

CAPÍTULO VII

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS RELACIONES

INTERNACIONALES	243
33. Igualdad soberana de los Estados	243
34. La prohibición de hacer uso de la fuerza y sus excepciones	246
A. Desarrollo de la prohibición de hacer uso de la fuerza y sus actuales retos	246
B. La prohibición del uso de la fuerza en la Carta de la ONU	252
C. El derecho a la autodefensa incluidas las medidas preventivas	255
D. El uso de la fuerza para la protección de los nacionales en el extranjero	263
E. Estado de emergencia	264
F. La intervención humanitaria	264
35. Prohibición de intervención	270
36. Derecho de autodeterminación de los pueblos	272
37. Inmunidad de los Estados	275
A. Aspectos generales	275
B. Inmunidad en procesos declarativos	278
C. Inmunidad de ejecución	282
D. Empresas del Estado	283
E. Inmunidad de los jefes de Estado	283
F. Doctrina del <i>Act of State</i>	284
38. Relaciones diplomáticas y consulares	285
A. Relaciones diplomáticas	285
B. Misiones especiales	287
C. Relaciones consulares	288
39. Obligaciones <i>erga omnes</i>	290

CAPÍTULO VII

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La calidad de Estado, que tiene un miembro de la comunidad internacional implica derechos y obligaciones. La Asamblea General de la ONU, en su famosa declaración *Friendly Relations*, de 1970, concretó los derechos y deberes incluidos en la Carta de la ONU, y que caracterizan las relaciones de los Estados entre sí (*Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, Anexo a la GA/Res. 2625, XXV, UNYB, 1970, p. 788).

La declaración menciona, especialmente, la prohibición de hacer uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias, la prohibición de intervención, el mandato de la cooperación entre Estados, la igualdad de derechos y el principio de autodeterminación de los pueblos, la igualdad soberana de todos los Estados, así como el deber de los Estados de cumplir de buena fe con las obligaciones que hubieren adquirido en concordancia con la Carta de la ONU. Como complemento de los anteriores, se señala también el respeto al Estado (honor), por ejemplo, el respeto al jefe de Estado o a la bandera.

33. IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

El principio de la igualdad soberana de los Estados encuentra expresión en el artículo 2o., número 1, de la Carta de la ONU: “La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”.

La igualdad soberana se debe entender, en principio, en el sentido de una igualdad formal de todos los miembros de la comunidad de Estados. Esa concepción formal de la igualdad se refleja en el caso de va-

rias organizaciones internacionales y conferencias de Estados en el peso que tienen los votos (*one State, one vote*). El principio de la igualdad formal determina, por ejemplo, la representación de los Estados miembros de las Naciones Unidas en la Asamblea General: “Cada miembro de la Asamblea General tendrá un voto” (artículo 18, número 1, Carta de la ONU).

Este principio se rompe, sin embargo, en las Naciones Unidas con la posición privilegiada de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (artículo 23, números 1 y 2 de la Carta de la ONU). Detrás de esto, se encuentra la idea de contar con una clase de “directorio mundial” que, por otra parte, es un reflejo de la política de las grandes potencias del siglo pasado. En las organizaciones internacionales con una finalidad económica, se hace comúnmente una diferenciación de conformidad con el peso de cada uno de los Estados miembros, a través de la ponderación de los votos. Es así como el Consejo de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial sopesan los votos de conformidad con los aportes (artículo XII, sección 2, inciso e; sección 5 acuerdo del FMI; artículo V, sección 3, inciso a, Acuerdo del Banco Mundial). El régimen del suelo marino, reformado, privilegia al interior del Consejo de la Autoridad Internacional del Fondo Marino a los Estados industrializados mediante un derecho de decisión y les asegura a los EEUU y a Rusia una posición privilegiada (véase nuestro apartado 31. E). Debido a que el proceso de decisión estaba determinado por la igualdad formal de los Estados, durante largo tiempo el régimen del fondo marino no fue aceptado por algunos importantes Estados industrializados (cuya participación era imprescindible). En el caso de la Unión Europea, la distribución de los escaños en el Parlamento Europeo y el peso de los votos en el Consejo de la Unión Europa tienen en cuenta la población y el desempeño económico de los miembros en forma individual. Por tal razón, los Estados pequeños y medianos tienen un peso evidentemente sobrevalorado. Estos privilegios se han visto moderados por el tratado de Niza, que les da un peso más fuerte a los votos de los Estados con más población, así como con la posible consideración de la población representada en los Estados miembros (red demográfica).

La igualdad soberana se expresa, ante todo, en la inviolabilidad de la integridad territorial y en la garantía de la independencia política. La independencia política abarca el derecho a la libre elección y a la libertad

para estructurar los sistemas políticos, sociales, económicos y culturales. Esa independencia va acompañada a su vez de la prohibición de intervención (véase CI, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua vs. USA”, *ICJ Reports*, 1986, pp. 12 y ss).

La igualdad soberana de los Estados sirve como fundamento también para la plena liberación de un Estado de la jurisdicción de otros Estados (*par in parem non habet imperium*, véase nuestro apartado 37). La declaración de *Friendly Relations* de la Asamblea General de la ONU (*UNYB*, 1970, p. 788) ordena los diferentes elementos constitutivos de la igualdad soberana.

El principio de igualdad soberana de los Estados

Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

- a) los Estados son iguales jurídicamente;
- b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
- c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
- d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
- e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
- f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.

BIBLIOGRAFÍA: B. Boutros-Ghali, “Le principe d’egalité des Etats et les organisations internacionales”, *RdC*, 100 (1960, II), pp. 1 y ss.; G. Leibholz, “Die Gleichheit der Staaten”, *AVR*, 10 (1962/63), pp. 69 y ss.; H. Mosler, *Die Großmachtstellung im Völkerrecht*, 1949.

34. LA PROHIBICIÓN DE HACER USO DE LA FUERZA Y SUS EXCEPCIONES

A. *Desarrollo de la prohibición de hacer uso de la fuerza y sus actuales retos*

La prohibición de amenazar y hacer uso del poder militar pertenece a las grandes realizaciones del desarrollo del derecho internacional. El derecho clásico del siglo XIX sometió a muy pocas restricciones el derecho de los Estados de acudir a la guerra como instrumento de la política. En otras palabras, se aplicaba un derecho a la guerra (*ius ad bellum*). Lo único digno de mencionar es el establecimiento de los Estados neutrales. Junto a esto, la Convención Drago-Porter de 1907 sentó ciertas restricciones al uso de la fuerza para lograr el pago de las deudas contractuales. En lo restante, existían sólo algunas reglas sobre los medios y formas admitidos para la conducción de la guerra (*ius in bello*). Es así como para el derecho consuetudinario internacional en 1912, una representación de derecho internacional podría ser la siguiente: “El derecho internacional no conoce... ninguna regla acerca de cuándo se puede iniciar una guerra. Si un Estado quiere exponerse a sí mismo, podrá iniciar en cualquier momento una guerra. La fuerza por tanto, es incondicionalmente permitida en las relaciones entre Estados” (P. Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, 1912, p. 23).

El Estatuto de la Liga de las Naciones contempla sólo unas débiles medidas de precaución para la domesticación de la solución de los conflictos por medio de la guerra. La obligación contemplada allí de intentar solucionar las controversias en primer lugar acudiendo a determinados procesos para la solución de conflictos (artículo 12, 13 del Estatuto de la Liga de las Naciones) no constituye un instrumento efectivo para la prevención de la guerra. El Pacto para la Proscripción de la Guerra de 1928 (Pacto Briand-Kellogg, *RGBl.*, 1929, II, p. 97), significó un progreso importante en la represión de la guerra. En el artículo 1o. del Pacto, los Estados parte condenaron la guerra como instrumento para la solución de las controversias internacionales y renunciaron a ella como instrumento de la política nacional en sus relaciones mutuas. Este pacto fue ratificado por la mayor parte de los miembros de la comunidad de Estados de ese entonces. Bajo la presión de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de la

ONU formuló una prohibición plena de hacer uso de la fuerza en el artículo 2o., número 4: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.”

A la prohibición de hacer uso de la fuerza del artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU, la flanquea el monopolio de la fuerza atribuido al Consejo de Seguridad de la ONU, con funciones extraordinariamente amplias para el mantenimiento o la restauración de la paz mundial, y la seguridad internacional de conformidad con los Capítulos VII y VIII de la Carta de la ONU. Éste no sólo permite la utilización de medidas militares a través del mismo Consejo de Seguridad de la ONU, sino también el uso de procedimientos violentos por parte de los Estados individuales con fundamento en una autorización del Consejo de Seguridad. Como excepción adicional a la prohibición del uso de la fuerza, la Carta de la ONU reconoce expresamente el derecho a autodefensa individual o colectiva (artículo 51 de la Carta de la ONU). Qué tan lejos va ese derecho a la autodefensa en los casos individuales, es algo muy discutible. Como una excepción no escrita, en la doctrina del derecho internacional se discute desde hace algún tiempo la intervención humanitaria para salvar a los propios nacionales (intervención humanitaria en sentido estricto) o para la salvación de los nacionales de un Estado extranjero en el caso de graves violaciones de los derechos humanos (intervención humanitaria en sentido amplio).

La intervención humanitaria de la OTAN sin la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU en contra de Serbia, que se llevó a cabo en la primavera de 1999 para la protección de la población albana frente al genocidio, marca un punto de partida en la valoración de la intervención humanitaria en el derecho internacional. Desde ese momento, en la comunidad de Estados y en la doctrina del derecho internacional ha crecido la disposición a dejar de considerar la prohibición de hacer uso de la fuerza contemplada en el artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU, como una regla de prohibición absoluta, sino más bien someterla a una ponderación con los derechos humanos más elementales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que numerosos Estados se encuentran en contra de toda relativización de la prohibición de hacer uso de la fuerza en favor de la intervención humanitaria. Es así como el gru-

po de los 77 (que en la actualidad comprende 130 Estados) junto con la República Popular China, en la Cumbre del Sur en abril de 2000, rechazó en una declaración formal la justificación de una intervención humanitaria: “54 ...nosotros rechazamos el llamado “derecho” de la intervención humanitaria, que no tiene bases legales en la Carta de las Naciones Unidas o en los principios generales del derecho internacional” (http://www.g77.org/docs/Declaration_G77summit.html).

Esa nueva tendencia de una relativización de la prohibición de hacer uso de la fuerza parte de la concepción de la pacificación física de las relaciones entre los Estados como el bien supremo en el ordenamiento del derecho internacional. La prohibición de hacer uso de la fuerza deja de lado los derechos humanos fundamentales como valor igualmente importante. Por tanto, el desarrollo de los criterios de ponderación que llevan a resultados generales, objetivables y predecibles, implica un nuevo campo de trabajo para la ciencia del derecho internacional.

Una conmoción adicional a la prohibición del uso de la fuerza en su sentido estricto la produjo la nueva National Security Strategy de los EEUU de septiembre de 2002 (<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>). Ésta contempla opciones preventivas ya en el umbral de una intervención armada, principalmente en el caso de una amenaza realizable en un momento no predecible, mediante armas de exterminación masiva en manos de Estados y organizaciones terroristas:

Por siglos el derecho internacional ha reconocido que las naciones necesitan no tener que sufrir un ataque antes de que ellas puedan ejercer acción legal para defenderse en contra de las fuerzas que presentan un inminente peligro de ataque ...Nosotros debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy. Los Estados criminales y los terroristas no nos atacan usando los medios convencionales. ...Los Estados Unidos han mantenido por largo tiempo la opción de las acciones preventivas para contener una amenaza a nuestra seguridad nacional.

Entre más grande sea la amenaza, más grande será el riesgo de la inacción, y más obligante será la toma de una acción anticipada para defendernos a nosotros mismos, a pesar de que exista la incertidumbre sobre el lugar y el momento en el que atacará el enemigo.

Para predecir o prevenir tales actos hostiles por parte de nuestros adversarios, los Estados Unidos, si es necesario, actuarán preventivamente.

Esta nueva doctrina preventiva de los EEUU plantea un reto frontal para el ordenamiento del derecho internacional: ella toma la prohibición de hacer uso de la fuerza y el monopolio en la toma de decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU, como primado en contra de los otros valores fundamentales del derecho internacional. Bajo la presión de esa doctrina (y la invasión de los aliados a Irak en la primavera del 2003) el Secretario General de la ONU, K. Annan, previó desafío decisivo (“We have come to a fork in the road”, GA/10157).

