abril de 1978.

(13) El artículo 6 establece el derecho a un debido proceso, es decir, el derecho de toda persona

"a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

El número 3 de dicho artículo consagra los derechos mínimos del acusado y, entre ellos, en la letra e), el derecho "a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

(14) **Caso Östürk**, nota 10, considerando 53.

(15) El artículo 8 dispone:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta inge-

rencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

- (16) **Caso Dudgeon**, nota 11, considerando 17.
- (17) *Ibidem*, considerando 60.
- (18) El artículo 3 dispone: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".
- (19) Este es un buen ejemplo de cómo la labor de uniformar se complementa, y a veces se mezcla, con la labor de realizar una interpretación dinámica.
- (20) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **Caso Handyside contra el Reino Unido**, sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- (21) La doctrina del margen de apreciación se desarrolló primeramente en la supervisión de las declaraciones de estados de emergencia de los Estados y de la suspensión de los derechos humanos aplicadas en ellos y se extendió después al campo de las limitaciones permanentes de los derechos humanos. El Tribunal amplía o restringe este margen teniendo en consideración, por una parte, la razón que se invoca para la limitación y por la otra, el derecho humano que se restringe. Sobre el margen de apreciación véase T. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, N°4, pp. 474-496; y G.J.H. van Hoof, "The Future of the European Convention on Human Rights: Judge Martens' Dissenting Opinion", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 7, 1989, pp. 445-463.
- (22) **Caso Dudgeon**, nota 11, considerando 60.
- (23) **Caso X contra República Federal Alemana**, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos (1978).
- (24) **Caso Van Oosterwijk contra Bélgica**, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos (1978).
- (25) Informe de la Comisión, citado en P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, nota 5, p. 376.

- (26) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Rees contra el Reino Unido*, sentencia de 17 de octubre de 1986.
- (27) Citado en P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, nota 5, p. 377.
- (28) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Cossey contra el Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990. Serie A; Vol. 184.
- (29) Ver, por ejemplo, la disensión compartida por los jueces MacDonald y Spielmann.
- (30) Opinión disidente del Juez Martens, párrafos 3.6.3 y 5.6.3.
- (31) *Ibidem*, párrafo 5.6.3.
- (32) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso B. contra Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1992.
- (33) *Ibidem*, párrafo 46.
- (34) *Idem*.
- (35) *Ibidem*, párrafo 48.
- (36) Paul Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin", en *Human Rights Law Journal*, 1990, pp. 57-88 (64).
- (37) Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie a N°10, considerando 37.
- (38) Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971, pág. 16 ad 31. Citado en *idem*.
- (39) *Caso Tyrer*, nota 12, considerando 31.
- (40) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Marckx contra Bélgica*, sentencia de 13 de Junio de 1979.
- (41) *Ibid*, considerando 31.
- (42) La interpretación dinámica del artículo 8 causó en su época tanto revuelo que uno de los miembros del Tribunal, el Juez Sir Gerald Fitzmaurice, expresó en un voto disidente que el Tribunal

había tratado de leer un Código de Familia completo en el artículo 8 del Convenio, extendiéndolo de una manera inconmensurable con su proporción original y verdadera (*Ibid*, considerando 15 de la opinión disidente del juez Fitzmaurice). Pese a esta reacción, Bélgica cambió su legislación después del fallo y lo mismo hizo Holanda, en prevención de la posibilidad de ser ella también demandada ante los órganos de derechos humanos europeos, puesto que el tema estaba reglamentado allí de manera similar. Esto demuestra lo acertado de la interpretación del Tribunal.

(43) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Soering contra el Reino Unido*, sentencia de 7 julio de 1989.

(44) *Ibid*, considerando 111. Hay que observar que el problema de fondo, es decir, si se podía o no procesar al Sr. Soering, se solucionó porque éste fue extraditado a Alemania, donde se abolió la pena de muerte.

(45) El Convenio Europeo es el primer tratado de derechos humanos y ello se refleja en lo reducido del catálogo de derechos; la Convención Americana, de más reciente data, incorpora el derecho al debido proceso para la determinación de derechos y obligaciones de "orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (artículo 8.1.).

(46) Caso Delcourt, sentencia de 17 de enero de 1970, A.11 (1970), p. 15, citado en P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, nota 5, p. 295.

(47) Ver a este respecto, entre otros, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mats Jacobsson contra Suecia*, sentencia de 28 de junio de 1990.

(48) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Le Compte, van Leuven y De Meyere contra Bélgica*, sentencia de 23 de junio de 1981.

(49) *Ibid*, párrafo 46.

(50) *Ibidem*, párrafo 48.

(51) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Neves e Silva contra Portugal*, sentencia de 27 de abril de 1989.

(52) El Tribunal había fallado en el mismo sentido en el *Caso Golder contra el Reino Unido* (sentencia de 21 de febrero de 1975)

y en el *Caso H. contra Bélgica* (sentencia de 30 de noviembre de 1987).

(53) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Fredin contra Suecia*, sentencia de 18 de febrero de 1991.

(54) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Allan Jacobsson contra Suecia*, sentencia de 25 de octubre de 1989, párrafos 72 y 73, citado en la opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Oerlemans contra Holanda*, a su vez reproducida como anexo de la sentencia del Tribunal Europeo sobre ese mismo caso, de fecha 27 de noviembre de 1991, Serie A, Vol. 219.

(55) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Airey contra Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979.

(56) Con respecto al efecto de la Convención Europea en los ordenamientos jurídicos de sus estados partes, véanse dos artículos de J. Polakiewicz y V. Jacob-Foltzer, titulados ambos "The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case-Law in States Where Direct Effect is Given to the Convention", en *Human Rights Law Journal*, Vol. 12, N°3, pp. 65-85 y N°4, pp. 125.

(57) *Caso Marckx*, nota 40.

(58) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso De Wilde, Ooms y Versijp contra Bélgica*, sentencia de 18 de noviembre de 1970.

(59) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Irlanda contra el Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978.

(60) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Neumeister contra Austria*, sentencia de 27 de junio de 1968.

(61) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Stögmüller contra Austria*, sentencia de 10 de noviembre de 1969.

(62) Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Ringelsen contra Austria*, sentencia de 16 de julio de 1971.

(63) En este sentido, basta señalar que el artículo 68 de la Convención Americana dispone que: "1. Los Estados partes en la

Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Respecto del sistema interamericano, véase C. Medina, "Procedures in the Inter-American System for the Promotion and Protection of Human Rights: An Overview" en *6 Netherlands Quarterly of Human Rights*, N°2, 1988, pp. 83-102.

The first part of the work is devoted to a general history of the world, from the beginning of time to the present day. The author discusses the various civilizations that have flourished on the earth, and the progress of human knowledge and industry. He also touches upon the political and social changes that have shaped the modern world.

The second part of the work is a detailed account of the history of the British Empire, from its early beginnings in the sixteenth century to its greatest extent in the nineteenth century. The author describes the various colonies and territories that were acquired, and the policies that were pursued towards them. He also discusses the economic and social developments that took place in the British Isles during this period.

The third part of the work is a history of the United States of America, from its founding in 1776 to the present day. The author discusses the political and social changes that have shaped the American nation, and the role of the United States in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by the United States.

The fourth part of the work is a history of the various nations and peoples of the world, from the ancient Greeks and Romans to the modern nations of the nineteenth century. The author discusses the political and social changes that have shaped these nations, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these nations.

The fifth part of the work is a history of the various religions and philosophies of the world, from the ancient religions of the East to the modern religions of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these religions, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these religions.

The sixth part of the work is a history of the various sciences and arts of the world, from the ancient sciences of the East to the modern sciences of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these sciences, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these sciences.

The seventh part of the work is a history of the various languages and literatures of the world, from the ancient languages of the East to the modern languages of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these languages, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these languages.

The eighth part of the work is a history of the various customs and manners of the world, from the ancient customs of the East to the modern customs of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these customs, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these customs.

The ninth part of the work is a history of the various governments and constitutions of the world, from the ancient governments of the East to the modern governments of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these governments, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these governments.

The tenth part of the work is a history of the various revolutions and reforms of the world, from the ancient revolutions of the East to the modern revolutions of the West. The author discusses the political and social changes that have shaped these revolutions, and the role of each in the world. He also touches upon the various conflicts and wars that have been fought by these revolutions.

# Solución de Controversias en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar

María Teresa Infante Caffi

## I. Antecedentes de la negociación en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

**L**A entrada en vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, Convención de 1982) con fecha 16 de noviembre de 1994 al completar 60 Estados Partes<sup>(1)</sup> ha puesto de relieve la importancia de las disposiciones sobre solución de controversias, sus características y alcances.

Esta Convención, a diferencia de otros instrumentos negociados en el marco de las Naciones Unidas en la misma época, incorpora dentro del cuerpo principal de disposiciones, normas sustantivas relativas a la solución de controversias, establece procedimientos voluntarios y obligatorios, y determina las materias sobre las cuales los Estados pueden hacer reserva a la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales a los que se remite o establece.

Puede recordarse que las Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de 1958, con excepción de la relativa a la pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar que tenía sus propias cláusulas en la materia (Art. 9), fueron acompañadas de un Protocolo Facultativo de solución de controversias, del cual los Estados Partes de esos instrumentos podían o no decidir ser Partes.

La historia de la negociación de las cláusulas relativas a la solución de controversias muestra la conjunción de una serie de elementos políticos, jurídicos y diplomáticos, que influenciaron positivamente la ampliación del rol que tradicionalmente los Estados habían atribuido a los tribunales internacionales en la materia. Entre los factores que incidieron en favor de un régimen con activa presencia de tribunales,<sup>(2)</sup> puede señalarse:

- Un ambiente favorable a la creencia de que la aplicación e interpretación de una Convención universal y amplia, que cubriría el conjunto de los espacios marítimos, así como sus diferentes usos, requeriría un sistema que favoreciera su eficacia, la uniformidad de la práctica y la pronta solución de las controversias;
- La naturaleza especial de la negociación sobre la base de un paquete de materias y propuestas, cuya aceptación suponía el avance en otras secciones del futuro acuerdo. Un sistema de solución de controversias que incluyera mecanismos conducentes a una decisión obligatoria, actuaría como un disuasivo para interpretaciones excesivas o conductas unilaterales inconsistentes con la Convención, en especial cuando se aceptaba que ella contendría algunas normas codificadas y otras fruto del desarrollo progresivo del derecho del mar;
- La necesidad de incorporar reglas relativas a la dictación de medidas provisionales en caso de disputas y la pronta liberación de naves, cuya aplicación se entendía que debía encomendarse a un órgano judicial internacional;
- La creación de un régimen de exploración y explotación de los recursos de los fondos marinos y oceánicos en el

cual participarían organizaciones internacionales, Estados y entidades productivas, requería de un sistema obligatorio de solución de controversias que diera garantías al funcionamiento de dicho sistema;

- En general, la búsqueda de una cierta unidad en la interpretación de las normas del derecho del mar a través de mecanismos jurisdiccionales.

La creación de un Tribunal Internacional del Derecho del Mar se explica por este contexto, además de otros antecedentes coyunturales relativos a una visión crítica respecto de la Corte Internacional de Justicia como el principal órgano judicial del sistema internacional y de las Naciones Unidas. Debe tenerse en cuenta que a la época, un conjunto de Estados entre los cuales se contaban los de régimen socialista de Europa oriental, mantenía una posición distante acerca de la obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales internacionales, mientras otros Estados se inclinaban en favor del procedimiento arbitral, con preferencia a la competencia de un órgano judicial permanente.

## **II. El régimen de solución de controversias y la jurisdicción obligatoria en el marco de la Convención de 1982**

### **1. Principios fundamentales**

La Parte XV de la Convención de 1982 se refiere específicamente a la solución de controversias, consagrando los siguientes principios fundamentales que se aplican a todas las disposiciones y materias que comprende ese instrumento salvo las excepciones obligatorias o facultativas, previstas en la propia Convención.<sup>(3)</sup>

La Convención estructura un sistema de solución de controversias sobre la base de principios fundamentales que dejan a las Partes la elección de los procedimientos apropiados, siempre que se salvaguarde la vía de la jurisdicción arbitral o judicial internacional como procedimientos obligatorios.

