



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL:

Los casos de la Unión Europea y de la Organización de Naciones Unidas

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Oscar Ignacio Merino Meneses

Profesor guía: Edgardo Riveros Marín

Santiago, Chile

2015

Tabla de contenido

| | |
|---|-----------|
| Introducción | 1 |
| Capítulo I: Las Fuentes del Derecho Internacional | 3 |
| 1.1 Las Fuentes en general | 3 |
| 1.2 Las Fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia..... | 7 |
| 1.2.1 Los Tratados o Convenios Internacionales | 7 |
| 1.2.1.1 Concepto | 7 |
| 1.2.1.2 Clasificación..... | 10 |
| 1.2.1.3 Conclusión o procedimiento de adopción de un Tratado..... | 10 |
| 1.2.1.4 Las Reservas..... | 14 |
| 1.2.1.5 Entrada en vigor, observancia, aplicación en interpretación de los Tratados | 16 |
| 1.2.1.6 Validez de los Tratados..... | 17 |
| 1.2.1.7 Terminación | 24 |
| 1.2.2 La Costumbre Internacional..... | 31 |
| 1.2.2.1 Concepto | 31 |
| 1.2.2.2 Elementos..... | 31 |
| 1.2.3 Los Principios Generales del Derecho | 34 |
| 1.2.3.1 Concepto | 34 |
| 1.2.3.2 Características | 35 |
| 1.2.4 Medios Auxiliares | 37 |
| 1.2.4.1 Las Decisiones Judiciales..... | 37 |
| 1.2.4.2 La Doctrina..... | 39 |
| 1.2.4.3 La Equidad | 40 |
| 1.3 Fuentes no enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia | 42 |
| 1.3.1 Los Actos Unilaterales de los Estados | 42 |
| 1.3.2.1 Actos Unilaterales propiamente tales..... | 43 |
| 1.3.2.1.1 Actos Unilaterales de los Estados en particular | 46 |
| 1.3.2.2 El Estoppel | 47 |
| 1.3.2.3 La Aquiescencia | 49 |
| 1.3.2 Resoluciones de las Organizaciones Internacionales | 51 |
| Capítulo II: Las Organizaciones Internacionales..... | 53 |
| 2.1 Desarrollo Histórico..... | 54 |
| 2.2 Definición..... | 59 |
| 2.3 Características..... | 61 |
| 2.4 Formación | 62 |
| 2.5 Miembros | 65 |
| 2.6 Clasificación | 67 |

| | |
|--|------------|
| 2.7 Estructura Interna | 73 |
| 2.8 Competencias..... | 78 |
| 2.9 Formas de adopción de decisiones | 80 |
| Capítulo III: Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales como Fuente del Derecho Internacional..... | 86 |
| 3.1 Generalidades..... | 86 |
| 3.2 Origen de la capacidad normativa de las Organizaciones Internacionales | 87 |
| 3.3 Tipos de Resoluciones o Actos de las Organizaciones Internacionales..... | 92 |
| 3.3.1 Recomendaciones | 94 |
| 3.3.2 Declaraciones | 98 |
| 3.3.3 Convenciones..... | 100 |
| 3.3.4 Reglas o decisiones obligatorias..... | 102 |
| Capítulo IV: La Unión Europea..... | 106 |
| 4.1 Formación de la Unión Europea..... | 106 |
| 4.2 Naturaleza Jurídica del Derecho de la Unión | 110 |
| 4.3 Instituciones de la Unión Europea | 115 |
| 4.3.1 El Parlamento Europeo | 117 |
| 4.3.2 El Consejo | 119 |
| 4.3.3 La Comisión..... | 121 |
| 4.4 El Derecho derivado de la Unión | 126 |
| 4.4.1 Los Reglamentos | 126 |
| 4.4.2 Las Directivas | 129 |
| 4.4.3 Las Decisiones..... | 132 |
| 4.4.4 Las Recomendaciones y los Dictámenes | 133 |
| 4.5 El Procedimiento Legislativo de la Unión Europea..... | 135 |
| 4.5.1 El Procedimiento Legislativo Ordinario | 136 |
| 4.5.1.1 Primera Lectura | 137 |
| 4.5.1.2 Segunda Lectura | 139 |
| 4.5.1.3 Tercera Lectura..... | 141 |
| 4.5.2 Procedimientos Legislativos Especiales..... | 142 |
| Capítulo V: La Organización de las Naciones Unidas | 143 |
| 5.1 Antecedentes Históricos | 144 |
| 5.2 La Carta | 145 |
| 5.3 Organismos Principales..... | 147 |
| 5.3.1 La Asamblea General..... | 148 |
| 5.3.2 El Consejo de Seguridad..... | 150 |
| 5.3.2.1 Adopción de decisiones obligatorias para los miembros | 156 |
| Conclusiones | 160 |
| Bibliografía..... | 163 |

RESUMEN

La presente memoria tiene como objetivo el análisis teórico y práctico de los casos en que una resolución de una Organización Internacional puede llegar a formar una obligación para los Estados. Para ello iniciaremos con una revisión de las Fuentes del Derecho Internacional y la Teoría de las Organizaciones Internacionales. Luego estudiaremos las resoluciones en general. Finalizaremos con dos casos que nos ayudarán a comprender de mejor manera este fenómeno. En ambos ejemplos será posible observar los avances y también los problemas a los que se puede enfrentar una Organización si desea producir normas generales para sus miembros o incluso, no miembros.

INTRODUCCIÓN

Las Organizaciones Internacionales juegan un papel fundamental en el funcionamiento de la comunidad internacional. Los diversos intereses que se presentan entre sus miembros son coordinados en el seno de estas instituciones de manera de encontrar las soluciones óptimas.

La forma de expresión con la que cuentan las Organizaciones Internacionales son sus resoluciones. Existe una cantidad considerable de clases de resoluciones, pero las que nos interesan en esta memoria son aquellas que tienen la capacidad de obligar a aquellos a los que se dirigen. Debido al considerable crecimiento que han sufrido Organizaciones como la Unión Europea o Naciones Unidas, los poderes normativos de éstas, se han hecho patentes.

El objetivo de este trabajo, es analizar como las OI generan normas obligatorias. En definitiva cuáles son las características o circunstancias que hacen que una OI pueda obligar a los Estados soberanos. Para ello comenzaremos refiriéndonos a las Fuentes del Derecho Internacional de

manera general, a la Teoría de las Organizaciones Internacionales y a las resoluciones de las mismas. Finalizaremos con la parte fundamental de este trabajo, analizando los casos de la Unión Europea y la Organización de Naciones Unidas. La primera con un refinado procedimiento de producción de actos jurídicos a través del procedimiento legislativo ordinario y la segunda, por intermedio de las decisiones del Consejo de Seguridad.

Esperamos poder entregar un panorama, general y específico, del estado en que se encuentran las Organizaciones Internacionales en relación a esta materia. Podemos adelantar que los mayores avances se encuentran en la práctica de cada organización y la teorización al respecto es más bien limitada.

CAPÍTULO I: LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1 LAS FUENTES EN GENERAL

Las fuentes del Derecho Internacional (en adelante DI), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Interno de cada Estado, no gozan de un sistema de coacción que permita hacerlas extensivas a todos los sujetos del DI, “no hay ningún órgano en el sistema internacional capaz de crear normas internacionalmente obligatorias, ni un sistema de cortes con jurisdicción obligatoria para interpretar o ampliar el derecho internacional”¹. Por tanto, no podemos hablar de una enumeración taxativa de las fuentes del DI, al tratarse este de un sistema dinámico y cuya producción no tiene un órgano ni un procedimiento exclusivo. Mas aún, con el desarrollo de las Organizaciones Internacionales, como sujetos del DI.

Dicho lo anterior, conviene revisar las definiciones que han dado algunos autores a las fuentes de DI. El tratadista español Díez de Velasco

¹ Traducción libre. SHAW, M. 1997. *International Law*. 4ª ed. Cambridge, Cambridge University Press. p. 54.

estima que “son (...) procedimientos o medios a través de los que el DI nace, se modifica o extingue”². Mientras que el profesor Fernando Gamboa considera a las fuentes como “los pilares mismos en los cuales debería basarse las relaciones entre los sujetos de DI”³. En tanto el profesor Hugo Llanos estima que “son los medios a través de los cuales el DI se manifiesta, de donde surge la norma jurídica internacional”⁴. Podemos decir que, las fuentes del Derecho Internacional son aquellas que contienen al DI, que regulan las relaciones entre los sujetos que participan en él y que se encuentran constantemente en procesos de creación, modificación, ampliación o extinción de normas jurídicas internacionales, en razón al avance que se observa en el DI contemporáneo.

Para determinar cuales son las fuentes del DI, debemos referirnos obligatoriamente, al párrafo 1, del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), el cual enumera las fuentes, en razón de la aplicación que debe hacer la Corte de estas, para sus decisiones:

² DIEZ DE VELASCO, M. 2009. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid, Tecnos. p. 91.

³ GAMBOA, F. y FERNÁNDEZ M. 2013. *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Santiago. 3ª ed. Legal Publishing. p. 37.

⁴ LLANOS, H. 2009. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y Fuentes*. T. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. p. 59.

1. “La corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas deberá aplicar:
 - a) Las Convenciones Internacionales sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) La Costumbre Internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;
 - c) Los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) Las Decisiones Judiciales y las Doctrinas de los Publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho; sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59

2. La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieran”⁵.

Las fuentes principales del DI son los Tratados Internacionales, la Costumbre Internacional y los Principios Generales del Derecho, como fuentes autónomas, las cuales pueden aplicarse por sí mismas. Mientras que la jurisprudencia y la doctrina, se consideran como medios auxiliares y no como fuentes propiamente tales. Finalmente se hace una referencia a la equidad. En el siguiente apartado, analizaremos cada una de ellas.

Cabe hacer presente que esta enumeración es aceptada internacionalmente sin mayores objeciones por los miembros de la

⁵ Art 38 párrafo 1 Estatuto CIJ

Comunidad Internacional. De igual manera, al ser el Estatuto de la CIJ parte integral de la Carta de Naciones Unidas, se entiende que todos los estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU o NU), forman parte de dicho Estatuto.

En cuanto a la preeminencia de una fuente sobre otra, siguiendo a Diez de Velasco, podemos estimar que: “La doctrina es prácticamente unánime en considerar que las distintas fuentes tienen entre sí el mismo rango normativo y valor derogatorio. Es decir, la costumbre no prevalece sobre el tratado y a la inversa; lo que no ocurre, por cierto, en los ordenamientos internos, que establecen en general la primacía de la ley o norma escrita”⁶. Nos encontramos, sin embargo, con el principio de la preeminencia de la norma especial, por sobre la general. Por lo tanto, podemos decir que un Tratado, en la mayoría de los casos, se preferirá antes que la Costumbre, en razón de su especialidad.

Existen fuentes que no se encuentran enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ. A otros mecanismos a través de los cuales es posible

⁶ DIEZ DE VELASCO, M. 2009. *op. cit.* p. 94.

crear DI, como las resoluciones de Organizaciones Internacionales o los actos unilaterales de los Estados, nos referiremos más adelante, intentando determinar si deben ser considerados como fuentes de DI cabalmente.

1.2 FUENTES ENUMERADAS EN EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1.2.1 LOS TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES

1.2.1.1 CONCEPTO

Los tratados son considerados, en la actualidad, como la fuente de mayor importancia en el Derecho Internacional. La necesidad de codificar las reglas existentes en esta materia, dio lugar al nacimiento de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, el 23 de mayo de 1969. Esta recopilación de las practicas de los estados respecto de gran parte de la materia sobre los tratados⁷, entró en vigencia 27 de enero de 1980.

⁷ VARGAS, E. 2007. *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica. p. 123.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, define, en su art. 2º, a los Tratados como:

“1. Para los efectos de la presente convención:

- a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

De la definición dada, es posible extraer los elementos que componen un tratado internacional. En primer término, se trata de un acuerdo de voluntades entre partes, de ahí la denominación, también aceptada, de los tratados como convenciones. Las partes deben ser Estados, es decir sujetos de DI, aptos para actuar en el ámbito del Derecho Internacional Público. Luego, este acuerdo de voluntades debe constar por escrito, como una forma de dar claridad y certeza al mismo, en virtud de la importancia de estos en el contexto internacional actual. El tratado, debe encontrarse regido por el DI, lo que es lo mismo que estimar que debe producir efectos jurídicos en el ámbito del DI. En otras palabras, un tratado no puede venir a regular relaciones entre Estados, cuyos efectos se producirán en el ámbito del Derecho Interno de uno de estos Estados. Además, una convención

internacional puede estar compuesta por uno o más cuerpos, tales como anexos o mapas cartográficos que se adicionan al texto principal y forman parte integrante de este. Finalmente un tratado puede denominarse de diversas maneras, sin que por ello se altere su naturaleza jurídica. Algunas de las denominaciones que puede recibir, son: convención, declaración, acuerdo, carta, protocolo, acta, pacto y *modus vivendi*, entre otras. Cabe hacer presente que cada una de estas denominaciones se debe a las distintas modalidades que puede adoptar un tratado⁸. Por ejemplo, en una declaración, según el profesor Gamboa, se exponen principios jurídicos o se afirma una actitud política común; mientras que en un acta se enuncian reglas de Derecho con carácter general.

La Convención de Viena no es aplicable a los tratados en los que intervienen Organizaciones Internacionales. Esta omisión es absolutamente voluntaria, debido a las particularidades que pueden presentarse en este tipo de tratados, y no menoscaba el valor jurídico de estos tratados⁹. Una nueva Convención de Viena, esta vez del año 1986, vino a encargarse de esta

⁸ GAMBOA, F. 2013. *op. cit.* p. 41.

⁹ Art. 3º Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

materia. Este tratado es prácticamente idéntico al de 1969 y posee el mismo orden en su articulado.

1.2.1.2 CLASIFICACIÓN

Siguiendo al profesor Vargas, los tratados pueden clasificarse en: a) bilaterales o multilaterales, según en número de partes que intervienen; b) abiertos o cerrados, según si permiten o no la incorporación de nuevos estados; c) tratados contratos y tratados leyes, en razón de la función jurídica que desempeñan y d) tratados propiamente tales o formales y acuerdos en forma simplificada, según su forma de conclusión.

1.2.1.3 CONCLUSIÓN O PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE UN TRATADO

La entrada en vigencia de un tratado está precedida de un proceso de actos que, en un sentido amplio, se denominan “conclusión”. No existe un mecanismo único para lograrlo, sin embargo tradicionalmente se ha estimado que una determinada serie de actos es necesaria para obtener el

consentimiento de los Estados. Aún así, nos encontramos con procedimientos abreviados o simplificados, en los cuales se suprimen algunas etapas, en virtud de la naturaleza del acuerdo o la necesidad de las partes. En los párrafos siguientes nos referiremos al procedimiento estándar en la adopción de tratados y al cual se refiere la Convención de Viena.

En relación a los tratados multilaterales, como pueden ser, los convenidos en conferencias o en el seno de una organización internacional, podemos decir que el procedimiento para llegar al consentimiento es variable. En el caso de las organizaciones internacionales, la redacción del texto puede estar a cargo del propio organismo y los métodos de adopción de acuerdos o tratados se contienen en los propios estatutos de la organización.

Para poder participar en el proceso de negociación de un tratado las partes, en este caso los agentes o delegaciones, deben estar investidos, por el Estado respectivo, de la autorización o “plenos poderes” necesarios. Se trata de un instrumento que en el caso chileno “la práctica (...) ha sido que los plenos poderes sean otorgados por el Presidente de la República,

refrendados por el Ministerio de Relaciones Exteriores”¹⁰. Tal como dispone el art. 7º de la Convención de Viena en su número 2, existen individuos que no requieren presentar plenos poderes, como los jefes de estado, jefe de gobierno y ministros de relaciones exteriores, entre otros. En los casos de acuerdos abreviados es frecuente la omisión de este requisito.

La negociación de un tratado no se encuentra regulada por la CV y al respecto nuestra Constitución Política, le otorga al Presidente de la República la atribución especial de llevar a cabo las negociaciones. Sin embargo, estas, son regularmente seguidas por agentes diplomáticos o técnicos.

Luego de la adopción del texto del tratado, se procede a su firma o autenticación. En este acto “se establece el texto definitivo de un tratado y (...) se certifica que ese texto es el correcto y auténtico; es necesario para que los Estados negociadores, antes de decidir si van a ser partes o no del tratado, sepan cuál es el contenido inalterable del mismo”¹¹. Cabe hacer

¹⁰ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 79.

¹¹ PASTOR, J. 2009. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 13ª ed. Madrid, Tecnos. p. 94.

presente, que la firma del tratado no da origen a los derechos y obligaciones contenidos en el, ya que se requieren tramites ulteriores para que el tratado adquiera fuerza obligatoria hacia las partes. De esta manera, “la firma expresa también la disposición para darle seguimiento al procedimiento”¹². Aunque, si así lo han convenido las partes, la firma puede formar consentimiento, como ocurre en los acuerdos de forma simplificada.

La ratificación consiste en el acto “por el cual el Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento de obligarse por un tratado”¹³. De esta definición contenida en la Convención de Viena, se entiende que se trata de un acto internacional y no de la ratificación interna. Como estima Oppenheim, en la novena reedición de su obra, la ratificación internacional “debe ser distinguida de la parlamentaria u otra ratificación (a aprobación) doméstica de un tratado: aunque dicha ratificación puede estar conectada con el acto internacional de ratificación, son actos procedimentales distintos

¹² REUTER, P. 2004. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. p. 86.

¹³ Art 2º b) CV

llevados por diferentes caminos”¹⁴. Al acto de ratificación interna no nos referiremos, ya que no guarda relación con el objetivo del presente capítulo.

El acto de ratificación para tener validez debe ser puesto en conocimiento de la otra parte. A este acto se le denomina “canje o depósito de los instrumentos de ratificación”. En los tratados bilaterales, el canje consiste simplemente en el intercambio entre las partes de los instrumentos donde consta la ratificación del tratado. En los acuerdos multilaterales, lo mas usual es la designación de un depositario, quien recibe los instrumentos de manos de cada parte, a medida que se produzcan las ratificaciones. El tratado así adquiere fuerza obligatoria para cada Estado, en el momento del depósito.

1.2.1.4 LAS RESERVAS

La Convención de Viena define reserva como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un

¹⁴ Traducción libre. JENNINGS, R. Y WATTS, A. 1996. *Oppenheim's International Law, V. I*, London, Longman. p. 1226.

Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación en ese Estado”¹⁵. Se busca a través de esta institución que los tratados tengan la aplicación más amplia posible, y evitar que la vigencia de un tratado peligre porque una de las partes no esta de acuerdo o no puede consentir (por razones jurídicas, políticas, económicas u otras) en una fracción pequeña del tratado. Se aplican lógicamente en los tratados multilaterales, ya que no tendrían ningún sentido práctico, aunque no están expresamente prohibidas para los tratados bilaterales.

En cuanto a la formulación de una reserva, la CV enumera los casos en que esta no puede practicarse. A saber: a) el tratado prohíbe la reserva, b) el tratado dispone que pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no se encuentre la reserva realizada, y c) la reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado.

¹⁵ Art 2º d) CV

En relación al sistema de aceptación y objeción de las reservas contemplado en la CV, cabe mencionar que se optó por una formulación contraria al principio de integridad de los tratados. Así, las reservas generan que se formen relaciones bilaterales dentro de un tratado multilateral. Cuando una parte formula una reserva, el resto de las partes pueden aceptarla, objetarla o guardar silencio. Si la acepta, el tratado entra en vigor entre la parte que formuló y la parte que aceptó la reserva. Si objeta, el tratado de igual forma entra en vigor entre la parte que formuló y la que objetó la reserva. A menos que la parte que objeta haga presente su deseo de que no se produzca este efecto.

1.2.1.5 ENTRADA EN VIGOR, OBSERVANCIA, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Los tratados, según lo dispuesto en el art. 24 de la CV, entrarán en vigor de la forma y en el momento dispuesto por el propio tratado o las partes negociadoras. De no mediar acuerdo, el tratado estará vigente desde el momento de la constancia del consentimiento de todas las partes de obligarse por el tratado. Cuando la voluntad de una parte de obligarse,

conste en una fecha posterior a la entrada en vigencia, se respetará tal voluntad y el tratado regirá para esa parte en la fecha posterior.

De igual manera, se acepta la aplicación provisional de un tratado o parte de él, por razones de imperiosa necesidad o urgencia. La tramitación interna de la ratificación puede generar una demora que no permita la pronta aplicación de un tratado cuando las condiciones así lo exijan.

En cuanto a la observancia y aplicación de los tratados, debemos destacar que la CV dispone, en los arts. 26 a 38 que la entrada en vigor de un tratado obliga a las partes a cumplirlo de buena fe. Por regla general, los tratados sólo producen un efecto relativo entre los sujetos que lo pactan. Según el art. 34 de la Convención, “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer estado sin su consentimiento”. Regula, sin embargo, la Convención, excepciones para esta regla general. El art. 35 establece que una disposición en un tratado creará una obligación para un tercer estado si esa era la intención de las partes y si el tercer Estado la acepta, por escrito.

En relación a los derechos que pueda generar un tratado para un tercer Estado, y según lo dispuesto por el art. 36, la disposición dará origen al derecho si era la intención de las partes conferirlo al tercer Estado y si este último consiente en ello. Este consentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario.