La relativización de la prohibición de hacer uso de la fuerza en interés de otros derechos fundamentales la debe determinar la doctrina del derecho internacional con toda sinceridad. La simple remisión al texto de la Carta de la ONU y a las reglas del sistema de la ONU han dejado de ofrecer una respuesta satisfactoria. Esto se aplica también a la comprensible preocupación ante la apertura de una caja de Pandora o de un abuso del poder hegemónico.

El dilema reside en el sistema mismo de la ONU, el cual no ha sido modificado desde 1945. Sin embargo, la Carta de la ONU, de conformidad con su tenor, asegura en forma asimétrica los valores fundamentales del derecho internacional. Ella privilegia principalmente uno de los valores fundamentales concurrentes: la igualdad soberana de los Estados con la prohibición del uso de la fuerza, vigente en favor de todos los Estados. Los intereses de la integridad de cada Estado se encuentran asegurados instrumentalmente sin apelar a las relaciones en su interior o a su potencial de amenaza, mediante la prohibición de hacer uso de la fuerza frente a otros valores fundamentales, y por tanto privilegiados.

La imposición por la fuerza de los estándares elementales del derecho internacional choca en principio con la prohibición de hacer uso de la fuerza. Esto conduce a alimentar las aspiraciones de crear brechas en la prohibición de hacer uso de la fuerza como “valor supremo” de la “filosofía” del sistema de la ONU. Su completa exactitud lleva al conflicto entre la prohibición de aplicar unilateralmente la fuerza y la protección de los valores fundamentales del derecho internacional mediante los mecanismos de decisión del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, en el veto de los miembros permanentes predominan comúnmente las preferencias políticas sobre una ponderación orientada por los principios del derecho internacional.

El consenso sobre la prevalencia de los derechos humanos y los intereses más elementales de la seguridad frente a los Estados individuales frecuentemente no se puede alcanzar en la práctica del Consejo de Seguridad ni siquiera con la plena evidencia de la amenaza. La restricción de la libertad de acción de los Estados individualmente en favor de las decisiones colectivas del Consejo de Seguridad de la ONU no puede conducir a vacíos sensibles en la protección frente a las potenciales amenazas. Sólo con esa condición será posible mantener en el largo plazo un sistema de seguridad colectiva. El sistema actual de seguridad colectiva relaciona su legitimidad con su experimentada capacidad para la efectiva protección de esos intereses.

Si esa protección fracasa, entonces se romperá la simetría del sometimiento al derecho internacional y la renuncia al ejercicio unilateral de la fuerza y de la protección garantizada mediante las medidas colectivas. Esto desintegra la antigua relación entre *subjectio* y *protectio*. Al mismo tiempo, la aceptación de las víctimas potenciales no disminuye las amenazas de ataque.

Más allá de la controversia sobre la doctrina americana de la seguridad, la invasión de Irak por los EEUU y la Gran Bretaña sin una autorización expresa del Consejo de Seguridad de la ONU, debilitó considerablemente la prohibición de hacer uso de la fuerza como elemento central del orden pacífico del derecho internacional. El procedimiento de los aliados en Irak tenía finalmente por objeto la prevalencia por la fuerza de los intereses de la seguridad colectiva.

Algunos críticos ven en esto la demanda de los EEUU de una posición privilegiada con hegemonía global. Otros (por ejemplo, los científicos políticos americanos), han proclamado, luego de la invasión de Irak, la despedida de la prohibición de hacer uso de la fuerza. Esas interpretaciones desconocen que la justificación de la invasión de Irak por parte de los EEUU y de la Gran Bretaña, se mueven argumentativamente dentro del derecho internacional (especialmente con la tesis de que se revivió una autorización para la aplicación de la fuerza contenida, la Resolución 678, 1990, y de una autorización que se extrae de la Resolución 1441, 2002, así como de una relativización de la prohibición de hacer uso de la fuerza al servicio de la prevención). Sin embargo, en la doctrina del derecho internacional prevalece por completo el veredicto de un uso de la fuerza violatorio del derecho internacional. Con la Resolución 1546/2004 para el reconocimiento del gobierno transitorio irakí y la conclu-

sión de la ocupación, el Consejo de Seguridad ha colocado el desarrollo en Irak nuevamente sobre una sólida base del derecho internacional.

La heterogénea opinión de la comunidad de Estados y de la doctrina del derecho internacional sobre la relativización de la prohibición de hacer uso de la fuerza, es expresión de una inseguridad jurídica a la que se le debe prestar atención. Esa incertidumbre se alimenta con el problema metódico de la nueva interpretación de la Carta de la ONU y de los desarrollos del derecho consuetudinario internacional. Por lo tanto, existe poca claridad sobre la extensión de la necesaria aprobación por parte de la comunidad de Estados de una justificación del uso unilateral de la fuerza (véase nuestro apartado 16).

Esa inseguridad jurídica se debe analizar en la zona gris entre una conducta evidentemente ilegal y una conducta evidentemente justificada en el plano de las consecuencias jurídicas: para una justificación discutible, pero desde el punto de vista de la gran mayoría de los miembros de la comunidad de Estados aceptada (y en, ese sentido susceptible de ser sostenida) la responsabilidad de derecho internacional del respectivo Estado y la responsabilidad individual de sus mandatarios debe atenuarse en todo caso. Esa responsabilidad “atenuada” se puede expresar, por ejemplo en la exclusión del deber de reparación en el caso de actuaciones en contra de un Estado, que de una parte ha cometido graves violaciones a los derechos humanos, y que con esto ha provocado el empleo de medidas en su contra. Una consecuencia adicional de la “ilegalidad atenuada” puede residir en que los ataques militares no se califiquen como “ataques de guerra” en el sentido del derecho internacional (véase la resolución del Fiscal General Federal de Alemania del 21 de marzo de 2003, JZ 2003, pp. 908 y ss).

BIBLIOGRAFÍA: G. Best, *War and Law Since. 1945*, 1994; A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000; L. Fisler Damrosch/D. J. Scheffer (eds.), *Law and Force in the New International Order*, 1991; L. Henkin U. A., *Right vs. Might: International Law and the Use of Force*, 2a. ed., 1991; H. Hillgenberg, “Gewaltverbot: Was gilt noch?”, en: J. A. Frowein/K. Scharioth/I. Winkelmann/R. Wolfrum, *Verhandeln für den Frieden – Liber Amicorum Tono Eitel*, ed. v. 2003, pp. 141 y ss.; Ch. Ku, “When can nations go to war? Politics and change in the UN Security System”, *Michigan Journal of International Law*, 24 (2003), pp.

1077 y ss.; H. Neuhold, *Internationale Konflikte; verbotene und erlaubte Mittel ihrer Austragung*, 1977; D. Schindler/K. Hailbronner, “Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots”, *BDGVJR*, 26 (1986). C. Tomuschat, “Iraq - Demise of International Law?”, *Die Friedenswarte*, 78 (2003), pp. 141 y ss.; M. J. Glennon, “Why the Security Council Failed”, *Foreign Affairs*, 82 (2003), pp. 3 y ss.

B. *La prohibición del uso de la fuerza en la Carta de la ONU*

La prohibición del uso de la fuerza del artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU, prohíbe por completo la aplicación de la fuerza en sentido de un instrumento físico de poder. Esa prohibición no se aplica en el caso de un ataque coordinado de las fuerzas armadas, sino que comprende todo ataque violento de carácter militar y va más allá de la prohibición de llevar a cabo una agresión. Es así como toda violación de una frontera mediante el uso de la fuerza cae dentro de esta prohibición. Por otra parte, la prohibición de hacer uso de la fuerza se amplió también a la agresión o al apoyo de grupos armados que entran en otro Estado, así como a la promoción de actividades terroristas en otro Estado. Esto se origina de la declaración de Friendly Relations de la Asamblea General de la ONU (*UNYB*, 1970, p. 788): “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”.

El que el apoyo financiero y de otro tipo de las bandas armadas se encuentre contemplado por la prohibición del uso de la fuerza, lo ha confirmado la Corte Internacional en el caso de *Nicaragua* con fundamento en la declaración sobre Friendly Relations (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua vs. USA]*, *ICJ Reports*, 1986, pp. 12 y ss. La prohibición del uso de la fuerza del artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU, ha adquirido vigencia en el derecho consuetudinario internacional (en el mismo sentido la Corte Internacional en el caso de *Nicaragua*, *ibidem*, p. 99 y ss.). De conformidad con la opinión predominante, pertenece incluso al derecho internacional imperativo (*ius cogens*).

Para la opinión predominante, la prohibición de hacer uso de la fuerza no se extiende al simple ejercicio de presiones económicas, las cuales sin embargo, podrían ser contrarias a la prohibición de intervención. En el caso del ejercicio de la jurisdicción territorial en contra de la entrada de buques o aviones extranjeros en el territorio, no se configura un uso de la fuerza indebido. En este sentido, un Estado puede obligar a un submarino que se encuentra en su mar territorial, a salir.

Problemático es el manejo de las guerras de liberación. La doctrina del derecho internacional predominante vincula la prohibición del uso de la fuerza al apoyo de los movimientos de liberación por parte de terceros Estados. El fundamento esencial para esto reside en que el derecho a la autodeterminación de los pueblos, en principio, no da ningún derecho de secesión (superación y establecimiento de un nuevo Estado). De acuerdo con la opinión prevaleciente, aunque también bastante discutible, por el contrario, es admisible la intervención militar en una guerra civil “por invitación” del gobierno en el poder. La Corte Internacional parte también de que se puede justificar la invitación del gobierno en el poder a una intervención militar (Nicaragua, *ibidem*, p. 126 y ss.).

Los casos en los que las intervenciones militares solicitadas por los gobiernos conducen a que se ejerza un control menos efectivo sobre el gobierno generan especiales dificultades. (Ejemplo: La intervención militar de los EEUU en Grenada a solicitud del Gobernador General en 1983). Aquí puede ser decisivo (en concordancia con la práctica estatal) que el gobierno solicitante sea reconocido en la comunidad de Estados, por lo menos, como representante del Estado hacia afuera. En el caso de la intervención de las fuerzas armadas de la Liga Árabe en el Líbano (1976-1983) y en el caso de la intervención de las tropas de paz de la Organización de la Unidad Africana en Tschad (1981-1982) la comunidad de Estados no tuvo ninguna dificultad para recibir el consentimiento de los gobiernos, cuyo poder efectivo era bastante frágil.

La Carta de las Naciones Unidas prohíbe, en el artículo 24, número 24, el uso o la amenaza de la fuerza que se dirige en contra de la integridad o la independencia política de un Estado o simplemente es incompatible con los fines de las Naciones Unidas. Esta formulación no muy adecuada, deja abierta la posibilidad de una interpretación que admite las intervenciones militares bien intencionadas (en interés de los respectivos Estados o de su población). No obstante, la opinión predominante parte todavía de una prohibición plena del uso de la fuerza, que no admite una

excepción en el caso de un uso de la fuerza desinteresado. De acuerdo con esto, toda intervención de los instrumentos del poder físico requiere una fundamentación especial (por ejemplo, a través del derecho a la autodefensa).

Para la opinión predominante, la intervención humanitaria para la salvación de vidas humanas, en especial, se presenta, de conformidad con el artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU (véase nuestro apartado 34. 6.), como un desarrollo de los elementos de hecho de la prohibición. Independientemente de la valoración de la intervención humanitaria, existe sin embargo, en general, una corriente cada vez más fuerte en la doctrina del derecho internacional que admite la intervención mediante el uso de la fuerza de otros para la protección de la población civil cuando el orden estatal se encuentra completamente desintegrado (*failed state*). En estos casos, el Estado funge sólo formalmente. En un caso tal, se evidencia una reducción teleológica de la prohibición de hacer uso de la fuerza, la intervención de los otros Estados estaría protegiendo frente a las bandas armadas en su lucha sin obstáculo para imponer el derecho del más fuerte. Aquí, una intervención de las organizaciones regionales o de los Estados vecinos individualmente, se justificaría cuando tiene por objeto exclusivamente la protección de la población civil frente a los avances de los grupos armados y alguna otra emergencia de carácter existencial (en tanto que el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas no decida otras medidas).