**Características del derecho de opción**

a) Los Estados tienen la obligación de resolver mediante procedimientos pacíficos todas las controversias que surjan respecto de la aplicación o interpretación de la Convención de 1982.

b) Los Estados Partes pueden recurrir de común acuerdo –en todo momento– a los medios pacíficos de su elección (Art. 280). Esto significa que incluso después de haberse iniciado por acuerdo un procedimiento, éste puede ser abandonado y seguirse otro diferente.

c) Las procedimientos especialmente previstos en la Convención no se aplican a menos que el mecanismo elegido por las Partes no haya conducido a un arreglo y si el acuerdo entre ellas no excluye otro procedimiento. Asimismo, se abre el camino de la aplicación de los procedimientos convencionales en caso de que se haya cumplido un plazo acordado para resolver dicha controversia sin resultados positivos (Art. 281).

d) En caso de que los Estados Partes que sean parte en una controversia hayan convenido en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de otra manera, en que esa controversia relativa a la interpretación o aplicación de esta Convención se someterá a un procedimiento conducente a decisión obligatoria a petición de cualquiera de ellos, no se aplicarán las disposiciones de la Parte XV, a menos que las partes en la controversia así lo decidan.

e) A invitación de una de las partes en una controversia, puede acordarse entre ellas el recurso a un procedimiento de conciliación (Art. 284). La Convención establece en su Anexo V disposiciones sobre este procedimiento y la forma de ponerle término, en caso de que las partes no convengan en normas especiales.

## **2. Reglas comunes a los procedimientos regulados por la Convención de 1982**

### ***Reglas comunes***

El Artículo 287 de la Convención señala las alternativas que tiene todo Estado Parte, al firmar, ratificar, adherir o en cualquier otro momento posterior, para elegir uno o más procedimientos conducentes a decisión obligatoria que considere apropiados (4). Esta disposición establece lo siguiente:

- a) el Tribunal Internacional del Derecho del Mar;
- b) la Corte Internacional de Justicia;
- c) un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII;
- d) un tribunal arbitral especial, constituido conforme al Anexo VIII, para una o más categorías de controversias que allí se especifican.

El arbitraje especial en virtud del Anexo VIII se refiere a controversias sobre pesquerías, la protección y preservación del medio ambiente marino, la investigación científica marina o la navegación, incluyendo la contaminación causada por buques y vertimiento (Art.1).

El orden en que se menciona a los diversos órganos y procedimientos no indica ninguna prelación o jerarquía entre ellos. Como el sistema funciona sobre la base de que todos los Estados partes en una controversia coincidan respecto del procedimiento de su elección y tal efecto puede no darse en la práctica, la discrepancia se resuelve haciendo aplicable como procedimiento obligatorio el arbitraje en virtud del Anexo VII, a menos que las partes acuerden otra cosa (Art. 287, 5). Igual solución opera en caso de que no se hubiera expresado preferencia por ningún procedimiento de los indicados en el Art. 287.

La única categoría de controversias a las cuales no se aplica este derecho de opción se refiere a las materias indicadas en la Sección 5 de la Parte XI de la Convención y sus Anexos correspondientes, así como por el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982, adoptado con fecha 28 de julio de 1994. Las controversias a que

se refiere esta Sección 5 pueden suscitarse entre Estados, la Autoridad y partes contratantes y se someterán a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

A la fecha, sólo algunos Estados han hecho uso de su derecho de opción (ver Cuadro N°1), por lo cual se entiende que aceptan como regla general el arbitraje y los procedimientos especiales que hubieren previsto en acuerdos con determinados Estados o aceptado mediante la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, formulada en virtud del Art. 36, 2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Puede asimismo, haber conflictos potenciales en la medida en que un Estado descarte expresamente un procedimiento en virtud de la Convención de 1982 y posteriormente realice una declaración en virtud del Art. 36, 2) de dicho Estatuto que sea contradictoria con esa opción o vice versa.

**Cuadro N°1\******Preferencias de los Estados Partes o signatarios por una corte o tribunal*****Opción Tribunal Internacional del Derecho del Mar:**

|            |                  |
|------------|------------------|
| Alemania   | (Ratificante, R) |
| Argentina  | (R)              |
| Austria    | (R)              |
| Bélgica    | (Signatario, S)  |
| Cabo Verde | (R)              |
| Grecia     | (R)              |
| Italia     | (R)              |
| Oman       | (R)              |
| Tanzania   | (R)              |
| Uruguay    | (R)              |

**Opción Tribunal Internacional del Derecho del Mar sólo respecto de las demandas en virtud del Art. 292 sobre pronta liberación de buques:**

|                 |     |
|-----------------|-----|
| Federación Rusa | (S) |
| Ucrania         | (S) |
| Bielorrusia     | (S) |

**Estados que han indicado un orden de preferencia en la selección de la corte o tribunal:**

**Alemania (R):** I opción: Tribunal Internacional del Derecho del Mar; II opción: arbitraje; III opción: Corte Internacional de Justicia;

**Argentina (R):** I opción: Tribunal Internacional de Derecho del Mar; II opción: arbitraje en virtud del anexo VIII. Excluye los párrafos 1a), b) y c), Art. 298.

**Bélgica (S):** I opción: arbitraje; II opción: Corte Internacional de Justicia; III opción: Tribunal Internacional del Derecho del Mar;

**Cabo Verde (R):** I opción: Tribunal Internacional del Derecho del Mar; II opción: Corte Internacional de Justicia;

**Cuba y Guinea Bissau (R):** han declarado que no aceptan la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, y en consecuencia tampoco respecto de los Arts. 297 y 298.

**Egipto (R):** arbitraje.

**Federación Rusa, Ucrania y Bielorrusia (S):** han indicado tanto el arbitraje como el arbitraje especial (Anexo VIII). El Tribunal Internacional del Derecho del Mar es competente en virtud del Art. 292.

**Omán (R) y Uruguay (R):** Tribunal Internacional del Derecho del Mar y Corte Internacional de Justicia;

\* Información proporcionada por la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, Oficina de Asuntos Legales. Naciones Unidas.

### III. Competencia de los tribunales en virtud de la Convención

***Ratione Personae.***- Con la excepción de los casos en que la Convención establece una regla particular de procedimiento como ocurre en aquéllos de que conocerá la Sala de los Fondos Marinos, sólo los Estados Partes pueden hacer uso de los mecanismos jurisdiccionales previstos en la Convención (Art.291).

***Ratione Materiae.***- La regla general prevista en el Artículo 288 señala que una corte o un tribunal tiene competencia para conocer de cualquiera controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención.<sup>(5)</sup> Este principio tiene dos excepciones, aquellas materias que las Partes no están obligadas a someter a ningún procedimiento conducente a solución obligatoria (Art. 297) o aquéllas que pueden ser excluidas unilateralmente por decisión de cada Estado (Art. 298) en virtud de una autorización de la propia Convención.

Por reglas expresas contenidas en el "Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios", adoptado el 4 de agosto de 1995, las controversias que surjan respecto de la interpretación y aplicación de sus disposiciones se someten a los procedimientos y normas de la Convención de 1982 sobre la materia (Art. 30, 1), independientemente que los Estados sean o no Partes en dicha Convención. Todos los Estados Partes de este Acuerdo de 1995 tienen el mismo derecho de opción que las Partes en la Convención.

#### ***Reglas Especiales***

***Competencia para dictar medidas provisionales.***- Todo órgano jurisdiccional, judicial o arbitral, tiene competencia para dictarlas si **prima facie** considera que es competente en virtud de la Convención de 1982 y estima que son necesarias

en virtud de las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en litigio o para impedir que se cause un daño grave al medio marino (Art. 290). A diferencia del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Parte XV de la Convención atribuye efecto obligatorio a estas medidas.

La Convención de 1982 prevé una situación de urgencia en la cual no se ha constituido el tribunal arbitral que conocerá de una controversia, en tal caso puede dictar tales medidas provisionales todo tribunal o corte designado de común acuerdo por las partes, y en su defecto, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Art. 290, 5), o la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en su caso, pasadas dos semanas de haberse solicitado la dictación de medidas. Estos órganos pueden determinar tales medidas si consideran en principio que el tribunal que conocerá de la disputa en cuestión tendría competencia para pronunciarse sobre ella y si la situación es de carácter urgente.

Este caso constituye una importante atribución de competencia al Tribunal o la Sala creados por la Convención, aunque ninguna de las partes en una disputa lo hubieran seleccionado en virtud del Art. 287.

***Pronta Liberación de los Buques.***- La Convención de 1982 da un tratamiento especial a esta materia, asignándole nuevamente al Tribunal Internacional del Derecho del Mar competencias específicas.

El Art. 292 se refiere a la situación de retención de un buque o de su tripulación por parte de un Estado ribereño, cuando se alega que se realiza en contravención de la Convención una vez que se ha constituido una fianza razonable o garantía financiera. (Art. 292). En esta situación, que interesaba en particular a las potencias marítimas y pesqueras, el Estado del pabellón u otro en su nombre, puede recurrir a un tribunal o corte elegido de común acuerdo con el Estado ribereño, o a falta de tal acuerdo en el plazo de 10 días desde la retención, ante la corte o tribunal elegido por el ribereño en virtud del Art. 287. Si no hubiere hecho uso de su derecho de opción, el Tribunal

Internacional del Derecho del Mar será competente para conocer de esta reclamación.

#### **IV. Controversias relativas a las actividades en la Zona.- La competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos**

##### **1. Reglas generales**

Las controversias relativas a estas actividades quedan sujetas a la competencia de un tribunal especial que se constituye en el seno del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Con la excepción de algunas innovaciones introducidas por el Acuerdo de Aplicación de la Parte XI de 1994 (Sección 6) respecto de prácticas comerciales, la Sala es reconocida como el principal tribunal competente.

**Competencia *ratione personae* y *ratione materiae*.**- Por el Art. 187 el sistema se estructura sobre la base de una serie de relaciones, según la materia y las partes involucradas.

a) – Controversias entre Estados Partes relativas a la interpretación o aplicación de la Parte XI y de sus anexos;

b) – Controversias entre un Estado Parte y la Autoridad relativas a: i) actos u omisiones de la Autoridad o de un Estado Parte que se alegue constituyen una violación de la Parte XI o de los anexos que se refieren a ella, o de las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad adoptados con arreglo a ellos; o ii) actos de la Autoridad que se alegue que constituyen una extralimitación en el ejercicio de su competencia o una desviación de poder;

c) – Controversias entre partes contratantes, sean Estados, la Autoridad o la Empresa, las empresas estatales y las personas naturales o jurídicas (indicadas en el Art. 153, párr. 2, b) que se refieran a: i) la interpretación o aplicación del contrato pertinente o de un plan de trabajo; ii) los actos u omisiones de una parte contratante relacionados con las actividades en la Zona que afecten a la otra parte o menoscaben directamente sus intereses legítimos.

d) – Controversias entre la Autoridad y un probable contratista patrocinado por un Estado con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del Art. 153 y que haya cumplido las condiciones mencionadas en el párrafo 6 del artículo 4 y en el párrafo 2 del Art.13 del Anexo III, en relación con la denegación de un contrato o con una cuestión jurídica que se suscite en la negociación del contrato;

e) – Controversias entre la Autoridad y un Estado Parte, una empresa estatal o una persona natural o jurídica patrocinada por un Estado Parte con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del Art. 153, cuando se alegue que la Autoridad ha incurrido en responsabilidad de conformidad con el Art. 22 del Anexo III;

f) – Otras controversias para las cuales se establezca la competencia de la Sala en la Convención.

Respecto de algunas de estas situaciones, la Convención establece la posibilidad de recurrir a otros procedimientos previstos en el Art. 188. Tales son:

- una sala especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, cuando lo soliciten las partes en una controversia;
- una sala ad hoc de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, cuando lo solicite una de las partes en la controversia;
- arbitraje comercial internacional para la interpretación o aplicación de un contrato (Art. 187, c) i), a petición de cualquiera de las partes en la controversia. En este caso, sólo la Sala de Controversias de los Fondos Marinos será competente para pronunciarse sobre la interpretación de la Convención, la que será obligatoria para la instancia arbitral.