De lo dicho en el párrafo anterior y si el derecho se concede a un Estado determinado, surge la llamada “cláusula de la nación más favorecida”, establecida habitualmente en acuerdos comerciales entre dos Estados. Se define, siguiendo al profesor Llanos Mansilla, como aquella en “la cual dos Estados se comprometen, pura y simplemente o bajo ciertas condiciones, a otorgarse el tratamiento más favorable – concesiones o favores – que hubiesen acordado o que acordaren en el futuro a un tercer Estado, a fin de que su comercio nunca este en un nivel más desfavorable que el que se tenga con éste”¹⁶. En otras palabras, el Estado beneficiario se favorece de un acuerdo entre otros dos, en el cual tiene carácter de tercero, en razón de haber pactado la cláusula previamente con uno de los otros dos Estados, el

¹⁶ LLANOS, H. 2009. *op cit.*, p. 306.

Estado estipulante. El beneficio consiste en que se otorgarán a la Nación favorecida las mismas condiciones otorgadas o por otorgar a otro Estado.

Es importante considerar, en el campo de la efectividad de los tratados, que un Estado no puede alegar una norma de derecho interno como fundamento para no dar cumplimiento a una obligación internacional suscrita por medio de un tratado. La CV prescribe, como regla general, la irretroactividad de las disposiciones de un tratado, y la aplicación de los tratados dentro de la totalidad del territorio de cada Estado parte.

Cada Estado parte debe tomar una serie de medidas tendientes a llevar a efecto la aplicación del tratado¹⁷. A saber, el poder ejecutivo deberá realizar todos los trámites de derecho interno, requeridos para la aplicación del tratado. De igual manera, el poder legislativo dictará las leyes o medidas legislativas que según el tratado sean necesarias. El poder judicial, aplicará y interpretará el tratado en el ejercicio de su función.

¹⁷ LLANOS, H. 2009. *op cit.* p. 301.

La Convención de Viena, en relación a las reglas de interpretación de los tratados, ha optado por el criterio objetivo de interpretación, completado por el, teleológico o funcional¹⁸. El art. 31 de la CV, entrega una regla general de interpretación y a continuación una serie de elementos que ayudan a delimitar el contexto del tratado. Estos criterios son: la buena fe, el sentido corriente de los términos, el contexto, el objetivo y fin del tratado, el acuerdo de las partes, la conducta de estas y las normas de Derecho Internacional¹⁹. En el artículo 32 se otorga la facultad de acudir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, en caso de que luego de la aplicación de las reglas del artículo previo se llegue a un resultado ambiguo u oscuro o manifiestamente absurdo o irrazonable. Finalmente, el art. 33 se refiere a los casos en que el tratado es autenticado

¹⁸ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 114 y LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 330. De acuerdo a Pastor Ridruejo los criterios básicos de interpretación de los tratados son: “1º El criterio objetivo, en el que el texto del tratado aparece como expresión auténtica de la voluntad de las partes, haciéndose hincapié en la primacía del mismo para la interpretación, aunque admite en cierto grado la prueba extrínseca de las intenciones de las partes y de los objetivos y fines del tratado. 2º El criterio subjetivo, que acude a la intención de las partes como elemento distinto del texto, y que admite con liberalidad el recurso a los trabajos preparatorios y a cualquier otra manifestación de la intención de los Estados contratantes. 3º El criterio teleológico, que atribuye importancia fundamental a los objetivos y fines declarados y manifiestos del tratado y que es propenso, sobre todo en el caso de tratados multilaterales, a interpretaciones del texto que van más allá de las intenciones originales de las partes, tal como han sido expresadas en el texto, o que incluso difieren en esas intenciones”.

¹⁹ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 114.

en 2 o más idiomas. Es el tratado autenticado originalmente o las partes quienes determinarán que traducciones harán fe.

1.2.1.6 VALIDEZ DE LOS TRATADOS

La Convención de Viena establece 8 causas de nulidad de los tratados, las cuales tienen carácter taxativo tal como establece el art. 42, que dice “la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por el tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”²⁰.

Las causas de nulidad, de acuerdo al profesor Pastor Ridruejo, son²¹:

- a) Violación de las disposiciones del Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados (art. 46). Dichas violaciones deben ser manifiestas y afectar una norma fundamental del Derecho interno.

²⁰ *Ibid.* p. 120.

²¹ *Ibid.*

- b) Inobservancia de una restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento del Estado (art. 47). Para que pueda alegarse como vicio del consentimiento la restricción debe ser notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento a los demás Estados negociadores.
- c) Error de hecho (art. 48). Según Remiro Brotóns, el error debe ser tal que, sin él, la víctima no habría prestado el consentimiento y no debe ser imputable, por acción u omisión, al sujeto que lo alega²².
- d) Dolo (art. 49). Se entiende por dolo, de manera general, una conducta fraudulenta o engañosa, con objeto de inducir a un Estado a prestar su consentimiento, que de no ocurrir, no lo habría prestado.
- e) Corrupción del representante de un Estado (art. 50). Algunos autores estiman que esta situación se incluye en los casos de dolo. Se trata de “actos que ejerzan una influencia decisiva en la conducta del representante”²³. Sólo en situaciones de este carácter podrá alegarse un vicio del consentimiento.

²² REMIRO, A. 2007. *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch. p. 464.

²³ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 401.

- f) Coacción sobre el representante de un Estado (art. 51). Se trata de “actos o amenazas” dirigidas contra la persona del representante, y no contra el Estado.
- g) Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza (art. 52). Dice este artículo que “[e]s nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.
- h) Incompatibilidad con una norma imperativa de ius cogens internacional (art. 53). Se entiende por ius cogens “una norma imperativa de Derecho Internacional aceptada y reconocida actualmente por la comunidad internacional, norma que no admite acuerdo en contrario, salvo por otra norma que tenga igual carácter”²⁴.

Las consecuencias de la nulidad de un tratado, se establecen en el art. 69, como regla general. En primer término, un tratado nulo carece de fuerza jurídica desde su celebración; y no, desde el momento de la declaración de

²⁴ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 412.

nulidad. Si se realizaron actos de buena fe, con anterioridad a la declaración de nulidad, cada parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos. Estos actos, ejecutados de buena fe, no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad. En el dolo, corrupción o coacción, el Estado al que sean imputables los actos no podrá exigir el restablecimiento de la situación anterior al tratado.

1.2.1.7 TERMINACIÓN

Un tratado puede terminar, esto es cesar en sus efectos jurídicos y extinguir las obligaciones y derechos que conlleva. Se reconocen tres formas de terminación de un tratado: 1) Según las disposiciones del tratado, ya sean expresas o tácitas, art. 54, letra a; 2) Por el consentimiento de las partes del tratado, art. 54 letra b y 3) Por causales propias del Derecho Internacional²⁵.

²⁵ SORENSEN, M. 2010. *Manual de Derecho Internacional Público*. 11ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. p. 243 y LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 434.

El tratado puede, dentro de sus disposiciones, estipular un plazo de duración del mismo. Este plazo, una vez cumplido y siempre que las partes no acuerden previamente lo contrario, extinguirá el tratado. De igual manera, según el profesor Llanos Mansilla, un tratado puede establecer que cumplida una determinada condición, ya sea el suceso de una “contingencia determinada”²⁶, o la adopción de una “determinada acción”²⁷, cesará la vigencia del acuerdo. Asimismo el tratado puede contener disposiciones que contengan la posibilidad de denuncia o retirada del tratado, entendida como “la declaración unilateral de alguna de las Partes contratantes, mediante la cual se manifiesta su intención de poner fin al tratado o retirarse de él”²⁸. En los tratados en que la denuncia no se encuentra contemplada dentro del articulado del mismo, la Convención de Viena ha estimado, en su art. 56, que no podrá ser denunciado o retirado, salvo que conste la intención de las partes de permitirlo o que de la naturaleza del tratado pueda inferirse que se permite la denuncia o retiro. Adicionalmente, la Parte que desea realizar la denuncia o el retiro, deberá notificar su intención con doce meses de antelación antes de hacerse efectiva.

²⁶ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 436.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Las Partes del tratado pueden poner fin al mismo, en virtud de un acuerdo expreso en este sentido. Se trata de la abrogación expresa. Por otro lado, este acuerdo puede ocurrir implícitamente. El art. 59 se refiere a este caso. La celebración de un nuevo tratado sobre la misma materia pone fin al anterior si “[s]e desprende del tratado posterior o consta la intención de las partes que la materia se rija por ese tratado” o “[l]as disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente”. Debemos hacer presente que este nuevo tratado puede extinguir únicamente algunas disposiciones del tratado original, si es que no se abarcan todas las materias del tratado original. Y, si algunas de las Partes del acuerdo original no forman parte del nuevo acuerdo, el tratado no se entenderá terminado respecto de ellas²⁹.

²⁹ El profesor Sorensen estima al respecto, en SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p. 245, que: “El asunto se torna mucho más complicado cuando el tratado afecta a algunas aunque no a todas las estipulaciones del anterior, o cuando alternativa o adicionalmente, todas las partes del tratado anterior no lo son del posterior. Claro está que algunas veces las estipulaciones de un tratado son separables, y la alteración o abrogación posterior de ellas no origina la terminación de todo el tratado”. Continúa diciendo que: “[S]i en el nuevo tratado un grupo más pequeño de partes acuerda aplicar entre ellas un sistema incompatible con el que establece el tratado original, o si, como materia de él, ponen término entre sí expresamente al tratado original, de ello, por sí, no se deriva que para lo sucesivo sea posible la continuación de la operancia del último entre las partes del nuevo tratado y las del original que no han dado su consentimiento a la terminación de él”. Luego plantea

Finalmente, hay causales propias del Derecho Internacional, que provocarán la terminación o la suspensión del tratado. Seguiremos la enunciación realizada por el profesor Remiro³⁰, quien distingue entre causales extrínsecas al tratado contempladas por la Convención de Viena, y las no contempladas en la Convención:

- a) Violación grave del tratado (art.60). La violación del tratado, para poder ser alegada como causal de terminación o suspensión del tratado, debe tener carácter de grave, esto es un rechazo al tratado no admitido por la convención o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado. No se aplica esta causal a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados humanitarios, en particular a las

que los contratantes del acuerdo original que no son parte en el nuevo tratado pueden dar por terminado el tratado primario, si consideran que el nuevo acuerdo “constituye una infracción fundamental de viejo” o “que deba interpretarse su tolerancia hacia el nuevo tratado como un asentimiento tácito a la terminación del viejo, conservándose de este modo el principio del requisito del consentimiento unánime”.

³⁰ REMIRO, A. 2007 *op. cit.* p. 472.

disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

- b) Imposibilidad sobreviniente de cumplimiento (art. 61). Hace referencia a la imposibilidad que resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Dependiendo si la desaparición o destrucción es temporal o definitiva, dará lugar a la suspensión o terminación del tratado.
- c) Cambio fundamental en las circunstancias (art. 62). Debe tratarse de las circunstancias imprevistas, de hecho o de derecho, existentes al momento de la celebración del tratado. Para que den lugar a la suspensión o terminación del tratado el cambio debe alegarse en relación a circunstancias constitutivas de una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse y que el cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse. Esta causal no es aplicable si el tratado

establece una frontera o el cambio fundamental es resultado de una violación de una obligación del tratado de la parte que lo alega³¹.

- d) Oposición de tratado con una norma de ius cogens (art. 64). Opera sólo respecto de la terminación de los tratados. Se da cuando el tratado se opone a una nueva norma imperativa de DI.
- e) Ejecución de las obligaciones convencionales. Esta causal no se encuentra contemplada en la CV. Se trata, simplemente, del cumplimiento íntegro de las obligaciones estipuladas en el tratado. En otras palabras, las obligaciones se agotan y nada persiste sin ser ejecutado.
- f) Extinción o desaparición de una Parte. Al igual que la causal anterior, no la contempla la CV. El tratado, aún así, puede perdurar pero habrá que atender a las circunstancias de la desaparición de la Parte, por ejemplo una absorción, a las características del tratado y las negociaciones que se puedan producir entre el nuevo sujeto y las demás Partes del tratado.

³¹ Esta causal tiene su origen en la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Actualmente, y tal como se estima en SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p 249, “se arguye que (la cláusula) opera en forma indirecta, en el sentido de que un tribunal competente puede declarar que la estipulación del tratado que ha sido objetada ha cesado de ser obligatoria; y de que una de las partes puede suspender su cumplimiento provisionalmente, hasta que se haga tal declaración”.

g) Conflicto armado. Una guerra no produce efectos sobre los tratados entre los beligerantes, de manera automática. Deben considerarse las disposiciones existentes entre las partes, en el mismo tratado o en acuerdos posteriores. La lógica indica que se suspenderán aquellos tratados cuya aplicación sea incompatible con el situación belicosa, y se limitarán estos efectos a las relaciones entre los beligerantes o con éstos³². Existen tratados que por su naturaleza nunca se verán afectados, como los de carácter humanitario y los aplicables durante los conflictos bélicos. Tal como se pronuncia el profesor Sorensen, “es (...) insostenible la sugerencia de que la guerra termina la vigencia del Pacto de la Liga de las Naciones; y menos aún de la Carta de las Naciones Unidas, ya se refiera dicho supuesto a las relaciones entre cada beligerante y los demás Estados no interesados en el conflicto, o a las existentes entre los beligerantes *inter se*”³³.

³² REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 475.

³³ SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p. 253.

1.2.2 LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

1.2.2.1 CONCEPTO

Tal como expusimos anteriormente, el art. 38.1 b) del Estatuto de la CIJ se refiere a la costumbre como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Desde el origen del Derecho Internacional, la costumbre se consolidó como la fuente más importante. Sin embargo, en el Derecho Internacional Contemporáneo ha perdido su lugar frente a los tratados y el proceso de codificación de la propia costumbre³⁴.

1.2.2.2 ELEMENTOS

La costumbre internacional se compone de dos elementos, los cuales deben concurrir necesariamente para que nos encontremos en presencia de

³⁴ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 488. Dice el profesor Llanos: “ (...) hasta hace poco todas las reglas del DI eran consuetudinarias, ella tiende a perder su importancia, tanto en razón de su codificación, aunque esta es aún incipiente, cuando por el aumento creciente que ha experimentado la suscripción de tratados multilaterales, que tienden a ser, a su vez, universales”.

una norma consuetudinaria internacional. Estos elementos han sido ampliamente aceptados por los tratadistas y por la propia CIJ. Tales elementos fundamentales son: en primer lugar, uno material o práctico y otro, espiritual o psicológico, conocido como *opinio juris*.

El aspecto material de la costumbre debe encontrarse en un uso “constante y uniforme” de la regla consuetudinaria, en palabras propias de la CIJ, expresadas en el marco del caso del asilo, entre Perú y Colombia en sentencia del 20 de Noviembre de 1950. Se ha estimado que esta práctica, demandada por el Tribunal, no debe ser necesariamente rigurosa ni idéntica en todos los casos, sino que basta con que se trate de una práctica general y duradera entre los sujetos de DI. Así, podemos estimar que la Corte goza de un rango bastante amplio, en orden a determinar los casos en que el elemento material de la costumbre se encuentra presente. La Corte ha estimado que la costumbre obliga a todos los Estados, sin importar si estos concurrieron a su origen o no, salvo que hayan objetado la misma en su período de gestación. Sin embargo, tal como destaca Pastor Ridruejo esta norma ha sido impuesta sin tener en mente los intereses de los Estados

recientemente independizados y que no concurren al proceso de formación del Derecho Internacional Clásico³⁵.

El aspecto espiritual de la costumbre, conocido como *opinio juris*, consiste en la convicción que tiene cada Estado o sujeto del DI, de que la práctica por ellos realizada corresponde a una norma de Derecho Internacional, la cual debe ser observada como conducta, y necesariamente estimada como obligatoria. Se debe enfatizar que estos usos aceptados como obligatorios, por constituir parte del Derecho Internacional, deben distinguirse de las prácticas realizadas por mera cortesía o tradición. Las cuales son comúnmente observadas en la práctica diplomática. Y en las cuales, obviamente, no encontramos un elemento psicológico que llame a la obligatoriedad de la conducta.

Un tratado o una resolución de una OI, pueden generar el efecto de acelerar y/o concretizar la existencia de una *opinio juris*. Se habla en este

³⁵ PASTOR J. 2009. *op. cit.* p. 71: “Es altamente improbable, (...), que sobre la base de tal línea jurisprudencial el Tribunal de la La Haya llegará a imponer a un nuevo Estado una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Clásico que éste rechazara en cuanto contraria a sus intereses”.

caso de una “*opinio juris* de consenso”, como lo expresa el profesor español Antonio Remiro Brotóns³⁶.

1.2.3 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1.2.3.1 CONCEPTO

El art. 38.1 c) del Estatuto de la CIJ establece como fuente del Derecho Internacional los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Expresión considerada actualmente como desafortunada, pero que hace referencia a los sistemas jurídicos desarrollados³⁷.

El profesor Llanos Mansilla define esta fuente como “aquellos principios comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados que se encuentran en

³⁶ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 510-511: “Es preciso destacar la importancia de las Conferencias de codificación y sus trabajos preparatorios como elemento probatorio de la *opinio juris*” “Las resoluciones de OI, especialmente las de la AGNU (Asamblea General de las Naciones Unidas) también operan como elemento de prueba de la *opinio juris* de los estados”

³⁷ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 550.

vigor, principios concordantes que sirven de fundamento a tales ordenamientos”³⁸. A partir de este concepto podemos decir que se trata de reglas del derecho interno de cada Estado, pero que por su amplia aceptación y tradición, se entienden incorporados al acervo jurídico de la comunidad internacional como principios generales, siempre que sean concordantes con el orden internacional. Así ocurre por ejemplo con los principios de cosa juzgada o el principio del abuso del derecho y la buena fe.

1.2.3.2 CARACTERÍSTICAS

De manera sucinta diremos que los principios generales del derecho como fuente del DI, presentan como característica principal la supletoriedad frente a los tratados y la costumbre. Así lo ha estimado la CIJ que “sólo ha falta de otra norma ha recurrido a esta fuente”³⁹ Es más, según Llanos Mansilla la Corte jamás ha recurrido a los términos utilizados en el art. 38.1 c), salvo en opiniones disidentes⁴⁰. Podemos decir que la aplicación que ha

³⁸ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 552.

³⁹ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 515.

⁴⁰ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* 551.

realizado la Corte de estos principios es mayoritariamente en el ámbito procedimental e interpretativo. Y que estos han sido criticados en su aplicación por los Estados de descolonización reciente, por la poco afortunada referencia a las “naciones civilizadas”.

Cabe hacer presente, que por su carácter de supletoriedad y la consiguiente escasa aplicación que han encontrado, los principios generales del derecho como fuente del DI, están siendo dejados definitivamente de lado por el progresivo desarrollo de la codificación en el ámbito internacional. Sin embargo, como estima Remiro Brotóns, existen áreas como las relaciones comerciales entre un Estado y un privado (compañías transnacionales o bancos internacionales), en que el DI no se encuentra lo suficientemente desarrollado por lo que el recurso a los principios es aún aceptado. Lo mismo ocurre con el Derecho Penal Internacional, donde nos encontramos con un desarrollo legal y jurisprudencial enorme, frente a lo rudimentario del sistema internacional⁴¹.

⁴¹ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 517.

1.2.4 MEDIOS AUXILIARES

1.2.4.1 LAS DECISIONES JUDICIALES

Las decisiones judiciales o jurisprudencia internacional, tal y como lo expone el art 38.1 d) son aplicables como medios auxiliares, para la determinación de las reglas de derecho y considerando lo dispuesto en el art. 59 del Estatuto de la CIJ, con respecto al efecto relativo de las sentencias dictadas por la Corte. Por tanto, no estamos frente a una fuente independiente, según la doctrina mayoritaria, sino que se trata de un medio de prueba que posee la CIJ para confirmar una norma previamente establecida a través de otra fuente⁴². Por otro lado, Pastor Ridruejo sostiene

⁴² *Ibid.* p. 519: “Los tribunales arbitrales no fundan o motivan sus decisiones en los precedentes; su fundamento, su *ratio decidendi* está en los tratados, las normas consuetudinarias, los actos unilaterales de los que se deducen obligaciones jurídicas, los principios generales del Derecho, recurriéndose a los precedentes, sólo para confirmar la solidez de la argumentación sobre aquella base”. Pese a descartar su función creadora, Ramiro Brotóns estima que “sus opiniones (en referencia a las opiniones consultivas emitidas por la CIJ) pueden servir de factor que acelere el desarrollo progresivo del DI mediante la formación o la cristalización de una norma consuetudinaria o mediante la incorporación a un tratado del pronunciamiento judicial sobre una cuestión jurídica planteada normalmente por la AG; en todo caso el juez internacional, aun interviniendo en la generación de la norma, no la crea”

que si se trata de una fuente autónoma, en razón de la actitud que ha tomado al respecto el Tribunal de La Haya⁴³.

La doctrina, se encuentra de acuerdo en que las decisiones judiciales contribuyen al desarrollo del Derecho de manera continua. Así, se señala en la obra reeditada del profesor Akerhurst, que muchas de las decisiones de la CIJ han obtenido aceptación general y que es muy probable que la Corte siga tales decisiones en casos venideros⁴⁴

Es importante destacar que actualmente existe un amplio espectro de tribunales internacionales, algunos de mayor relevancia que otros, y que vienen a sumarse a la jurisprudencia internacional tradicional, compuesta por los laudos arbitrales, y las sentencias tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como, de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia.