Un ejemplo al respecto lo constituye la intervención militar de los Estados del ECOWAS en la sangrienta guerra civil en Liberia. Esta intervención, legitimada posteriormente por el Consejo de Seguridad de la ONU (UN Doc. S/22 133, VN 1991, p. 153; S/Res. 788, 1993, VN 1993, 117), se entendió como el ejercicio de una competencia para la intervención humanitaria en el caso en que el poder efectivo desaparecía.

BIBLIOGRAFÍA: L. Doswald-Beck, "The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government", *BYIL*, 56 (1985), pp. 189 y ss.; T. Eitel, "Lebanon: A Legal Survey", *GYIL*, 29 (1986), pp. 11 y ss.; T. M. Franck, "Who Killed Article 2 (4)?", *AJIL*, 64 (1970), pp. 809 y ss.; M. Herdegen, "Der Wegfall effektiver Staatsgewalt im Völkerrecht: "The Failed State", *BDGVR Bd.*, 34 (1996), pp. 49 y ss.; G. Nolte, "Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict", *ZaöRV*, 53 (1993), pp. 603 y ss; *id.*, *Eingreifen auf Einladung*, 1999.

C. *El derecho a la autodefensa incluidas las medidas preventivas*

La Carta de la ONU reconoce expresamente el derecho de autodefensa en el artículo 51:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

La Carta de la ONU vincula el derecho a la autodefensa a la existencia de un ataque armado. Dentro de esto no se encuentra toda forma de uso de la fuerza. Un ataque armado consiste en el ejercicio de una forma masiva y coordinada de un poder militar en contra de otro Estado. La resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX) de 1974 (*UNYB*, 1974, p. 846) emprendió la tarea de darle al concepto de agresión ciertos contornos. Se puede acudir a esa definición de agresión de la Asamblea General cuando se trata de hacer una clasificación de las medidas en las que se hace uso de la fuerza, como la agresión armada.

De acuerdo con ésta, el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta se presume como un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad (debido a la reducida importancia del incidente) no considere otra cosa (artículo 2o.). En ese contexto la resolución califica determinados actos como ejemplos de lo que puede constituir una agresión (artículo 3):

...cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

En el *caso de Nicaragua*, la Corte Internacional acogió la idea de que el envío de bandas armadas en el sentido del artículo 3o. inciso g de la Resolución de Agresión, describe un caso de la agresión armada, que también en el derecho consuetudinario internacional genera un derecho a la autodefensa. En opinión de la Corte Internacional, el simple apoyo de los alzados en armas (por ejemplo, mediante el suministro de armas), por el contrario, no se califica como una agresión armada:

Un ataque armado debe ser entendido como aquel que incluye no sólo la mera acción de las fuerzas armadas regulares a través de las fronteras internacionales, sino también el envío por o en nombre de un Estado de bandas armadas, grupos, irregulares o mercenarios, que llevan a cabo actos de fuerzas armadas en contra de otro Estado de tal gravedad que son “equiparables” a un ataque armado real..., “o su sustancial participación en dichos actos”. Esta descripción, contenida en el artículo 3o. parágrafo g de la definición de agresión anexa a la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, puede ser tomada como un reflejo del derecho consuetudinario internacional. La Corte no ve razón para negar que en el derecho consuetudinario la prohibición de ataques armados puede aplicarse al envío por

un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, si esta operación, debido a su escala y efectos, podría ser clasificada más como un ataque armado más que como un mero incidente fronterizo llevado a cabo por fuerzas armadas regulares. Pero la Corte no cree que el concepto de “ataque armado” incluye “la asistencia a rebeldes en forma de provisión de armas o logística u otro apoyo” (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua vs. USA]*, ICJ Reports, 1986, pp. 12 y ss).

En el caso de Nicaragua, la Corte Internacional no se apartó por motivos procesales de la Carta de la ONU, sino del derecho consuetudinario internacional que estaba en correspondencia con la Carta de la ONU. Aquí, los EEUU para justificar el apoyo a los rebeldes (Contras) en Nicaragua, apelaron a que el gobierno de Nicaragua, por su parte, había enviado armas a los insurgentes en El Salvador, y que de ese modo se había derivado un derecho a la autodefensa colectiva.

En opinión de la Corte Internacional, un apoyo de esta clase a los alzados, no cruzó los umbrales de un ataque armado. Por tanto, la Corte Internacional negó un derecho a la autodefensa colectiva o individual. La “simple” violación de la prohibición del uso de la fuerza mediante el apoyo a los movimientos alzados en armas (véase nuestro apartado 34) no generó un derecho a la autodefensa del respectivo Estado y sus asociados.

El ataque terrorista de la red de Al-Quaeda en los EEUU del 11 de septiembre, lo calificó en forma implícita el Consejo de Seguridad de la ONU, como un “ataque armado”, en tanto que en sus resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), ILM 40 (2001), pp. 1277 y ss., el Consejo de Seguridad afirmó, invocando los actos terroristas, el derecho a la autodefensa en el sentido de la Carta de la ONU. De igual forma, el Consejo del Atlántico Norte clasificó los actos de terror del 11 de septiembre del 2001 como un “ataque armado” de conformidad con el artículo V del Tratado de la OTAN¹³⁰ (véase nuestro apartado 46).

¹³⁰ Artículo 5o. Las partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la parte o partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restable-

Respecto de esta clase de actos terroristas, es preciso aclarar hasta qué punto su calificación como “ataque armado” presupone la intervención de un Estado. En primer lugar, los ataques terroristas masivos se pueden calificar como ataques armados en el sentido del artículo 51 de la Carta de la ONU, aun cuando un Estado goce del apoyo de una organización que se encuentra detrás de éste.

Un “ataque armado” puede partir también de una organización terrorista no estatal, aun cuando un Estado, con su simple tolerancia, le garantice en su territorio un campo de operación. Entonces, no se trata necesariamente de un “ataque armado” del Estado que tolera la estancia. Sin embargo, ese Estado debe aceptar en su territorio las medidas asociadas al ejercicio del derecho de autodefensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de la ONU. Esto se aplica también cuando el Estado desaprueba la presencia de una organización terrorista en su territorio, pero no la combate efectivamente. En estos casos, los Estados que han sido objeto de los ataques terroristas masivos pueden obtener una justificación mediante la apelación al estado de emergencia. Al respecto, se puede hacer un cierto paralelo con lo que ocurre con las emisiones altamente peligrosas, que parten del territorio de un Estado (véanse nuestros apartados 51 y ss.).

La justificación de las intervenciones militares para combatir los actos de terrorismo en otros contextos, por ejemplo, en el caso de las intervenciones masivas de las fuerzas armadas israelíes en los territorios autónomos en Palestina en la primavera de 2002, han desatado bastantes cuestionamientos. Estos territorios autónomos se benefician de la prohibición de hacer uso de la fuerza del derecho internacional. La justificación, de conformidad con las reglas sobre la autodefensa admisible, presupone una concepción “dinámica” de los elementos de hecho de esa justificación (un sistema de actos terroristas, dirigido desde fuera, en el que la aparente aceptación y posiblemente, la complicidad de las autoridades competentes para el territorio, operan como elemento justificativo).

Más allá de ese problema de la justificación, se encuentra, en principio, la valoración desde la perspectiva del derecho internacional de las

cer la seguridad en la zona del Atlántico Norte. Cualquier ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas adoptadas en consecuencia serán inmediatamente puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las disposiciones necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales.

medidas militares individuales para dar respuesta al ataque (principalmente en lo que respecta al derecho internacional humanitario).

Si se colocan juntas la jurisprudencia de la Corte Internacional en el caso *Nicaragua*, y la doctrina que se deriva de allí, se da entonces una brecha entre la violación de la prohibición del uso de la fuerza por una parte y las posibles reacciones del Estado que ha sido objeto de la violación, por la otra.

La estricta diferenciación entre la “simple violación de la prohibición del uso de la fuerza” (artículo 2o., número 4, de la Carta de la ONU) y el “ataque armado” en el marco del derecho de autodefensa crea un dilema difícil de resolver: la aplicación de la fuerza bajo el umbral del ataque armado (por ejemplo, los excesos militares aislados) protege al Estado responsable frente a la respuesta violenta del otro Estado.

El Estado que viola la prohibición del uso de la fuerza se encuentra protegido de las respuestas del Estado que fue objeto de la violación, mediante la prohibición de hacer uso de la fuerza, siempre y cuando no se transgreda el umbral del ataque armado. Esa consecuencia la tiene en cuenta la Corte Internacional de manera expresa:

Mientras que un ataque armado podría dar lugar a un derecho a la autodefensa colectiva, un uso de la fuerza de un menor grado de gravedad no puede producir ningún derecho a medidas de respuesta colectiva que envuelvan el uso de la fuerza. Los actos de los cuales se acusa a Nicaragua no pueden justificar las medidas de respuesta tomadas por un tercer Estado, y particularmente no pueden justificar la intervención que envuelve el uso de la fuerza (*ibidem*, p. 127, núm. 249).

En las actuales condiciones de las Naciones Unidas, se debe esperar en casos absolutamente excepcionales, una protección efectiva a través de las medidas del Consejo de Seguridad de la ONU, de conformidad con el Capítulo VII, en el umbral de un ataque armado. Por consiguiente, en la doctrina del derecho internacional crece la tendencia a admitir en determinados casos la aplicación de medidas violentas de respuesta, a pesar de que el derecho de autodefensa del artículo 51 de la Carta de la ONU no sea aplicable.

Un criterio argumentativo para justificar la aplicación del derecho de autodefensa más allá de un ataque armado, se basa en el hecho de que la disposición del artículo 51 de la Carta de la ONU, califica el derecho de

autodefensa como un derecho natural (*inherent right*). En la doctrina del derecho internacional, algunos derivan de esto el reconocimiento de un derecho a la autodefensa, que en cierta medida precede la Carta de la ONU, como se conocía en el derecho internacional consuetudinario antes de que entrara en vigencia la Carta de la ONU. El derecho internacional consuetudinario reconoce desde hace mucho tiempo un derecho a la autodefensa. Ese derecho de autodefensa “clásico” tenía siempre, bajo estrictos presupuestos, una dimensión preventiva.

De esto se ocupó de manera especial el famoso *caso Caroline* (*British and Foreign State Papers*, t. 26, 1840-1841, pp. 1126 y ss., t. 30, 1841-1842, pp. 193 y ss.). Aquí se trató del procedimiento de las fuerzas armadas británicas en contra del barco estadounidense *Caroline*, que fue tomado por rebeldes canadienses durante su recorrido por la costa.

Los británicos ocuparon el barco en un puerto estadounidense y lo hundieron en las cataratas del Niágara. En esto murieron dos ciudadanos americanos. El gobierno británico hizo valer el que las autoridades americanas no habían impedido en la frontera la entrada de los rebeldes, y apelaron a la autodefensa, así como a la autoconservación.

En correspondencia que precedió al hecho, ambos gobiernos llegaron a un acuerdo sobre los principios del derecho internacional aplicable en relación con una posible justificación de los procedimientos británicos. El representante del gobierno americano Webster ofreció como justificación: “Una necesidad de autodefensa, instantánea, abrumadora, que no permite escoger los medios, ni deja un momento para la deliberación”.

En la doctrina moderna del derecho internacional se discute la justificación para el uso de medidas violentas con fundamento en el derecho a la autodefensa, como uno de los presupuestos contemplados en la Carta de la ONU, pero para casos estrechamente delimitados, especialmente, para la salvación de los propios nacionales que se encuentran en el extranjero (véase nuestro apartado 34. D).

El derecho a la autodefensa se encuentra, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de la ONU, bajo la reserva de una intervención del Consejo de Seguridad de la ONU. El Consejo de Seguridad de la ONU, sin embargo, también puede determinar sencillamente que en determinada situación existe un derecho a la autodefensa individual y colectiva. La delimitación entre una afirmación declarativa de este tipo por parte del Consejo de Seguridad, por una parte, y una autorización a usar

medidas coercitivas de conformidad con el artículo 41 y el artículo 48 de la Carta de la ONU, por la otra parte, puede ser difícil en algunos casos (esto se aplica, por ejemplo para la interpretación de la resolución del Consejo de Seguridad de 1990 para la liberación de Kuwait de la ocupación irakí, VN, 1990, p. 146).