## **2. Efecto del Acuerdo de Aplicación de la Parte XI de 1994 y la solución de controversias**

Este Acuerdo de 1994 tiene como efecto directo ampliar o hacer más explícito el ámbito material de la competencia de la Sala (o tribunales alternativos) respecto de las siguientes controversias:

- Aquéllas que puedan producirse respecto del rechazo de un plan de trabajo (Sección 3, 12.);
- Las relativas a la interpretación o aplicación de las normas y reglamentos basados en los principios aplicables a las disposiciones financieras de los contratos (Sección 8, 1, f);
- Las relativas a las normas que figuran bajo el título de "Política de Producción" (Sección 6) sobre prácticas comerciales. En esta materia, el Acuerdo de Aplicación ha innovado ya que hace optativo el empleo de los medios previstos en la Convención o las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, sus correspondientes códigos y los acuerdos que le sucedan o reemplacen (Sección 6, 1. b).<sup>(6)</sup> El derecho de opción entre los instrumentos comerciales y los mecanismos de la Convención existe cuando los Estados Partes afectados son Partes en dichos acuerdos.

En esta materia, se consagra el derecho de un Estado Parte a pedir al Consejo de la Autoridad la adopción de medidas adecuadas si está comprobado que otro Estado Parte ha otorgado subsidios prohibidos o que han redundado en perjuicio de los intereses de otro Estado Parte y éstos no han adoptado tales medidas (Sección 6, 1, g).

### **3. Limitaciones a la competencia de la Sala respecto de las decisiones de la Autoridad**

El Art. 189 establece limitaciones a esta competencia respecto de las siguientes materias:

- el ejercicio de las facultades discrecionales de parte de la Autoridad; la Sala no puede sustituir su facultad de decisión por la de la organización;
- la Sala no podrá pronunciarse respecto de la conformidad de cualesquiera normas, reglamentos o procedimientos de la Autoridad con las disposiciones de la Convención, ni declarará la nulidad de tales normas, reglamentos o procedimientos.

En este último caso, la competencia de la Sala se limita a determinar si la aplicación de cualesquiera normas, reglamentos o procedimientos de la Autoridad a casos particulares

estaría en conflicto con las obligaciones contractuales de las partes en la controversia o con las derivadas de la Convención. También podrá conocer de las reclamaciones de extralimitación en el ejercicio de la competencia o desviación de poder, así como de las reclamaciones por daños y perjuicios u otras reparaciones que hayan de concederse a la parte interesada en caso de incumplimiento por otra de sus obligaciones contractuales o derivadas de la Convención (Art. 189).

#### **4. Opiniones consultivas**

La Sala puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas a petición de la Asamblea o el Consejo de la Autoridad. Estas opiniones versarán sobre cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de esos órganos (Art. 191).

### **V. Excepciones y Límites a la Aplicación de la Jurisdicción Obligatoria: Arts. 297 y 298**

**E**L sistema de solución obligatoria de controversias conducente a una decisión obligatoria tiene dos tipos de limitaciones autorizadas por la Convención, atendiendo a la materia a que se refiere la controversia. Ellas están previstas en los Arts. 297 y 298.

#### **1. Excepciones automáticas**

Estas excepciones fueron negociadas junto a las disposiciones sustantivas de las Parte V (zona económica exclusiva), VI (plataforma continental) y XIII (investigación científica), planteándose diferencias radicales de opinión entre los Estados que no aceptaban que se sometiera la existencia y el ejercicio de los derechos de soberanía y jurisdicción en materia de pesca e investigación científica a un procedimiento conducente a decisión obligatoria y los que estimaban que debía consagrarse una fórmula para juzgar las alegaciones de abuso del derecho en esas materias o de incumplimiento de los deberes vinculados al ejercicio de tales derechos y jurisdicción exclusiva.<sup>(7)</sup>

Como fórmula de transacción, alcanzada gracias a los esfuerzos del Grupo de Trabajo N°5 en 1978, la Convención consagra la exclusión de las siguientes controversias de la competencia de toda corte o tribunal:

\* Las controversias que se susciten cuando el Estado que realiza investigación científica alegue que en relación con un determinado proyecto, el Estado ribereño no ejerce los derechos que le corresponden en virtud de los artículos 246 y 253 de manera compatible con lo dispuesto en la Convención. Estas disposiciones se refieren al régimen de autorización, cesación o suspensión a que se sujeta la investigación científica marina en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental.

En este caso, opera el mecanismo de conciliación (Anexo V, sección 2) a petición de cualquiera de las partes. La comisión de conciliación no puede cuestionar ciertas facultades discrecionales del Estado ribereño en relación con la designación de áreas para la realización de la investigación o de rehusar su consentimiento de conformidad con el Art. 246, 5. Por ejemplo, cuando la investigación propuesta tiene importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos.

\* Las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a las pesquerías. El Estado ribereño no está obligado a aceptar que se someta a los procedimientos de solución obligatorios ninguna controversia relativa a sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la zona económica exclusiva o al ejercicio de esos derechos, incluidas sus facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación del excedente a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración.

Se aplicará en todo caso un procedimiento de conciliación (Anexo V, sección 2) cuando se alegue que:

i) un Estado ribereño ha incumplido de manera manifiesta su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, por que la preservación de los recursos vivos de la zona económica no resulte gravemente amenazada;

ii) un Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a determinar, a petición de otro Estado, la captūra permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos con respecto a las poblaciones que ese otro Estado esté interesado en pescar;

iii) un Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a asignar a un Estado, conforme a lo dispuesto en los Arts. 62, 69 y 70 y en las modalidades y condiciones establecidas por el Estado ribereño que sean compatibles con la Convención, la totalidad o una parte del excedente cuya existencia haya declarado.

La comisión de conciliación no puede sustituirse al Estado ribereño en sus facultades discrecionales.

Con estas excepciones, las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención con respecto al ejercicio por parte de un Estado ribereño de sus derechos soberanos o su jurisdicción, se somete expresamente por el Art. 297, 1) a jurisdicción obligatoria<sup>(8)</sup> en los siguientes casos:

a) cuando se alegue que ha actuado en contravención de lo dispuesto en la Convención respecto de las libertades y los derechos de navegación, sobrevuelo o tendido de cables y tuberías submarinos o respecto de cualesquiera otros usos de mar internacionalmente legítimos especificados en el Art. 58;

b) cuando se alegue que, al ejercer las libertades, derechos o usos antes mencionados, ha actuado en contravención de las disposiciones de la Convención o de las leyes o reglamentos dictados por el Estado ribereño de conformidad con la Convención o de otras normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella; o

c) cuando se alegue que ha actuado en contravención de reglas y estándares internacionales específicos relativos a

la protección y preservación del medio marino que sean aplicables al Estado ribereño y que hayan sido establecidos por esta Convención o por conducto de una organización internacional competente o en una conferencia diplomática de conformidad con esta Convención.

## **2. Excepciones Facultativas**

Se refieren a aquellas materias que pueden ser voluntariamente excluidas por las Partes en la Convención, en virtud de lo previsto en el Art. 298. Su inclusión en la Convención se debe a la necesidad de alcanzar acuerdos en determinadas partes sustantivas de la Convención, sacrificando la jurisdicción obligatoria. Las materias que pueden ser excluidas en cualquier momento, son aquéllas:

- \* Las controversias relativas a los Arts. 15, 73 y 84 aplicables a la delimitación del mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, sucesivamente, o las relativas a bahías o títulos históricos. (Art. 298, 1, a)i). En este caso, si la controversia ha nacido después de la entrada en vigor de la Convención, un Estado deberá aceptar que cualquiera parte en la controversia la someta a un procedimiento de conciliación.
- \* Las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales, y las controversias relativas a actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos soberanos o de la jurisdicción excluidas de la competencia de una corte o un tribunal con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del Art. 297 (investigación científica y pesquerías).
- \* Las controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta de la organización, a menos que el Consejo de Seguridad decida retirar el asunto de su orden del día o pida a las partes que lo solucionen por los medios previstos en la Convención.

## **VI. Organización del Tribunal Internacional del Derecho del Mar**

### **1. Sede y miembros**

De acuerdo con la Convención, la sede del Tribunal es la ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, en Alemania. El Tribunal pleno está integrado por 21 miembros que deben reunir las siguientes características (Art. 2):

- independencia,
- elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad y sean de reconocida competencia en materia de derecho del mar,
- no puede haber dos miembros de la misma nacionalidad.

La composición del Tribunal garantizará la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y una distribución geográfica equitativa. El cumplimiento real de esta condición, teniendo en cuenta la participación actual en la Convención, ha sido considerada como un tema importante que debe ser atendido para mantener el sentido de universalidad de la Convención.<sup>(9)</sup> Otro tema vinculado a la instalación y funcionamiento del Tribunal debatidos por los Estados Partes, así como por reuniones de expertos, ha sido el financiamiento. Alemania ha hecho una contribución sustantiva para la construcción de su edificio que le servirá de sede. Por otra parte, si bien la elección se postergó por un año, finalmente la Reunión de los Estados Partes (15 a 19 de mayo de 1995) ha acordado que ella se lleve a cabo el 1 de agosto de 1996.

El Tribunal puede funcionar en pleno o en salas especiales, constituidas de conformidad con el Art. 15 del Anexo VI. Estas salas especiales, diferentes de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, funcionarán a solicitud de las partes para conocer de una controversia que hubieren sometido a conocimiento del Tribunal. Estas salas podrán estar integradas por tres o más miembros.

Asimismo, anualmente el Tribunal constituirá una sala de cinco miembros elegidos para oír y fallar controversias en

procedimiento sumario. Esta sala interviene en situaciones de emergencia mediante la dictación de medidas provisionales, que serán examinadas y eventualmente revisadas por el Tribunal. También se aplica la regla de que esta sala es competente si las partes lo solicitan.

El fallo dictado por cualquiera de estas salas se considera dictado por el Tribunal.

## **2. Competencia y derecho aplicable**

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene competencia para conocer de controversias derivadas de la Convención de 1982.

Sin perjuicio de este principio, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene competencia para conocer de cuestiones expresamente previstas en otros acuerdos que le confieran dicha competencia (Art. 21, Anexo VI). Una vez vigente el Acuerdo de 1995 antes indicado, caerá dentro de esta categoría, aunque debe señalarse que la pesca en alta mar ya entraba dentro de la competencia de ese órgano judicial. Asimismo, las Partes en un tratado en vigor que verse sobre las materias objeto de la Convención de 1982, pueden acordar referir sus controversias sobre interpretación y aplicación de ese instrumento, al Tribunal (Art. 22, Anexo VI).

En cuanto al derecho aplicable, el Tribunal fallará conforme a la Convención y demás normas del derecho internacional que no sean incompatibles con ella (Art. 293, 1.). Esto significa la supremacía de la Convención sobre toda otra norma de derecho internacional. La regla es sin perjuicio de que se le confiera competencia para fallar *ex aequo et bono*.

Debe señalarse que el Acuerdo sobre Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, adoptado en 1995, establece una regla más amplia.

Según el Art. 30, 5. del Acuerdo, una corte o tribunal aplicará "las disposiciones pertinentes de la Convención, del

presente Acuerdo y de todo acuerdo subregional, regional o mundial de ordenación pesquera que sea pertinente, así como también los estándares generalmente aceptados para la conservación y ordenación de los recursos marinos vivos y demás normas del derecho internacional que no sean incompatibles con la Convención, ...".

Esta disposición deberá aplicarse en consonancia con el Art. 293 de la Convención que establece la superioridad de sus normas, sobre todo cuando se plantee una hipótesis de contraposición entre ellas y los "estándares generalmente aceptados" que deben tener la característica de ser normas de derecho internacional vigentes.