⁴³ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 83: “El Tribunal se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por el construidas y que invoca no ha título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia”

⁴⁴ Traducción libre. MALANCZUK, P. 1997. *Akehrst's Introduction to International Law*. 7^a ed. Nueva York, Routledge. p. 51.

1.2.4.2 LA DOCTRINA

El art. 38.1 d) se refiere a este medio auxiliar como “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho”. Pese a que, en los inicios del Derecho Internacional los tratadistas ejercieron una gran influencia en la formación del Derecho, posteriormente esta influencia se vio disminuida, hasta el punto, como señala Llanos Mansilla, de que la Corte jamás se ha referido a la doctrina en sus fallos como una fuente generadora de reglas, salvo en opiniones disidentes⁴⁵.

También es importante destacar que debe considerarse la posible parcialidad en la que puede recaer un jurista al emitir su opinión sobre un asunto, buscando expresar el punto de vista más favorable para el Estado de su nacionalidad. De igual manera, las diversas ideologías que hoy imperan en el mundo, hacen en extremo difícil encontrar una opinión que sea apoyada por toda o la mayoría de los Estados.

⁴⁵ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 579.

De todas formas, no puede negarse el valor que tiene la doctrina en la formación del Derecho, así lo estima Akehurst, quien señala “Ellos (los publicistas) aun continúan proveyendo una especie de marco conceptual que es necesaria para cualquier discusión legal”⁴⁶. La opinión de los juristas es usada ampliamente en la práctica internacional⁴⁷.

1.2.5 LA EQUIDAD

La referencia a la equidad hecha por el art. 38 del Estatuto de la CIJ es una facultad otorgada al Tribunal para decidir *ex aequo et bono*⁴⁸. Tal y como se desprende de la redacción del artículo, esta autorización dada por las partes debe ser expresa. Esta autorización no consiste en que el juez pueda decidir libremente, “sino que fallará conforme a lo que considera

⁴⁶ Traducción libre. MALANCZUK, P. 1997. *op. cit.* p. 52.

A modo de ejemplo, el mismo autor señala que, en relación con los derechos limitados reclamados por Estados ribereños en áreas adyacentes a su mar territorial, fue Gidel quien creó el concepto de “zona contigua” como un marco jurídico necesario para darle validez a la reclamación de los Estados.

⁴⁷ Traducción libre. BROWNLIE, I. 2008. *Principles of Public International Law*. 7ª ed. Nueva York, Oxford University Press. p. 24.

⁴⁸ De acuerdo a Llanos Mansilla, esta expresión “se entiende como autorizando al juez o al árbitro (a) atenuar la aplicación del derecho, completarlo o descartar su aplicación. Esto es, una función correctiva, una supletoria y una eliminatória”. LLANOS, H. *op. cit.* p.584.

justo y razonable”⁴⁹. Pastor Ridruejo, por otro lado y citando a Sorensen, señala que “cuando el apartado 2 del artículo 38 del Estatuto del Tribunal de La Haya exige el consentimiento de los Estados interesados para dictar una resolución *ex aequo et bono* está contemplando la equidad *contra legem*. Lo que quiere decir que el tribunal se puede servir de la equidad *infra ius* e incluso de la *praeter legem* sin necesidad de aquel consentimiento expreso”⁵⁰. Por tanto, la autorización sólo sería necesaria cuando las partes consideren que el derecho existente en la materia del litigio es injusto y deseen que el juez decida de manera contraria a la regla existente.

⁴⁹ *Ibid.* p. 582.

⁵⁰ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 158.

1.3 FUENTES NO ENUMERADAS EN EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1.3.1 LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

Pese a ser considerados, sin contrapeso alguno, como fuentes del Derecho Internacional, los actos unilaterales de los Estados no se encuentran enumerados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte de la La Haya. Sin embargo, sus efectos han sido estudiados y existen intentos por construir una teoría general al respecto⁵¹.

Existen tres casos en los cuales es posible hablar de actos unilaterales de los Estados, en primer lugar se encuentran los actos unilaterales de los Estados propiamente tales, el *estoppel* y la aquiescencia. Nos referiremos a cada uno de ellos. Es importante hacer notar que en todos estos supuestos el principio de la buena fe juega un rol fundamental, ya que regula sus

⁵¹ La Comisión de Derecho Internacional estudia desde 1997 estos actos, buscando generar un cuerpo de normas que configuren una teoría general de los actos unilaterales de los Estados.

consecuencias y limita el accionar de los estados efectuado alguno de estos actos⁵².

1.3.1.1 ACTOS UNILATERALES PROPIAMENTE TALES

Definidos por el profesor Llanos Mansilla como “aquellos que, siendo independientes de todo otro acto jurídico, emanan de los Estados, al restringir éstos su propia competencia, y tienen un alcance jurídico de significación internacional”⁵³.

La Corte se ha referido en un amplio número de ocasiones a este fenómeno, siendo la más trascendente la sentencia del 20 de Diciembre de 1974, sobre los ensayos nucleares franceses en el Pacífico. En este caso la Corte estimó que el Estado francés se había obligado a cierto comportamiento, a partir de una serie de declaraciones realizadas por sus personeros (Jefe de Estado y Ministro de Defensa). Manifestaciones que por

⁵² PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 140.

⁵³ LLANOS, H. 2009. *op cit.* p. 587.

sí solas provocaron efectos jurídicos, sin necesidad de otro acto posterior⁵⁴. Tomando como base este caso, los publicistas han detallado las condiciones que debe cumplir un acto unilateral de un Estado para transformarse en una obligación jurídica. Tomaremos como referencia lo señalado por el profesor Remiro Brotóns⁵⁵.

En primer término, el acto debe ser imputable al Estado, es decir debe emanar de un agente capaz de comprometer al Estado en el ámbito internacional ya sea de manera general o para una práctica específica, tales como el Jefe de Estado, el Canciller o un agente diplomático en el contexto de una negociación. No es relevante la forma que toma la manifestación, la cual puede ser escrita o verbal.

La voluntad de obligarse debe ser expresada libremente y exenta de todo vicio. Debemos considerar que la manifestación debe ser clara e inequívoca, y analizada dentro de un determinado contexto. Pastor Ridruejo refiriéndose al caso de 1986 entre Burkina Faso y la República de Malí estima que “la

⁵⁴ CIJ. *Caso Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia)*. Sentencia 20 de Diciembre de 1974.

⁵⁵ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 296.

declaración (del Jefe de Estado de Malí; acto que dio origen al conflicto) se inscribía en el contexto de las negociaciones o conversaciones entre las partes y que, aun revistiendo la forma de un acto unilateral, no podía interpretarla en el sentido de que generase efectos jurídicos respecto a la controversia en cuestión”⁵⁶.

De igual manera debe observarse en la manifestación la discrecionalidad en su emisión, precisión en su objeto, publicidad o notoriedad en la declaración y finalmente, lo que Remiro denomina estanqueidad respecto de otras voluntades. Este último punto hace referencia a que el acto se basta a sí mismo y no es necesaria ninguna otra manifestación para que se produzcan sus efectos⁵⁷.

En cuanto a la revocabilidad de los actos unilaterales de los Estados, según lo prescrito por la Corte en el caso sobre las actividades militares y

⁵⁶ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 143.

⁵⁷ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 299.

El autor expresa que “la declaración ha de ser incondicional, término que no debe entenderse como excluyente de la sujeción de sus efectos jurídicos a la satisfacción de los requisitos de tiempo o modo dispuestos por el declarante”. Continúa: “La aceptación de la declaración por sus destinatarios y eventuales beneficiarios (que pueden ser uno o más sujetos, Estados o/y OI, incluso todos quienes forman la sociedad internacional) no es necesaria”

paramilitares en Nicaragua y contra ella, sentencia de 26 de Noviembre de 1984, competencia y admisibilidad de la demanda, estimó esta que no se encuentra establecido el derecho a poner fin inmediatamente a una declaración, sino que la buena fe impone al declarante la estipulación de un plazo razonable para llevar a cabo sus intenciones de retracto o la renuncia. Como dice el profesor Pastor Ridruejo “[e]l principio de la buena fe y el criterio de la razonabilidad son determinantes, (...), para decidir la cuestión de los efectos de la revocación o modificación de los actos unilaterales”⁵⁸.

1.3.1.1.1 ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS EN PARTICULAR

Nos referiremos, de manera breve, a los distintos tipos de actos unilaterales de los Estados enunciados por la doctrina. Previamente, es importante aclarar que entre los distintos tipos de actos unilaterales la buena fe y la intención de obligarse son elementos que siempre se encuentran presentes. De igual forma, las distintas clases de actos se confunden entre sí, ya que por lo general la realización de uno de estos actos conlleva la

⁵⁸ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 144.

realización de otro. Excluiremos de la enumeración a la notificación y la protesta, debido a que no existe intención de obligarse de parte del Estado que se pronuncia.

Así, la promesa, es “la declaración unilateral de voluntad, por la cual un Estado se compromete a adoptar un determinado comportamiento en el futuro”⁵⁹. El reconocimiento, es “aquel mediante el cual se admite como legítimo un determinado estado de cosas o una determinada prestación”⁶⁰. Y finalmente, la renuncia es “la declaración unilateral mediante la cual un Estado abandona una determinada pretensión”⁶¹

1.3.1.2 EL ESTOPPEL

La institución del *estoppel* es una aplicación del principio de la buena fe. Un Estado no puede retractarse de un acto unilateral generador de obligaciones, si de ello se deriva un perjuicio para otro Estado, el cual ha actuado conforme a dicho acto unilateral previo, confiando en él. De

⁵⁹ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 589.

⁶⁰ *Ibid.* p. 592.

⁶¹ *Ibid.* p. 593.

acuerdo a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, excepciones preliminares, y según lo estima el profesor Pastor Ridruejo, para que se genere esta limitación deben concurrir estas condiciones: “primeramente, que el Estado contra el que se invoca el *estoppel* haya adoptado un comportamiento o hecho declaraciones que testimonien de una manera clara y constante una toma de posición; y, (...), que el Estado que alega la figura debe demostrar que, fiado en la actitud del otro Estado, ha modificado su posición en detrimento propio o ha sufrido algún perjuicio”⁶².

Es importante destacar que entre la actitud primaria, del Estado contra el cual se invoca el *estoppel*, y la actitud secundaria, del Estado que actúo en consideración de la primera actitud y confiando en la buena fe de la otra parte, debe existir un vínculo de causalidad, tal como dice el profesor

⁶² PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 147.

Remiro Brotóns⁶³. Por lo tanto lo esencial en este caso es establecer la reacción que produjo en el segundo Estado la actitud primaria⁶⁴

1.3.1.3 LA AQUIESCENCIA

La aquiescencia como acto unilateral guarda relación con la inactividad o silencio de un Estado frente a determinada situación jurídica, la que es interpretada como consentimiento o aceptación del Estado. Esto se debe a que tal situación jurídica es merecedora de una protesta u otro acto que demuestre la inconformidad del Estado con tal escenario, en caso de que así sea⁶⁵. En cambio, si el Estado no emite declaración alguna frente al comportamiento, se entenderá que lo acepta como tal. Tiene una profunda conexión con el *estoppel*, ya que puede la aquiescencia dar lugar a este

⁶³ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 310.

⁶⁴ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 309: “[L]o fundamental no es el acto o comportamiento en sí, sino la reacción frente al mismo lo que interesa descubrir no es el consentimiento en obligarse de un sujeto o los efectos jurídicos directamente vinculados al comportamiento, sino las conclusiones que de éste han podido sacar legítimamente los demás, atendiendo a sus elementos objetivos y, sobre esa base, el perjuicio padecido por – o que podrían padecer, de adaptarse la actitud sobrevenida de la otra parte – quienes actuaron *bona fide* en consecuencia”.

⁶⁵ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 304.

Considera este autor que es preciso que se afecten “de tal manera derechos y pretensiones de otro que sea razonable esperar de él, atendiendo a la buena fe y a la seguridad de las relaciones, una reacción expresa en contra *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset...*”

último, si la actitud primaria, antes nombrada, consiste en silencio o inactividad.

Es preciso, para que opere la aquiescencia, que el hecho o situación del que se derive sea totalmente conocido por el Estado que se ve afectado. Siendo la forma más adecuada la notificación por conducto diplomático⁶⁶.

En cuanto al acto que se espera por parte del Estado que no esta de acuerdo o que no considera legítima la pretensión ajena, este se hace patente en forma de la protesta. La que, tal como plantea Llanos Mansilla, “impide que se legitime una determinada situación, que el silencio del Estado podría reconocer”⁶⁷. Para que la protesta sea efectiva se requiere,

⁶⁶ Señala Remiro Brotóns: “Tras la notificación aumenta la probabilidad de interpretar como aquiescencia la falta de reacción del sujeto notificado, lo que le haría oponible el hecho, situación o pretensión ajena de que se trate y decaídas sus propias pretensiones y derechos”. Y continúa, estimando que en este caso, la notificación es obligatoria, para que se produzcan los efectos de la aquiescencia: “En general, el recurso a la notificación es facultativo, pero hay supuestos en que por aplicación de normas consuetudinarias o reglas convencionales, resulta obligatorio como requisito de un acto llamado a producir consecuencias jurídicas”. *Ibid.*

⁶⁷ LLANOS, H. 2009. *op. cit.* p. 593.

según Remiro, que esta sea inequívoca en su contenido, oportuna en cuanto al tiempo y reiterada las veces que sea necesaria⁶⁸.

1.3.2 RESOLUCIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Las resoluciones de organismos internacionales como fuente del Derecho Internacional, han vivido un indudable progreso de la mano de la proliferación de estas organizaciones. Al encontrar su mayor desarrollo, en la segunda mitad del s. XX, no fueron incluidas como fuente en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional y son consideradas como fuente moderna. De hecho, existen autores que aún no los consideran como fuente autónoma, en razón de la dependencia de las Organizaciones Internacionales de su tratado constituyente.

Al tratarse del tema central de la presente memoria, no desarrollaremos mas, hasta el capítulo III. Por ahora, es importante tener presente que como

⁶⁸ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 305.

ya se dijo, esta fuente no es considerada una fuente tradicional, por lo que no la encontramos en el Estatuto de la Corte de La Haya.

La organización que más a profundizado en su evolución es la Unión Europea, la cual ha perfeccionado un sistema de producción de normas obligatorias para sus miembros, sin equivalente en la comunidad internacional. En cuanto a Naciones Unidas, el órgano capacitado para generar normas obligatorias, el Consejo de seguridad, se ha visto entrampado en la realización de su labor. Lo anterior a raíz del privilegio, en palabras del profesor Pastor Ridruejo⁶⁹, que gozan las 5 potencias con poder de veto, que impiden la adopción de decisiones en este sentido. Nos adentraremos en estos organismos en los siguientes capítulos.

⁶⁹ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 717.

CAPÍTULO II: LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

El siglo XX ha presenciado, sobre todo luego de la II Guerra Mundial, la proliferación de las Organizaciones Internacionales (en adelante OI). Este fenómeno ha modificado el panorama internacional, ya que los Estados han perdido la exclusividad de actuación en el Derecho Internacional. Son los propios Estados los que han entregado a las OI el cumplimiento de ciertas funciones, logrando acuerdos que de otra manera serían imposibles.

En el presente capítulo, revisaremos a las OI de manera general. Considerando la heterogeneidad de organizaciones existentes en la actualidad, procurando establecer los aspectos comunes a cada una de ellas. Ha resultado de una especial complejidad para la doctrina, edificar una teoría unificadora de las Organizaciones Internacionales. Se trata de organizaciones de una naturaleza variadísima, lo que dificulta el encuentro de los puntos comunes. Sin embargo, y principalmente bajo el amparo de

Naciones Unidas, las OI han desarrollado aspectos usuales, que podemos encontrar en la mayoría de ellas.

2.1 DESARROLLO HISTÓRICO

Existe consenso entre los tratadistas en torno a que las OI han atravesado a lo largo de la historia por tres períodos bien definidos. Los acontecimientos históricos que han dado paso a cada uno de estos períodos son fácilmente identificables y no ofrecen mayores dificultades para su estudio. Cada período ofrece un grado de desarrollo jurídico de las organizaciones que intentaremos caracterizar y analizar.

El primer período comprende desde 1815 hasta el comienzo de la I Guerra Mundial, en 1914. Se inicia con el Congreso de Viena, que buscaba mantener la paz en Europa luego de las guerras napoleónicas. Los países europeos desde entonces practicaron regularmente Conferencias Internacionales, “adoptando acciones concertadas (políticas e incluso militares) destinadas a diseñar primeramente un nuevo orden europeo y más tarde a solucionar los problemas referentes a los territorios no europeos

surgidos de la expansión colonial”⁷⁰. Estas conferencias jugaron un importante papel en el desarrollo de la política europea, pero no pueden ser consideradas OI, ya que carecían de órganos permanentes o competencia propia. Sin embargo, durante este período proliferaron instituciones internacionales de carácter técnico. Principalmente debido a la creciente necesidad de avance en ciertas materias, como las comunicaciones o el transporte. La Unión Telegráfica Internacional y la Unión Postal Universal, creadas en 1865 y 1874 respectivamente, dieron comienzo a este fenómeno. Tal como estima el profesor Sorensen, estas uniones “fueron los primeros pasos seguros hacía una comunidad internacional organizada. El período que transcurrió hasta el estallido de la guerra, en 1914, fue rico en experimentos con técnicas nuevas, en particular la elaboración de procedimientos para las conferencias y el uso creciente e importante de los secretariados”⁷¹. Las secretarías que poseían estas Organizaciones de carácter técnico eran arcaicas comparadas con las existentes en la

⁷⁰ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *Las Organizaciones Internacionales*. 14ª ed. Madrid, Tecnos. p. 40.

⁷¹ SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p. 101.

actualidad, pero fueron las primeras manifestaciones de lo que Diez de Velasco denomina “la función pública internacional”⁷².

El final de la I Guerra Mundial, en 1919, dio lugar al segundo período de desarrollo de las OI, en el que la Sociedad de las Naciones (en adelante SN) jugó un rol fundamental. La SN, creada por los Estados vencedores, a través del Tratado de Versalles, fue la primera OI con vocación universal y competencia general⁷³. Tenía como objetivos el mantenimiento de la paz y la seguridad, así como la cooperación en el plano político y económico y contaba con funcionarios independientes de sus gobiernos. Fue el modelo en el cual muchas Organizaciones posteriores se basaron para su creación. La SN estaba formada por una Asamblea, un Consejo y un Secretariado. Tanto la Asamblea como el Consejo tenían poderes concurrentes, por tanto trataban todas las materias indistintamente. Además eran asesorados por organizaciones técnicas y comisiones consultivas⁷⁴. Al amparo de la SN se crea el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en 1922.

⁷² DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 41.

⁷³ Véase *Ibid.*

⁷⁴ Véase SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p. 102.

También bajo el Tratado de Versalles, se creó la Organización Internacional de Trabajo, que verá a representantes de los gobiernos, de los trabajadores y de los empresarios constituir la primera organización de vocación social. Este rasgo hace de la OIT una institución única hasta el día de hoy.

El advenimiento de la II Guerra Mundial, generó el fin de la SN como modelo de organización para el mantenimiento de la paz y la seguridad, dando paso a un nuevo período en la historia de las OI, que perdura hasta el día de hoy. El 26 de Junio de 1945 se firma en San Francisco la Carta de Naciones Unidas, dando nacimiento a la Organización de las Naciones Unidas, sucesora de la SN. Según detalla el profesor Diez de Velasco, la ONU seguirá con la vocación de universalidad, estará dotada de una estructura orgánica mucho más compleja y tendrá competencias aún más amplias que las que poseía la SN⁷⁵. Este autor plantea que luego de la II Guerra Mundial la proliferación de las OI estará impulsada por dos fenómenos: “el de la revitalización de los Organismos técnicos a escala universal, y el de la institucionalización del regionalismo internacional a

⁷⁵ Véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 41.

través de la creación de OI regionales”⁷⁶. Estos organismos especializados formarán el llamado Sistema de Naciones Unidas, compuesto entre muchos otros por instituciones como la UNESCO o el FMI. Los organismos regionales surgen al amparo de la ONU como una forma de organizar de manera más eficiente la cooperación en los planos político, económico y de seguridad. Ejemplo de lo anterior es la creación de la OTAN, como organización militar y del Consejo de Europa con fines de cooperación política.

Existen en la actualidad más de 300 OI, cumpliendo funciones en todo el mundo. La creación de la ONU fomentó de manera notable la creación de estas Instituciones en un proceso que se encuentra aún en pleno auge. Las inagotables necesidades de las Naciones del mundo darán lugar a innumerables nuevas Organizaciones que deberán intentar adaptarse al sistema que desarrollaremos a continuación.

⁷⁶ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. op. cit. p. 42.

2.2 DEFINICIÓN

La mayoría de los autores son reticentes a entregar una definición de OI, debido a que la gran variedad de ellas hace muy difícil establecer puntos comunes. Existen, sin embargo autores que han adoptado definiciones bastante generales⁷⁷. Estas definiciones están basadas en la características que se consideran como propias de toda OI, y sobre las cuales existe consenso entre los tratadistas. Por tanto, podemos decir que una OI es un sujeto de Derecho Internacional, creado por y para los Estados, a través de un Tratado (con carácter constitucional) u otro instrumento conforme al DI. Que posee órganos y, personalidad jurídica propia, la cual se encuentra limitada en razón de sus funciones y competencias, establecidas en el Tratado constituyente.