Para una interpretación apegada al texto del artículo 51 de la Carta de la ONU, el derecho a la autodefensa aparece luego de que ha ocurrido un ataque armado. Sin embargo, argumentos bastante convincentes hablan en favor de que un ataque directo, posterior, puede justificar también el empleo de medidas de defensa (ejemplo: el comienzo de la guerra de los siete días por parte de Israel en 1967). Por tanto, no se le puede exigir a un Estado, ante la posibilidad de un ataque en un futuro próximo, que espere a contar con las medidas de autodefensa, lo que implica atribuirle al atacado, la posibilidad de propinar el primer golpe. Una autodefensa “preventiva” de este tipo, con un nexo directo con el ataque, se reconoce cada vez más.

Bastante discutible, por el contrario, es el derecho a una medida defensiva “por precaución”, sin un pronóstico seguro de la probabilidad de un ataque. Aquí se trata de un procedimiento militar para evitar un potencial exterminio, difícil de calcular o por una organización terrorista. La amenaza de ser repelida es el resultado de un alto grado de incertidumbre sobre si y cuándo va a ocurrir un ataque, como una acción factible en todo momento, y con las consecuencias de un ataque devastador. La nueva “National Security Strategy” de los EEUU, tiene en cuenta, ante todo para esta clase de amenazas “prioritarias”, las opciones de acción (véase nuestro apartado 34. A.).

En la comunidad de Estados y en la doctrina del derecho internacional se ha rechazado en forma predominante una doctrina de precaución de este tipo. Sin embargo, la cuidadosa calificación del derecho de autodefensa como derecho “natural” se puede justificar fácilmente. Por tanto, la diferencia con la autodefensa —reconocida— en el caso de un ataque directo y previo, reside aquí sólo en la incertidumbre para pronosticar las probabilidades de la conducta que se le atribuye al potencial exterminador.

Por otra parte, el umbral de intervención no permite, a los Estados que se consideran como potenciales víctimas de un ataque, una valoración subjetiva. Por consiguiente, la existencia de un potencial de exterminio

debe ser susceptible de ser probada con evidencias. El mismo criterio de evidencia se aplica al perfil de conciencia que parece mostrar el ataque como una opción de conducta posible en todo momento (de acuerdo con la “lógica interna” del respectivo régimen estatal o de la respectiva organización terrorista). Indicios, en este caso, son también las muestras de una conducta en el pasado.

La justificación de las medidas de precaución en el sentido de una evidente ampliación del derecho de autodefensa debe moverse siempre en una relación ataque-defensa. En ausencia de tal relación concreta, la destrucción del potencial de exterminio en interés de la comunidad de Estados sale de esa relación justificativa. Por tal motivo, la autodefensa no puede justificar la invasión a Irak por parte de los EEUU y Gran Bretaña en la primavera de 2003.

Más allá de todo distanciamiento semántico de la doctrina estadounidense de la seguridad, en la doctrina militar de otros Estados importantes se puede constatar una apertura hacia las estrategias preventivas en el umbral de un ataque armado (Francia, Rusia).

El derecho de autodefensa cubre todas las medidas que el Estado defensor puede razonablemente considerar necesarias para parar el ataque de manera eficaz y definitiva. En este sentido la autodefensa tiene que observar el principio de proporcionalidad (véase la Corte Internacional, *Case Concerning Oil Platforms, ICJ Reports*, 1986 [103, núm. 43 y núm. 74]).

BIBLIOGRAFÍA: J. Delbrück, “The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the “War Against Terrorism”, *GYIL*, 44 (2001), pp. 9 y ss.; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 2a. ed., 1994; O. Schachter, “Self-Defence and the Rule of Law”, *AJIL*, 83 (1989), pp. 259 y ss.; M. N. Schmitt, *Preemptive Strategies in International Law, Michigan Journal of International Law*, vol. 24 (2003), pp. 513 y ss.; A. D. Sofaer, *On the Necessity of Prevention, European Journal of International Law*, 2003, pp. 209 y ss.; C. Tomuschat, “Der 11 September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen”, *EuGRZ*, 2001, pp. 535 y ss.; R. Wedgwood, “The Use of Armed Force in International Affairs: Self-Defence and the Panama Invasion”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 29 (1991), pp. 609 y ss.

D. *El uso de la fuerza para la protección de los nacionales en el extranjero*

La valoración, desde la perspectiva del derecho internacional, del uso de la fuerza con el objeto de salvar a los propios nacionales es muy difícil con base en una concepción estricta de la prohibición de hacer uso de la fuerza, y en el coetáneo estrechamiento del derecho de autodefensa en los casos de un ataque armado. Esto es válido aun en los casos en que el Estado de residencia de los nacionales se encuentre involucrado en una amenaza, contraria al derecho internacional, a la vida e integridad corporal de los nacionales que van a ser salvados.

Recientemente, la discusión del derecho internacional se ha alimentado ante todo con el caso de la liberación violenta que llevaron a cabo las fuerzas armadas israelíes del avión de Air France secuestrado por terroristas palestinos, en el aeropuerto de Entebbe en Uganda (1976). En esta ocasión resultaron muertos algunos soldados de Uganda (que se encontraba en abierta complicidad con los secuestradores).

Para la opinión predominante hasta hace poco tiempo, este tipo de medidas de liberación violentas, sin la aprobación del Estado implicado, eran contrarias al derecho internacional. La opinión contraria justifica algunas intervenciones para la salvación de los propios nacionales con base en una concepción amplia del derecho de autodefensa (*inherent right*) contemplado en el artículo 51 de la Carta de la ONU, o en una restricción a la prohibición de hacer uso de la fuerza por motivos de carácter humanitario.

Una doctrina del derecho internacional que le niega a un Estado la posibilidad de llevar a cabo la salvación por medios violentos de los propios nacionales en caso de una amenaza, contraría al derecho internacional, a la vida y la integridad corporal, plantea un requerimiento poco razonable a la disponibilidad del respectivo Estado a convertirse en víctima.

Sin embargo, la doctrina de la inadmisibilidad de la protección de los propios nacionales por medios violentos reconoce el dilema moral que ella genera. En todo caso, en el mundo occidental la acción de liberación de Entebbe no ha sido objeto de serias condenas. Mientras tanto, en la doctrina del derecho internacional, cada vez gana más terreno una tendencia que admite en cierta medida la protección violenta de los derechos humanos más elementales (véase nuestro apartado 34). Por otra par-

te, la apelación a la protección de los propios nacionales puede no ser adecuada para las acciones armadas motivadas políticamente (ejemplo: la intervención militar de EEUU en Panamá).

BIBLIOGRAFÍA: U. Beyerlin, “Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht”, *ZaöRV*, 37 (1977), pp. 213 y ss.; A. D’Amato, “The Invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny”, *AJIL*, 84 (1990), pp. 516 y ss.; T. J. Farer, “Panama: Beyond the Charter Paradigm”, *AJIL*, 84 (1990), pp. 503 y ss.; R. B. Lillich, “Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian “Incident” of 1990”, *GYIL*, 35 (1992), pp. 205 y ss.; M. Schröder, “Die Geiselbefreiung von Entebbe – Ein völkerrechtswidriger Akt Israels?”, *JZ*, 1977, pp. 420 y ss.

E. *Estado de emergencia*

Una restricción adicional de la prohibición del uso de la fuerza, que se discute en la doctrina moderna del derecho internacional es la relacionada con el estado de emergencia (*necessity*). Se trata de las medidas para la protección de los Estados o de los bienes jurídicos nacionales más elementales (especialmente para la protección de los nacionales). El estado de emergencia se circunscribe a un peligro directo, que no se encuentra relacionado con una violación del derecho internacional por parte de otro Estado (véase nuestro apartado 41).

Un ejemplo de esto puede ser la amenaza directa a la población de un Estado vecino por un reactor nuclear que no cumple los estándares de seguridad más elementales, y que sin embargo sigue funcionando al ser una fuente indispensable de energía. En el caso de una amenaza grave, el Estado vecino, si no dispone de otros medios, estará legitimado para parar por la fuerza el funcionamiento del reactor (por ejemplo, con unidades militares). Desde la perspectiva contraria, que considera la incalculable pérdida de vidas humanas en el país vecino, se exagera el poder direccionador del derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA: K. Doehring, *Völkerrecht*, 2a. ed., 2004.

F. *La intervención humanitaria*

La intervención de un Estado con violencia o con la amenaza de violencia para la protección de personas que no poseen la nacionalidad del

Estado interventor, es uno de los problemas más discutidos en el derecho internacional actual. Un proceder de esta clase se describe en el concepto de intervención humanitaria (para la delimitación con la salvación de los propios nacionales se denomina en ocasiones también como intervención humanitaria en sentido amplio).

El Parlamento europeo definió en su resolución sobre el derecho a la intervención por motivos humanitarios de 1994 (*D.O.*, 1994, inciso C-128, p. 225, núm. 1), el concepto de intervención humanitaria como: “La protección de los derechos fundamentales de las personas, los nacionales de otros Estados y/o de los prisioneros, por un Estado o un grupo de Estados, cuando esa protección contemple la amenaza con violencia o la aplicación de la violencia”.

Aquí, se trata también de la protección por parte de otros Estados, por medio de la fuerza o con la amenaza de hacerlo, de grupos de población maltratados. De acuerdo con una interpretación ortodoxa y estricta de la doctrina del derecho internacional contemplada en la Carta de la ONU, las graves violaciones a los derechos humanos (terrorismo de Estado) autorizan por sí mismas una intervención externa, que no se encuentra autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Este aspecto sitúa en un primer plano la integridad del Estado individual sin consideración a su idiosincrasia. La prohibición del uso de la fuerza aparece como el valor legal supremo, detrás del cual todos pueden escudarse, incluidos los regímenes que se han pervertido.

Esa problemática se agudiza con el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. De este modo, por ejemplo, Rusia o China tendrían la última palabra sobre si una minoría maltratada debe ser objeto de la protección de la comunidad de Estados, o continuar como rehenes indefensos en un régimen que no respeta los derechos humanos.

Ese posible bloqueo por parte del Consejo de Seguridad genera un vacío sensible en la protección de los derechos humanos, ya que no pasa de fijarse en el Estado y en la protección de los Estados frente a una intervención violenta desde fuera. Mientras tanto, se ha dado tanto en la comunidad de Estados como también en la doctrina del derecho internacional un cambio fundamental. El interés en la integridad de un Estado individual deja de ser un valor absoluto. El derecho internacional actual aparece como un orden vinculado a valores, que coloca en el centro la protección del ser humano. Desde hace ya bastante tiempo el derecho

internacional se ocupa de los estándares de derechos humanos en la estructura interna de los Estados, así como de la relación de los Estados con los individuos y la población a la que pertenecen. Ese desarrollo se ha interrumpido en varios puntos de su curso. Remitámonos sólo a la valoración de las graves violaciones a los derechos humanos como delitos del derecho internacional, la posible sanción de los antiguos jefes de Estado por tales delitos (caso Pinochet) o los principios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa (OSCE) sobre los principios del Estado de derecho y la democracia.

De ese desarrollo se ha generado una concepción dinámica de las competencias de intervención del Consejo de Seguridad de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU, que permite la intervención del Estado no sólo en el caso de conflictos armados entre los Estados, sino también en el caso de amenazas masivas en contra de la vida e integridad corporal de los individuos. Por tanto, los miembros del Consejo de Seguridad, con su derecho de veto, serán los únicos que podrán impedir una intervención del Consejo de Seguridad. La intervención militar de la OTAN con la participación de los siete Estados miembros, con el objeto de proteger la población albana en Kosovo en la primavera de 1999, ocurrieron en la comunidad de Estados como catalizador para un desarrollo que rompió el fuerte vínculo con la prohibición del uso de la fuerza. De conformidad con una opinión bastante influyente, el Estado y su integridad territorial no se pueden considerar como el bien supremo, sino que la mirada debe dirigirse, pasando por el Estado, a la población misma. Desde esa perspectiva la ayuda de emergencia en favor de una minoría perseguida debe ocupar el lugar de una ayuda de emergencia en favor de un Estado agredido (en este sentido principalmente Karl Doehring). Al mismo resultado se llega mediante una reducción teleológica de la prohibición del uso de la fuerza en los casos en los que una intervención militar no se dirige en contra del derecho de autodeterminación, sino más bien a la protección de la población civil frente al terrorismo de Estado. Desde esa perspectiva, la prohibición del uso de la fuerza se debe ponderar con los derechos humanos más elementales. Esto exige al mismo tiempo que como presupuesto para un procedimiento violento, existan requisitos suficientemente estrictos, que contrarresten el peligro de un abuso. La intervención humanitaria no puede convertirse en algo así como un poder en blanco para un imperialismo de los derechos hu-

manos, del que cada Estado pueda hacer uso arbitrariamente para convertirse en el guardián armado de los derechos humanos.