El fallo del tribunal es definitivo e inapelable y tiene fuerza obligatoria para las partes. Una parte puede solicitar su interpretación al Tribunal en caso de desacuerdo sobre su sentido o alcance (Art. 33, Anexo VI).

## Conclusiones Generales

**E**L sistema de solución de controversias de la Convención de 1982, confirmados por los Acuerdos de 1994 y 1995, constituye una novedad en la negociación internacional de convenios abiertos a una amplia participación. Esta técnica tiende a superar la percepción más bien crítica de que la existencia de mecanismos obligatorios y conducentes a decisión obligatoria servirá de disuasivo para alentar la participación de los Estados.

Por otra parte, las fórmulas alcanzadas en cuanto a las excepciones automáticas o facultativas a la jurisdicción obligatoria en los Arts. 297 y 298, confieren equilibrio a los principios y fórmulas sustantivas y fortalecen el arreglo obligatorio en las demás materias no excluidas de esa jurisdicción.

La creación de un Tribunal Internacional del Derecho del Mar fue una iniciativa que se entiende dentro del contexto del inicio de las negociaciones sobre un nuevo derecho del mar y se inserta dentro de un sistema de libertad de opción, imitado por otros textos posteriores. El Tribunal no tiene

primacía sobre otros procedimientos, fórmula que originalmente sí se consideró en el seno de la Conferencia. No obstante, tiene importantes competencias en subsidio de otros tribunales (pronta liberación de buques y medidas provisionales) y en su seno se forma la Sala de Controversias de los Fondos Marinos.

Finalmente, es importante destacar la vinculación entre los Acuerdos de 1994 y 1995 con las disposiciones previstas en la Convención de 1982 sobre solución de controversias, las que deberán siempre considerarse de rango superior a las demás normas.

## NOTAS

- (1) A la fecha son Partes los siguientes Estados (por ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o sucesión): Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Camerún, Cabo Verde, Comores, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Chipre, Djibouti, Dominica, Egipto, Eslovenia, Filipinas, Fiji, Gambia, Gana, Grecia, Grenada, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Honduras, India, Indonesia, Irak, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Italia, Jamaica, Kenya, Kuwait, Líbano, Mali, Malta, Mauricio, México, Micronesia (Estados Federados de), Namibia, Nigeria, Omán, Paraguay, Ex-Republica Yugoslava de Macedonia, Samoa, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Tanzania, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Uganda, Uruguay, Viet Nam, Yemen, Yugoslavia, Zaire, Zambia y Zimbabwe.
- (2) Sohn, L. "The importance of the peaceful settlement of disputes provision of the United Nations Convention on the Law of the Sea", 18th Annual Oceans Conference of the Center for Ocean Law and Policy, University of Virginia School of Law "Entry into Force of the Law of the Sea Convention", mayo 22-25, 1994, pp. 1-3; "The role of dispute settlement in ocean governance", 28th Annual Conference of the Law of the Sea Institute, Honolulu, Hawaii, "Ocean Governance Strategies and Approaches for the 21st Century", julio 11-14, 1994, pp. 1-3. No publicados.
- (3) Mubiala, M. "Le système de règlement pacifique des différends dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer", *Collection Espaces et Ressources Maritimes*, 1993, 7, Pedone, pp. 323-338
- (4) Ranjeva, R. "Le règlement des différends", *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, ed. R.-J. Dupuy & D. Vignes, Paris, Economica, 1985, pp. 1136 - 1143; Queneudec, J.-P. "Le choix des procédures de règlement des différends selon la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 383 - 386
- (5) Un Grupo de Trabajo copresidido por los Embajadores Galindo Pohl, de El Salvador y R.L. Harry, de Australia, del cual fue relator el Profesor Louis B. Sohn, de Estados Unidos, propuso en

la reunión de Caracas en 1974, un proyecto global de solución de controversias. Este proyecto se sustentaba en las siguientes proposiciones: a) incorporación de sus disposiciones a la Convención y no en un instrumento independiente; b) obligatoriedad de los mecanismos conducentes a decisión obligatoria; c) inadmisibilidad de reservas a estas cláusulas; d) enumeración restrictiva y exhaustiva de los asuntos que quedarían fuera de la jurisdicción obligatoria; y e) empleo de medios diplomáticos y políticos como etapa previa al recurso a mecanismos jurisdiccionales. Ver Lupinacci, J. C. "El sistema de solución de controversias: antecedentes y trabajos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Economía de los Océanos*, Vol.II, Comisión Económica para América Latina - Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1978, pp.338 - 339. La fórmula fue negociada a partir de la propuesta de un grupo de expertos que funcionó durante la sesión de Ginebra de 1975, de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, e incorporada con variaciones en el texto único oficioso de negociación elaborado por el Presidente de la Conferencia, embajador H.Sh.Amerasinghe. Ranjeva, R. "Le Règlement des Différends", *op. cit.*, pp.1106 - 1111.

(6) Esta disposición se aplica al conjunto de normas que constituyen la Organización Mundial del Comercio a partir del 1 de enero de 1995. Comprende los acuerdos multilaterales sobre comercio de bienes, servicios y propiedad intelectual. En materia de solución de controversias establece procedimientos para constituir grupos especiales y una instancia de apelación contra sus decisiones. También se contempla la posibilidad de compensaciones y la suspensión de concesiones en caso de que no se apliquen las recomendaciones o resoluciones adoptadas por los órganos competentes.

(7) Rosenne, Sh. "Settlement of fisheries disputes in the Exclusive Economic Zone", *American Journal of International Law*, 73, 1979, 1, p. 98. Infante, M.T. "La solución de controversias en materia de derecho del mar y su incidencia en la naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva", *La Zona Económica Exclusiva. Una Perspectiva Latinoamericana*, ed. F. Orrego Vicuña, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1982, pp. 106 - 117

(8) Originalmente el Texto Revisado Unico de Negociación UN Doc. A/CONF. 62/Rev.2, Part IV, Nov.23, 1976 no excluía el sometimiento a una jurisdicción obligatoria de las controversias relacionadas con el ejercicio de derechos soberanos, derechos exclusivos o jurisdicción exclusiva cuando se alegaba que un Estado ribereño había faltado de manera manifiesta a condiciones específicas establecidas en la Convención relativas al ejercicio de sus derechos o cumplimiento de sus deberes respecto de los derechos soberanos, si bien no se pondría en controversia la existencia de tales derechos soberanos. Véase comentario en Adede, A.O. "Law of the Sea: the scope of the third-party compulsory procedures for settlement of disputes", *The American Journal of International Law*, 71, 1977, 2, pp.305 - 311

(9) Platzöder, R. "The International Tribunal for the Law of the Sea", 29th Annual Conference of the Law of the Sea Institute, Bali, Indonesia, 19-22 junio, 1995, no publicado.

the 'information' that is available to the user. The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

The 'information' that is available to the user is the 'information' that is available to the user.

# El Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia

Hernán Salinas Burgos

## I. Introducción

**E**N general, la responsabilidad por infracción del derecho internacional la sufren los Estados y es de tipo compensatorio.

Sin embargo, hay violaciones del derecho internacional que, por su enormidad, su crueldad y el menosprecio por la vida humana que revelan, tienen carácter criminal y no sólo comprometen la responsabilidad del Estado al cual son atribuibles sino también la de los individuos que las cometieron. Se llaman *delicta iuris gentium* o delitos contra el derecho internacional.

Entre estos delitos encontramos la piratería marítima, el tráfico de esclavos, ciertos actos ilícitos cometidos a bordo de las aeronaves, la violación del derecho de la guerra (*jus in bello*), los crímenes contra la paz (violación del *jus ad bellum*), el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, la toma de rehenes y la tortura.

En la mayoría de estos casos la acción del derecho internacional es incompleta, pues no va más allá de fijar el tipo delictivo. La determinación e imposición de las penas se deja comúnmente a los sistemas jurídicos internos. Ello se debe a la resistencia política de los Estados a crear tribunales penales internacionales, por lo que, carente el derecho internacional de instituciones adecuadas para hacer efectiva la

responsabilidad penal, entra en juego la ley del desdoblamiento funcional enunciada por George Scelle, y es el derecho interno de los Estados el que señala las penas y el que entrega a los tribunales nacionales su imposición en cada caso concreto. <sup>(1)</sup>

Sólo en forma excepcional se han constituido tribunales penales internacionales de carácter ad hoc. Así, tras la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945, concluido entre los Estados Unidos, la Unión Soviética, el Reino Unido y Francia tipificó determinados delitos en las categorías de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Sobre dicha base actuaron los Tribunales de Nuremberg y Tokio, el primero para juzgar a los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje y, el segundo, para juzgar a los grandes criminales de guerra del Lejano Oriente.

Los principios formulados en las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio y en las sentencias dictadas por ellos fueron más tarde reafirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y enunciados por la Comisión de Derecho Internacional. Forman parte del derecho internacional general.

¿A qué se debe que hasta la fecha la comunidad internacional sólo haya establecido tribunales internacionales de carácter ad hoc?

El principio de la soberanía sigue siendo un obstáculo fundamental para llevar ante la justicia internacional a individuos que actúan como agentes estatales, como los jefes militares y políticos. Por tal razón los tribunales que se han constituido, han respondido a situaciones de emergencia y han actuado, en circunstancias políticas especiales y bajo fuerte presión de la opinión pública. Han sido el resultado de una reacción internacional frente a atrocidades de gran magnitud.

A pesar de los grandes avances logrados en materia de protección internacional de los derechos humanos, es difícil pensar que la comunidad internacional vaya a estar pronto dispuesta a establecer un tribunal penal internacional de

carácter permanente, como el que prevé el Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.<sup>(2)</sup>

La existencia de tribunales internacionales dotados de jurisdicción en materia penal tiene una serie de ventajas respecto de los tribunales nacionales.

En primer lugar, los tribunales nacionales, por lo general carecen de jurisdicción universal con arreglo a la legislación interna. La jurisdicción estatal se basa fundamentalmente en el principio de la territorialidad o en el la nacionalidad de la víctima o del autor del delito.

Segundo, aun cuando los Estados tengan jurisdicción universal, como prevén los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, de acuerdo con el principio "*aut judicare aut udicare dedere*" respecto de las infracciones graves a dichos instrumentos, la práctica nos indica que prefieren no detener o juzgar a los autores de crímenes internacionales que se encuentren en su territorio. Ello se debe al deseo de evitar fricciones internacionales o a sentimientos de carácter nacionalista.

Finalmente, en estas materias a menudo influyen en los juicios ante los tribunales internos prejuicios ideológicos, raciales o religiosos.

## II. Antecedentes

**L**A Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra del 31 de agosto al 1 de septiembre de 1993, pidió a todos los Estados que no escatimaran esfuerzos para "**cerciorarse de que sean debidamente perseguidos los crímenes de guerra y que no queden impunes; por consiguiente aplicar las disposiciones en las que se prevén sanciones en caso de infracción grave contra el derecho internacional humanitario, y estimular la elaboración, en tiempo oportuno, de un aparato jurídico internacional apropiado...**"<sup>(3)</sup>

Esta formulación se relaciona con la cuestión ampliamente debatida del establecimiento de una jurisdicción penal inter-

nacional que como ya se indicó, ha cobrado nuevo impulso los últimos años en el marco de las Naciones Unidas. En recientes instrumentos internacionales de importancia, como la propia Declaración final de la mencionada Conferencia de Ginebra de 1993 o el Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993), se registra con satisfacción los avances logrados en este tema en la Comisión de Derecho Internacional y se insta a este órgano subsidiario de la Asamblea General a proseguir su consideración del mismo.<sup>(4)</sup>

Mientras no se establezca dicho "mecanismo legal apropiado", la comunidad internacional debe recurrir a procedimientos ad hoc, que proporcionen mecanismos eficaces para sancionar las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en relación con acuerdos en el territorio de la ex Yugoslavia, que han dado lugar a la creación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de un tribunal internacional para juzgar a los responsables de estas violaciones. Este órgano es el primero de este género establecido después de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio en 1945-1946. Por otra parte mediante su Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad creó un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda.