⁷⁷ El profesor Remiro, en REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 229, plantea la siguiente definición: “Las OI son sujetos de DI creados por los Estados mediante tratado (u otro instrumento regido por el DI), dotados de órganos permanentes, con voluntad propia, jurídicamente distinta de las de los Estados miembros, en el marco de competencias atribuidas para la consecución de los objetivos convenidos”. En tanto que para Sorensen, en SORENSEN, M. 2010. *op. cit.* p. 108, las OI son “una asociación de Estados (u otras entidades que posean personalidad jurídica internacional) establecida por tratados, la cual posee una constitución y órganos comunes, y goza de personalidad jurídica diferente de la de los Estados miembros”.

El profesor de la Universidad de Columbia, José Alvarez agrega elementos a la definición que pueden ser interesantes de considerar⁷⁸. Estima que una OI debe estar constituida por al menos tres miembros, los cuales deben tener derechos absolutos de voto y la Organización debe estar abierta a todos aquellos miembros que califiquen para ella. La votación debe ser tal, que ningún miembro pueda ejercer ningún tipo de control. Su constitución (es decir, el Tratado constituyente), debe otorgar a los miembros la posibilidad de elegir periódicamente a un cuerpo ejecutivo y funcionarios para la Organización, los cuales no podrán ser de una misma nacionalidad, sino por un período determinado. La OI no podrá practicar actividades lucrativas y deberá existir una contribución permanente al presupuesto del Organismo, de al menos tres de sus miembros. Cada OI debe ser capaz de probar que puede existir por sí misma y elegir a sus propios funcionarios. Debe existir evidencia de actividad reciente. Consideraciones tales como tamaño, política y ubicación geográfica de las instalaciones, son del todo irrelevantes. El propio autor estima luego, que estos elementos no tienen carácter absoluto y pueden admitir excepciones.

⁷⁸ ALVAREZ, J. 2005. *International Organizations as Law-makers*, Reino Unido, Oxford University Press. p. 4.

2.3 CARACTERÍSTICAS

Como se dijo anteriormente, existe cierto consenso en la doctrina, acerca de las características que son comunes a toda Organización Internacional. De acuerdo con Pastor Ridruejo, son “seis rasgos diferenciales indiscutidos⁷⁹”:

- a) Carácter interestatal: Hace referencia a que una OI es una asociación de Estados, cuyos gobiernos son representados en los distintos órganos de la Organización.
- b) Base convencional: Una OI es creada por Estados, a través de un Tratado instituyente o constituyente. Además puede crearse como resultado de una Conferencia Internacional, o a través un órgano de una OI preexistente.
- c) Sistema permanente de órganos: Con el objetivo de asegurar su continuidad y permanencia en el tiempo.

⁷⁹ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 660.

- d) Voluntad autónoma: La OI puede expresar una voluntad jurídica distinta respecto a sus miembros individualmente considerados. Esta voluntad se refleja en el proceso de adopción de decisiones.
- e) Competencia propia: Las OI gozan de competencias de atribución, las cuales se encuentran explicitadas en la Carta de constitución. De acuerdo a las funciones que le fueron encomendadas a la Organización, es posible plantear la existencia de competencias de atribución implícitas.
- f) Cooperación internacional institucionalizada: Las OI buscan siempre satisfacción de los intereses comunes de sus miembros, por intermedio de acuerdos o recomendaciones.

2.4 FORMACIÓN

El nacimiento de una OI se produce con la celebración de un tratado multilateral, denominado generalmente como Tratado instituyente o constituyente. Como tal, este tratado se encuentra sometido a las reglas establecidas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

El objetivo de estos instrumentos constituyentes es dar vida a un nuevo sujeto de DI, estableciendo lo que se denomina el Derecho originario o primario de una OI. Este, se compone, entre otros elementos, de los principios y propósitos de la Organización, sus órganos, competencias propias, procedimientos de deliberación y decisión, y sus criterios y directrices de actuación⁸⁰. Por tanto, el Tratado constituyente es la “base legal más importante para todas las actividades de una Organización Internacional”⁸¹ y se contienen en él disposiciones que primarán por sobre el resto de la producción legal de una OI. Es decir, el Derecho derivado o secundario, como por ejemplo una resolución, deberá siempre someterse a lo estipulado en el Tratado instituyente.

Es común en doctrina, asimilar el tratado que da origen a una OI a una constitución nacional. Esto, en razón de que las reglas y propósitos en él contenidos son propias de las cartas fundamentales nacionales. Así lo estima el profesor Alvarez, quien señala que existen “ostensibles similitudes

⁸⁰ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 231.

⁸¹ Traducción libre. SCHERMERS, H. 1998. *The Legal Bases of International Organization Action*. En: DUPUY, R. (ed.). *Manuel sur les organisations internationales – A Handbook on International Organizations*, 2^a ed. Maubegue, Martinus Nijhoff Publishers. p. 404.

entre la Carta de Naciones Unidas y la Constitución de los Estados Unidos”⁸², ya que ambos instrumentos comparten algunos principios como la justicia y la tranquilidad domestica. Además señala que “ambos instrumentos intentan, a grandes rasgos, establecer la estructura de una organización, sus competencias y funciones, así como identificar sus órganos institucionales y sus respectivos poderes”⁸³. Continúa Alvarez diciendo que muchas de las similitudes que comúnmente se encuentran entre la Carta de la ONU y la Constitución de los EE. UU. son erróneas, y tienden a proyectar OI con características supra gubernamentales. Si bien existen Organizaciones que buscan la integración de sus miembros a través de un sistema supranacional, tal como la Unión Europea, no encontramos en el sistema internacional Estados que hayan entregado toda su soberanía a una OI. Las OI internacionales reciben, si es que acaso lo hacen, una pequeña y limitada porción de la soberanía nacional de sus miembros. Todo lo anterior según lo establecido en el instrumento que les da origen. Así, de la misma forma, Schermers indica que “la creación de cualquier

⁸² Traducción libre. ALVAREZ, J. 2005. *op. cit.* p. 65. Este autor apunta como razón de estas aparentes similitudes, a la significativa y profunda influencia que habrían tenido los Estados Unidos en la redacción de la Carta de Naciones Unidas, con “nacionales estadounidenses liderando todos los comités de redacción”.

⁸³ Traducción libre. *Ibid.*

organización internacional limita los derechos soberanos de sus Estados miembros. A menudo, la limitación es mínima, por ejemplo sólo la aceptación de que casos particulares serán discutidos en sede internacional”⁸⁴.

2.5 MIEMBROS⁸⁵

La calidad de miembro de una OI se otorga generalmente a Estados soberanos. Sin embargo, por razones de carácter político o económico existen Organizaciones que utilizan un criterio mas amplio a la hora de incorporar nuevos miembros. Por tanto, es factible que un Estado no soberano o una entidad no estatal (incluso otra OI) sean miembros de una OI, siempre y cuando cumplan los requisitos de admisibilidad propios de la organización⁸⁶.

⁸⁴ SCHEMERS, H. 2008. *op. cit.* p. 405.

⁸⁵ Basado en REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 241 y siguientes.

⁸⁶ La Unión Postal Universal y la Organización Mundial Meteorológica admiten territorios no autónomos como miembros, si es que cuentan con servicio postal o meteorológico propio y el Estado o Estados responsables apliquen en su nombre el tratado fundacional.

Los Estados, al prestar su consentimiento en el instrumento constitutivo, pasan a formar parte de la OI, como miembros fundadores u originarios. Estos Estados adquieren la calidad de miembros en el momento del nacimiento de la respectiva Organización. Luego, los Estados que no formaron parte del tratado constitutivo, deben adherirse a éste. Esta adhesión se encuentra precedida de un proceso de admisión. En él, los Estados miembros, a través de los organismos competentes, comprueban el cumplimiento de ciertas condiciones, las que variarán de acuerdo al carácter abierto o cerrado de la OI.

Una vez adoptado el estatus de miembro, comienza el goce de los derechos que lleva aparejada esta calidad, con el principio de igualdad jurídica como base. Dentro de los derechos podemos mencionar la participación en los órganos plenarios y en la toma de decisiones, así como el derecho de legación (con carácter permanente). En la actualidad, el derecho a retirada de la Organización es reconocido ampliamente, incluso en aquellas OI cuyos tratados constitutivos no lo mencionan. En cuanto a las obligaciones, éstas se relacionan con la consecución de los objetivos propuestos para la OI. La obligación más importante dice relación con el

financiamiento de la Organización, tanto en materia administrativa como operacional. Existen distintos criterios de financiación, siendo el más recurrente, la aplicación de una escala de gradación de acuerdo a distintos elementos, como el ingreso *per cápita* o la población del Estado miembro.

El no cumplimiento de las obligaciones por parte de los miembros puede dar lugar a distintas sanciones. En casos de graves incumplimientos, un Estado puede llegar a sufrir la expulsión de la OI. Sin embargo, no es común el recurso a la expulsión, ya que la sanción más utilizada es la suspensión del estatus de miembro en todos o algunos órganos de la Organización.

2.6 CLASIFICACIÓN

Las OI en la actualidad son clasificables bajo ciertos parámetros, pero dada la gran variedad que observamos en el sistema institucional internacional, no es posible hablar de categorías absolutas. Cada Organización puede ser clasificada de distintas maneras, ya sea en un mismo momento o en 2 o más etapas diferentes de su desarrollo. La

evolución dentro de las OI es un factor constante en el tiempo. Para clasificar a las OI seguiremos los criterios utilizados por el profesor Diez de Velasco⁸⁷ y la mayoría de la doctrina: los fines, la composición y las competencias.

Según sus fines las OI pueden clasificarse en Organizaciones de fines generales o de fines específicos. Las Organizaciones de fines generales son aquellas cuya gama de actividades no se encuentra limitada, o sólo se sustraen ámbitos específicos y acotados de ella. Bajo esta clasificación encontramos Organizaciones de carácter universal, como la ONU o de carácter regional, como la OEA. En cambio, las Organizaciones de fines específicos desarrollan sus actividades dentro de un área definida y restringida, según disponga el respectivo tratado instituyente. De acuerdo con los diversos fines específicos que puede tener una OI, el profesor Diez de Velasco realiza una sub clasificación en: a) Organizaciones de cooperación preferentemente militar o de seguridad (ej. OTAN), b) Organizaciones de cooperación preferentemente económica (ej. OCDE), c) Organizaciones de cooperación social, cultural y humanitaria (ej.

⁸⁷ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op.cit.* p. 47.

UNESCO) y d) Organizaciones de cooperación técnica y científica (ej. UPU).

El siguiente criterio de clasificación dice relación con la forma en que se compone la Organización. Las OI abiertas o con vocación de universalidad buscan reunir a todos los Estados existentes en el sistema internacional. Los Estados que deseen integrarse a una Organización con estas características no serán excluidos de antemano bajo ningún parámetro. Aún así deberán pasar un proceso de admisibilidad determinado por los miembros de la OI, quienes deberán dar su consentimiento a la admisión de nuevos miembros. La Organización de las Naciones Unidas es la OI universal por excelencia, ya que prácticamente la totalidad de los Estados del mundo poseen la calidad de miembros. Cabe hacer presente que para una gran parte de la doctrina, como así lo menciona el profesor Remiro⁸⁸, las Organizaciones de carácter regional (OEA, la Liga Árabe) son universales. Estas organizaciones buscan incluir a la totalidad de los Estados, dentro de un espacio geográfico determinado, por tanto es posible decir que existe tal vocación.

⁸⁸ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 238.

Las Organizaciones restringidas o cerradas, procuran que sus miembros cumplan ciertos estándares preestablecidos, los cuales pueden ser del más diverso carácter. Los intereses bajo los cuales puede crearse una Organización de este tipo y que primarán a la hora de la admisión de nuevos miembros, pueden ser económicos, ideológicos, políticos o incluso religiosos, entre otros. El auge de OI restringidas o cerradas se debe principalmente a la creciente necesidad de contacto entre Estados que compartan unos mismos intereses o necesidades. Así, por ejemplo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico reúne entre sus miembros a los Estados que comparten una misma forma de gestionar la economía y la industria o la Organización de Países Exportadores de Petróleo que reúne a los Estados cuya principal fuente de ingreso nacional es el petróleo.

De acuerdo a las competencias que otorga cada Estado miembro a la OI, estas pueden clasificarse en Organizaciones de cooperación o coordinación y Organizaciones de integración o de unificación. Las Organizaciones de cooperación o coordinación no reciben de los Estados miembros ningún grado de competencias soberanas. Buscan “mediante la realización de (...)”

acciones coordinadas entre sus miembros”⁸⁹ la consecución de objetivos colectivos. Esto lo lleva a cabo a través de la adopción de decisiones o resoluciones de los órganos de la OI. Por tanto, las relaciones intergubernamentales que se generan en OI de cooperación o coordinación, no comprometen la soberanía interna de los Estados. Es en virtud de lo anterior que este tipo de Organizaciones son las más dominantes, en cuanto a cantidad de ellas, en el concierto internacional. Cabe hacer presente la acotación del profesor Remiro respecto a los casos en que un órgano perteneciente a una OI de cooperación impone a los miembros, mediante una resolución, una obligación de resultado⁹⁰. En estos casos, expone Remiro, la coordinación se transforma en subordinación. Los Estados miembros se ven obligados a tomar las medidas legislativas o reglamentarias para llevar a efecto lo dictaminado por la OI. La resolución no es llevada a efecto directamente sobre el derecho interno de cada Estado, sino que es el propio Gobierno quien debe procurar su realización. Podemos decir que la soberanía permanece intacta, aunque indirectamente la resolución conlleva un cambio en el derecho interno que el Estado está obligado a realizar, aún sin haber prestado su consentimiento. Tal como

⁸⁹ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 52.

⁹⁰ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 240.

dice Alvarez, en referencia al caso del Consejo de Seguridad de NU y su capacidad de obligar mediante resoluciones a los Estados miembros: “[T]ales poderes no son absolutos sino que son conferidos sólo con respecto a determinados asuntos y con respecto a determinados órganos dentro de una OI”⁹¹.

Las OI de integración o de unificación se caracterizan por la cesión de competencias soberanas, que realizan los Estados miembros a los órganos de la misma. De acuerdo con lo estimado por Remiro, “las organizaciones de integración (o supranacionales) representan un modelo avanzado caracterizado por la transferencia de competencias estatales (soberanas) a los órganos de la organización, a los que dota de poder normativo con capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes de manera automática y uniforme en los ordenamientos internos de los Estados miembros, primando sobre las disposiciones nacionales y sometiéndose su cumplimiento a un control judicial propio de la organización”⁹². Así, una OI con estas características realizará actividades propias de la función estatal y estará dotada de órganos propios de un Estado (ej. órgano ejecutivo o parlamento),

⁹¹ Traducción libre. ALVAREZ, J. 2005. *op. cit.* p. 16.

⁹² REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 240.

los cuales serán totalmente autónomos respecto de los Estados miembros (política y financieramente). Nos referiremos más detenidamente a estas OI en el capítulo dedicado a la Unión Europea.

2.7 ESTRUCTURA INTERNA

Por estructura interna de una OI, entenderemos aquellos órganos propios que la componen, a través de los cuales la Organización podrá manifestar su voluntad, distinta de la de los miembros. Existen diversos tipos de órganos dentro de una OI. Nos referiremos a cada uno de ellos de forma general.

En primer término, debemos distinguir entre órganos intergubernamentales y órganos no intergubernamentales. Aquellos, están formados por representantes de los miembros, quienes responden a sus respectivos Gobiernos. Por esta razón se les caracteriza generalmente como órganos políticos. Los segundos son aquellos órganos, cuyos integrantes no representan ni responden a ningún miembro de la OI, por tanto son absolutamente independientes en su actuar.

Luego, los órganos intergubernamentales pueden ser de carácter plenario o restringido. Los plenarios como su nombre lo indica son aquellos en los que participan representantes de todos los Estados miembros. Estos órganos, deliberantes por excelencia, son en la mayoría de los casos los de mayor importancia dentro de la organización, y su competencia es general y amplia⁹³. Sin embargo, como nos dice el profesor Pastor Ridruejo, hay casos en que órganos restringidos comparten este papel con órganos plenarios⁹⁴.

Los órganos restringidos o de composición no plenaria son aquellos en los que “al menos en determinados períodos, no forman parte de ellos todos los representantes de los gobiernos de todos los Estados miembros”⁹⁵. El caso paradigmático de órgano restringido en el sistema internacional es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante C de S). Este órgano, cuya función principal es el mantenimiento de la paz y la seguridad

⁹³ FIGUEROA, U. 1989. *Manual de Organismos Internacionales*, Santiago, Editorial Jurídica. p. 23 y REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 257.

⁹⁴ Estima Pastor en PASTOR J. 2009. *op. cit.*, p. 675, que “no en todas las organizaciones tiene dicho órgano (plenario) poderes para actuar por sí solo en nombre de la organización o para supervisar actos de otros órganos, ya que ciertos tratados instituyentes atribuyen también poderes importantes a órganos no plenarios, de modo que los de este último tienen carácter restringido o compartido”.

⁹⁵ *Ibid.*

internacionales, posee competencias importantísimas dentro de la ONU y en muchas ocasiones juega un rol aún mayor que el de la propia Asamblea General. Lo anterior se basa en que el C de S tiene dentro de sus atribuciones la capacidad de generar normas obligatorias para los Estados miembros. En cuanto a la composición de estos órganos, no existen parámetros establecidos. Entre los criterios utilizados, y siempre buscando una representación lo más igualitaria posible, hay factores geográficos y consideraciones de orden político y/o económico.

Los órganos no intergubernamentales pueden ser de distintos tipos y cumplen distintas funciones. Así, la Secretaría es el órgano administrativo de una OI. Sus integrantes no representan a ningún miembro, ya sea el Secretario General o los distintos funcionarios. El Secretario General “es el funcionario responsable de la marcha administrativa de la Organización, así como el ejecutor de las decisiones del cuerpo deliberante o ejecutivo”⁹⁶. La Secretaría puede, entre otras funciones, elaborar el presupuesto del

⁹⁶ FIGUEROA, U. 1989. *op. cit.* p. 23.

organismo, recibir informes de los miembros y representar a la Organización⁹⁷.

Dentro de la categoría de los órganos no intergubernamentales, es posible encontrar también órganos de control. A esta categoría pertenecen los órganos judiciales y los parlamentarios. Los primeros son más bien escasos y sólo las organizaciones de mayor alcance y desarrollo cuentan con uno. Tal es el caso de las Naciones Unidas o de la Unión Europea, cuyos órganos subsidiarios, el Tribunal Internacional de Justicia y el Tribunal de Justicia cumplen esta función. Es importante recalcar que cada OI otorga a su o sus órganos judiciales la competencia que estime pertinente de acuerdo a sus necesidades. Los órganos parlamentarios son aún más escasos en las OI. Estos órganos están compuestos por representantes directos de los Estados miembros de la organización o por parlamentarios nacionales de los mismos. La única organización que ha logrado conformar un parlamento medianamente eficiente es la UE, tal como desarrollaremos en el IV capítulo de esta memoria.

⁹⁷ PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 677.

Mención especial merecen los llamados órganos subsidiarios⁹⁸. Los cuales pueden ser creados en el tratado instituyente o, por uno o más órganos principales por medio de un instrumento del derecho derivado de la Organización (resoluciones, dictámenes, etc.). Se trata de entidades orgánicas, separadas del resto de los órganos, pero siempre formando parte de la estructura de la OI. Su función es asistir a los órganos principales según las tareas y objetivos que les son encomendados, por tanto sus funciones nunca tendrán mayor alcance que las del propio órgano principal relacionado, que controla y supervisa las actividades del subsidiario. A modo ejemplar, podemos mencionar dos órganos subsidiarios de la Asamblea General de Naciones Unidas, El Consejo de Derechos Humanos y el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (establecidas por las resoluciones 60/251 y 1166 XII)⁹⁹.

⁹⁸ Basado en TORRES, S. 1998. *Subsidiary Organs* En: DUPUY, R. (ed.). *op. cit.* p. 109 y siguientes.

⁹⁹ Información disponible en <http://un.org> [consulta: 5 de Diciembre de 2014].

2.8 COMPETENCIAS

Una OI tiene objetivos propios, que se basan en la satisfacción de los intereses comunes de sus miembros. Para la consecución de los objetivos, el instrumento constituyente de la OI otorga a la misma ciertas competencias. Estas pueden extraerse expresamente del texto del Tratado o estar implícitas en el mismo.

Las competencias en una OI se encuentran inspiradas por los principios de especialidad, de subsidiariedad y de atribución¹⁰⁰. El principio de especialidad dice relación con que las competencias de las OI se encuentran limitadas por sus objetivos concretos. Por tanto, una OI no tendrá más competencias que las necesarias para llevar a cabo la función encomendada por los miembros de la misma. De acuerdo con el principio de subsidiariedad las OI sólo intervendrán en el plano internacional cuando los países no sean capaces de lograr los objetivos por sí mismos o cuando la intervención conjunta (por intermedio de la OI) sea más eficiente en razón de las circunstancias. En tanto, el principio de atribución hace referencia a

¹⁰⁰ Véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 132.

que las OI no tienen competencias ilimitadas, sino que sólo competencias atribuidas en el Tratado originario. Tal como destaca Diez de Velasco, “sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos limitativamente determinados por el tratado constitutivo”¹⁰¹.

Como dijimos, las competencias no se encuentran necesariamente explicitadas en el Tratado constituyente de la Organización. Las competencias implícitas son aquellas que pese a no ser mencionadas en el texto constitutivo “cabe deducirlas por medio de una interpretación extensiva del Tratado creador o de otros actos posteriores de los Estados miembros o de la Organización, teniendo en cuenta que le son necesarios a la misma para el cumplimiento de sus fines”¹⁰². La doctrina de los poderes implícitos se origina en la jurisprudencia estadounidense y ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia de la CIJ, especialmente en el caso de 1949 sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas¹⁰³

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 133.