Por consiguiente, sólo el genocidio o el asesinato sistemático y el desplazamiento forzado de una población, como expresión de la política estatal, justificaría una intervención unilateral haciendo uso de las armas. En todo caso la intervención humanitaria de uno o varios Estados, es una medida subsidiaria a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad.

La resolución del Parlamento Europeo de 1994, sobre el derecho a la intervención por motivos humanitarios (*ibidem*), admite la intervención humanitaria como último medio, bajo estrictos presupuestos:

El Parlamento Europeo,

...

L. considerando que se requiere una posición política respecto de la admisibilidad de las intervenciones humanitarias...

4. es de la opinión de que la protección de los derechos humanos puede justificar las intervenciones humanitarias con o sin la intervención del poder militar, cuando no se puede disponer de otros medios;

...

9. considera necesario formular criterios, que deben ser cumplidos en el caso de una intervención de esta clase por parte de los Estados o de los grupos de Estados, inclusive para dar respuesta a las intervenciones humanitarias;

10. ... es de la opinión de que deben tenerse en cuenta los siguientes criterios para la intervención humanitaria:

a) se debe tratar de una situación de emergencia humanitaria extraordinaria y especialmente seria, en un Estado cuyos gobernantes no se pueden hacer entrar en razón por medios diferentes a los militares;

b) se debe establecer que el aparato de la ONU no se encuentra en condiciones de reaccionar a tiempo en forma efectiva;

c) todas las demás posibilidades de solución, en la medida que sean posibles y razonables, han debido agotarse sin éxito alguno;

d) el poder de intervención no puede utilizarse en interés propio, de modo tal que la protección de los derechos humanos debe ser el fin principal, sin que intervengan motivos políticos o económicos; sobresale en este contexto el significado de ejecutar sin restricción alguna los acuerdos, mediante los cuales se prohíbe la presencia de fuerzas armadas que podrían llevar a una mayor inestabilidad;

e) aquellos Estados que han sido condenados formalmente por la comunidad internacional por una intervención ilegal, no podrán participar en

las intervenciones por motivos humanitarios en otras regiones, antes de que ellos no hubieren culminado sus acciones ilegales;

f) la intervención debe limitarse a objetivos específicos y en todo caso sólo tendrá unos efectos leves sobre la autoridad política del Estado objeto de la intervención;

g) el uso de la fuerza se debe especificar en forma adecuada y con un límite temporal;

h) la intervención debe ser anunciada de inmediato a la ONU y no puede ser obstaculizada con una condena;

i) la forma de la intervención no puede constituirse en una amenaza para la paz y seguridad internacionales;

11. se subraya el significado de una aplicación consecuente de esos criterios...

Para el caso de la delimitación de la intervención humanitaria por graves violaciones a los derechos humanos, con el carácter de genocidio, también se presenta el problema de la valoración objetiva. Sin embargo, el peligro de que un Estado invoque arbitrariamente un presupuesto para la intervención, con el riesgo de que se cometan los abusos vinculados a éste, es menor de lo que parece en un principio. Las violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado son valoradas por el Consejo de Seguridad y otros órganos de las Naciones Unidas.

El Consejo de Seguridad y otros organismos de las Naciones Unidas, también se pueden expresar con posterioridad sobre la admisibilidad de una intervención humanitaria. Adicionalmente, existe la posibilidad de un examen jurisdiccional ante la Corte Internacional (si los Estados participantes se encuentran sometidos a su competencia) o por parte de otras instancias jurisdiccionales. Es así como el Consejo de Seguridad clasificó la crisis de Kosovo mucho después de la intervención de los Estados de la OTAN, como una amenaza para la paz y la seguridad de la región. La demanda de la República de Yugoslavia en contra de la OTAN y de los Estados participantes en los ataques aéreos (con la idea de construir una declaración de sometimiento a la competencia de la Corte Internacional) constituyó un intento de instrumentalizar a la Corte Internacional para los fines políticos de Yugoslavia (véase nuestro apartado 63). La vinculación a los objetivos humanitarios restringe también la extensión de las medidas admisibles para la protección de los derechos humanos más elementales. Una limitación adicional se deriva de que las medidas

de intervención no pueden ir mas allá de las necesarias para la protección de los derechos humanos, lo que implica que deben satisfacer el mandato de la proporcionalidad.

Bajo la presión de la intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo, se modificaron en forma sustancial los criterios de la ciencia del derecho internacional. La opinión de quienes estaban a favor de admitir esta clase de intervenciones en aquellos casos que configuraban un genocidio, ganó terreno, mientras que la opinión contraria, perdió su posición. Parece obvio que el cambio de opinión de algunos se debió a la preocupación de que la doctrina del derecho internacional, al mantener una posición rígida respecto de la prohibición de la intervención humanitaria, perdiera su influencia sobre el proceso de decisión política. Este diagnóstico no se reduce a una crítica cruda a un cierto oportunismo. El desarrollo que siguió posteriormente hace evidente la relación dialógica entre la doctrina del derecho internacional y la práctica estatal. En este sentido la intervención de la OTAN en Kosovo cambió sustancialmente la visión de la doctrina del derecho internacional, especialmente en Alemania.

BIBLIOGRAFÍA: A. Cassese, “Ex injuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 23 y ss.; D. Deiseroth, “Humanitäre Intervention” und Völkerrecht”, *NJW*, 1999, pp. 3084 y ss.; J. Delbrück, “Effektivität des UN-Gewaltverbots”, *Die Friedens-Warte*, 74 (1999), pp. 139 y ss.; K. Doehring, *Völkerrecht*, 2a. ed., 2004; L. Henkin u.a., “Editorial Comments: NATO’s Kosovo Intervention”, *AJIL*, 93 (1999), pp. 824 y ss.; J. L. Holzgrefe/R. O. Keohane (ed.), *Humanitarian Intervention. Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, 2003; K. Ipsen, “Der Kosovo-Einsatz, Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldigbar?”, *Die Friedens-Warte*, 74 (1999), pp. 19 y ss.; J. Isensee, “Weltpolizei für Menschenrechte”, *JZ*, 1995, pp. 421 y ss.; P. Malanczuk, *Humanitarian Intervention and the Legitimacy of the Use of Force*, 1993; M. Pape, *Humanitäre Intervention*, 1997; B. Simma, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 1 y ss.; F. R. Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2a. ed., 1997; C. Tomuschat, “Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts”, *Die Friedens-Warte*, 74 (1999), pp. 33 y ss.; *idem.*, *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, 2001.

35. PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN

La prohibición de intervención establece restricciones a la influencia en los asuntos internos de otro Estado. La Carta de la ONU reconoce en el artículo 2o., número 7, la protección frente a una intervención “en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”. Esto, sin embargo, no se opone a la aplicación de medidas coercitivas por parte del Consejo de Seguridad, de conformidad con el Capítulo VII (artículo 2o., número 7). La prohibición de intervención en el sentido de la Carta, se encuentra vigente en el derecho consuetudinario desde hace ya bastante tiempo.

El círculo de los asuntos internos que constituyen el objeto de la prohibición de intervención es, por consiguiente, difícil de concretar, al igual que las posibles formas de ejercer la influencia que se encuentra prohibida.

Un intento importante para delimitar la prohibición de intervención, se encuentra en la declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States (Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención y la Ingerencia en los Asuntos Internos de los Estados) de 1981 (Anexo a la GA/Res. 36/103, UNYB, 1981, 147; versión VN 1982, p. 182).

Esta declaración de la Asamblea General coloca en primer plano la protección del orden estatal existente frente a la posibilidad de una desestabilización provocada desde el exterior, y extiende en forma pronunciada, la prohibición de intervención también a la discusión de los problemas relacionados con los derechos humanos (sección II inciso e, 1). La mayor parte de los Estados del mundo occidental (en ese entonces) votó en contra de esa declaración de la Asamblea General, lo que le restó autoridad.

En términos generales, la prohibición de intervención protege principalmente la autonomía de los Estados individuales en lo concerniente a la estructuración del orden cultural, social, económico y político. Esto lo señaló la Corte Internacional en el *caso Nicaragua*:

...el principio le prohíbe a todos los Estados o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estados. Las intervenciones que se prohíben deben recaer por consiguiente sobre aquellas materias en las cuales a todo Estado le está permitido,

por el principio de la soberanía, decidir libremente. Dentro de ellas se encuentran el optar por un sistema político, económico, social y cultural, así como la formulación de la política extranjera. La intervención es ilícita cuando utiliza métodos de coerción sobre tales opciones, las cuales deben permanecer libres de toda intervención. El elemento de la coerción, que define la intervención prohibida, y que por tanto constituye la esencia de la misma, es particularmente obvio en el caso de una intervención que hace uso de la fuerza, ya sea en forma directa a través de una acción militar, o en forma indirecta mediante el apoyo de actividades armadas, terroristas o subversivas, en otro Estado (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua vs. USA]*, ICJ Reports, 1986, pp. 12 y ss. [108, Nr. 205]).

Extraordinariamente difícil es la delimitación entre la coerción prohibida y la no prohibida. El ejercicio de la fuerza o la amenaza de la fuerza, sin embargo, no es problemático. Todo apoyo de las actividades terroristas en otro Estado cae también dentro de la prohibición de intervención. El ámbito de la prohibición de intervención (*domaine réservé*) que se le garantiza a los Estados, se ha contraído desde hace bastante tiempo. Esto se relaciona ante todo con el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos. En el marco europeo el proceso de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) ha estrechado cada vez más el círculo de los asuntos internos. Los Estados miembros de la OCSE lo han reconocido no sólo para el respeto a los derechos humanos más elementales, sino también, para los estándares democráticos y del Estado de Derecho, que se deben acordar (véase nuestro apartado 45). Con la introducción de estos estándares, queda completamente en el vacío la posibilidad de invocar la prohibición de intervención. Estos desarrollos han reducido en buena medida el significado de la prohibición de intervención. La prohibición de intervención ofrece hoy en día muy poca protección frente a la presión económica con la que se debe obtener el respeto de las obligaciones en materia de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA: D. C. Dicke, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, 1978; H. Jäckel, *Ist das Prinzip der Nichteinmischung überholt?*, 1995; P. Kunig, *Das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip*, 1981; R. B. Lillich, "Economic Coercion and the New International Economic Order: A Second Look at Some First Impressions", *Virginia Journal of International Law*, 16 (1976), pp. 233 y ss.

36. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

La Carta de la ONU reconoce en varias partes el derecho de autodeterminación de los pueblos (artículo 1o., número 2, 55, 73 inciso b, 76 inciso b). El desarrollo del derecho de autodeterminación de los pueblos surgió en principio relacionado con el proceso de descolonización (véase la Declaración de la Asamblea General de la ONU para Garantizar la Independencia de los Estados y Pueblos Coloniales, de 1960, anexo a GA/Res. 1514, XV, UNYB, 1960, p. 49). Pero el derecho de autodeterminación no se limita desde hace ya bastante tiempo a los procesos de colonización. Lo mismo ocurre con la garantía del derecho de autodeterminación contemplado en el artículo 1 del pacto de derechos humanos de 1966: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Luego de que concluyera el proceso de descolonización, la población negra mayoritaria de Sudáfrica mediante la supresión del régimen de Apartheid, el pueblo alemán con la reunificación de Alemania, y el pueblo palestino con la progresiva autonomía (en West Bank y en la Franja de Gaza) así como el pueblo de Timor Oriental, pudieron realizar sus anhelos de autodeterminación, en parte o por completo.

En relación con la respectiva población, el derecho de autodeterminación (como complemento de la prohibición de intervención) garantiza la libertad de determinar, sin ninguna coacción externa, un sistema político, social, económico y cultural propio. La declaración de Friendly Relations de la Asamblea General de la ONU de 1970 (UNYB 1970, p. 788) circunscribe el derecho de autodeterminación como sigue: “Por virtud del principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”.