El Consejo de Seguridad se viene ocupando del caso de la ex-Yugoslavia desde septiembre de 1991, pero sólo a mediados de 1992 aprobó la primera de las resoluciones que son antecedente inmediato de la creación del Tribunal Internacional. Así, por su resolución 764, de 13 de julio de 1992, el Consejo reafirmó la obligación de todas las partes respecto de la aplicación del derecho internacional humanitario y sentó el importante principio de la responsabilidad individual por las violaciones graves de sus normas. En la resolución 771, de 13 de agosto de 1992, el Consejo dio un paso más allá al aprobar una decisión con arreglo al capítulo VII de la

Carta de las Naciones Unidas, por la cual se ordena a todas las partes interesadas en la ex-Yugoslavia y a todas las fuerzas militares de Bosnia y Herzegovina que ponga término a las violaciones del derecho internacional humanitario; de lo contrario, el Consejo tendría que tomar nuevas medidas, de conformidad con la Carta.

En la resolución 780 de 6 de octubre de 1992, el Consejo pidió al Secretario General que estableciera una Comisión de Expertos que se encargara de examinar y de analizar informaciones comprobadas en relación con las violaciones del derecho internacional humanitario, que se estaban perpetrando en el territorio de la ex-Yugoslavia. En su informe provisional de 9 de febrero de 1993, la Comisión concluyó que en dicho territorio se habían cometido transgresiones graves y otras violaciones del derecho internacional humanitario, entre las que cabría mencionar asesinatos, "depuración étnica", matanzas en masa, torturas, violaciones, saqueo y destrucción de bienes civiles, destrucción de bienes culturales y religiosos y detenciones arbitrarias. El informe, aboga asimismo claramente por el establecimiento de un tribunal internacional ad hoc.<sup>(5)</sup>

En esa misma época, el Gobierno francés transmitió al presidente del Consejo de Seguridad un documento sobre el tema preparado por el Comité de Juristas instituido por el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país, en que se recomendaba estudiar la posibilidad de crear un tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. El Comité lo integraron destacados juristas franceses y actuó como relator, el profesor Alain Pellet.<sup>(6)</sup>

En la resolución 808 de 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad señaló concretamente que la situación en la ex-Yugoslavia era una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y se declaró dispuesto a poner fin a los crímenes mencionados y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables. Con ese fin decidió crear un tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex-Yugoslavia,

cometidas a partir de 1991. En la misma resolución, el Consejo pidió al Secretario General que preparara un informe sobre la manera de establecer dicho tribunal.

El 27 de mayo de 1993, el Consejo aprobó la resolución 827, en la cual, "actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta", acoge el Informe del Secretario General y aprobó el Estatuto del Tribunal Internacional.

El 17 de noviembre de 1993 los 11 magistrados elegidos por la Asamblea General tomaron posesión de sus cargos. El Fiscal no fue nombrado hasta el 8 de julio de 1994 puesto que el primer designado declinó el ofrecimiento.

Del análisis de los antecedentes que llevaron a la creación del Tribunal se deduce que ella fue la culminación de un proceso que se inició con la condena de las violaciones al derecho internacional humanitario y el establecimiento del principio de responsabilidad individual (resolución 764), al que siguieron la publicidad de estas violaciones al aumentar las informaciones acerca de las atrocidades cometidas (resolución 771). También fueron importantes la investigación de estas violaciones mediante la creación de una Comisión de Expertos (resolución 780) y, finalmente, la decisión de juzgar estos crímenes en un debido proceso legal, mediante la creación del Tribunal Internacional ad-hoc.<sup>(7)</sup>

El Tribunal celebró su primera audiencia pública el 8 de noviembre de 1994, para conocer de la acusación del Fiscal contra Dusan Tadic, sometido a proceso en Alemania. En dicha audiencia se solicitó a ese país que trasladara a Tadic a La Haya, para ser sometido a juicio, traslado que se hizo efectivo el 24 de abril de 1995. El 13 de febrero de 1995 Dusan Tadic fue formalmente acusado, compareciendo ante el Tribunal por primera vez, el 26 de abril de 1995.

### III. Fundamento y naturaleza jurídica del tribunal

**E**L Secretario General en su informe al Consejo de Seguridad<sup>(8)</sup> señala que, en circunstancias normales, un tribunal como el de la ex-Yugoslavia habría sido creado mediante un tratado celebrado en el seno de un órgano internacional

apropiado, como la Asamblea General o una Conferencia de plenipotenciarios, como en el caso del Tribunal de Nuremberg.<sup>(9)</sup> Sin embargo, este método, tenía la doble desventaja, de su lentitud, ya que se habría requerido un tiempo considerable para preparar, celebrar el tratado, y garantizar su ulterior entrada en vigor, lo que no habría estado en consonancia con el carácter urgente expresado en la resolución 808 del Consejo de Seguridad, y la falta de eficacia, puesto que no se podía obligar a los Estados a ratificar el tratado en contra de su voluntad.

Por esa razón el Secretario General propuso al Consejo de Seguridad que estableciera el Tribunal mediante una decisión con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, o sea, como una medida para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Además de ser rápido y surtir efectos inmediatos, este método tendría la ventaja de que todos los Estados estarían obligados a tomar las medidas necesarias para aplicar la decisión del Consejo, por tratarse de una medida aprobada de conformidad con el Capítulo VII.

En el debate que siguió a la aprobación de la resolución 827, dos miembros del Consejo de Seguridad (China y Brasil) expresaron serias reservas respecto de la conveniencia del método seguido para crear el Tribunal, y fueron partidarias de negociar y concertar un tratado en la materia. China sostuvo que la creación del Tribunal en la forma indicada podría constituir una violación del principio de la soberanía estatal y Brasil señaló que ello podría exceder las atribuciones del Consejo de Seguridad.<sup>(10)</sup>

El Consejo de Seguridad refrendó la recomendación del Secretario General por lo que, en el preámbulo del Estatuto se menciona expresamente que el Tribunal fue establecido "en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta". De esta manera, el Tribunal Internacional pasa a ser un órgano subsidiario de los previstos en el artículo 29 de la Carta y, en este caso, un órgano judicial internacional.

En diversas ocasiones el Consejo de Seguridad ha adoptado decisiones con arreglo al Capítulo VII, para restablecer y

mantener la paz y la seguridad internacionales que han hecho necesario establecer órganos subsidiarios para diversos fines. Al respecto, cabe recordar la resolución 687 (1991) y resoluciones posteriores relativas a la situación entre Irak y Kuwait. Sin embargo, es la primera vez que se establece así un órgano subsidiario de carácter judicial.

El Tribunal presenta los siguientes rasgos distintivos:

1) Es un órgano independiente que, dada su índole judicial, no está sujeto a ningún tipo de autoridad o de control por parte del Consejo de Seguridad. Aunque el Estatuto no contemple disposición expresa al respecto, así lo entendieron los miembros del Consejo, como quedó reflejado en las intervenciones realizadas cuando se aprobó el Estatuto,<sup>(11)</sup>

2) Es un órgano transitorio, cuya existencia depende del restablecimiento o del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio de la ex-Yugoslavia y de las decisiones futuras del Consejo de Seguridad sobre el particular;

3) Es un mecanismo jurisdiccional ad hoc, cuya creación no se relaciona directamente con la de una jurisdicción penal internacional permanente. Sin embargo, cabe señalar que su creación ha servido para acelerar el estudio de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente.

4) El Tribunal se limitará a aplicar las normas del derecho internacional humanitario existentes y no las desarrollará ni creará normas nuevas. Como advirtió el Secretario General en su informe, al crear el Tribunal y encomendarle la tarea de juzgar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Consejo de Seguridad no creó normas de derecho internacional ni trató de asumir una especie de función "legislativa" en el ámbito del derecho penal internacional.

5) A diferencia de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, el Tribunal es verdaderamente internacional. En efecto, los primeros fueron tribunales multinacionales pero no tribunales internacionales en sentido estricto, ya que únicamente representaban a una parte de la comunidad interna-

cional, los vencedores. En cambio, el Tribunal de la ex-Yugoslavia es un órgano de toda la comunidad internacional. Sus magistrados proceden de todas las regiones del mundo, aportan la amplitud de miras y la experiencia necesarias para realizar una compleja labor. Su procedimiento y su jurisdicción no están sometidos a normas nacionales e incluso la Dependencia de Detención, en la que se custodiará a las personas que han de ser juzgadas, tiene carácter internacional y no está sometida al control ni a la supervisión del Estado anfitrión.

6) El procedimiento previsto en el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia se basa en las garantías del debido proceso.

En este Tribunal se aprecia la profunda importancia que ha adquirido el tema de los derechos humanos desde 1945. Por primera vez puede observarse claramente que las normas de derechos humanos han producido también consecuencias para el desarrollo del derecho penal internacional.

El Estatuto contiene todas las garantías fundamentales de un juicio imparcial y expedito contempladas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y, más concretamente, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta disposición está concebida, en particular, para preservar los derechos básicos del acusado.

De esta manera, se respeta escrupulosamente el principio de la "igualdad procesal", según el cual el acusado y el acusador están en idéntica situación y el Fiscal, parte acusadora, no tiene ventajas adicionales. Por su parte, el acusado tiene el derecho a ser asistido por un defensor, si es necesario a expensas del Tribunal, a ser juzgado en audiencia pública; a impugnar las pruebas de cargo y a presentar pruebas de descargo, a ser presumido inocente y a no confesarse culpable (párrafos 1 y 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, el acusado tiene derecho a hallarse presente en el proceso, conforme al apartado d del párrafo 3 del artículo 14 de dicho Pacto.

Lo anterior no significa que los infractores puedan sustraerse con impunidad a la jurisdicción del Tribunal. En efecto, el Estatuto impone a cada Estado Miembro de las Naciones Unidas la obligación concreta de cooperar con el Tribunal y de cumplir sus órdenes, incluidas las de arresto o detención de sospechosos. Estas obligaciones prevalecen sobre cualquier disposición del derecho interno que se oponga a la entrega o remisión del acusado, incluidos los tratados o la legislación nacional sobre extradición. Por consiguiente, el Tribunal ha adoptado una serie de reglas que contemplan los casos en que no es posible enjuiciar al acusado, ya sea porque es contumaz o porque las autoridades del Estado en que se encuentra se niegan a arrestarlo o entregarlo.

Una vez que un magistrado del Tribunal ha confirmado la acusación, se enviará una orden de arresto al Estado en que el acusado reside o en que se lo vio por última vez. Ese Estado debe notificar al Tribunal si no está en condiciones de cumplir la orden. El no informar al Tribunal dentro de un plazo razonable se considerará incumplimiento de la orden, en cuyo caso el Fiscal podrá tomar todas las medidas razonables para informar al acusado de la acusación, incluso por notificación en los periódicos adecuados.

Si a pesar de estas medidas el acusado no se presenta espontáneamente o no es entregado al Tribunal, la acusación pasará a una de las salas de primera instancia para que la reconfirme. En esa etapa se presentarán en audiencia pública la acusación y todas las pruebas en que se funda. Si la Sala de primera instancia estima que se han establecido los hechos, emitirá una orden de arresto internacional que se transmitirá a todos los Estados por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Además, si dicha Sala estima que el incumplimiento de la orden se debió a la falta de cooperación de un Estado con el Tribunal, el Presidente comunicará esta circunstancia al Consejo de Seguridad.

El Tribunal no está facultado para imponer la pena de muerte. Esto es conforme al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1989, cuyo objetivo es la abolición de la pena de muerte.

Por último, el Estatuto consagra el derecho a apelar de los fallos, tanto del Fiscal como del acusado. El Tribunal está compuesto por dos Salas de primera instancia, cada una integrada por tres magistrados y una Sala de Apelaciones integrada por cinco magistrados.

#### **IV. Objetivos fundamentales del tribunal**

**L**OS objetivos del Tribunal figuran en la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad y, de manera más detallada, en su Resolución 827 (1993). Estos objetivos son tres, hacer justicia, disuadir de la comisión de nuevos crímenes y contribuir a restablecer y mantener la paz.