¹⁰³ Véase PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 673 y DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 133.

2.9 FORMAS DE ADOPCIÓN DE DECISIONES

Cada OI establecerá la forma y el procedimiento en que se tomarán las decisiones en sus distintos órganos. Lo hará a través de su Tratado instituyente o por intermedio de otros actos, como los de derecho derivado o el desarrollo de la práctica dentro de la institución. La doctrina distingue principalmente tres formas de adopción de decisiones¹⁰⁴, que serán analizadas a continuación.

La unanimidad, como método de adopción de decisiones, se practicó en las primeras OI, con el objetivo de conservar intacta la soberanía de los países miembros. Este método, al requerir el consentimiento de todos los miembros ha sido considerado desventajoso en razón de los largos procesos de negociación que conlleva. Dicen Schermers y Blokker al respecto que “prolongadas negociaciones a menudo producen sólo compromisos débiles o ningún compromiso en otros casos. Especialmente en grandes organizaciones, garantizar a cada miembro el derecho a veto puede en

¹⁰⁴ Véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 109 y siguientes y REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 261 y siguientes.

efecto paralizar el proceso de toma de decisiones”¹⁰⁵. Aún así, la unanimidad presenta ventajas. Se garantiza a las pequeñas potencias la consideración en la toma de decisiones, lo que permitirá una participación más activa de éstas. La misma garantía se produce en el sentido inverso, en cuanto a que las grandes potencias se verán protegidas frente a decisiones de las minorías que les sean perjudiciales. Al encontrarse todos los miembros de acuerdo en la decisión, la implementación de la misma se verá facilitada.

A raíz de los conflictos que generaba la simple unanimidad se formularon variaciones de la misma. La abstención, por un lado, permite mantener la unanimidad, ya que no impedirá la formación de la decisión. Los Estados que la practican, se entiende que participan en la votación, pero no emiten voto alguno¹⁰⁶. El método de la disidencia, en tanto, permite que los Estados que votan en contra o se abstienen, no se vean afectados por la decisión. Algunas organizaciones, como la OCDE y la Liga Árabe, utilizan

¹⁰⁵ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *International Institutional Law. Unity within Diversity*. 3ª ed. Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers. p. 516.

¹⁰⁶ SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 534.

la unanimidad con posibilidad de disidencia como forma de adoptar decisiones¹⁰⁷.

El siguiente método es el consenso. Según Diez de Velasco, “el método del consenso o acuerdo general consiste en la adopción de una decisión dentro de los órganos de las Organizaciones sin recurrir a la formalidad de la votación”¹⁰⁸. Lo anterior se logra por intermedio de una negociación entre el Presidente del órgano involucrado o un portavoz de un grupo de Estados y las delegaciones o grupos de Estados, la cual se sostiene hasta que no se genere ninguna objeción importante y se declare que la decisión se adoptará por consenso. Generalmente, este método involucra largas negociaciones para poder lograr el acuerdo y en caso de no alcanzarlo, se procede al método de la votación. El consenso ha sido utilizado por muchas OI. La Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado cerca del 70% de sus resoluciones sin votación, desde 1972¹⁰⁹. De igual forma el FMI, utiliza el consenso en muchas de sus decisiones¹¹⁰. El efecto jurídico de una

¹⁰⁷ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 110.

¹⁰⁸ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 111.

¹⁰⁹ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 507 y siguientes.

¹¹⁰ *Ibid.*

decisión adoptada por consenso es el mismo de las adoptadas por votación o unanimidad.

Por último, nos referiremos al método de la mayoría, utilizado ampliamente en el sistema institucional internacional. Esta forma de votación, aparece como la más justa en razón del principio de igualdad de los Estados en el plano internacional. Sin embargo, en su forma más simple (igualdad en el valor de los votos) presenta una serie de inconvenientes que deben ser considerados. Los diversos intereses que representan cada uno de los delegados provocan que a la hora de la votación cada Estado vote en base a diversas consideraciones, las cuales no necesariamente se relacionan con la materia de votación. Por ejemplo, un miembro puede optar por una opción simplemente como una estrategia para luego obtener beneficios en otra votación. O de la misma forma, un Estado puede interceder en una votación en la que tiene un mínimo o ningún interés¹¹¹.

Para contrarrestar estos efectos negativos se han creado mecanismos que buscan modificar la igualdad de votos entre los miembros de una

¹¹¹ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 518 y siguientes.

Organización. Así, la ponderación de votos busca compensar a través de distintos criterios que definirán el valor del voto de cada Estado. El criterio a utilizar varía desde la población hasta la participación en el capital de la OI. Las decisiones en el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea se toman en base a la ponderación de votos, según una serie de distintos criterios que se negocian entre los distintos Estados miembros¹¹². Luego, el derecho de veto permite a aquellos Estados que gozan de él, impedir la adopción de una decisión a través de su negativa. La mayoría, por tanto, debe incluir ciertos Estados. El ejemplo mejor conocido en esta materia es el derecho a veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, el cual analizaremos más adelante.

Los tipos de mayorías requeridas pueden ser, según Schermers y Blokker¹¹³: simple mayoría (más de la mitad de los votos), mayoría cualificada (cierto porcentaje de votos, mayor que la simple mayoría), mayoría relativa (una opción obtiene más votos que cualquier otra) o mayoría absoluta (número de votos es mayor que el número que posiblemente puede ser obtenido en el mismo momento, por otra opción).

¹¹² DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 111.

¹¹³ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 529 y siguientes.

Los distintos mecanismos de votación ilustran la gran diversidad de criterios que pueden surgir entre las distintas OI, o incluso dentro de una misma organización. Y no únicamente en cuanto a la adopción de decisiones, sino en referencia a todos los aspectos que abarca una OI, como sus organismos o sus miembros. Las OI se han desarrollado en el último tiempo de manera extraordinaria, pero a la vez ha sido un desarrollo disperso. Es por lo anterior, que el desafío más próximo debe ser lograr cierta uniformidad dentro de las OI y principalmente el respeto a ciertos derechos que deben ser garantizados a los Estados miembros. Se debe procurar eliminar todo atisbo de discriminación dentro de estas Organizaciones si se quiere en algún momento contar con un sistema internacional estable, seguro y eficiente.

CAPÍTULO III: LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

3.1 GENERALIDADES

En el presente capítulo, analizaremos la capacidad normativa externa de las OI. No consideraremos en primer término los casos en que la organización crea normas aplicables dentro de la misma, el llamado Derecho interno de una OI o “reglas de la organización”¹¹⁴. Tampoco consideraremos los casos en que una Organización interviene en el nacimiento de una norma internacional, a través de fuentes tradicionales del Derecho Internacional, como sucede cuando una OI participa activamente en la redacción y suscripción de un Tratado¹¹⁵ o de manera indirecta, en prácticas que luego se transformarán en Costumbre. En esta

¹¹⁴ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 129. Este autor define las reglas de la Organización como: “Conjunto coherente de normas que regulan el funcionamiento de las OI, las relaciones entre sus órganos, entre éstos y los Estados miembros de la OI, entre los propios Estados miembros y, en supuestos excepcionales, entre éstos y sus nacionales, y entre los nacionales de éstos entre sí”.

¹¹⁵ El llamado “*Treaty making power*” de las OI. Véase ALVAREZ, J. 2005. *op. cit.* p. 273 y siguientes.

sección de nuestro trabajo detallaremos como un Organismo Internacional es capaz de generar normas obligatorias para sus miembros de manera directa y “genuina”¹¹⁶. Es decir, por intermedio de resoluciones. Entenderemos el término resolución, de una manera amplia y sin importar la denominación que se le de en su momento (recomendaciones, directivas, declaraciones, etc.), como “todo acto emanado de un órgano de una OI”¹¹⁷. Estos actos tienen una naturaleza muy variada y es dificultoso encontrar coincidencias entre ellos, sin embargo es posible determinar aspectos comunes que permitan su análisis de manera general.

3.2 ORIGEN DE LA CAPACIDAD NORMATIVA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Para que una OI pueda generar normas obligatorias para sus miembros debe contar con un orden legal que lo permita. Este orden se plasma en el denominado Tratado instituyente de cada OI. Dentro de él, encontramos el

¹¹⁶ PECOURT-GARCÍA, E. 1974. *La Acción Normativa de las Organizaciones Internacionales*. En: *Revista Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. I, 1974, p. 200.

¹¹⁷ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 135.

Derecho originario o primario de la Organización, que sienta las bases para la producción jurídica posterior, es decir el Derecho derivado o secundario. Estos instrumentos poseen un doble carácter (“*Janus-faced*”)¹¹⁸, ya que por un lado nos encontramos con un Tratado multilateral regido por las normas de la Convención de Viena; y por otro lado, con las bases fundamentales del nacimiento de un nuevo individuo a la vida del Derecho Internacional. De lo anterior se deriva el carácter constitucional de este tipo de tratados, aspecto ya analizado anteriormente¹¹⁹.

Dado las particularidades citadas, un Tratado instituyente de una OI tiene características propias que lo diferencian del resto de los tratados¹²⁰:

- a) Creación de una persona legal: Se crea una nueva entidad internacional, estableciendo su estructura y funciones. De igual forma se establecen los órganos que la compondrán y los poderes que estos gozarán en la búsqueda de las metas dispuestas en el propio Tratado. Según disponga el Tratado (de igual manera que

¹¹⁸ SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 713.

¹¹⁹ Véase 2.4, Capítulo II.

¹²⁰ Esta sección se basa en SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 710 y siguientes.

una Constitución nacional instituye el poder legislativo), la OI tendrá o no capacidad normativa, y si la tiene se debe determinar en que grado y bajo que circunstancias. Así, será en cada caso concreto, donde se determinará la capacidad de creación de normas de cada OI.

- b) Reservas limitadas: Según lo planteado por Schermers y Blokker, las reservas son indeseables dentro de un Tratado constituyente por dos razones. Primero, afecta la relación de igualdad que debe existir entre los Estados miembros, se dice que “la igualdad de los miembros – o por lo menos de grupos de miembros – que forma la base de casi todas las organizaciones internacionales, se opone a realizar reservas a disposiciones institucionales”¹²¹. En segundo lugar, las reservas se realizan a los textos originales de los Tratados instituyentes. Si se realizarán enmiendas a este texto original, las reservas no podrían seguir el ritmo de tales cambios. Es absolutamente habitual que las OI realicen enmiendas a sus

¹²¹ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 714.

instrumentos constituyentes, o se alteren los criterios de interpretación de las mismas.

En algunos casos los tratados instituyentes prohíben expresamente las reservas, mientras que si nada se dice en el mismo, se entiende que no es posible realizarlas. Las pocas veces en que si se permite, las reservas deben ser aceptadas por el órgano respectivo para ser válidas. Raramente los Estados desean hacer reservas a estos tratados, ya que se buscan otros métodos, como acuerdos especiales con la OI¹²².

- c) Derecho a retiro: Se discute si los miembros de una OI tienen derecho a retirarse unilateralmente de la misma. Dada la naturaleza de las OI, podemos decir que el derecho a retiro debe ser restringidísimo. Las funciones otorgadas a una organización pierden fuerza y efectividad si se otorga a los miembros el derecho a retiro unilateral. Aún así, no existe unanimidad en cuanto a la

¹²² Para una revisión histórica de casos en que un Estado a ingresado a una OI bajo reservas al Tratado instituyente o bajo condiciones especiales, véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. *op. cit.* p. 715-717.

aplicación del artículo 56 de la Convención de Viena a los Tratados constituyentes¹²³.

- d) Renovación tácita de los preceptos: Una OI está en constante evolución. Estos cambios se reflejan en el desarrollo del funcionamiento y los órganos de la Institución. Sin embargo, en muchos casos la Constitución permanece inalterada. La forma en que este instrumento se adapta a los cambios es por intermedio de las interpretaciones. Un claro ejemplo es la ONU. Es fácilmente perceptible que esta Organización no es la misma que hace 50 años. Aún así, la Carta es la misma que se suscribió en 1945.

Como ya adelantábamos, para el objeto de análisis de este trabajo es fundamental la característica propia de los tratados constituyentes de la creación de un nuevo sujeto legal. A partir del nacimiento de la OI, se otorgarán a ella distintas facultades, dentro de las cuales es posible

¹²³ Artículo 56 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969: “Una parte podrá retirarse de un Tratado solo si el Tratado expresamente permite tal retiro, si todas las partes acceden, si está establecido que las partes tenían la intención de admitir el retiro o si el derecho a retiro se encuentra implícito en la naturaleza del Tratado”.

encontrar la capacidad normativa. Esta capacidad será reflejo de la autonomía de la Organización, ya que se trata de una voluntad distinta de la de sus miembros individualmente considerados. Tal como expresa Diez de Velasco, “de la lectura de los instrumentos constitutivos de las OI se puede deducir si éstas tienen o no capacidad para crear unilateralmente normas jurídicas, de manera que, cualquiera que sea el órgano que adopte el acto jurídico, éste se imputa – como ya adelantábamos – a la Organización como sujeto internacional y no a sus Estados miembros, aunque ellos hayan podido contribuir a su adopción a través del ejercicio del voto en el seno del órgano en cuestión”¹²⁴.

3.3 TIPOS DE RESOLUCIONES O ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Nos referiremos únicamente a aquellos actos que tengan efectos externos a la OI¹²⁵, ya que son estos los que afectan a otros sujetos internacionales o incluso pueden llegar a ser obligatorios para personas

¹²⁴ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 135.

¹²⁵ Para un análisis de la competencia normativa interna de las OI véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 136-138 y SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 741-754.

naturales. Es importante mencionar que dado el gran número y naturaleza de OI y sus respectivos órganos estos actos, que llamaremos de manera extensa resoluciones, tienen características propias que deben ser analizadas de manera individual para cada OI u órgano. Así, Pecourt García dice “cada organización internacional tiene su propio cuadro de competencias, de tal forma que las resoluciones que pueden tomar no responden a una tipología genérica, sino claramente específica y propia. Por otra parte, incluso en el mismo ámbito de cada organización, tales resoluciones son distintas según los casos y los órganos competentes para formularlas”¹²⁶. Por tanto, aquí nos detendremos en los aspectos comunes que pueden encontrarse y siempre teniendo en cuenta que la denominación que se les da a estos actos es distinta en cada OI.

Se reconocen como formas de actos la recomendación, la declaración, la convención y la reglas o decisiones obligatorias. No todas estas formas están dotadas de fuerza normativa. Aunque como ya sabemos, en esta materia no existen absolutos y nos encontraremos con casos en que un acto

¹²⁶ PECOURT-GARCÍA, E. 1974. op. cit. p. 200.

que por regla general no es obligatorio, puede serlo en virtud de ciertos requisitos o por el tratamiento posterior al que esté sujeto.

3.3.1 RECOMENDACIONES

Una de las más obvias, y por tanto habituales, facultades de las OI es la de realizar sugerencias de comportamiento a sus miembros. Son principalmente utilizadas por aquellas OI que ven restringida su facultad de adoptar decisiones obligatorias, a raíz de lo dispuesto por su Tratado instituyente. Por recomendaciones entendemos lo que dispone el catedrático español Díez de Velasco, según el cual se trata de “actos de naturaleza recomendatoria conteniendo una invitación, dirigida a uno o varios destinatarios, para que adopten un comportamiento determinado, sea este una acción o una abstención”¹²⁷. Se trata finalmente de sugerencias o consejos hacia los miembros de la organización.

Como dijimos, las recomendaciones carecen de fuerza obligatoria para los miembros a las que son dirigidas. Sin embargo, existen formas de

¹²⁷ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 139.

aumentar o fortalecer el efecto legal de ellas. No al punto de ser absolutamente obligatorias, pero su observancia puede ser considerablemente más potente en virtud de ciertos factores, que elevan “la intensidad de la obligación de comportamiento”¹²⁸.

En primer término, es posible que existan disposiciones en los Tratados instituyentes de cada OI que obliguen a cierta actividad cuando una recomendación es practicada. Así ocurre en los casos en que se obliga a los miembros a reportar o informar de las acciones cursadas a raíz de la recomendación o la obligación que puede recaer en los Estados de presentar dicha recomendación ante las autoridades nacionales competentes para su implementación. La OIT y la UNESCO son OI que cuentan en sus respectivas constituciones con tales disposiciones¹²⁹.

Dentro de la estructura interna de una Organización, la recomendación de un órgano puede producir efectos en futuras decisiones ya sea del propio órgano en cuestión o de órganos inferiores. Estas recomendaciones pueden ser formulaciones, a través de las cuales se toma posición respecto a una

¹²⁸ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 343.

¹²⁹ Véase *Ibid.*

materia determinada. Posteriormente, esta posición establecida será reflejada en otro acto con mayor obligatoriedad. En definitiva, una recomendación puede ser el punto de partida para una determinación de mayor alcance normativo, ya sea dentro del propio órgano, fuera de éste o incluso, en otra OI relacionada.

Una recomendación puede tomar fuerza en razón del número de miembros que hayan votado en su favor o qué miembros apoyaron la promulgación de tal decisión. Schermers y Blokker denominan este factor de fortalecimiento de las resoluciones como “el método de la promulgación”¹³⁰, ya que hace referencia al momento en que la recomendación es adoptada y a quienes votan a favor de su adaptación. Así una recomendación que es aceptada por la totalidad de los miembros de una Organización tendrá gran peso, debido a que representa el pensamiento de todos quienes componen tal OI. Las consideraciones políticas juegan un papel decisivo en este aspecto. Si un Gobierno incumple una recomendación que ha sido adoptada ampliamente o con la aprobación de

¹³⁰ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 759.

ciertos miembros claves (como Estados Unidos y Rusia¹³¹) no sería política ni diplomáticamente correcto no observar tal resolución. Aún así, un Estado puede declarar de manera oficial que no observará una recomendación, liberándose del acto y sus efectos.

Una recomendación de una OI puede ser formalmente aceptada¹³² por miembros de la misma, creándose de esta manera una obligación legal para su cumplimiento. Sin embargo, la aceptación de una recomendación no se encuentra regulada por el Derecho Internacional. No existe por tanto, ningún procedimiento que norme la incorporación de la recomendación a la legislación nacional de los miembros. Y por el mismo motivo, es posible que los gobiernos cambien su estructura legal interna y la aceptación sea retirada, sin sufrir consecuencias. Otras formas de fortalecer una recomendación son el denominado “efecto legitimizante de las resoluciones adoptadas por instituciones internacionales y el restablecimiento de resoluciones previas”¹³³. Ambos factores apelan al aspecto político en el

¹³¹ SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 760.

¹³² Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 762.

¹³³ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 765 y siguiente.

cumplimiento de este tipo de resoluciones, alejándose de razones jurídicas propiamente tales.

3.3.2 DECLARACIONES

Por intermedio de una declaración, una OI puede determinar que una situación fáctica existe o que cierta regla legal debe ser aplicada a una situación dada¹³⁴. A raíz de lo anterior, es posible referirse a estas declaraciones como determinaciones. Este tipo de resoluciones son utilizadas cuando una situación fáctica o legal no es lo suficientemente clara o carece de una interpretación ampliamente aceptada. Schermers y Blokker consideran que las declaraciones “pueden ser de gran importancia para la aplicación del derecho”¹³⁵, así como también para su desarrollo.

Ningún instrumento constituyente hace referencia a la capacidad para formular declaraciones de una OI. Las declaraciones son fruto de la discrecionalidad de la cual gozan algunas instituciones internacionales en

¹³⁴ Algunos ejemplos, que constituyen declaraciones, mencionados por Schermers y Blokker: La determinación que una situación es una amenaza para la paz, lo que puede llevar a la aplicación de medidas bajo el capítulo VII de la Carta de NU o la determinación de si cierta materia se encuentra esencialmente dentro de la jurisdicción estatal, lo que influye en la competencia de la ONU.

¹³⁵ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 770.

esta materia, al no encontrarse delimitado que tipo de resoluciones pueden ser generadas. Al no ser reguladas constitucionalmente, no puede atribuirse ningún efecto legal a las mismas más del que gozan las recomendaciones antes mencionadas. Sin embargo, su evidente solemnidad es indicio de la intención, por parte de las OI, de que estos instrumentos sean aún más considerados que las recomendaciones. Así, en muchos casos la no observancia de las declaraciones producirá casi los mismos efectos que la no observancia de los actos obligatorios.

Aún así, las declaraciones pueden contener normas obligatorias para los miembros. Nos referimos específicamente a la costumbre. Una declaración puede venir a codificar una regla consuetudinaria que no era del todo clara, sin modificarla sino simplemente reforzándola. Se entiende que este tipo de declaraciones indican la existencia de una “*opinio juris*” en los miembros que suscriben dicho instrumento¹³⁶. Vale hacer presente que otra fuente, los principios generales de derecho, pueden ser codificados por intermedio de declaraciones de la misma forma que la costumbre. Es fundamental que tales declaraciones tengan una aceptación amplísima entre los miembros, tal

¹³⁶ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 772.

como disponen los autores holandeses: “En todos los casos, será importante obtener unanimidad o virtual unanimidad cuando una declaración es aceptada. Sólo en ese momento puede ser considerado como costumbre, [o] como principios del derecho generalmente aceptados (...) Las Naciones Unidas son la principal Organización Internacional emisora de declaraciones, la mayoría de los cuales han gozado de amplio apoyo”¹³⁷.