En la actualidad el derecho de autodeterminación se encuentra reconocido como un principio del derecho consuetudinario (CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa), Notwithstanding Security Council Resolution 267*

[1970], *ICJ Reports*, 1971, p. 3; *Western Sahara Case*, *ICJ Reports*, 1975, p. 12). La Corte Internacional reconoció expresamente en el caso Timor Oriental, que del derecho de autodeterminación de los pueblos se derivaban también obligaciones *erga omnes* (*Case Concerning East Timor, Portugal vs. Australia*, *ICJ Reports*, 1995, p. 90 [102, núm. 29]).

El derecho de autodeterminación de los pueblos no se agota en la libertad de elegir con que cuentan los pueblos, y con la protección frente a las coerciones externas. El derecho de autodeterminación moderno contempla también la participación de grupos de población en la conformación política dentro de una asociación de Estados ya existente. De ahí que el derecho de autodeterminación de los pueblos proteja también a las minorías en una asociación étnica de Estados extranjeros.

El concepto de pueblo, en este sentido, se relaciona con un grupo de seres humanos que viven en un territorio determinado, que se define mediante criterios raciales, religiosos, idiomáticos u otras características culturales, y tienen el deseo de la mantener su identidad. Aquí se superpone el derecho de autodeterminación de los pueblos con las reglas especiales de la protección de las minorías.

En forma diferente de como ocurre con el derecho de autodeterminación, la protección de las minorías se dirige primordialmente a los derechos individuales de quienes forman parte de una minoría, principalmente en el ámbito cultural. En este contexto, se debe mencionar de manera especial el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

A las minorías se les debe conceder una dimensión mínima de participación en la configuración de los asuntos del Estado (ya sea en el marco de un estatuto autónomo o en igualdad de condiciones a los otros miembros de la población). En esto reside también el núcleo de los requerimientos democráticos mínimos en el orden estatal. Este estándar mínimo implica la exclusión de todo régimen en el que la mayoría de la población se encuentre separada de la participación política (como en el antiguo régimen del Apartheid en Sudáfrica).

La cuestión más delicada en relación con el derecho de autodeterminación consiste en la posibilidad o no de aplicar el derecho de secesión,

esto es, el derecho de las minorías a la vida en común en un Estado propio. La opinión predominante en la doctrina del derecho internacional se encuentra extraordinariamente distanciada de un derecho de secesión por motivos étnicos o a favor de ciertas minorías, con base en la autodeterminación. Aquí se contraponen, por una parte, el derecho “defensivo” a la autodeterminación que tiene la población de un Estado (y la integridad territorial del Estado en su totalidad), y por la otra, el derecho “ofensivo” a la autodeterminación que tienen las poblaciones minoritarias.

La opinión predominante le concede a la integridad territorial, esto es, a la protección de la existencia del Estado en su forma actual, la prevalencia sobre los anhelos de contar con un Estado propio. Detrás de esto se encuentra también la preocupación frente a los nuevos problemas de las minorías, que representa el establecimiento de nuevos Estados mediante la división de otros. En esta forma moderna del “tribalismo postmoderno” *postmodern tribalism* (Thomas Franck), el derecho de autodeterminación desarrolló una fuerza explosiva difícil de controlar para el caso de los procesos de desintegración de un Estado en varios Estados. Sin embargo, se debería considerar el derecho de secesión en los casos que las minorías se encuentren bajo un sometimiento intolerable. Esto se aplica bajo dos presupuestos: por una parte, la discriminación de una minoría con violación de los derechos humanos más fundamentales, y por la otra, la exclusión de esos grupos del proceso de formación de la voluntad política.

La declaración *Friendly Relations* de la Asamblea General de la ONU (UNYB 1970, p. 788) deja en el mismo plano la relación entre la unidad de un Estado ya existente, y los anhelos de una minoría sometida de contar un Estado propio:

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito, y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

La garantía de la integridad territorial se encuentra sometida en esa declaración, en cierta forma, a una reserva que la vincula al carácter re-

presentativo del poder estatal y a la configuración no discriminatoria del orden político. Genera problemas que el derecho de autodeterminación de un pueblo se pueda “agotar” mediante la aceptación de una situación que ya se dio, o si se puede actualizar una y otra vez.

En todo caso el derecho a la autodeterminación no es el vehículo idóneo para cuestionar después de varios siglos, un orden territorial sólido con estructuras democráticas. En el contexto de la división alemana se puede señalar con razón que la parte de la población, que conformó la República Democrática Alemana, por varias décadas no estuvo en capacidad de expresar libremente su voluntad debido a la presión política, y sólo hasta la fase que siguió a la reunificación pudo ejercer por primera vez su derecho a la autodeterminación.

BIBLIOGRAFÍA: P. Alston (ed.), *Peoples' Rights*, 2001; J. Crawford, *The Rights of Peoples*, 1988; K. Doehring, Right of Self-Determination of Peoples, después de artículo 1o, en: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, 2a. ed., 2002; U. Fink, “Legalität und Legitimität von Staatsgewalt im Lichte neuerer Entwicklungen im Völkerrecht”, *JZ*, 1998, pp. 330 y ss.; T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 1995; J. A. Frowein y R. Hofmann (eds.), “Das Minderheitenrecht europäischer Staaten”, *Teil*, 11, 993, *Teil*, 21, 994; H. Hannum, “Rethinking Self-Determination”, *Virginia Journal of International Law*, 34 (1993), pp. 1 y ss.; H. J. Heintze (ed.), *Selbstbestimmungsrecht der Völker. Herausforderung der Staatenwelt*, 1997; P. Hilpold, *Modernes Minderheitenrecht*, 2001; H. Klebes, “Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten”, *EuGRZ*, 1995, pp. 262 y ss.; D. Murswiek, “Die Problematik eines Rechts auf Sezession neu betrachtet”, *AVR*, 30 (1992), pp. 307 y ss.; S. Oeter, “Selbstbestimmungsrecht im Wandel”, *ZaöRV*, 52 (1992), pp. 741 y ss.; D. Thürer, “Das Selbstbestimmungsrecht der Völker”, *AVR*, 22 (1984), pp. 113 y ss.; C. Tomuschat (ed.), *Modern Law of Self-Determination*, 1993.

37. INMUNIDAD DE LOS ESTADOS

A. Aspectos generales

Las reglas de la inmunidad de Estados limita el sometimiento de un Estado a la jurisdicción de otros Estados. Como criterio jurídico funda-

mental, se encuentra el desarrollo de una igualdad soberana de los Estados, que se concreta en la máxima *par in parem non habet imperium*.

Partiendo de ese criterio jurídico, hasta hace poco los Estados se encontraban protegidos frente a toda jurisdicción extranjera. En las décadas pasadas, la práctica estatal se separó de este criterio mediante el abandono de la inmunidad “absoluta” de los Estados y la aplicación de la inmunidad “relativa” (limitada).

En la práctica, se debe diferenciar entre la inmunidad en los procesos declarativos (esto es, en el caso de demandas en contra de un Estado extranjero, por ejemplo, para el cumplimiento de un contrato o el pago de una compensación por una actuación indebida) por una parte, y por la otra, la inmunidad en procesos ejecutivos (para la ejecución coercitiva de una sentencia).

Una serie de Estados ha expedido leyes especiales para reglamentar la inmunidad de los Estados (por ejemplo, los EEUU con la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976). En la República Federal de Alemania se debe mencionar la disposición del artículo 20 número 2 GVG¹³¹ (Ley de la Constitución Judicial) sobre los principios del derecho consuetudinario de la inmunidad de los Estados. La Convención Europea sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estados de 1972 (Convención de Basilea, *BGBI.*, 1990, II, p. 34) se encuentra vigente en Bélgica, la República Federal de Alemania, Luxemburgo, Holanda, Austria, Suiza, el Reino Unido y Chipre. Bastante significativo es el proyecto de la International Law Commission sobre la inmunidad de los Estados (*ILM* 30, 1992, pp. 15 y ss., 65 y ss.). Este proyecto intenta darle unos contornos claros a los ámbitos en los que los Estados extranjeros, de conformidad con el derecho consuetudinario, se encuentran sometidos a la jurisdicción de un Estado extranjero.

En estrecha relación con la inmunidad de los Estados se encuentran las reglas especiales de la inmunidad de los jefes de Estado. Una rama de la inmunidad de los Estados es la inmunidad personal de que gozan los miembros de los gobiernos mientras se encuentran en los Estados extranjeros. Esa inmunidad personal no existe respecto del funcionario, sino que tiene por objeto proteger su función.

¹³¹ § 20 (2) En los demás aspectos la jurisdicción alemana no se extenderá a personas diferentes a las mencionadas en los §§ 18 y 19, siempre y cuando estas no se hubieren exceptuado con base en las reglas generales del derecho internacional, con fundamento en acuerdos internacionales o en otras disposiciones legales.

En el caso de los ministros, existe bastante incertidumbre sobre la exacta extensión de la inmunidad procesal en materia civil y penal. Esto se debe también a que la práctica estatal con respecto a este tema ha sido muy poca. En cuanto a los ministros de relaciones exteriores, la Corte Internacional en el caso *Arrest Warrant del 11 de abril de 2000 (Democratic Republic of Congo vs. Belgium, ILM, 41, 2002, pp. 536 y ss.)* se adoptó el criterio de una inmunidad absoluta en el proceso penal, esto es, una liberación de la jurisdicción penal sin tener en cuenta la naturaleza administrativa de la conducta perseguida (CIJ, *ibidem*, número 51 y ss.). La CIJ apoyó en este caso la inmunidad plena haciendo un paralelo funcional con la inmunidad de los jefes de Estado y los diplomáticos.

En el caso de una visita privada en el extranjero, es discutible la posibilidad de concederle a los ministros de relaciones exteriores una inmunidad de este tipo (críticas al respecto en el salvamento de voto del juez Higgins, Kooijmans und Buergenthal, *ILM, 41, 2002, p. 575*). Este caso tuvo por objeto una orden de arresto internacional que se había expedido en Bélgica en contra del ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, por crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad. La Corte Internacional sostuvo, a solicitud del gobierno congolés, que mediante la orden de arresto Bélgica había violado la inmunidad del ministro de Relaciones Exteriores congolés y con esto los derechos de la República Democrática del Congo.

De conformidad con una decisión del Tribunal Administrativo Federal, las reglas sobre la inmunidad de los Estados prohíben también recibir la declaración, como testigo, de un ministro de defensa extranjero en temas concernientes a la intervención de unidades militares y a la conducta de las tropas, así como emplazarlo para que declare en la República Federal de Alemania (*BVerwG, DVBl., 1989, p. 261*).

La inmunidad de los Estados en el ámbito soberano tiene también efectos sobre el sometimiento de algunos órganos del Estado a la jurisdicción extranjera. La inmunidad de los Estados, por tanto, no permite que un tribunal vincule a una Autoridad administrativa de un Estado extranjero. Por esta razón fracasó la demanda ante los tribunales alemanes en contra del Director del New Scotland Yard (por la omisión de información sobre una secta, que podría dañar su carrera), ya que en este caso se aplicaron los principios de la inmunidad de los Estados (*BGH, NJW, 1979, p. 1101*).

Las tendencias a admitir la persecución penal de los miembros de un gobierno extranjero por graves violaciones a los derechos humanos se contraponen a la controversia en la CIJ entre Congo y Bélgica. En opinión de la CIJ, la situación del derecho consuetudinario internacional a la luz de la práctica estatal no contempla una excepción tal a la inmunidad de los miembros de un gobierno mientras se encuentren desempeñando sus funciones (CIJ, *ibidem*, número 58.). La posibilidad de una persecución penal luego de que hubieren concluido su periodo de funciones se puede apoyar en el hecho de que las graves violaciones a los derechos humanos no se cuentan dentro de las actividades administrativas dignas de ser protegidas (salvamento de voto del juez Higgins, Kooijmans y Buergenthal, *ibidem*, número 85).

BIBLIOGRAFÍA: G. M. Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, 1984; J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997; H. Damian, *Staatenimmunität und Gerichtszwang*, 1985; Ch. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, 1988.