El primer objetivo figura en el preámbulo de la resolución 827 que, entre otras cosas, dispone que el Tribunal ha de "hacer comparecer ante la justicia a los responsables" de los crímenes en la ex-Yugoslavia.

El segundo objetivo también figura en el preámbulo de la resolución 827, que afirma que el establecimiento del Tribunal "contribuirá" a asegurar que se ponga fin a las violaciones del derecho internacional humanitario y que sean efectivamente remediadas. Una de las principales metas del Consejo de Seguridad era establecer un procedimiento judicial que sirviese para disuadir a las partes en el conflicto de cometer nuevos crímenes. Se confiaba en que, al hacer comparecer ante la justicia a los acusados de matanzas y graves violaciones similares del derecho internacional humanitario, los beligerantes y los civiles desistirían de cometer nuevas atrocidades.

El tercer objetivo que perseguían el Consejo de Seguridad (resolución 827) y el Secretario General era contribuir al restablecimiento y el mantenimiento de la paz. Por constituir una medida adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta para hacer frente a una "amenaza para la paz y la seguridad internacionales", tal como se determinaba en la resolución 827, el Tribunal se concibió como un medio para impulsar paulatinamente la terminación de los enfrentamientos armados y el restablecimiento de la normalidad.

## V. Organización y composición del tribunal

**E**L Tribunal no es una entidad singular, sino que está integrado por varios órganos: un órgano judicial, un órgano acusatorio y un órgano administrativo. Como se dijo el primero está constituido por tres salas, dos de primera instancia, cada una integrada por tres jueces encargados de conocer los casos que les sean sometidos por el órgano acusador y una Sala de Apelaciones, integrada por cinco magistrados. En total, componen el órgano judicial 11 magistrados.

Los candidatos a magistrados del Tribunal deben cumplir con ciertos requisitos, como lo indica el párrafo 1 del artículo 13 del Estatuto que señala que: "Los magistrados serán personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos. En la composición general de las salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho penal, derecho internacional, inclusive derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos".

Al hacer la lista definitiva de candidatos, el Consejo de Seguridad debe velar "... por la debida representación de los principales sistemas jurídicos del mundo", lo que significa que debe hacerse una distribución geográfica de los 11 cargos, como en la Corte Internacional de Justicia.<sup>(12)</sup>

El órgano acusatorio, constituido por un fiscal, tiene la función de investigar los casos, preparar las acusaciones y acusar a las personas responsables de violaciones del derecho internacional humanitario. El fiscal es designado por el Consejo de Seguridad a propuesta del Secretario General.

Según el artículo 16, párrafo 4 del Estatuto, el Fiscal "Debería ser de una moral intachable y poseer el más alto nivel de competencia y experiencia en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales".

La oficina del fiscal se compone de una unidad de investigación y una unidad de acusación. La primera se encarga de realizar todas las investigaciones, inclusive en el terreno. La segunda, examina de manera independiente las actas de

acusación y la presentación de éstas ante los magistrados del Tribunal, junto con el fiscal y el fiscal adjunto, asistidos por acusadores de la Sección de investigaciones.

Además, se prevé el funcionamiento de una secretaria, que prestará servicios a los otros dos órganos.

La secretaria está encabezada por el Secretario, nombrado por el Secretario General previa consulta con el presidente del Tribunal y por el personal auxiliar. La Secretaría se encarga entre otras, de las siguientes funciones:

- a) información pública y relaciones externas;
- b) preparación de las actas de las sesiones;
- c) prestación de servicios de conferencias;
- d) impresión y publicación de la documentación de los casos;
- e) tareas administrativas, cuestiones presupuestarias y del personal.

Tanto los magistrados como el fiscal y el secretario son elegidos para períodos de cuatro años y podrán ser reelegidos.

## VI. Procedimiento

**L**AS Reglas relativas al procedimiento y a la prueba (125 en total) establecen las bases necesarias para el funcionamiento de los tres órganos del Tribunal.<sup>(13)</sup>

Al redactar las Reglas, los magistrados del Tribunal trataron de plasmar el carácter internacional de dicho órgano. De esta manera, sólo se adoptaron las medidas en que había un acuerdo general y que, reflejaran los conceptos aceptados por todos como justos e imparciales en el ámbito internacional.

Por ser un órgano de características singulares en el derecho internacional, el Tribunal ha podido basarse en muy pocos precedentes. Los otros dos tribunales penales internacionales que lo precedieron, los de Nuremberg y Tokio, se regían por normas de procedimiento sumamente rudimentarias. El reglamento del primero ocupaba apenas tres páginas y media, contenía un total 11 artículos y todos los problemas de procedimiento eran resueltos por decisiones concretas del

Tribunal; en el segundo sólo había artículos nuevos de procedimiento, que formaban parte del Estatuto del Tribunal, y todos los demás asuntos se dejaban a la decisión del Tribunal, con criterio casuístico.

Tal como lo disponen el Estatuto y las Reglas relativas al procedimiento y a la prueba, el Tribunal Internacional funcionará de conformidad con el sistema acusatorio propio del derecho anglosajón, en el que se privilegia la participación de un órgano independiente del Tribunal propiamente tal encargado de la etapa de investigación y de las diligencias necesarias en cada caso. Se prevé entonces la figura de un fiscal quien, después de adelantar la investigación pertinente, decide si ha lugar o no la presentación de una acusación, cuya procedencia examinará un magistrado de la sala de primera instancia.

Las principales etapas del procedimiento establecido en el Estatuto y detallado en las Reglas relativas al procedimiento y a la prueba son las siguientes:

El Fiscal es la única persona que puede incoar un procedimiento. La presunta víctima, su representante, una organización gubernamental, o un gobierno no tienen facultades para iniciar las diligencias ante el Tribunal. El Fiscal entabla el proceso judicial tras haber reunido las pruebas, por propia iniciativa o en virtud de una denuncia, información o informes recibidos de particulares, incluida la presunta víctima, gobiernos, organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales o de otras fuentes.

Para iniciar las diligencias, el Fiscal debe formular la acusación, fundada en pruebas. La acusación se presenta a un magistrado previamente designado por el Presidente para que la examine. Si el magistrado la confirma, la acusación en principio adquiere carácter público. A continuación, a solicitud del Fiscal puede dictar una orden de arresto o remisión del acusado o una orden de allanamiento. Todos los mandamientos u órdenes emitidos por el magistrado serán remitidas al Estado que corresponda, e incumbirá a las autoridades nacionales cumplirlos.

Una vez detenido, el acusado será trasladado a La Haya, sede del Tribunal, donde permanecerá bajo custodia en la Dependencia de detención, que está sujeta al control y supervisión de las Naciones Unidas. Tan pronto como sea posible después de su llegada, se lo hará comparecer ante una Sala de primera instancia y se le formularán los cargos que procedan. El Fiscal deberá comunicar a la defensa las pruebas que posea, y lo mismo deberá hacer la defensa. En el juicio, las partes en litigio serán el Fiscal y el defensor y el acusado que estará presente sólo para ser interrogado como testigo de descargo. Los particulares y las organizaciones o gobiernos pueden, en virtud de una autorización, presentar exposiciones escritas u orales en calidad de *amicus curiae*.

El juicio propiamente dicho se desarrolla del siguiente modo. Tras las declaraciones iniciales de las partes, el Fiscal presenta la prueba escrita o testimonial; el defensor puede proceder a un contrainterrogatorio de los testigos. A continuación la defensa presenta su prueba y el Fiscal puede formular repreguntas a los testigos de descargo.

Seguidamente se presentará la prueba en contrario. Tras la presentación de las pruebas, ambas partes realizarán sus alegatos finales. Luego la Sala de primera instancia deliberará en privado y pronunciará sus conclusiones en público. Si considera que el acusado es culpable, se iniciará una nueva etapa de determinación de la condena, que terminará cuando la Sala establezca la pena.

El Fiscal o la defensa podrán recurrir contra la sentencia dentro del plazo de 30 días, basándose en un error de derecho que invalida la decisión o un error de hecho que acarrea una mala aplicación de la justicia. La Sala de apelaciones se pronunciará al respecto tras un procedimiento similar, *mutatis mutandi*, al seguido ante la Sala de primera instancia.

Si el acusado es condenado a pena de prisión, ella se cumplirá en uno de los países que hayan indicado al Consejo de Seguridad su voluntad de aceptar a las personas condenadas. El país en concreto será designado por el Presidente.

## VII. Jurisdicción y competencia

### A) Competencia *Ratione Materiae*

En cuanto al objeto o jurisdicción material, el Tribunal enjuiciará a los presuntos responsables de "violaciones graves del derecho internacional humanitario", del derecho convencional y del consuetudinario.

La aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal aplique las normas del derecho internacional humanitario, que forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que sólo algunos de los Estados hayan adherido a determinadas convenciones.

El derecho internacional humanitario convencional, que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario, es el derecho aplicable en los conflictos armados refrendados en 7 instrumentos internacionales:

- los cuatro Convenios de Ginebra de 1949;
- el IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el Reglamento anexo de 1907;
- la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948; y,
- el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945.

A pesar de que 137 Estados son Partes en el Protocolo Adicional I de 1977 y 127 en el Protocolo Adicional II de 1977, el Estatuto no los considera dentro de los instrumentos aplicables, sin perjuicio del valor de alguna de sus normas como costumbre internacional.

Reconociendo la índole consuetudinaria de las normas incorporadas en los instrumentos antes señalados, en sus artículos 2 a 5 el Estatuto individualiza los siguientes actos, a los cuales extiende la competencia material del Tribunal, mediante la transcripción y sistematización de las disposiciones pertinentes de cada uno de estos instrumentos enumerados.

**1) Violaciones graves de los Convenios de Ginebra (art.2):**

En esta disposición se enumeran únicamente los actos que los Convenios consideran "violaciones graves" o "crímenes de guerra", entre ellos los siguientes:

- a) homicidio intencional;
- b) tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos,
- c) actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud,
- d) destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a una persona civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;
- f) privación deliberada a un prisionero de guerra o a una persona civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) deportación, traslado o reclusión ilícitos de una persona civil,
- h) toma de personas civiles como rehenes.

Basándose en que los Convenios reflejan adecuadamente el estado del derecho internacional consuetudinario en esta materia, está claro que para el Consejo una violación grave de los Convenios es una violación grave del derecho internacional humanitario que da lugar a responsabilidad individual.

**2) Violación de las leyes o de los usos de la guerra (art. 3):**

En esta disposición relativa al derecho de La Haya sobre la conducción de las hostilidades, se mencionan ejemplos de violaciones de las leyes o de los usos de la guerra, con la advertencia de que la lista no es taxativa:

- a) el empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;
- b) la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos o aldeas, viviendas o edificios indefensos;

- d) la apropiación o destrucción de instituciones destinadas al culto religioso, la beneficencia y la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos u éstos;
- e) el saqueo de bienes públicos o privados.

La redacción del artículo se inspira en el IV Convenio de La Haya de 1907 y en su Reglamento anexo "...constituyen otra esfera importante del Derecho Internacional Humanitario Convencional que ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario".

En efecto, el Tribunal de Nuremberg reconoció que en 1939 muchas de las disposiciones del Reglamento de La Haya, pese a que en el momento en que fueron aprobadas eran innovadoras, ya habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas y se las consideraba declaratorias de las leyes y usos de la guerra. El Tribunal de Nuremberg admitió asimismo que los crímenes de guerra definidos en el inciso b) del artículo 6 del Estatuto de Nuremberg ya habían sido reconocidos como crímenes de guerra con arreglo al derecho internacional y consagrados en el Reglamento de La Haya, en virtud del cual debía sancionarse a los culpables.