3.3.3 CONVENCIONES

Por convención nos referimos a aquellos tratados multilaterales redactados dentro de una Organización Internacional, generalmente en el órgano en que participan todos los miembros. Por esta razón, una vez ratificadas, gozan del poder obligatorio de los tratados y les son aplicables las reglas propias de los Tratados en el Derecho Internacional.

Al ser generadas en el seno de una OI, éstas se involucrarán en la formulación, ratificación, implementación y cumplimiento de este tipo de resoluciones. Diferenciándose de esta manera de los “simples” tratados

¹³⁷ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 776.

bilaterales entre dos Estados. Aún así, las convenciones no tienen poder obligatorio absoluto, tal como estiman Schermers y Blokker, quienes plantean que “son raramente ratificadas [las convenciones] por todos los miembros y la convención es, en consecuencia obligatoria para algunos miembros solamente. En algunos casos, las convenciones pueden incluso estar destinadas a obligar únicamente a ciertos miembros”¹³⁸.

Como dijimos, una convención debe ser ratificada para tornarse obligatoria. Una convención no ratificada sólo tendrá valor moral, en la medida que sea redactada por un órgano especializado en la materia y/o contenga normas ampliamente aceptadas por la práctica internacional. Si se da alguno de estos supuestos (como ha ocurrido en la Convención sobre el Genocidio o en la Convención sobre el Derecho de los Tratados), los miembros se verán presionados a ratificar tal convención¹³⁹. Una vez ratificada, la convención será obligatoria para aquellos miembros que la ratifiquen.

¹³⁸ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 783.

¹³⁹ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 789 y siguientes.

3.3.3 REGLAS O DECISIONES OBLIGATORIAS

La fuerza obligatoria de las resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales, o la “virtualidad nomogenética” de las mismas, como la denomina Pecourt García¹⁴⁰, se refleja con mayor potencia en las decisiones. Dentro de cada OI, estas resoluciones adoptan distintos nombres, pero siguiendo a los autores holandeses diremos que una decisión, en sentido amplio, es “cualquier formulación legal que tenga fuerza legalmente obligatoria”¹⁴¹.

Según el profesor Remiro, podemos encontrarnos con dos tipos de decisiones. En primer término, distinguimos las obligaciones de resultado que dejan a los miembros la adopción de medidas determinadas para la satisfacción del resultado. Así, “estas resoluciones son obligatorias para los miembros desde su adopción, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo

¹⁴⁰ PECOURT-GARCÍA, E. 1974. *op. cit.* p. 167.

¹⁴¹ Traducción libre. SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 814.

ordenado”¹⁴². Este es el caso de las directivas adoptadas por los órganos de la Unión Europea.

El segundo tipo de decisiones son las denominadas por Remiro como “obligatorias en todos sus términos y directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”¹⁴³. Estas resoluciones vienen a ser las más perfectas y completas en cuanto a su efecto obligatorio para aquellos miembros a los que son dirigidas. Como se desprende de la denominación, estas decisiones no dan lugar a ningún tipo de maniobras por parte de los destinatarios, imponiendo obligaciones “tanto de resultado como de comportamiento”¹⁴⁴. Los reglamentos de la Comunidad Europea (artículo 288 del Tratado de la Unión Europea), poseen las características antes descritas, ya que se trata de actos de carácter general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en todos sus miembros. Obligan tanto a los Estados miembros y sus instituciones, como también a los particulares. Estos instrumentos “despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados miembros sin necesidad de actos ulteriores de

¹⁴² REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 344.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 140.

recepción de la norma comunitaria ni de desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de eficacia directa ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor”¹⁴⁵. Estas resoluciones serán analizadas detalladamente más adelante en este mismo trabajo.

Es posible que una resolución tenga carácter de obligatoria sólo para aquellos miembros que acepten su adopción o no manifiesten su oposición. Esta modalidad, conocida como *contracting in* o *contracting out* respectivamente, es una vía para resolver la necesidad de unanimidad en ciertas OI. La OCDE práctica esta modalidad en la adopción de sus resoluciones.

En lo que sigue, pasaremos a analizar los dos casos más importantes de OI con capacidad de generar resoluciones de carácter obligatorio. Como hemos mencionado anteriormente, la mejor forma de profundizar en el estudio de las resoluciones como Fuente del Derecho Internacional, es por

¹⁴⁵ REMIRO, A. 2007. *op. cit.* p. 345.

intermedio de casos concretos. Tanto la UE como la ONU, son ejemplos paradigmáticos que deben ser analizados, ya que el Derecho de las Organizaciones Internacionales pese a tener características generales a todas las instituciones, encuentra su mayor desarrollo dentro de cada una de las OI que componen el sistema internacional. Cada tratado constituyente determina qué resoluciones será posible dictar y bajo las condiciones en que serán aplicables a los miembros. Y es por esta razón que el estudio individual de las OI resulta de suma relevancia si queremos analizar detalladamente de qué manera y cuándo una OI puede obligar a sus miembros. La elección de la UE y la ONU se basa fundamentalmente en que se trata de las dos instituciones de mayor desarrollo en cada una de sus ámbitos. Una alcanzando un gran avance en el marco de la integración y búsqueda de la supranacionalidad y la otra, como la organización universal por excelencia.

CAPÍTULO IV: LA UNIÓN EUROPEA

4.1 FORMACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La Segunda Guerra Mundial provocó un fuerte impacto en la economía del continente europeo. Los países estaban en la ruina y su capacidad productiva era nula. La necesidad de generar un ordenamiento común, que velara por los intereses de Europa se hacía evidente. Más aún frente a la condición impuesta por Estados Unidos, para la implementación del Plan Marshall, de una voz común con la cual negociar. En este contexto surge la primera organización precursora de la UE, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), cuyo Tratado instituyente se firmó en París el 18 de abril de 1951, entrando en vigencia el 23 de Septiembre del año siguiente. Tanto el carbón como el acero eran vistos como elementos fundamentales que debían controlarse para evitar el surgimiento de disputas, que luego de la Guerra no eran para nada deseables. Los Estados firmantes fueron Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia.

Los mismos seis Estados que formaban la CECA suscribieron en Roma, el 25 de marzo de 1957, los Tratados que dieron origen a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM). El 1 de enero de 1958 entraron en vigencia los Tratados de Roma. La CEE tenía como objetivo la creación de un mercado común, que representará la unión económica de las naciones europeas y que en la práctica eliminaba todas las barreras económicas y financieras entre sus miembros. A partir de los Tratados de Roma las instituciones fueron comunes para todas las Comunidades. Desde ese momento las Comunidades, posteriormente la Unión, han visto un constante desarrollo, principalmente en el perfeccionamiento de sus instrumentos y la lógica inclusión de nuevos miembros. Ya en 1972 se incorporan Gran Bretaña, Dinamarca y Holanda; en 1981 obtiene su membresía Grecia y en 1986, España y Portugal.

El Acta Única Europea fue la primera modificación a los Tratados, firmada en febrero de 1986 y entrando en vigor el 1 de julio de 1987, la cual

“supone una auténtica reestructuración de la institucionalidad europea”¹⁴⁶. El 7 de febrero de 1992 se suscribe el Tratado de Maastricht, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993. Con este instrumento se da origen a la Unión Europea como tal, en busca de un “ordenamiento constitucional europeo definitivo”¹⁴⁷. En 1995 se incorporaron Austria, Finlandia y Suecia. Luego los Tratados de Amsterdam y Niza, que entraron en vigor en 1999 y 2003, introdujeron reformas al Tratado de la UE que buscaban mejorar la institucionalidad de la Unión en vista a la ampliación en el número de sus miembros. El 2004 se produjo la incorporación de 10 nuevos miembros: Estonia, Letonia, Lituania, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia, Chipre y Malta.

Entre los años 2003 y 2007, se trabajó en un proyecto para el establecimiento de una Constitución Europea, que buscaba “aglutinar la Unión Europea y la Comunidad Europea en su forma anterior en una nueva

¹⁴⁶ MARTÍNEZ, J. 2007. *Introducción al Derecho y las Instituciones de la Unión Europea*. Santiago, Editorial Jurídica. p. 25.

¹⁴⁷ BORCHARDT, K. 2011. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la Unión Europea. p. 12. Disponible en <http://bookshop.europa.eu/es/el-abc-del-derecho-de-la-uni-n-europea-pb0A8107147/>

y única Unión Europea basada en un tratado constitucional único”¹⁴⁸. Sin embargo, este proyecto sufrió rotundos fracasos en los procesos de aprobación y referéndum. Concluyéndose finalmente, que una aspiración de este tipo debía ser discutida en otro momento.

En el año 2007 se adicionan dos nuevos miembros, Bulgaria y Rumanía. El mismo año se produce el último de los Tratados de reforma, el denominado Tratado de Lisboa. Por intermedio de este Tratado, se fusionan la Comunidad y la Unión en una única UE. Además se establece que serán tres tratados los que conformarán la base del Derecho de la Unión: el Tratado de la UE, el Tratado de Funcionamiento de la UE y el Tratado constitutivo de EURATOM. Se otorgan nuevas competencias al Parlamento y el procedimiento de codecisión pasa a denominarse procedimiento legislativo ordinario, entre muchas otras reformas. El último Estado en incorporarse fue Croacia, el 2013.

¹⁴⁸ BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 13.

Actualmente la UE posee 28 miembros, todos ya mencionados. Albania, Islandia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía han iniciado sus procesos de adhesión, en búsqueda de la incorporación definitiva a esta OI.

4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Las características propias de la UE hacen de ella una OI muy particular, que la hacen única en sistema jurídico internacional. Tales características fueron expuestas por el Tribunal de Justicia de la CEE en dos sendas sentencias en los años 1963 y 1964. La primera de ellas, el Asunto Van Gend & Loos¹⁴⁹, fue un recurso interpuesto a raíz del cobro excesivo de un arancel aduanero. El tribunal expresa en su decisión que “ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”. Así el Tribunal sentaba las bases del Derecho Comunitario, en cuanto a su

¹⁴⁹ Tribunal de Justicia CEE. *Asunto entre NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos y Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa)*. Sentencia 5 de Febrero de 1963.

obligatoriedad tanto para los Estados, como para los particulares. La segunda sentencia, el Asunto Costa Enel¹⁵⁰, respondió a un recurso en el cual se alegaba que la nacionalización de la empresa de electricidad ENEL violaba el Derecho Comunitario. En su sentencia, el Tribunal de Justicia, amplía su fundamentación en cuanto a la naturaleza jurídica de la Unión, exponiendo en los considerandos que “el instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materia específica, han creado un cuerpo normativo aplicado a sus nacionales y a sí mismos”. Luego continúa diciendo “que esta integración en el derecho de cada país miembro de las disposiciones precedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior,

¹⁵⁰ Tribunal de Justicia CEE. *Asunto entre Flaminio Costa y Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)*. Sentencia 15 de Julio de 1964.

que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”. En esta sentencia el Tribunal hace referencia a la delegación de soberanía que realizan los miembros hacia la Comunidad y posteriormente se refiere a la imposibilidad de dictación de una norma interna en contravención con el Derecho Comunitario, el cual fue previamente aceptado por el propio Estado.

Habiendo revisado estas importantes sentencias, podemos determinar las características propias de la UE frente al resto de las OI. Las cuales según Diez de Velasco son¹⁵¹:

- a) Los objetivos de integración, que provocan el dinamismo propio en el Derecho Comunitario.
- b) La estructura institucional, que garantiza la representación del pueblo europeo, además de la representación estatal.
- c) Las fuentes del derecho derivado, con las directivas como peculiaridad.
- d) La eficacia directa del derecho comunitario en el ámbito interno.

¹⁵¹ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 673.

- e) La atribución de competencias a la Unión, la que por contraparte limita las competencias de los Estados.
- f) La primacía del Derecho de la Unión, el cual prevalece por sobre la legislación nacional y no puede ser derogado ni modificado por la misma¹⁵²

La UE posee elementos propios de una OI, categoría a la cual obviamente pertenece. Sin embargo, la delegación de soberanía, la independencia de sus Instituciones y la relación jurídica que se genera con los nacionales de los miembros, nos hacen remitirnos al concepto de “supranacionalidad”, el cual no se encuentra presente en ninguna otra OI. Este término de acuerdo a José Martín y Pérez de Nanclares “aporta importantes elementos explicativos de las peculiaridades comunitarias y constituye una categoría especialmente útil para matizar el encuadre de la Unión Europea dentro del Derecho Internacional Público”¹⁵³.

¹⁵² BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 35.

¹⁵³ MARTÍN Y PÉREZ, J. 2003. *El Federalismo Supranacional: ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?*. Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo. p. 48.

Dentro del Derecho Comunitario existen elementos propios de una Federación. Pese a que en muchos Estados miembros de la UE existe reticencia a hablar de una Federación europea, es claro que dentro de la estructura institucional de la Unión, así como en la forma de generar y aplicar el Derecho existen elementos que nos permiten hablar al menos de un atisbo de Federación. Dicho esto, de todas formas resulta excesivo e incluso aventurado referirse a la UE como una Federación. En vista de esto, el propio autor español Martín y Pérez de Nanclares acuña el término “Federación supranacional”, el cual permitiría acoger ambos conceptos dentro de una misma caracterización. Se refiere a él diciendo que “ensamblaría los postulados de la supranacionalidad y del federalismo para englobar dentro de sí las categorías analíticas precisas para explicar los elementos iusinternacionalistas, constitucionales y federales del objeto comunitario. Presenta además el valor añadido de ser uno de los (posibles) soportes conceptuales sobre el que asentar el desarrollo jurídico y político de la integración comunitaria(...)”¹⁵⁴. Este término es una excelente síntesis de los componentes de la UE y clarifica la dualidad, casi antagónica, que se

¹⁵⁴ MARTÍN Y PÉREZ, J. 2003. *op. cit.* p. 151.

presenta entre la supranacionalidad y el federalismo. Así, la Federación europea es un objetivo que aún tiene mucho por recorrer.

4.3 INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 13 del Tratado de la Unión Europea, dispone que las instituciones de la Unión son las siguientes: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia de la UE, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas. La finalidad de este marco institucional, según expresa el mismo artículo son “promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de los ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia , eficacia y continuidad de sus políticas y acciones”. Este “extenso sistema institucional”¹⁵⁵, fue establecido como tal con el Tratado de Lisboa de 2007, como sucesor del tradicional sistema “cuatripartito”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 6ª ed. Madrid, Tecnos. p. 166.

¹⁵⁶ *Ibid.*

Dicho lo anterior, en razón del interés de este trabajo, nos enfocaremos en el denominado “triángulo institucional”, compuesto por la Comisión, el Consejo de la Unión (en adelante Consejo) y el Parlamento. Son estas instituciones las que intervienen en la formación del derecho derivado de la Unión. Este sistema, en el cual la Comisión propone, mientras el Consejo y el Parlamento deliberan es un sistema de redes ¹⁵⁷ que permite la intervención conjunta de órganos sin una clara separación de poderes, propia de los sistemas institucionales nacionales. A este sistema se le dio el nombre de “método comunitario” que “se caracteriza por poner en juego muchos intereses y factores; genera una dinámica compleja que exige negociar y dialogar entre las tres instituciones decisorias; no deja en manos de una persona ni tan siquiera de una Institución la responsabilidad de una decisión, diluyendo y repartiendo el poder entre varias Instituciones”¹⁵⁸. Analizaremos a continuación cada una de estas tres instituciones y en un posterior apartado, el procedimiento para la formación de derecho derivado obligatorio, tanto para los Estados miembros como para sus nacionales.

¹⁵⁷ QUERMONNE, J. 2004. *El Sistema Político de la Unión Europea: De las Comunidades Económicas a la Unión Política*. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. p. 44.

¹⁵⁸ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 169.

4.3.1 EL PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo ocupa un lugar central en la institucionalidad comunitaria, ya que se trata de la única institución que goza de “legitimidad democrática directa”¹⁵⁹, al ser elegidos sus miembros, representantes directos de los ciudadanos, por sufragio universal directo, libre y secreto, según dispone el artículo 14.3 del TUE. Actualmente, el Parlamento está compuesto por 751 diputados (750 más el Presidente) y ningún Estado miembro puede elegir menos de seis, ni más de 96 representantes. El sistema de elección de los eurodiputados, es el reflejo del principio de democracia representativa¹⁶⁰, según el cual los ciudadanos se encuentran directamente representados y tienen derecho a participar en la vida

¹⁵⁹ TAJADURA, J. 2010. *El Futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*. Granada, Editorial Comares. p. 62.

¹⁶⁰ Artículo 10 del TUE:

1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.
2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.

Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien antes sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y posible a los ciudadanos.
4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.

democrática de la UE. Las decisiones se adoptan, por regla general, en base a la mayoría absoluta de los votos emitidos. Sin embargo, existen decisiones que por su importancia deben adoptarse por mayoría absoluta de sus miembros.

La Cámara de diputados de la UE ejerce un fuerte control de carácter político sobre el resto de las instituciones que componen la Unión. Entre los instrumentos que dispone el Parlamento para el cumplimiento de esta función encontramos las interpelaciones o preguntas (dirigidas a la Comisión, el Consejo o al Banco Central Europeo); la recepción y discusión de un Informe General anual de la Comisión, el cual puede llegar incluso a la presentación de una moción de censura en contra de la Comisión que debe ser aprobada por 2/3 de los diputados en ejercicio; y el nombramiento del Presidente de la Comisión, así como la designación del Defensor del Pueblo, además es consultado en la nominación de los miembros del Tribunal de Cuentas y del Comité Ejecutivo del Banco Central.

En materia presupuestaria, el Parlamento debe aprobar el marco financiero plurianual y decidir sobre todas las partidas de gastos¹⁶¹. Adicionalmente, el Parlamento participa en la revisión de Tratados¹⁶², así como en el proceso de reforma de los mismos.

Finalmente, y como atribución fundamental, el Parlamento goza de competencia legislativa, al participar activamente en el proceso de producción normativa del derecho de la Unión. En un próximo apartado nos referiremos al procedimiento legislativo ordinario, sistema que culmina con la promulgación de un acto jurídico, el cual puede llegar a tener efecto obligatorio para todos los miembros de la Unión y sus ciudadanos.

4.3.2 EL CONSEJO

El Consejo está compuesto por un representante, de rango ministerial, de cada uno de los Estados miembros (28 miembros en total). Cabe hacer presente que la composición del Consejo varía según la formación del

¹⁶¹ BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 54.

¹⁶² Ya sea, tratados relacionados con el procedimiento legislativo o en tratados de adhesión.

mismo, la que depende del tema a tratar o las personas presentes. Actualmente, de acuerdo a la información oficial, existen nueve posibles formaciones del Consejo¹⁶³. Por tanto, no existen miembros permanentes para esta Institución. La composición intergubernamental del Consejo, sumada a la representación democrática directa del Parlamento, permiten concluir que la Unión “responde al principio de doble legitimidad, ciudadana y estatal (art. 10.2 TUE)”¹⁶⁴. La Presidencia del Consejo será asumida por un sistema de rotación, en el que todos los miembros la asumirán de manera sucesiva. Como excepción, la formación de Asuntos Exteriores será presidida por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El Consejo comparte con el Parlamento dos funciones. En primer lugar, la función legislativa. Luego, la función presupuestaria, estableciendo el proyecto de presupuesto que luego debe ser aprobado por el Parlamento. En otras materias, el Consejo posee poder de decisión en cuanto a la coordinación de políticas dentro de la Unión. Dentro de los casos en que el Consejo tiene atribuciones de coordinación encontramos: la supervisión de

¹⁶³ Véase BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 61.

¹⁶⁴ TAJADURA, J. 2010. *op. cit.* p. 74.

“la evolución económica de cada uno de los Estados miembros y de la Unión, así como la coherencia de las políticas económicas con las orientaciones generales”¹⁶⁵ o la coordinación estratégica en materias como empleo, salud pública o industria.

4.3.3 LA COMISIÓN

“En la arquitectura institucional de la Unión, la Comisión se configura como el órgano genuinamente comunitario o supranacional. Puede ser definida como la institución que encarna, promueve y defiende el interés general de la Unión”¹⁶⁶. La cita anterior, refleja el espíritu con el que fue creada la Comisión. Es el órgano independiente de la Unión por excelencia, ya que los comisarios no responden a ningún Estado miembro ni institución alguna. Así, la Comisión está compuesta por un representante de cada Estado miembro (28 comisarios), los cuales serán elegidos “en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia”, según dispone el artículo 17.3 del TUE.

¹⁶⁵ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 258.

¹⁶⁶ TAJADURA, J. 2010. *op. cit.* p. 79.

Vale hacer referencia al hecho de que el Tratado de Lisboa de 2007 modificó la composición de la Comisión con el objetivo de dotar a este cuerpo de real independencia, la cual se veía amenazada al contar cada Estado con un representante. Por otro lado, la toma de decisiones se veía notablemente dificultada con un número de 27 comisarios, en aquel momento. De esta forma, se creó una fórmula por la cual la Comisión estaría compuesta por una cantidad de miembros igual a $2/3$ de Estados de la UE. Este sistema de rotación garantizaba que cada país tuviera un representante en la Comisión en dos de cada tres períodos consecutivos. Sin embargo, se reservó la decisión final al Consejo Europeo, órgano político compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno, el cual podía revocar lo resuelto en el Tratado de 2007. En el proceso de aprobación interna de este Tratado, en cada Estado miembro, surgieron naciones que no estaban dispuestas a perder a su comisario. Así la UE ofreció como garantía a Irlanda, que mantendría a su comisario, con vistas a asegurar la aprobación total del Tratado de Lisboa por parte de este país. Este fue un fuerte golpe a la independencia de la Comisión, que en definitiva acerca a la Unión a la intergubernamentalidad y la aleja de la supranacionalidad.