B. Inmunidad en procesos declarativos

Luego de la Segunda Guerra Mundial la mayor parte de los Estados se separaron de la garantía de la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros (los EEUU en 1952 con la famosa *Tate Letter*). Los regimenes estatales del “bloque oriental” mantuvieron el criterio de la inmunidad de los Estados durante más tiempo. Con la desintegración del orden comunista se dio allí también un cambio. En la actualidad se encuentra vigente en el derecho consuetudinario internacional solamente el principio de la inmunidad restringida. De acuerdo con esto, la inmunidad de los Estados puede ser tenida en cuenta sólo en el caso de actuaciones de carácter soberano (*acta iure imperii*). En el caso de algunos actos que no son de carácter soberano (*acta iure gestionis*), éstos se encuentran sometidos a la jurisdicción extranjera. Un ejemplo de un acto soberano lo constituye por ejemplo, el daño o el hundimiento de un barco extranjero por las fuerzas armadas en el marco de un conflicto armado de carácter internacional (véase U. S. Supreme Court, *Argentine Republic vs. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488, US, 428, 1989).

En contra de la demanda de perjuicios por maltratos durante el Tercer Reich, presentada por una persona que había sido sometida a trabajos

forzados, la República Federal de Alemania invocó con éxito su inmunidad ante los tribunales americanos (U. S. Court of Appeals, D. C. Cir., *Hugo Prinz vs. Republic of Germany*, *ILM*, 33, 1994, p. 1483; véase también el acuerdo de compensaciones entre los EEUU y la República Federal de Alemania, *ILM*, 35, 1996, pp. 193 y ss.).

De acuerdo con algunas decisiones nacionales, y algunas opiniones en la doctrina del derecho internacional, los Estados pueden en el mismo caso de actos de soberanía, ser sometidos a la jurisdicción extranjera, cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos (en este sentido sobre una demanda en contra de la antigua Unión soviética por el secuestro del diplomático sueco Raoul Wallenberg, *von Dardel vs. USSR*, 623 F. Supp., 246, D. D. C., 1985). La mayor parte de la doctrina del derecho internacional que prevalece en la actualidad se encuentra todavía bastante distanciada de un desconocimiento tal de la inmunidad de los Estados.

La Corte Suprema americana también se opuso a esto en el caso *Ameralda Hess (ibidem)*. El Congreso americano, mediante una modificación del Foreign Sovereign Immunities Act (Sec. 1605 a 7, reproducido en *ILM*, 36, 1997, p. 759), abrió la posibilidad de demandar a los Estados extranjeros ante las cortes americanas, en caso de actos “terroristas”, incluso cuando éstos se encuentren dentro del ámbito soberano. La condena en el caso *Distomo*, en contra de la República Federal de Alemania por parte de un tribunal griego debido a los disparos en contra de unos rehenes civiles que hicieron las unidades de la SS en 1944 (violando el reglamento de guerra de La Haya), se califica aun en la doctrina del derecho internacional como un desconocimiento de las reglas de la inmunidad de los Estados, contemplada en el derecho internacional (véase B. Kempen, en: *Festschrift für H. Steinberger*, 2002, p. 179 y ss.; R. Dolzer, *NJW*, 2001, p. 3525).

En el caso *Al-Adsani vs. Kuwait* la Court of Appeal inglesa negó con base en la inmunidad de los Estados la demanda civil de un nacional kuwaití en contra de Kuwait (*ILR*, 107, 1997, pp. 536 y ss.). En esta ocasión el demandante quiso probar que había objeto de persecución por parte de las fuerzas de seguridad de Kuwait.

Ante la denegación de la demanda, el demandado elevó ante la Corte Europea de Derechos Humanos una queja individual en contra del Reino Unido por violación de la protección legal ordenada en el artículo 6o. de

la Convención Europea de Derechos Humanos.¹³² La Corte decidió que la posición jurídica de la Court of Appeal era compatible con la Convención de Derechos Humanos. La Corte sostuvo que respecto de las demandas civiles, en el derecho consuetudinario internacional no se reconocía la posibilidad de separarse de la inmunidad de los Estados en el caso de las torturas, que se cometían por fuera del Estado foro (Corte Europea de Derechos Humanos, *Al-Adsani vs. The United Kingdom*, HRLJ, 23 [2002], p. 39).

Especiales reflexiones suscitan las demandas que son elevadas por los nacionales del Estado foro, en contra de un Estado extranjero por violación del derecho internacional (véase por ejemplo, la solicitud de arresto interpuesta por las víctimas del atentado terrorista en la Discoteca La Belle en Berlín, LG Berlín, caso 9 0 326/02).

En estos casos se justifica la separación de la inmunidad de los Estados por parte del Estado foro posiblemente como represalia para obtener una compensación. Sin embargo, aquí se plantea un problema desde la perspectiva del derecho constitucional, ya que la decisión sobre las represalias, como objeto de las relaciones exteriores, se le atribuye al ejecutivo, tanto en Alemania como en la mayor parte de los países.

La idea de las represalias se aplicaría *erga omnes* cuando exista un apartamiento del principio de inmunidad de los Estados en el caso de la violación del derecho internacional. En este caso, sin embargo, es discutible la admisibilidad de las represalias por parte de los miembros de la comunidad de Estados.

De conformidad con una tendencia, cada vez más influyente, para la calificación de las actividades estatales como soberanas o no soberanas se debe partir primordialmente de la naturaleza de la respectiva actividad y de su clasificación dentro de las funciones soberanas típicas (y no, por

¹³² Artículo 6o. Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

ejemplo, con base en los fines que se persiguen con la respectiva actividad). Con base en ese criterio la Corte Constitucional Federal Alemana calificó el encargo de reparar la calefacción de una Embajada como acto no soberano (TCF 16, 27 [61]).

La expedición de bonos de deuda por parte del Banco Central de Argentina, la calificó la Corte Suprema Americana, con toda razón, como un acto no soberano (*Republic of Argentina vs. Weltover Inc., ILM*, 31, 1992, p. 1220). En su motivación la Corte Suprema señaló que aquí, por ejemplo, no se estaba considerando el poder reglamentario de un Estado; más aún, el Estado se estaba comportando en el mercado de capitales en forma similar a como lo hacia un privado.

En el derecho consuetudinario internacional se reconocen una serie de excepciones a la inmunidad de los Estados. Dentro de éstas se encuentran la renuncia a la inmunidad, la contrademanda (en el caso de una relación material con la demanda), y las demandas por bienes en relación con propiedades ubicadas en el país. En el caso de controversias provenientes de una relación laboral se debe determinar si se ejercieron o no funciones con un carácter soberano (véase el artículo 11 apartado 2 inciso a del proyecto del ILC sobre la inmunidad de los Estados).¹³³

Bastante discutible es el sometimiento de los Estados a la jurisdicción extranjera en los casos en los que se trata de demandas sobre compensaciones financieras por daños a personas o cosas en un Estado foro (véase el artículo 12¹³⁴ del proyecto del ILC sobre inmunidad de los Estados). Aquí se podría tratar de un desarrollo posterior de los principios del derecho consuetudinario.

¹³³ Article 11. Contracts of employment 1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

¹³⁴ Article 12. Personal injuries and damage to property. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.

C. *Inmunidad de ejecución*

En la actualidad, a los procesos ejecutivos se les aplica también una inmunidad limitada. Aquí prevalece también una restricción funcional de la inmunidad (véase TCF 64, 1, 23 y ss.; *National Iranian Oil Company*).

Sin embargo, el derecho consuetudinario internacional sigue brindando protección en forma bastante amplia frente a las medidas coercitivas en otro Estado. Se considera la posibilidad de una ejecución respecto de aquellos bienes que no tienen un propósito soberano (comerciales). Para la ejecución no se exige una conexión entre el título de crédito y el uso al cual se encontraba destinado el objeto de la ejecución (véase TCF 64, 1 [22, 41]; *National Iranian Oil Company*; en otro sentido, sin embargo, el artículo 18, número 1, inciso c¹³⁵ del proyecto del ILC sobre la inmunidad de los Estados). El proyecto de la ILC contempla una ampliación, no poco inofensiva, de la inmunidad de ejecución al excluir de la inmunidad de ejecución por completo el patrimonio de los bancos centrales o de otras autoridades monetarias de un Estado (artículo 19, apartado 1, inciso c).¹³⁶

En el caso de las Embajadas, la ejecución no debe afectar el funcionamiento de la Misión diplomática. Por consiguiente, no se admite ningún tipo de ejecución sobre los bienes de la Embajada, que sirven para el cumplimiento de las funciones de la Embajada (TCF 46, 342; véase también *House of Lords, ALCOM Limited vs. Republic of Colombia and Others, ILM*, 23, 1984, p. 719).

A la violación de la inmunidad de ejecución mediante la usurpación de un derecho sobre un bien patrimonial del Estado, que tenía como finalidad el cumplimiento de funciones soberanas, se dirigió el intento de

¹³⁵ Article 18. State immunity from measures of constraint. 1. No measures of constraint, such as attachment, arrest and execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: ... (c) the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum and has a connection with the claim which is the object of the proceeding or with the agency or instrumentality against which the proceeding was directed.

¹³⁶ Article 19. Specific categories of property. 1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under paragraph 1 (c) of article 18: ... (c) property of the central bank or other monetary authority of the State.

ejecutar una sentencia, en el *caso Distomo* en Grecia, en contra de la República Federal de Alemania, mediante la confiscación de un inmueble de su propiedad, que era utilizado por el Instituto Goethe.

D. *Empresas del Estado*

Las empresas del Estado gozan de inmunidad sólo en el caso en que desempeñen funciones soberanas genuinas (por ejemplo, las funciones de los bancos centrales; véase sobre la embargabilidad de los valores patrimoniales de la *National Iranian Oil Company*, TCF 64, 1).

E. *Inmunidad de los jefes de Estado*

La inmunidad de los Jefes de Estado es una de las características de la inmunidad de los Estados, pues sirve a la protección del Estado que ellos representan. Mientras que se encuentran en el poder, los jefes de Estado gozan de inmunidad absoluta (ver sobre el *caso Honecker*, *BGHSt*, 33, 97). Esto lo afirmó la Corte Suprema Austriaca en el caso de una demanda sobre derecho de familia (Oberster Gerichtshof, *EuGRZ*, 2001, p. 513; demanda de paternidad en contra del heredero del fallecido Príncipe de Liechtenstein, Franz Josef II).

No obstante, los jefes de Estado en el poder no se encuentran protegidos respecto de la persecución penal en caso de crímenes especialmente graves (crímenes en contra de la humanidad, crímenes de guerra; véase el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).¹³⁷ *ILM* 37 [1998], p. 999; *BGBL.*, 2000, II, p. 1393. Una vez hubiere concluido el mandato de un jefe de Estado es posible, de conformidad con una tendencia cada vez más influyente, la persecución civil y penal aun por actividades relacionadas con el cargo, cuando se trata de delitos en contra de la humanidad o de crímenes de guerra. Esa tendencia ha sido impulsada

¹³⁷ Artículo 27. Imprudencia del cargo oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

por una decisión de la House of Lords británica, que en un proceso de extradición en contra del dictador militar chileno Pinochet, negó una inmunidad en los casos en que se tratara de una persecución penal por los maltratos contemplados en la Convención sobre Tortura de la ONU de 1984 (House of Lords, *Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, *ILM* 38, 1999, p. 581).

Aquí, con el voto de Lord Brown-Wilkinson, se estableció que esta clase de torturas no se encontraban clasificadas dentro del círculo de funciones soberanas protegidas por la inmunidad de los Estados: “Se puede decir que la comisión de un crimen internacional en contra de la humanidad y el *jus cogens*, es un acto en cumplimiento de una función oficial en nombre del Estado? Yo creo que no se requiere de un fundamento muy fuerte para decir que la implementación de la tortura, como se encuentra definida en la Convención sobre Tortura, no puede ser una función estatal (*ibidem*, p. 593).

BIBLIOGRAFÍA: T. Rensmann, “Internationale Verbrechen und Befreiung von staatlicher Gerichtsbarkeit”, *IPRax*, 1999, pp. 268 y ss.; M. Ruffert, “Pinochet Follow up: The End of Sovereign Immunity?”, *NILR*, 48 (2001), pp. 171 y ss.; S. Zappalà, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *EJIL*, 12 (2001), pp. 595 y ss.