Hay que señalar que el lenguaje flexible de los artículos 2 y 3 del Estatuto asegura que todas las normas pertinentes y bien establecidas del derecho internacional humanitario caen dentro de la jurisdicción de Tribunal. Al votar la resolución 827 los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia afirmaron que las leyes y costumbres de la guerra con arreglo al artículo 3 del Estatuto comprenden todo el derecho de los conflictos armados en vigor en el territorio de la ex Yugoslavia, incluido el derecho consuetudinario. Así el Tribunal debería aplicar las normas de los convenios de Ginebra relativa a infracciones graves incluyendo el artículo 3 común sobre conflictos armados internos y los Protocolos Adicionales de 1977.<sup>(14)</sup>

**3) Genocidio (art. 4):** El art. 4 transcribe las disposiciones de los artículos 2 y 3 de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que se considera parte del derecho internacional consuetudinario, como fue reconocido

por la Corte Internacional de Justicia en una Opinión Consultiva de 1951.<sup>(15)</sup>

Para los fines del Estatuto, se entiende por genocidio cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) la matanza de miembros del grupo;
- b) las lesiones graves contra la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial;
- d) la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo.

Además, serán punibles los actos siguientes;

- a) la conspiración para cometer genocidio;
- b) la instigación directa y pública al genocidio
- c) la tentativa de genocidio
- d) la complicidad en el genocidio.

**4) Crímenes de lesa humanidad (art. 5):** Esta es probablemente la categoría de delitos cuya inclusión en el Estatuto planteaba mayores problemas, por la falta de un instrumento internacional que señalara claramente lo que se entiende por "crímenes de lesa humanidad". A la vez, era una de las categorías más importantes en relación con la competencia material del tribunal, puesto que desde el punto de vista técnico, las atrocidades que se han cometido en ex-Yugoslavia, como la "depuración étnica", y las violaciones y otras formas de agresión sexual generalizadas y sistemáticas, no pertenecen a ninguna de las tres categorías previamente descritas.

El informe del Secretario General contiene una definición ejemplar de los crímenes de lesa humanidad; se trataría de "... actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales, o religiosas" <sup>(16)</sup>.

Según el art. 5, el Tribunal tiene competencia por lo que atañe a los siguientes crímenes "cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional":

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación;
- e) encarcelamiento;
- f) tortura;
- g) violación;
- h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) otros actos inhumanos.

A diferencia de los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, el Estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia, no exige que los crímenes de lesa humanidad se hayan cometido en conexión con los crímenes definidos en el Estatuto, sino que solamente que se hayan cometido durante el conflicto armado.

En relación con la competencia material del Tribunal expuesta, cabe formular algunas observaciones:

1º) Dentro de los instrumentos declaratorios del derecho consuetudinario enumerados en el listado del Secretario General, no figura el Protocolo Adicional I de 1977, que si bien contiene normas consuetudinarias, incluye otras que aún no han alcanzado dicha calidad.

A los efectos de la jurisdicción del tribunal, esta omisión podría haberse remediado por la interpretación dada a conocer por la delegada de los Estados Unidos, Embajadora Madaleine K. Albright después de que el Consejo de Seguridad aprobó el Estatuto del Tribunal. En opinión de ella, la aplicación de la ley de la antigua Yugoslavia, que incorpora el referido Protocolo I, satisface el principio *nullum crimen sine lege* y "debe entenderse que la referencia a las leyes y costumbres de la guerra que hace el artículo 3 incluye todas las obligaciones relativas a tratados relativos al derecho internacional humani-

tario vigentes en el territorio de la ex-Yugoslavia en el momento en que se cometieron los actos, incluidas las contenidas en los Protocolos Adicionales de 1977".<sup>(17)</sup>

2º) La competencia material atribuida al Tribunal lleva a deducir que para el Consejo, el conflicto en la ex-Yugoslavia es un conflicto armado de carácter internacional, por lo que le es aplicable el conjunto del derecho internacional humanitario, incluidas las normas del derecho de La Haya y del derecho de Ginebra, que establecen la responsabilidad internacional individual de quienes las hayan violado.

Lo anterior es importante si se considera que la IV Convención de La Haya de 1907, que codificó las normas fundamentales del derecho de la guerra y sirvió de cuerpo normativo básico para los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, sólo es aplicable en los conflictos armados internacionales, al igual que las normas sobre violaciones graves o crímenes de guerra de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

3º) Por último, a diferencia de los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, la competencia del Tribunal no incluye los crímenes contra la paz. La inclusión de estos crímenes hubiera significado que el Tribunal debía investigar el problema de las causas del conflicto que afecta a la ex Yugoslavia lo que habría implicado inevitablemente adentrarse en los aspectos políticos que envuelven a dicho conflicto.

## **B) Competencia Ratione Personae**

En esta materia, el principio básico es la responsabilidad individual. Esto contrasta con la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg, en los que, junto con individuos fueron procesadas organizaciones, como la SS, que fue declarada organización criminal. Consecuentemente sólo personas naturales y no organizaciones que hayan cometido crímenes serán procesadas por el Tribunal. La responsabilidad personal por serias violaciones al derecho internacional humanitario vincula también a aquellas personas "que participen o hayan participado en la planificación, preparación o ejecución de actos criminales" tipificados por el Estatuto. El artículo 7, reafirma este principio de la responsabilidad indi-

vidual y reglamenta, en especial, cuestiones complejas como el principio de que la posición oficial de los acusados, incluso Jefes de Estado o de Gobierno, no los eximirá de responsabilidad criminal y del consiguiente castigo si se demuestra su culpabilidad.

Asimismo, el Estatuto establece el principio de la responsabilidad de los superiores por actos de los subordinados, si sabían o tenían razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptaron medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron. Por último, se establece que "el hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad".

### **C) Competencia Territorial o Ratione Loci**

En cuanto a la jurisdicción espacial o territorial, el Estatuto del Tribunal precisa que éste conocerá de aquellos casos cometidos "en el territorio de la ex-Yugoslavia, incluyendo su superficie terrestre, espacio aéreo y aguas territoriales" <sup>(18)</sup>.

### **D) Competencia Ratione Temporis**

En relación con la jurisdicción del Tribunal, en el tiempo, ella comienza el 1 de enero de 1991, <sup>(19)</sup> fecha objetiva que según el Secretario General, no está vinculada a ningún acontecimiento en particular y está claramente destinada a comunicar la idea de que no se hace un juicio respecto del carácter internacional o interno del conflicto".

### **E) Jurisdicción concurrente y principio non bis in idem**

El tribunal de Nuremberg fue creado para que actuase en lugar de los tribunales nacionales y juzgase a los principales criminales de guerra que no habían cometido delito en "un lugar geográfico concreto". Se dejaba que los tribunales de

los Estados procediesen a juzgar a los criminales menores y a los miembros de las organizaciones consideradas criminales por el Tribunal de Nuremberg. Asimismo, el Tribunal de Tokio estaba destinado a reemplazar a cualquier tribunal penal nacional. En cambio, el Tribunal para la ex Yugoslavia no priva a los tribunales nacionales de su competencia penal para conocer de crímenes de guerra y de lesa humanidad. No obstante, puede intervenir en cualquiera de las fases de las actuaciones de los tribunales nacionales y hacerse cargo de los casos, siempre que ello redunde en interés de la justicia.<sup>(20)</sup>

Habida cuenta del gran número de casos posibles y del hecho de que muchos acusados pueden encontrarse en países cuyas autoridades desean juzgarlos y están dispuestas a hacerlo, se consideró conveniente que los tribunales nacionales ejercerán su jurisdicción en virtud de su propia legislación o al amparo de los Convenios de Ginebra de 1949.

Para evitar posibles consecuencias negativas de esta jurisdicción concurrente, el Estatuto consagra el principio *non bis in idem*, según el cual una persona que haya sido juzgada por el Tribunal no será juzgada posteriormente por un tribunal nacional.<sup>(21)</sup> Del mismo modo, y salvo dos excepciones, la persona que haya sido juzgada por el Tribunal nacional no podrá ser juzgada nuevamente por el Tribunal.<sup>(22)</sup>

Las dos excepciones corresponden a los casos en que la persona haya sido juzgada por un delito sujeto a la competencia del Tribunal, pero tipificado como delito ordinario por el tribunal nacional, o si "la vista de la causa por el tribunal ordinario no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria".<sup>(23)</sup>

La jurisdicción concurrente de los tribunales nacionales y del Tribunal, está sujeta a una disposición fundamental del Estatuto, que establece el principio de la primacía de éste respecto de los primeros. Ello significa entre otras cosas que en cualquier etapa de las diligencias ante un tribunal nacional, el Tribunal puede decidir intervenir y hacerse cargo del caso conocido por el tribunal nacional.<sup>(24)</sup>

## VII. Deber de cooperación y asistencia judicial

**L**AS Potencias Aliadas que establecieron los tribunales internacionales en Nuremberg y Tokio ejercían autoridad y control sobre los territorios de Alemania y del Japón, respectivamente y, además, ya habían aprehendido a los acusados cuando comenzaron los juicios. Por consiguiente, esos tribunales no necesitaban la cooperación de las autoridades nacionales de los acusados o de otros países para las investigaciones del Fiscal y la reunión de las pruebas. En el caso del Tribunal de la ex-Yugoslavia la situación es diferente. El Consejo de Seguridad, estaba consciente de que carecía de una autoridad directa sobre los territorios de los Estados miembros de las Naciones Unidas y, en particular, de las repúblicas sucesoras de la ex-Yugoslavia.

Para cumplir sus tareas, el Tribunal está sujeto al ordenamiento jurídico interno y al mecanismo coactivo de cada Estado. Por consiguiente, todas las solicitudes de arresto, búsqueda, entrega o envío de personas del Tribunal se dirigen a las instancias internas del Estado pertinente que se ocupan de tramitarlas. Debe hacerse hincapié en que todos los Estados están obligados a cooperar con el Tribunal y a cumplir sus solicitudes y mandamientos. La obligación deriva del hecho de que el Tribunal fue establecido por decisión del Consejo de Seguridad, adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Por consiguiente, ella es obligatoria para todos los Estados, de conformidad con el art. 25 de la Carta.<sup>(25)</sup>

Evidentemente, para cumplir con esta obligación, todos los Estados deben promulgar las normas legales necesarias para ajustar su sistema jurídico interno a los requisitos del Estatuto.

Cuando un Estado no promulgue la legislación de aplicación o se niegue a cooperar, puede denunciarse el caso al Consejo de Seguridad. Ello se aplicará a las Repúblicas de la ex-Yugoslavia como a cualquier otro Estado. Si esta medida fuera necesaria, el Tribunal recabará el apoyo de los miembros del Consejo de Seguridad a nivel internacional.<sup>(26)</sup>

## IX. Conclusiones

**E**L establecimiento del Tribunal, institución nueva y experimental, es un progreso muy importante para la comunidad mundial, ya que está llamada a satisfacer a exigencias inmutables de la humanidad. Esas exigencias fueron proclamada por vez primera por la comunidad internacional en 1899, en la Primera Conferencia de Paz de La Haya, en 1899. En esa ocasión, la famosa cláusula de protección de "las leyes de la humanidad", propuesta por el delegado ruso de Martens, se incluyó en el preámbulo del Convenio relativo a las Leyes de la Guerra Terrestre y fue aplicada por las Potencias Aliadas después de la Segunda Guerra Mundial, en Nuremberg y Tokio, si bien de modo unilateral ante los vencidos.

El éxito del Tribunal depende fundamentalmente de la cooperación efectiva que le presten los Estados de conformidad con su Estatuto, como también de que se establezca un clima político que respalde su acción.

Si el Tribunal demuestra que puede realizar su labor de modo eficaz e imparcial, y logra la necesaria cooperación de todos los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, quizá se abra un nuevo camino hacia la realización de la verdadera justicia internacional, y por consiguiente, de la paz, en la comunidad mundial.