El Presidente de la Comisión ostenta una posición reforzada respecto al resto de los Comisarios. Tiene competencia para decidir las orientaciones respecto a las cuales la Comisión desempeñará sus funciones y la determinación de la organización interna, tal como dispone el artículo 17.6 del TUE. La elección del Presidente se llevará a cabo por medio de una propuesta del Consejo Europeo, quien hará llegar al Parlamento el candidato que considera adecuado, para su aprobación por mayoría cualificada. El proceso se repetirá en caso de no ser aprobado el candidato por el Parlamento. El Presidente una vez elegido intervendrá en la elección de los Comisarios en conjunto con el Consejo Europeo. El Parlamento deberá dar su aprobación a la Comisión, la cual de manera colegiada se someterá a esta votación.

Otra figura importante dentro de la Comisión, es el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que detenta el cargo de Primer Vicepresidente y es elegido por el Presidente de la Comisión, bajo propuesta del Consejo Europeo. Según dispone el artículo 18 del TUE, el Alto Representante se encargará de la política exterior y seguridad común de la UE, contribuyendo con sus propuestas a la

elaboración y ejecución de dicha política como mandatario del Consejo Europeo. De igual manera, actuará en relación con la política común de seguridad y defensa. Se encargará de la presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores y como dijimos será el Primer Vicepresidente de la Comisión. Como se puede observar se trata de una figura transversal, que genera controversia en cuanto a que se verían afectadas “tanto la colegialidad como la independencia”¹⁶⁷ de la Comisión y el resto de las instituciones.

Entre sus funciones, la Comisión goza del derecho de iniciativa legislativa, el cual le otorga el poder de presentar propuestas de legislación al Consejo y al Parlamento¹⁶⁸. Esta función puede ser compartida en algunos casos excepcionales que serán debidamente señalados. Se le encarga la función de vigilar la adopción de tratados, así como su

¹⁶⁷ TAJADURA, J. 2010. *op. cit.* p. 84. Estima este autor: “La colegialidad (se vería afectada) porque el Alto Representante no es un comisario como los demás, sino que se ve reforzada su legitimidad por ser nombrado directamente por el Consejo Europeo. La independencia porque uno de los miembros de la Comisión tiene que aceptar instrucciones de los Estados miembros. Y a mayor abundamiento las competencias del Alto Representante pueden colisionar con las del Presidente de la Comisión en materia de representación exterior”.

¹⁶⁸ Según Mangas Martín, en MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 205: “El derecho de iniciativa revela que se ha confiado en la Comisión la concepción y la preparación de la legislación de la Unión y que le corresponde, en la inmensa mayoría de los casos, aportar en la concepción de las propuestas una visión de conjunto inspirada en el interés común de la Unión; en consecuencia, asume el papel de órgano <motor> de la Comunidad”.

implementación. Para ello, “persigue las violaciones del Derecho de la Unión en el marco del procedimiento por incumplimiento de los Tratados y, en caso necesario, recurre al Tribunal de Justicia. También actúa en caso de que personas físicas o jurídicas infrinjan el Derecho de la Unión e impone en numerosos casos severas sanciones”¹⁶⁹. Por otra parte, la Comisión posee poderes de gestión y decisión en numerosas materias, incluida la presupuestaria.

¹⁶⁹ BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 71.

4.4 EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN

Nos corresponde ahora, analizar los instrumentos que componen el Derecho derivado de la Unión. Este sistema de actos jurídicos, denominado “Derecho Institucional de la Unión” son la “expresión formal de la producción por las Instituciones de actos jurídicos vinculantes (y no vinculantes). Algo inapropiadamente suele identificarse con la ‘legislación europea’, expresión que se viene aceptando en el inadecuado pero expresivo sentido de que en él se contienen los elementos formales más parecidos a la actividad legislativa de un Estado”¹⁷⁰. Trataremos los instrumentos a los que hace referencia el artículo 288 del TFUE, es decir: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

4.4.1 LOS REGLAMENTOS

De acuerdo al artículo 288 del TFUE, el reglamento “tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. Se trata del instrumento más completo y eficaz con

¹⁷⁰ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 344.

que cuentan las Instituciones comunitarias y como tal, busca la unificación de los Derechos nacionales, al tender a la exclusión de “cualquier particularidad o diversidad interna en la materia por él regulada, limitada la intervención de los Estados al plano de mera administración o gestión”¹⁷¹.

Que los reglamentos tengan alcance general implica que son obligatorios y generan derechos para todos los ciudadanos de la Unión, así como también para las instituciones y los Gobiernos. Al contrario de las decisiones, que se aplican a situaciones particulares. Las situaciones en que sea aplicable el reglamento deben ser establecidas “de manera general y abstracta”¹⁷². Esto significa que no es posible reclamar en contra de un reglamento simplemente por no poder definir a quienes es aplicable, siempre y cuando la situación pueda ser determinada objetivamente y de manera clara.

Los reglamentos contienen obligaciones tanto de resultado como de medio. Deben aplicarse sus disposiciones en totalidad. Un Estado no podrá

¹⁷¹ ALONSO, R. 2007. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona, Thomson Civitas. p. 102.

¹⁷² MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 349.

seleccionar las disposiciones que estime más convenientes a sus intereses, aunque se haya opuesto a ellas en el proceso de producción del reglamento.

Los Estados miembros, por regla general, no pueden realizar ningún acto de recepción o reproducción del reglamento. Este instrumento tiene carácter de autosuficiente y cualquier actividad intermediaria del Estado significaría un perjuicio para la uniformidad pretendida en el Derecho derivado de la Unión, así como para su eficacia. Sin embargo, no se encuentra prohibido la implementación de actos de intermediación si es que el reglamento expresamente dispone tales actos, como medidas de desarrollo. También es posible habilitar implícitamente a los Estados. Así lo ha estimado el Tribunal de Justicia, “bien porque las instituciones comunitarias hubieren renunciado deliberadamente a adoptar disposiciones de carácter detallado, bien porque siempre deben abrirse las puertas a una actitud tendente a asegurar la mayor eficacia de la reglamentación comunitaria”¹⁷³.

Como es posible observar, los reglamentos se presentan como el medio más completo del que dispone la UE en cuanto a la obligatoriedad de la

¹⁷³ ALONSO, R. 2007. *op. cit.* p. 105.

resolución. Son lo más cercano a una ley que encontraremos en el Derecho de las Organizaciones Internacionales. El sustento del carácter normativo de los reglamentos, está en los Procedimientos Legislativos, tanto el ordinario como el especial. En ellos, intervienen órganos que gozan de legitimidad democrática. En especial, el Parlamento, elegido de manera directa por los ciudadanos de la Unión. Esta legitimidad democrática se traspaasa a los instrumentos expedidos por las instituciones de la UE, dando sustento político y jurídico a la obligatoriedad general en el caso de los reglamentos.

4.4.2 LAS DIRECTIVAS

Las directivas al igual que los reglamentos buscan la convergencia de las legislaciones en los distintos Estados miembros de la Unión. Sin embargo, a diferencia de los instrumentos descritos en el apartado anterior, las directivas respetan las singularidades de la legislación nacional. Así, la directiva se define por el artículo 288 del TFUE como aquella que “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”. Aquí, las actividades de intermediación son de la naturaleza

del instrumento, al entregarse al Estado la misión de “transposición de la directiva” entendida esta, como “la obligación de los Estados de adoptar las normas internas necesarias para el cumplimiento del objetivo previsto en la directiva con el margen de discrecionalidad que supone la elección de la forma y los medios”¹⁷⁴.

Como se desprende del artículo citado, se trata de una obligación de resultados y no de medios. El único sujeto que se ve obligado por tal resultado es el Estado miembro al cual se dirige la directiva. Dicho resultado debe ser alcanzado en un plazo establecido en la propia directiva. En caso de no cumplirse en los plazos previstos la transposición, o si se hace de manera incompleta es posible interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. El cual ha resuelto que los particulares pueden invocar la imposición de una directiva en contra de una disposición interna, si esta última se contrapone a lo dispuesto por el instrumento comunitario. Según Borchardt, son cuatro las condiciones

¹⁷⁴ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 352.

requeridas para que se produzca el “efecto directo vertical” de las directivas¹⁷⁵:

- a) Que las disposiciones de la directiva determinen los derechos de los ciudadanos de la Unión o de las empresas de forma suficientemente clara y precisa.
- b) Que el ejercicio del derecho no esté vinculado a ninguna condición u obligación.
- c) Que el legislador nacional no tenga ningún margen de apreciación a la hora de fijar el contenido del derecho.
- d) Que haya expirado el plazo para la transposición de la directiva.

Mientras más precisa sea la directiva en sus términos más propensa será a aplicarse directamente, acercándose en cuanto a sus efectos a los reglamentos. El detallismo en las directivas a sido objeto de debate, ya que contravendría el principio de proporcionalidad, según el cual las acciones comunitarias no deben exceder más allá de las necesarias. Pese a lo anterior,

¹⁷⁵ BORCHARDT, K. 2011. *op. cit.* p. 71.

el Tribunal de Justicia no ha dictaminado nunca en contra del detallismo en las directivas¹⁷⁶.

4.4.3 LAS DECISIONES

Esta categoría de instrumentos comunitarios se diferencia del resto, en que sus destinatarios son sujetos particulares. Buscan regular una situación específica. Para ello una decisión puede ser dirigida a un ciudadano o persona jurídica de la Unión, o a un Estado miembro.

En el supuesto de que la decisión sea dirigida a un sujeto particular, esta será “obligatoria en todos sus elementos”, tal como dispone el artículo 288 del TFUE. Es decir, su validez será única y exclusivamente individual, diferenciándose fundamentalmente de un reglamento de alcance general y abstracto. Por otro lado, la obligatoriedad será total y directa, tanto en los medios como en los resultados, para el destinatario, distinguiéndose en este sentido de una directiva.

¹⁷⁶ Véase ALONSO, R. 2007. *op. cit.* p. 109.

La definición presentada en el artículo 288 del TFUE pierde fuerza cuando la decisión es dirigida a un Estado miembro. Un acto jurídico de este tipo puede ordenar a un Estado o grupo de Estados la adopción de ciertas medidas, las cuales en caso de llevarse a cabo afectarían derechos propios de particulares. De darse esta situación, una decisión tendría la capacidad de provocar efectos jurídicos en sujetos más allá de sus destinatarios originales. Por esto, se dice que la decisión es un instrumento jurídico de difícil calificación, ya que presenta matices que dificultan su encasillamiento. Así se ha dicho que “estos tipos, contruidos y caracterizados en el Derecho de la Unión en función de su utilidad para determinados fines, evolucionan y se adaptan a la propia expansión y exigencias del sistema jurídico de la UE”¹⁷⁷

4.4.4 LAS RECOMENDACIONES Y LOS DICTÁMENES

Corresponde ahora analizar aquellos instrumentos que el artículo 288 del Tratado define como no vinculantes. Una recomendación es una sugerencia de comportamiento a seguir. Mientras que un dictamen es una opinión o

¹⁷⁷ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 354.

evaluación en relación a una situación o proceso dentro de la Unión. Pese a ser caracterizados como no vinculantes, estos instrumentos pueden provocar consecuencias jurídicas tal como lo ha dispuesto el Tribunal de Justicia, refiriéndose a que “la recomendación debería ser considerada a efectos de interpretación de las normas nacionales y de la Unión por los jueces nacionales”,¹⁷⁸

¹⁷⁸ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 356.

4.5 EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA

Nos referiremos ahora a la función legislativa en la UE. Se define como “la capacidad de decidir los elementos esenciales de un régimen jurídico en un ámbito dado, estableciendo los principios que lo rigen, los objetivos generales y los elementos esenciales que conllevan las opciones políticas fundamentales”¹⁷⁹. Serán actos legislativos todos aquellos que se produzcan por intermedio de un procedimiento legislativo, ya sea ordinario o especial. Pueden tomar la forma de reglamentos, directivas o decisiones.

Estos procesos de producción normativa se caracterizan por la cooperación y colaboración que existe entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento. Es por tanto, necesario un constante intercambio de información y opiniones, entre los miembros de estas instituciones, para lograr la adopción de uno de estos instrumentos.

¹⁷⁹ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 234.

4.5.1 EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

Conocido, hasta antes del Tratado de Lisboa, como procedimiento de codecisión, el Procedimiento legislativo ordinario es aquel “aplicable a la adopción de todo reglamento, directiva o decisión para cuya adopción los Tratados no hayan previsto especialmente un procedimiento legislativo especial”¹⁸⁰. Las materias que se regulan por intermedio de este procedimiento fueron ampliadas con el Tratado de Lisboa y actualmente son más de 90 preceptos¹⁸¹ donde se contienen las bases jurídicas de estas materias.

¹⁸⁰ CERVELL, M. y GUTIÉRREZ, C. 2010. *La adaptación al Tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y su personalidad jurídica*. Granada, Editorial Comares. p. 35.

¹⁸¹ Véase MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 236. De acuerdo con estos autores las materias reguladas bajo este procedimiento comprenden: no discriminación, ciudadanía, mercado interior, espacio de libertad, seguridad y justicia, aproximación de legislaciones, transportes, empleo, cooperación aduanera, política social, igualdad de oportunidades y trato, protección de consumidores, redes transeuropeas, cohesión económica y social, investigación y desarrollo, medio ambiente, cooperación al desarrollo, transparencia, lucha contra el fraude, etc.

4.5.1.1 PRIMERA LECTURA

La propuesta legislativa corresponde a la Comisión, en razón de su derecho de iniciativa¹⁸². Esta es presentada simultáneamente, tanto al Consejo como al Parlamento. Así, ambos organismos conocen en el mismo momento de la propuesta y sus trabajos se realizan de manera paralela. Además, debe ser remitida al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

El Parlamento analiza la propuesta, por intermedio de un informe, redactado por una comisión, la cual se constituye en razón de la materia sobre la que versa la propuesta. Una vez emitido el informe es el pleno del Parlamento quien decide, pudiendo por mayoría absoluta de los votos emitidos¹⁸³:

¹⁸² La propuesta, excepcionalmente, puede corresponder a un cuarto de los Estados miembros, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de Inversiones, al Parlamento Europeo y al Tribunal de Justicia.

¹⁸³ Los Tratados no han estipulado plazo alguno para que tanto el Parlamento como el Consejo emitan su posturas en primera lectura.

- a) Aceptar la propuesta de la Comisión,
- b) Enmendar la propuesta realizada por la Comisión.

Una vez recibida la opinión del Parlamento, el Consejo y previo a un exhaustivo examen de la propuesta que incluye la constitución de numerosos comités y la participación del COREPER¹⁸⁴, podrá expresar las siguientes posturas:

- a) Aprobar la posición del Parlamento adoptada en primera lectura, ya sea por mayoría cualificada en el caso de los preceptos no modificados por el Parlamento o por unanimidad en aquellos, que si lo fueron. De producirse la aprobación el acto se entiende adoptado y debe publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- b) Rechazar, por unanimidad, la postura del Parlamento y realizar enmiendas a la misma. Debiendo transmitirse tal rechazo al Parlamento, en conjunto con los motivos que lo fundamentan.

¹⁸⁴ Véase MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 238.

4.5.1.2 SEGUNDA LECTURA

El Parlamento tiene 3 meses (ampliables por uno más) para proceder a la votación acerca de la posición del Consejo en primera lectura. Previo informe de la comisión parlamentaria, el pleno del Parlamento adoptará una de las siguiente posturas:

- a) Aprobar, por mayoría de los votos emitidos, la propuesta del Consejo en primera lectura. En este caso, el acto se entenderá adoptado y se procederá a su publicación en el Diario Oficial de la UE. Misma consecuencia tendrá el silencio del Parlamento una vez transcurrido el plazo de 3 meses prorrogable.
- b) Rechazar la propuesta del Consejo en primera lectura, por mayoría de los miembros. De producirse este rechazo el procedimiento se termina y por consecuencia, el acto no es adoptado.
- c) Realizar enmiendas a la posición del Consejo en primera lectura, por mayoría de los miembros. Debiendo transmitirse tal propuesta a la Comisión, que emite un dictamen positivo o negativo, y al Consejo.

El Consejo, una vez recibidas las enmiendas del Parlamento y considerando el dictamen de la Comisión, puede:

- a) Aprobar todas las enmiendas propuestas por el Parlamento. Aquellas enmiendas que obtuvieron el visto bueno de la Comisión deberán aprobarse por mayoría cualificada. Aquellas que no lo hicieron, deberán adoptarse por unanimidad. El acto se entenderá, en este caso, aprobado y se procederá a su publicación.
- b) No aprobar todas las enmiendas propuestas por el Parlamento. De producirse esta situación, tanto el Presidente del Consejo como su símil del Parlamento convocarán al Comité de Conciliación, dentro de un plazo de 6 semanas prorrogables por 2 más.

El Comité de Conciliación estará compuesto por igual número de representantes, tanto del Consejo como del Parlamento. La Comisión también participará en las sesiones del Comité. La misión de este cuerpo será buscar un acuerdo entre sus miembros en relación a las propuestas de enmienda del Parlamento y la posición del Consejo. El acuerdo deberá

alcanzarse por mayoría cualificada en el caso de los miembros representantes del Consejo y por mayoría de los miembros que representen al Parlamento Europeo. De esta forma, existen dos posibles situaciones:

- a) El Comité de Conciliación no logra llegar a acuerdo. El acto no se adoptará y se dará por finalizado el procedimiento.
- b) Llegar a un acuerdo entre sus miembros. Puede lograrse por adopción de un texto conjunto o por canje de notas. De igual forma, se expedirá un texto conjunto el cual será transmitido a los Presidentes del Parlamento y del Consejo, por intermedio de una carta.

4.5.1.3 TERCERA LECTURA

Tanto el Parlamento como el Consejo, disponen de un plazo de 6 semanas (prorrogable por 2 más) para confirmar el texto conjunto propuesto por el Comité. El Parlamento deberá aprobarlo por mayoría absoluta de los votos emitidos, mientras que el Consejo, por mayoría cualificada. Una vez aprobado será publicado en el Diario Oficial. De no confirmarse, por alguna de ambas instituciones, el acto no será adoptado.

4.5.2 PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS ESPECIALES

Consagrados en el artículo 289.2, los procedimientos legislativos especiales son adoptados por el Parlamento Europeo o el Consejo, con participación del otro órgano. Es decir, el acto legislativo puede ser adoptado por el Parlamento, con participación o consulta al Consejo o por este último, con participación o consulta a aquel. Siempre una de las dos instituciones tendrá preponderancia sobre la otra.

Estos procedimientos están consagrados de manera excepcional y se disponen exclusivamente para cada situación. Mangas y Liñán destacan que los procedimientos especiales son “muy casuísticos, ya sea en materia de iniciativa, ya de consultas o de votación; caso por caso, se marca el itinerario que seguirá cada acto, frente a la uniformidad del procedimiento ordinario”¹⁸⁵. De esta manera, un procedimiento legislativo especial nunca será igual a otro. Finalmente, cabe destacar que bajo la esfera del Consejo caen muchos más actos que son posibles de adoptar, que en el Parlamento.

¹⁸⁵ MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *op. cit.* p. 242.

CAPÍTULO V: LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Naciones Unidas es la organización universal por excelencia. Prácticamente todas las naciones del mundo tienen el carácter de miembro de esta organización. Tiene como finalidad principal el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tal como se dispone el artículo primero de su Carta. Es en este contexto que realiza las acciones que nos interesan en este trabajo. A través del Consejo de Seguridad, uno de sus principales órganos y probablemente el más polémico, la ONU puede generar resoluciones obligatorias para sus miembros. Aunque siempre descrito como una excepción, esta facultad encuentra sustento constitucional en la propia Carta de Naciones Unidas.

Es importante tener presente que NU se ha convertido en el mayor instrumento con el que cuenta la comunidad internacional para el mantenimiento de la paz entre las naciones. El Consejo de Seguridad a lo largo de su historia ha jugado un papel preponderante en este aspecto, ya sea por su accionar o su no accionar. Intentaremos en este último capítulo analizar las formas en que este órgano ha aportado a la legislación

internacional. Por último, no dejaremos de lado las ideas de reforma del Consejo, en búsqueda de mejorar la representatividad del mismo, así como sus decisiones.

5.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la Conferencia de San Francisco, llevada a cabo entre el 25 de abril y el 26 de junio de 1945, se adoptó el instrumento fundante o constitucional de la Organización de Naciones Unidas denominado Carta de las Naciones Unidas, y como anexo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este documento fue el fruto de una extensa serie de negociaciones que se remontan al 12 de junio de 1941, en pleno desarrollo de la II Guerra Mundial, con la Declaración de los Aliados. Son de importancia histórica la Carta del Atlántico, suscrita el 14 de agosto de 1941; la Declaración de Washington o de Naciones Unidas, firmada 1 de enero de 1942 y la Declaración de Moscú, del 30 de octubre de 1943. Previo a la reunión en San Francisco, se celebraron dos conferencias, las Conferencias de Dumbarton Oaks (21 de agosto al 7 de octubre de 1944) y la, de Yalta (5 al 12 de febrero de 1945).

La Carta fue suscrita por 50 estados, de los cuales 46 correspondían a invitados por las 4 grandes potencias. A saber, Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y China. Pese a la amplia participación, fueron estas 4 naciones las que sentaron las bases del instrumento. Así lo expresa Pastor Ridruejo, “si bien fueron numerosas las enmiendas de las potencias invitadas, los cuatro grandes sólo accedieron a las de importancia menor; en las cuestiones realmente relevantes, estos últimos lograron con facilidad imponer sus puntos de vista”¹⁸⁶.

5.2 LA CARTA

La Carta de Naciones Unidas está compuesta por 111 artículos, además del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se considera parte integrante de la misma.

Actualmente, no existe duda en cuanto al carácter constitucional de la misma¹⁸⁷, basado principalmente en los artículos 2.6 y 103. En ellos se

¹⁸⁶ PASTOR, J. 2009. *op. cit.*, p. 694.

¹⁸⁷ Véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 151 y PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 695.

expresa que NU podrá impetrar medidas contra aquellos Estados que violen los principios relativos a la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, sean o no miembros de la Organización. Luego, se dice que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecerán por sobre cualquier otra obligación emanada de otro tratado. De esta forma, no se da lugar a dudas sobre la posición de privilegio que tiene la Carta en el Derecho Internacional, y que encuentra su fundamento en el universalismo del que goza la Organización de Naciones Unidas.

En cuanto a la reforma de la Carta, debemos decir que el artículo 108 dispone que deberá contarse con el voto conforme de los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Este requisito atenta contra el principio democrático, ya que en definitiva estos miembros cuentan con derecho de veto frente a cualquier reforma que se plantee.

5.3 ORGANISMOS PRINCIPALES

Nos referiremos en este apartado a los dos organismos fundamentales en la estructura de Naciones Unidas, a saber la Asamblea y el Consejo de Seguridad. Ambos, en conjunto con la Corte Internacional de Justicia¹⁸⁸, forman el cuerpo de órganos principales y autónomos de la ONU.

La estructura orgánica de NU es sumamente compleja. El número de órganos se ha multiplicado de manera notable a lo largo de la historia de la Organización. Muestra de ello, es el proceso vivido por los denominados órganos subsidiarios. Diez de Velasco explica que este fenómeno se debe a “la autorización expresa contenida en el art. 7, numero 2º, de la Carta, que faculta para establecer, de acuerdo con las disposiciones de la misma, los órganos que se estimen necesarios. De esta facultad ha venido haciéndose uso muy amplio bajo diversas denominaciones, tales como comisiones, comités, órganos y organismos subsidiarios y auxiliares”¹⁸⁹. No diremos

¹⁸⁸ El Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y el Secretario General son considerados órganos principales, de autonomía reducida.

¹⁸⁹ DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 151 y PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 205.

más sobre estos órganos por no ser relevante para el objetivo de esta memoria.

5.3.1 LA ASAMBLEA GENERAL

La Asamblea General (AG) es un órgano plenario, ya que está compuesta por la totalidad de los miembros de NU. Cada miembro puede tener un máximo de 5 delegados, más sus respectivos suplentes. La AG se reúne una vez al año de manera ordinaria, por lo general el tercer martes del mes de septiembre. Además es posible la constitución de la Asamblea en sesiones extraordinarias o extraordinarias de emergencia, si así lo exigen las circunstancias.

Las decisiones son tomadas de dos formas. De acuerdo al artículo 18 de la Carta, en el caso de las decisiones importantes¹⁹⁰ será necesaria la

¹⁹⁰ Son cuestiones importantes, según dispone el artículo 18.2: las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la elección de los miembros del Consejo Económico y Social, la elección de los miembros del Consejo de Administración Fiduciaria de conformidad con el inciso c, párrafo 1, del artículo 86, la admisión de nuevos Miembros a las Naciones Unidas, la suspensión de derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de

aprobación de los 2/3 de la totalidad de la Asamblea, mientras que el resto de las cuestiones serán resueltas por simple mayoría. Sin embargo, se practica constantemente el método del consenso¹⁹¹, como forma de adoptar recomendaciones. De esta forma, se dota de amplia aceptación a cualquier resolución adoptada.

La AG goza de una competencia genérica de suma relevancia. Establecida en el artículo 10 de la Carta, este órgano principal está facultado para discutir cualquier asunto o cuestión dentro de los límites de la Carta o referidos a los poderes y funciones de cualquier órgano creado por ella, así como a realizar recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Estados miembros, al Consejo de Seguridad y a éste o aquellos. Se establece como límite a esta atribución, en el artículo 12, que la AG deberá abstenerse de hacer alguna recomendación, si el Consejo está ejerciendo sus funciones respecto de alguna controversia o situación.

Miembros, la cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y cuestiones presupuestarias.

¹⁹¹ Véase SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *op. cit.* p. 507.

De manera específica, la Asamblea tiene competencias en el orden del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Aún así, como dijimos en el párrafo anterior, ningún acuerdo puede adoptar la AG, si el Consejo se encuentra conociendo del asunto. A menos, que el Consejo de Seguridad así los disponga. Es este último órgano quien tiene la responsabilidad primordial a este respecto. Otras atribuciones específicas relevantes son generar recomendaciones en el ámbito del arreglo pacífico de controversias, la promoción de estudios y la adopción de recomendaciones para promover la cooperación internacional en el campo político y la promoción e impulso del desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación¹⁹².

5.3.2 EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Analizaremos ahora el órgano al cual le corresponde de manera primordial el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El Consejo de Seguridad, como veremos, cuenta con funciones que lo asemejan a un órgano de carácter ejecutivo, aunque sin llegar a serlo.

¹⁹² Véase DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *op. cit.* p. 207.

Compuesto por 15 miembros, 5 de ellos con carácter permanente (P5) y 10 no permanentes. Los miembros permanentes son: Estados Unidos, Francia, Rusia, China y el Reino Unido. Los miembros no permanentes son elegidos por la AG cada dos años de acuerdo a criterios geográficos de la siguiente manera: 5 Estados de África o Asia, 1 de Europa Oriental, 2 de Latinoamérica y 2 de Europa Occidental u otros. Esta configuración ha estado sujeta a numerosas críticas relativas a la poca representatividad en relación al gran número de naciones que forman parte de Naciones Unidas. El número de miembros prácticamente se ha cuadruplicado desde su creación en 1945. Por un lado existen miembros que pese a aportar de manera significativa en el financiamiento y gestión de la paz y seguridad internacionales no son incluidos como miembros permanentes. Tal es el caso de Alemania y Japón (es importante destacar que ambas naciones fueron derrotadas en la II Guerra Mundial, por lo que se vieron imposibilitadas de participar en cualquier acuerdo entre las grandes potencias). Se han presentado numerosas propuestas de reforma a la configuración del Consejo de Seguridad¹⁹³, que contemplan la ampliación tanto del número de miembros permanentes como de los, no permanentes.

¹⁹³ Véase PASTOR, J. 2009. *op. cit.* p. 716.

Las reuniones del Consejo son periódicas. De acuerdo al artículo 28 de la Carta, debe ser organizado de tal manera que pueda funcionar de manera continua. Para tal efecto, cada miembro dispondrá de un representante permanente en la sede la Organización.

La toma de decisiones es probablemente el punto más conflictivo en cuanto al funcionamiento del Consejo de Seguridad. Para tal efecto las materias a tratar se dividen entre aquellas procedimentales y aquellas que no los son (no procedimentales o de fondo). Aquellas materias de procedimiento requieren para la adopción de decisiones del voto conforme de 9 miembros, cualquiera sea su calidad. Mientras que aquellas materias no procedimentales deben contar con el voto conforme de 9 miembros, entre los cuales deben estar los 5 votos correspondientes a cada uno de los miembros permanentes. A diferencia del primer método, los votos de los 5 miembros permanentes están en un nivel superior, otorgándoles un derecho a veto. Cualquier decisión debe contar con su aprobación, de no hacerlo la decisión no será adoptada. Incluso puede darse la situación de un doble veto, ya que la discusión acerca de si una materia es de carácter procedimental o no, se define como una cuestión de fondo y por tanto,

susceptible de veto. La idea subyacente, cuando se instauró este mecanismo, era evitar el enfrentamiento directo entre potencias, lo que habría llevado a una crisis de proporciones gigantescas dentro del seno de la ONU. Tal como lo expresa la profesora Torres Cazorla, “el derecho a veto fue concebido y consagrado en la Carta de las Naciones Unidas como garantía que impidiese que la Organización pudiese transformarse en una alianza y quedarse puesta al servicio de un grupo de potencias frente a otro”¹⁹⁴. Sin embargo, en la práctica ha derivado en una parálisis del Consejo, especialmente en el período de desarrollo de la Guerra Fría.

Se ha procurado establecer mecanismos para disminuir el efecto del derecho a veto en la toma de decisiones. Tanto la abstención como la no participación en la votación no son considerados veto. Por otro lado, se ha ido estableciendo un procedimiento previo a la votación entre los miembros permanentes en el cual se negocian términos que luego se presentan a votación¹⁹⁵, requiriendo únicamente 4 votos más para su aprobación. Esto

¹⁹⁴ TORRES, M. 2008. *El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó el sistema*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional Año 1 (1). p.57.

¹⁹⁵ Véase TORRECUADRADA, S. 2010. El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad. *Agenda Internacional* Año 17 (28). p. 108.

constituye un abuso de la poca coordinación que existe entre los miembros no permanentes del Consejo.

Históricamente, la primera vez que se logró sobrepasar la barrera impuesta por el veto y se llegó a adoptar decisiones potentes fue en relación a los hechos ocurridos en la Guerra Civil coreana. Luego del avance de las Tropas de Corea del Norte hacia el sur, el Consejo de Seguridad, el día 25 de junio de 1950, llegó a la determinación que aquel acto constituía un quebrantamiento a la paz. Luego, el 27 de junio, se determinaron una serie de medidas contra el avance de los tropas norcoreanas, en las que se pedía el apoyo de los miembros para repeler la agresión, “proveyendo asistencia militar o de otro tipo, al comando unificado bajo la dirección de los Estados Unidos, requiriendo a los Estados Unidos designar un comandante de estas fuerzas y a autorizar al comando unificado a usar la bandera de NU en conjunto con las banderas de otros países participantes, a su discreción”¹⁹⁶.

La particularidad de esta situación estriba en que el representante de la Unión Soviética se ausentó de las votaciones, en protesta por la presencia

¹⁹⁶ Traducción libre. MURPHY, J. 1999. *Force and Arms*. En: *The United Nations and the International Law*. Editado por Christopher Joyner. Cambridge, Cambridge University Press. p. 108.

en el Consejo, del representante de China nacionalista en desmedro del, de la República Popular China. Al no presentarse no pudo activarse el veto, permitiendo la adopción de tales decisiones. Luego de la vuelta de la URSS al Consejo las decisiones fueron bloqueadas y el trabajo del Consejo se volvió infructífero, lo que llevo al abandono del estudio de la situación¹⁹⁷. En este caso es patente la imposibilidad que se presentaba, y que se sigue presentando, para la adopción de resoluciones por parte del Consejo de Seguridad. Se debe acudir a situaciones oportunas o interpretaciones extensas para lograr efectividad en el trabajo de este órgano. Aunque, en la actualidad las decisiones parecen tener una camino menos dificultoso para su adopción, se hace patente la necesidad de una reforma en el Consejo.

¹⁹⁷ Véase SEARA, M. 1982. Tratado General de la Organización Internacional. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. p. 289-293.

5.3.2.1 ADOPCIÓN DE DECISIONES OBLIGATORIAS PARA LOS MIEMBROS

Aunque interpretada de manera excepcional, la capacidad otorgada al Consejo de Seguridad por el artículo 25 de la Carta¹⁹⁸ nos permite establecer que dadas ciertas circunstancias el Consejo puede tomar decisiones que serán obligatorias, tanto para Estados miembros como no miembros, en concordancia con el artículo 2.6 de la Carta¹⁹⁹. Existe consenso en que medidas tomadas en el contexto del capítulo VII, que dice relación con los actos de amenaza o quebrantamiento de la paz, así como aquellos actos de agresión, serán obligatorias²⁰⁰. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia en una notable opinión consultiva relativa a la continuación de la presencia sudafricana en Namibia, del 21 de junio de 1971, estimó que esta facultad puede extenderse incluso a decisiones tomadas en relación a otros capítulos de la Carta. Expreso la Corte lo

¹⁹⁸ Artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas: Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.

¹⁹⁹ Artículo 2.6 de la Carta de Naciones Unidas: La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida en que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

²⁰⁰ Véase Schermers, H. y Blokker, N. 1995. *op. cit.* p. 507 y LLANOS, H. 2009. *op. cit.*, p. 596.

siguiente: “Ha sido sostenido que el artículo 25 de la Carta se aplica sólo para medidas de ejecución adoptadas bajo el capítulo VII de la Carta. No es posible encontrar en la Carta ninguna base para esta visión. El artículo 25 no está confinado a decisiones respectivas a las acciones de ejecución sino que aplica a ‘las decisiones del Consejo de Seguridad’ adoptadas en concordancia con la Carta. A más abundancia, ese artículo está ubicado, no en el capítulo VII, sino que inmediatamente después del artículo 24 en esa parte de la Carta que trata sobre las funciones y poderes del Consejo de Seguridad”²⁰¹.

Pese a lo dictaminado por la Corte, aún persisten dudas respecto hasta qué punto llega la capacidad de la Corte de obligar a los Estados con sus decisiones. Dice al respecto Szasz, “debido a la considerable parálisis del Consejo en los años de Guerra Fría, la completa extensión de sus poderes aún no ha sido explorado. En particular, no está claro si el Consejo puede tomar decisiones legislativas generales, a diferencia de aquellas que se

²⁰¹ CIJ. *Sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. Opinión consultiva 21 de junio de 1971.

relacionan con una situación particular. Así, ¿puede el Consejo de Seguridad declarar que ciertos tipos de armas constituyen *per se* una amenaza para la paz y por tanto, prohibirlas o limitarlas? ¿Podría quizás incluso declarar que ciertas actividades no militares, como agresivos planes económicos o comportamiento inconsciente con las necesidades ambientales de la comunidad internacional, constituir amenazas para la seguridad mundial y por tanto, promulgar directivas o incluso, normas generales? Mientras tanto, todo esto permanece como territorio legal inexplorado”²⁰².

El Consejo de Seguridad tiene mucho por recorrer aún, para transformarse en el órgano que la comunidad internacional necesita. La atribución de más poderes al Consejo depende exclusivamente de la voluntad de los Estados, y particularmente de un reducido número de ellos. El derecho a veto debe revisarse, sin perder de vista el rol de equilibrio que juega en el seno del organismo. El número de miembros debe ampliarse para realmente dar cuenta de la configuración de la actual Organización de

²⁰² Traducción libre. SZASZ, P. 1999. *General Law-making process*. En: *The United Nations and the International Law*. Editado por Christopher Joyner. Cambridge, Cambridge University Press. p. 41.

Naciones Unidas. Sin embargo, nada impide que el actual Consejo de Seguridad lleve hasta el límite sus atribuciones, obligando a los Estados a acatar sus resoluciones, en la búsqueda de paz y seguridad mundiales.

CONCLUSIONES

En la actualidad podemos encontrar centenares de Organizaciones Internacionales, con los más diversos objetivos. Ninguna puede ser considerada igual a la otra. Pese a compartir características comunes, cada una posee un desarrollo jurídico diferente. Así, para poder estudiar las resoluciones que emanan de estas organizaciones es necesario adentrarse en el derecho propio de cada organización.

Este análisis nos muestra que la organización que cuenta con los instrumentos jurídicos más óptimos en cuanto a su obligatoriedad, es la Unión Europea. El notable desarrollo institucional de esta organización se traduce en un aceitado sistema legislativo en el que participan sus 3 órganos más importantes. La Comisión como órgano independiente, el Consejo como órgano intergubernamental y el Parlamento como representante directo del pueblo europeo.

Los países miembros de la UE han acordado el respeto por estos instrumentos. El Tratado de la Unión Europea contempla al Tribunal de

Justicia como garante de tal obligatoriedad, habiéndose emitido una serie de sentencias que así lo han corroborado. El instrumento más sofisticado dentro del sistema de la Unión es el reglamento, cuyo alcance es general, total y directo en los nacionales de los miembros.

En tanto, la Organización de Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, contempla excepcionalmente la obligatoriedad de sus decisiones. El desarrollo en este sentido es aún escaso y en muchas ocasiones el Consejo se ha visto imposibilitado de ejercer su función por la existencia del derecho a veto por parte de los miembros permanentes. Como dijimos, las reformas en el Consejo son necesarias y urgentes, en orden a lograr eficiencia en la misión primordial de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Consideramos que un órgano como el Consejo de Seguridad debe poder hacer valer sus resoluciones frente a los Estados, y actualmente no lo está haciendo de manera correcta.

Finalmente, diremos que para considerar a las resoluciones de Organizaciones Internacionales como fuente del Derecho Internacional aún queda mucho camino por recorrer. La supremacía de la soberanía de los

Estados en el plano internacional es aún abrumadora. La UE es el único caso que se vislumbra como relativamente exitoso, pero debe mejorar en temas de representatividad, especialmente en el interés de sus ciudadanos por la política a nivel europeo. Para lograr una verdadera comunidad internacional es necesario que los Estados cedan en sus intereses particulares y permitan que sea el bien de la comunidad el que dicte los caminos a seguir. Siendo éste, representado por las Organizaciones Internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALONSO, R. 2007. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona, Thomson Civitas. 305 p.
- 2) ALVAREZ, J. 2005. *International Organizations as Law-makers*. Reino Unido, Oxford. 660 p.
- 3) BORCHARDT, K. 2011. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Luxemburgo, Oficina de publicaciones de la Unión Europea. 143 p.
- 4) BROWNLIE, I. 2008. *Principles of Public International Law*. 7ª ed. Nueva York, Oxford University Press. 784 p.
- 5) CERVELL, M. y GUTIÉRREZ, C. 2010. *La adaptación al Tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y su personalidad jurídica*. Granada, Editorial Comares. 132 p.
- 6) DIEZ DE VELASCO, M. 2007. *Las Organizaciones Internacionales*. 14ª ed. Madrid, Tecnos. 883 p.
- 7) DIEZ DE VELASCO, M. 2009. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª ed. Madrid, Tecnos. 1175 p.

- 8) FIGUEROA, U. 1989. *Manual de Organismos Internacionales*, Santiago, Editorial Jurídica. 535 p.
- 9) GAMBOA, F. y FERNÁNDEZ M. 2013. *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Santiago. 3ª ed. Legal Publishing. p. 37.
- 10) JENNINGS, R. Y WATTS, A. 1996. *Oppenheim's International Law, V. I*, London, Longman.
- 11) JOYNER, C. (ed). 1999. *The United Nations and the International Law*. Cambridge, Cambridge University Press. 474 p.
- 12) LLANOS, H. 2009. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y Fuentes. T. I*. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 649 p.
- 13) MALANCZUK, P. 1997. *Akehurst's Introduction to International Law*. 7ª ed. Nueva York, Routledge. 449 p.
- 14) MARTÍN Y PÉREZ, J. 2003. *El Federalismo Supranacional: ¿Un nuevo modelo para la Unión Europea?*. Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo. 165 p.

- 15) MARTÍNEZ, J. 2007. *Introducción al Derecho y las Instituciones de la Unión Europea*. Santiago, Editorial Jurídica. 271 p.
- 16) MANGAS, A. y LIÑÁN, D. 2010. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 6ª ed. Madrid, Tecnos. 580 p.
- 17) PASTOR, J. 2009. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 13ª ed. Madrid, Tecnos. 831 p.
- 18) PECOURT-GARCÍA, E. 1974. *La Acción Normativa de las Organizaciones Internacionales*. En: *Revista Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. I, 1974. 165-222 p.
- 19) QUERMONNE, J. 2004. *El Sistema Político de la Unión Europea: De las Comunidades Económicas a la Unión Política*. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 200 p.
- 20) REMIRO, A. 2007. *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch. 1382 p.
- 21) REUTER, P. 2004. *Introducción al Derecho de los Tratados*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. 356 p.

22) SCHERMERS, H. y BLOKKER, N. 1995. *International Institutional Law. Unity within Diversity*. 3ª ed. Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers. 1305 p.

23) SCHERMERS, H. 1998. *The Legal Bases of International Organization Action*. En: DUPUY, R. (ed.). *Manuel sur les organisations internationales – A Handbook on International Organizations*, 2ª ed. Maubegue, Martinus Nijhoff Publishers. 967 p.

24) SEARA, M. 1982. *Tratado General de la Organización Internacional*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. 1103 p.

25) SHAW, M. 1997. *International Law*. 4ª ed. Cambridge, Cambridge University Press. 939 p.

26) SORENSEN, M. 2010. *Manual de Derecho Internacional Público*. 11ª ed. México, Fondo de Cultura Económica. 819 p.

27) TAJADURA, J. 2010. *El Futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*. Granada, Editorial Comares. 150 p.

28) TORRECUADRADA, S. 2010. El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad. *Agenda Internacional* Año 17 (28). 103-131 p.

29) TORRES, S. 1998. *Subsidiary Organs* En: DUPUY, R. (ed.). *Manuel sur les organisations internationales – A Handbook on International Organizations*, 2ª ed. Maubegue, Martinus Nijhoff Publishers. 967 p.

30) TORRES, M. 2008. *El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó el sistema*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional Año 1 (1). 49-88 p.

31) VARGAS, E. 2007. *Derecho Internacional Público: de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica. 693 p.