## NOTAS

- (1) G. Scelle, *Cours du Droit International Public (Le Fédéralisme International)*, Paris, 1947-48. pp. 101 ss.
- (2) El Proyecto de Estatuto se encuentra anexo al Informe de su Cuadragésimo Octavo Período de Sesiones, de la Comisión de Derecho Internacional. UN. GAOR, 48 th Sess., Annex, Part: B at 258, UN. Doc. a/48/10(1993).
- (3) Declaración Final de la Conferencia, parte II, párrafo 7. Texto en Revista Internacional de la Cruz Roja, N°119, septiembre-octubre de 1993, p. 401. Para la consideración del tema por los participantes en la Conferencia, véase la misma publicación, pp. 395-459.
- (4) Declaración y Programa de Acción de Viena, parte II, párrafo 92 (Doc. A/CONF.157/ 23 del 12 de julio de 1993).
- (5) Documento S/25274, de 9 de febrero de 1993.
- (6) Documento S/25266, de 10 de febrero de 1993.
- (7) Un análisis exhaustivo de este proceso se encuentra en el James O'Brien, "Current Developments. The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *American Journal of International Law*, Vol. 87 N°4, pp. 639-644. También Paul C. Szasz "The Proposed War Crimes Tribunal for Ex-Yugoslavia". *Journal of International Law and Politics*, New York University. Vol 25, N° 2, 1993, pp. 405-435.
- (8) Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, de 3 de mayo de 1993, documento S/25704 y Add. 1.
- (9) Acuerdo relativo al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (U.N. Treaty Series, vol 82, N°251).
- (10) Acta Taquigráfica Provisional de la 3217 sesión. documento S/PV. 3217 de 25 de mayo de 1993, pp. 32 y 36).
- (11) Véase por ejemplo, la intervención del delegado de España, *Ibid*, p. 38.
- (12) La lista de magistrados elegidos, de acuerdo con su distribución geográfica, es la siguiente (para los respectivos perfiles biográficos véase el documento A/47/1006, de 1° de septiembre de 1993):

Grupo de Europa occidental y otros Estados  
Antonio Cassese (Italia)  
Jules Deschênes (Canadá)  
Germain Le Foyer de Costil (Francia)  
Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos de América)  
Ninian Stephen (Australia)  
Grupo africano  
Georges Michel Abi-Saab (Egipto)  
Adolphus Godwin Karibi-Whyte (Nigeria)  
Grupo asiático  
Li Haopei (China)  
Lal Chand Vohrah (Malasia)  
Rustam S. Siiothwa (Pakistán)  
Grupo latinoamericano y del Caribe  
Elizabeth Odio Benito (Costa Rica)

(13) Sobre el procedimiento del Tribunal y las Reglas sobre Procedimiento y sobre Prueba véase el Informe Anual del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991. Documento A/49/342, de 29 de agosto de 1994. También es interesante el análisis de Juan José Quintana en "La violación del derecho internacional humanitario y su sanción: el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia". Revista Internacional de la Cruz Roja, mayo-junio de 1994, N° 123 pp.223-240.

(14) Véase supra nota 11, pp. 11 a 15 y 19.

(15) Dictamen relativo a las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, ICJ Reports 1951, pp.15-30.

(16) Informe del Secretario General, véase supra, nota 8, p.13, párrafo 48.

(17) Véase supra, nota 11, p. 15.

(18) Artículo 8 del Estatuto.

(19) Ibid.

(20) Ibid, artículo 9

(21) Ibid, artículo 10, párrafo 1.

(22) Ibid, párrafo 2.

(23) Ibid, letra b.

(24) Ibid, artículo 9, párrafo 2.

(25) El artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que: "Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta".

(26) Artículo 59 de las Reglas sobre Procedimiento y Regulatorias de la Prueba.

# Integración Regional y Estructuras Jurídicas

Raimundo Barros Charlín

## 1. Integración regional y déficit jurídico

**U**N fantasma constante ha acompañado los esfuerzos de integración de los países de América Latina y es el déficit jurídico-institucional que han exhibido históricamente sus estructuras de perfeccionamiento y vigilancia.

Una vez definidos los propósitos e instrumentos en un tratado-marco, el desarrollo gradual y complejo del proceso ha quedado entregado, prácticamente, a la voluntad política de cada uno de los países comprometidos.

Como es natural, el incumplimiento generalizado ha provocado una falta de confianza en los operadores económicos y un justificado escepticismo en los analistas políticos y económicos.

Propósitos audaces, a veces premunidos de instrumentos adecuados, se han ido diluyendo en estructuras jurídicas ineficaces. No es el momento de señalar ejemplos y todos sabemos de sobra la verdad de esta afirmación y a qué situaciones nos estamos refiriendo.

Si fijamos el inicio del proceso de integración económica de América Latina en 1960, fecha de la suscripción del Tratado de Montevideo (ALALC) y lo detenemos en la entrada en vigor del Tratado de Asunción, que crea el MERCOSUR, en noviembre de 1991, vemos que no ha existido, lamentablemente, un progreso efectivo en cuanto a la creación de

estructuras jurídicas sólidas adecuadas para la evolución eficiente y cierta del proceso que se pretende ir gradualmente consolidando. Y ello pese a una voluntad política favorable y reiterada y a éxitos comerciales notables.

En el ámbito jurídico subsisten inquietudes tan profundas y decisivas como las siguientes:

a) Primacía real del tratado de integración suscrito en relación con el derecho interno de cada país miembro. O sea, prioridad del derecho propio de la integración emprendida, tanto originario como derivado, en relación con el ordenamiento jurídico de los países comprometidos. Entendemos que en un tratado-marco, que por definición se limita a señalar los objetivos fundamentales del proceso y a crearle estructuras e instrumentos de perfeccionamiento y vigilancia, el derecho emanado de los órganos que el tratado contempla es realmente fundamental. (derecho derivado).

Pues bien, en la mayoría de los casos, esa normativa carece de una jerarquía jurídica uniformemente definida, pese a que resulta tan decisiva como el tratado mismo que la origina.

b) Falta de acción directa en favor de los operadores económicos frente al incumplimiento o a interpretaciones equívocas de los compromisos adquiridos.

En un proceso de integración puede pretenderse el aumento del comercio recíproco a los más altos niveles posibles; la no discriminación en materia de circulación y establecimiento de inversiones y de servicios; el respeto a la libertad de tránsito de mercaderías; la no discriminación en materia de compras gubernamentales; el efectivo acatamiento de normas de origen de las mercaderías y de normas técnicas (incluyendo las sanitarias); el respeto a la disciplina concebida para evitar prácticas de competencia desleal o paliar sus efectos, entre otros fines.

Naturalmente, ese complejo abanico de compromisos, que parte por respetar el valor de las concesiones negociadas, varía, según el alcance del proceso emprendido, pero por naturaleza es consustancial a los esquemas de integración económica que apuntan a un mercado común.

A mayor abundamiento, recordemos que el principio de la no discriminación opera con la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y la del trato nacional. Este principio debiera generar acciones claras para hacerlo realmente efectivo.

Pues bien, el operador económico (productor, inversionista, exportador, importador, profesional) no tiene acción directa para reclamar del incumplimiento y de la discriminación que aún pueden incluso de sus propios gobiernos. Quien arriesga y a quien se señala como "motor efectivo del proceso" carece de acción jurídica directa y queda a merced de inciertas negociaciones diplomáticas.

A consecuencia de un proceso de integración tampoco resulta políticamente procedente comprometer las relaciones diplomáticas por cuestiones de escasa importancia política, pese a la incuestionable trascendencia que pueden tener para determinados operadores económicos ciertas conductas reñidas con la disciplina adoptada.

c) La entrada en vigencia de los compromisos adquiridos no opera automáticamente y debe perfeccionarse en cada ordenamiento jurídico nacional mediante el acto legal o administrativo pertinente. Esta situación puede alterar la uniformidad del derecho, su simultaneidad y la reciprocidad concebida inicialmente. Es fuente continua de incertidumbre.

Observemos la solución inadecuada que pretende dar el Protocolo de Ouro Preto (Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR), de fecha 17 de diciembre de 1994, a la aplicación de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR en el ámbito interno. Dice el artículo 40 del citado Protocolo:

"Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento: Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales".

La simple lectura del texto ahorra los comentarios pertinentes.

Nos hemos permitido plantear estas graves debilidades jurídicas para contrastarlas con el indudable éxito político y los importantes logros económicos del MERCOSUR. El avance a etapas superiores de integración, especialmente vinculadas con el perfeccionamiento de la libertad de circulación de personas, bienes y servicios y con inversiones basadas en la no discriminación requerirá, indudablemente, de estructuras jurídicas más adecuadas frente a los ambiciosos propósitos perseguidos.

## **2. El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR y los reclamos de particulares**

**E**STE Protocolo contempla las consabidas instancias de negociaciones directas, de intervención del Grupo Mercado Común y del procedimiento arbitral.

Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el Protocolo.

En esta oportunidad, sólo nos referiremos a la acción otorgada a los particulares.

El procedimiento establecido en el Protocolo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivos, 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 Mercosur Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio.

Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Deberán aportar elementos que permitan que la referida Sección Nacional determine la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.

A menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de solución de controversias general, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo podrá, en consulta con el particular afectado:

- a) Entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte a que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada;
- o
- b) Elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común.

Si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince (15) días contados desde la comunicación del reclamo, la Sección Nacional que realizó la comunicación podrá, a solicitud del particular afectado, elevarla sin más trámite al Grupo Mercado Común.

Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común, en la primera reunión siguiente a su recepción, evaluará los fundamentos sobre los que se basó su admisión por la Sección Nacional. Si concluyere que no están reunidos los requisitos

necesarios para darle curso, rechazará el reclamo sin más trámite.

Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta (30) días a partir de su designación.

Dentro de ese plazo, el grupo de expertos dará oportunidad de ser escuchados y de presentar sus argumentos al particular reclamante y al Estado contra el cual se efectuó el reclamo.

El grupo de expertos estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos 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 el mayor número de votos. En el 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.

Con el fin de constituir la lista de expertos, cada uno de los Estados Partes designará seis (6) personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia. Dicha lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa.

Los gastos derivados de la actuación del grupo de expertos serán sufragados por las partes directamente involucradas en la proporción que determine el Grupo Mercado Común o a falta de acuerdo, en montos iguales.

El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. Si en ese dictamen se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerir que adopte medidas correctivas o que anule las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperara dentro de un plazo de quince (15) días,

el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral que establece el Protocolo.

Como puede apreciarse es muy tímido el avance logrado respecto de una efectiva acción directa para los particulares.

## Conclusiones

a) Las estructuras jurídicas propias de un proceso de integración deben ser proporcionadas y adecuadas a los objetivos previstos en el tratado-marco. El perfeccionamiento de una unión aduanera, y con mayor razón de un mercado común, supone un ordenamiento jurídico bastante más evolucionado que el propio de una simple zona de libre comercio;

b) Los procesos de integración ciertos, estables y uniformes exigen un marco legal preciso, de aplicación automática, simultánea y coherente en todos los países comprometidos;

c) La credibilidad y certeza jurídica desde el punto de vista de los operadores económicos apunta a la necesidad de otorgarles acción directa para reclamar de presuntos incumplimientos y de contar con instancias que permitan una interpretación uniforme del derecho;

d) Cuando se trate de la prestación de servicios y de otros factores de producción. Los procedimientos arbitrales *ad-hoc* no parecen el medio más eficaz para asegurar en cada caso el principio de no discriminación. La reconocida complejidad del tema impide realizar un análisis detallado en esta oportunidad.

### 2019年12月15日

星期一

晴

今天天气晴朗，阳光明媚。上午九点，我和爸爸妈妈一起去了公园。公园里人很多，孩子们在草地上玩耍，有的在踢球，有的在跳绳。爸爸妈妈也加入了他们，大家玩得很开心。中午十二点，我们在公园的餐厅吃了午饭。饭后，爸爸妈妈带我去买了新衣服。下午三点，我们去了书店，买了几本有趣的书。晚上七点，我们在家看电视，看了两集动画片。今天真是愉快的一天。

星期二

晴

今天天气晴朗，阳光明媚。上午九点，我和爸爸妈妈一起去了公园。公园里人很多，孩子们在草地上玩耍，有的在踢球，有的在跳绳。爸爸妈妈也加入了他们，大家玩得很开心。中午十二点，我们在公园的餐厅吃了午饭。饭后，爸爸妈妈带我去买了新衣服。下午三点，我们去了书店，买了几本有趣的书。晚上七点，我们在家看电视，看了两集动画片。今天真是愉快的一天。