F. *Doctrina del Act of State*

Más allá de los principios del derecho consuetudinario de la inmunidad de los Estados, los tribunales de algunos Estados del ámbito anglo-americano (especialmente de la jurisprudencia americana y británica) rechazan en principio la posibilidad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos soberanos extranjeros.

Esa doctrina del *Act of State*, sin embargo, no corresponde a una obligación del derecho internacional (en este sentido también, en relación con sanción penal de los espías de la RDA, *BGHSt*, 37, 305).

BIBLIOGRAFÍA: J.-P. Fonteyne, “Acts of State”, *EPIL*, *Bd.*, 1, 1992, pp. 17 y ss.; M. Herdegen, “Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt”, *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y ss.

38. RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

A. *Relaciones diplomáticas*

Para el estatus de las misiones diplomáticas y la protección de su personal diplomático y de demás personal es fundamental la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (*BGBI.*, 1964, II, p. 958). Las funciones de las misiones diplomáticas se encuentran reglamentadas en el artículo 3o. de la CVRD.¹³⁸

En la cúpula de las misiones diplomáticas se encuentran embajadores (o nuncios), los enviados (ministros o internuncios acreditados) y otros encargados de negocios (artículo 14, número 1, CVRD).

En la mayor parte de los Estados funge el representante de la Santa Sede (nuncios) como jefe (*Doyen*) del cuerpo diplomático. La persona de los diplomáticos es inviolable (artículo 29, CVRD). Las locaciones de la misión son inviolables y gozan de la inmunidad de ejecución (artículo 22, números 1 y 3). Gozan de la especial protección del Estado receptor (artículo 22, número 2, CVRD).

La fórmula general de la “extraterritorialidad” de las Embajadas conduce a errores, porque el lugar donde se encuentra la misión diplomática pertenece al territorio del Estado receptor. Es así como a los delitos cometidos en una embajada en contra de un diplomático, se les aplica de conformidad con el principio de territorialidad, el derecho penal del país receptor (sobre la muerte del ministro afgano en Berlín, *RGSt*, 69, 54). Por tanto, la inviolabilidad de las misiones diplomáticas no limita la vigencia, ni tampoco la aplicación del derecho nacional.

La inviolabilidad de un diplomático y la protección de las misiones diplomáticas hacen parte de los fundamentos del derecho internacional.

¹³⁸ Artículo 3o. 1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor. 2. Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática.

Si el Estado receptor incumple su deber de proteger la misión diplomática y a su personal, se configurará no sólo una violación al derecho en contra del Estado que envió la misión, sino también en contra de cada uno de los miembros de la comunidad de Estados. Por largo tiempo ha tenido que soportar Irán el reproche de la comunidad de Estados por la grave violación del derecho diplomático cometida con el ataque de las fuerzas armadas iraníes a la Embajada de los EEUU en Teherán en 1979 (véase CIJ *U. S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case, USA vs. Iran, ICJ Reports, 1980, pp. 3 y ss.*).

Los diplomáticos gozan de plena inmunidad frente a la jurisdicción penal del Estado receptor y sólo en casos excepcionales se someten a la jurisdicción administrativa o civil (artículo 31, número 1, CVRD). El fundamento para la inmunidad diplomática es la protección de las funciones diplomáticas. Esto se debe a la idea de que en los diplomáticos (principalmente en el jefe de misión) se encuentra representado el Estado que lo envía. De una inmunidad restringida gozan los miembros del personal técnico y administrativos de la misión (artículo 37, número 2, 38, número 2, CVRD). El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales (artículo 27, apartado 1, CVRD). El correo diplomático y las valijas diplomáticas gozan de privilegios especiales (artículo 27, números 3 a 7, CVRD). Los privilegios diplomáticos y las inmunidades no liberan de la obligación de respetar las leyes de los Estados receptores (artículo 41, número 1, CVRD). El Estado receptor podrá retirarle el estatus diplomático a un jefe de misión o a otro miembro del personal diplomático en cualquier momento sin tener que expresar los motivos para ello, declarando al diplomático como *persona non grata* (artículo 9, apartado 1, CVRD).

Las actividades realizadas en ejercicio de las funciones conservan la inmunidad del diplomático aun después de que éste hubiere concluido sus funciones en el país receptor (artículo 39, número 2, frase 2, CVRD). Esa protección posterior mediante la inmunidad es válida sólo para el Estado receptor, y no tiene por qué ser reconocida por los demás Estados. Esto lo aclaró el Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con la persecución estatal en contra de un ex embajador acreditado en la RDA de un Estado del medio oriente (TCF 96, 68).

Al ex embajador se le acusaba de haber promovido un ataque terrorista en Berlín (occidental) debido a que había tolerado el almacenamiento temporal del material explosivo en la Embajada.

El ex embajador argumentó que la República Federal de Alemania, como sucesora de la RDA, tenía que seguir respetando la inmunidad.

Como lo señaló en forma bastante correcta la Corte Constitucional Federal, la República Federal de Alemania, como tercer Estado, habría podido emprender la persecución en contra del ex embajador antes de la reunificación. Hasta aquí nada ha cambiado después de la desaparición de la RDA (TCF 96, 86).

Difíciles problemas puede suscitar el abuso de los privilegios diplomáticos. Desde el punto de vista de la Corte Internacional (U. S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case, USA vs. Iran, *ICJ Reports*, 1980, pp. 3 y ss.) en el caso de la Convención de Viena sobre el derecho de las relaciones diplomáticas, se trata de un conjunto de normas cerrado (*self-contained regime*). En el caso de violaciones en contra de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas sólo se podrá reaccionar acudiendo a las medidas allí contenidas.

Sin embargo, el Estado receptor podrá invocar la justificación de las medidas preventivas al derecho de autodefensa o la declaratoria de emergencia, en caso de abuso extremo de los privilegios diplomáticos (ejemplo: los disparos en contra del Embajador Libio en Londres por críticos del régimen libio en 1984).

BIBLIOGRAFÍA: E. Denza, *Diplomatic Law*, 2a. ed., 1998; M. Herdegen, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations", *ZaöRV*, 46 (1986), pp. 434 y ss.; R. Higgins, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience", *AJIL*, 79 (1985), pp. 641 y ss.; F. A. Mann, "Inviolability and Other Problems of the Vienna Convention on Diplomatic Relations", *Festschrift für K. Doehring*, 1989, pp. 553 y ss.

B. Misiones especiales

A reglas especiales se somete el establecimiento de Embajadas especiales (embajadas *ad hoc*) de un Estado en otro, con la aprobación de ambas partes, para que manejen asuntos especiales o se encarguen de una función especial. Dentro de éstas se encuentra el envío de los representantes de Estado a las negociaciones bilaterales o multilaterales, así como a los congresos. La Convención de las Naciones sobre Misiones Especiales de 1969 (AVR 16, 1973-1975, pp. 60 y ss.), la cual contempla amplias

garantías en materia de inmunidad, ha sido ratificada hasta ahora sólo por unos pocos Estados, y no es el reflejo del derecho consuetudinario.

En el conocido caso *Tabatabai*, la Corte Federal de Justicia alemana le otorgó la inmunidad a un “embajador especial” iraní (que había sido detenido durante un viaje por estar en posesión de drogas) frente a la persecución penal, con base en un acuerdo entre el gobierno alemán y el gobierno iraní para que el detenido cumpliera con una misión especial, que requería una persona de confianza.

En este caso la Corte Federal se apoyó en una regla del derecho consuetudinario, que permite “otorgarle estatus de inmunidad a un Embajador *ad hoc*, dotado de funciones políticas especiales por el Estado que lo envía, con base en acuerdo con el Estado receptor en lo concerniente a esas funciones, equiparándolo de ese modo —bajo la protección del derecho internacional— a los miembros de la Misión permanente” (*BGHSt*, 32, 275 [287]).

BIBLIOGRAFÍA: M. Herdegen, “Special Missions”, en: *EPIL*, 4, 2000, p. 574; J. Wolf, “Die völkerrechtliche Immunität des *ad hoc*, Diplomaten”, *EuGRZ*, 1983, pp. 401 y ss.

C. Relaciones consulares

En forma similar a lo que ocurre con la Convención sobre derecho diplomático, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (*BGBI.*, 1969, II, p. 1585) refleja el derecho consuetudinario internacional.

La inmunidad y los privilegios de los miembros de las representaciones consulares son menos amplias que las de los miembros de las misiones diplomáticas. Se limitan en lo esencial al ámbito del servicio. Los funcionarios consulares y el personal administrativo y técnico gozan de la inmunidad sólo en el marco de la actividad administrativa (esto es, protege las funciones consulares; artículo 43, número 1, CVRC).¹³⁹

¹³⁹ Artículo 43. Inmunidad de jurisdicción. 1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. 2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil: a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor.

La interceptación de una conexión telefónica que se encuentre en un lugar donde funciona un consulado viola la prohibición de intervenir en las oficinas consulares de conformidad con el artículo 31, número 2, CVRC, y en contra del deber de protección del artículo 31, número 3, CVRC,¹⁴⁰ cuando los procesos vigilados se encuentran relacionados con la actividad consular (en este sentido, relativo a la interceptación de una conversación telefónica sobre la observación de un ciudadano turco en la República Federal de Alemania, que se hizo en un consulado turco, *BGHSt*, 36, 396 [4005]). La información obtenida mediante la interceptación telefónica violatoria del derecho internacional no podrá valorarse en un proceso penal (*BGH, ibidem*, p. 398).

Dentro de las funciones consulares se encuentra el dar apoyo a los nacionales que el respectivo país envía y que se encuentran privados de la libertad (artículo 36, incisos b y c, CVRC).¹⁴¹ El desarrollo de un proceso penal sin la comunicación consular requerida es violatoria tanto del respectivo Estado (el Estado patria de la persona detenida) como también del detenido en sus derechos (*CIJ, La Grand Case, Germany vs. USA, ICJ Reports*, 2001).

¹⁴⁰ Artículo 31. Inviolabilidad de los locales consulares (...) 2. Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección.

¹⁴¹ Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía 1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

BIBLIOGRAFÍA: G. Hecker, *Handbuch der konsularischen Praxis*, 2a. ed. 1999.

39. OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

En general, existen obligaciones del derecho internacional únicamente respecto de los Estados y algunos sujetos del derecho internacional, cuyos intereses se ven afectados en forma directa por esas obligaciones. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional reconoció, sin embargo, que existen determinadas obligaciones de un Estado respecto de la comunidad de Estados en su conjunto (*Barcelona Traction, Light and Power Company Case, Belgium vs. Spain, ICJ Reports*, 1970, p. 3 [32, núm. 33]). Se trata aquí de las obligaciones cuyo cumplimiento se puede demandar a todos los Estados. Por consiguiente, debido al significado del respectivo bien jurídico, todos los Estados tienen un interés legal en su protección. Se trata por tanto de obligaciones *erga omnes* (“en contra de todos”):

...se debe hacer una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y aquellas que surgen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las anteriores preocupan a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos implicados, todos los Estados pueden llegar a tener un interés legal en su protección; estas son las obligaciones *erga omnes* (CIJ, *ibidem*, p. 32).

Las obligaciones *erga omnes* se originan especialmente en la prohibición de llevar a cabo actividades de agresión, de la prohibición del genocidio y de los derechos humanos más elementales: “Tales obligaciones se derivan en el derecho internacional contemporáneo, por ejemplo, de la prohibición de cometer actos de agresión y de genocidio, así como también de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial” (CIJ, *ibidem*, p. 32, núm. 34; en forma similar sobre la prohibición del genocidio: CIJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia [Serbia and Montenegro]*, ICJ Reports, 1996, p. 595 [616, núm. 31]).

Las reglas básicas sobre la protección de las misiones diplomáticas y del personal diplomático contemplan también obligaciones, cuyo cumplimiento es de interés de toda la comunidad de Estados en su totalidad (CIJ, *U. S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case [U. S. vs. Iran]*, ICJ Reports, 1980, p. 3 [43, núm. 92]). Las obligaciones *erga omnes* se fundamentan también en el derecho de autodeterminación de los pueblos (véase CIJ, *Case Concerning East Timor [Portugal vs. Australia]*, ICJ Reports, 1995, p. 90 [102, núm. 29]).

Se discute si a la violación de las obligaciones *erga omnes* cualquier Estado pudiese responder con represalias (sobre el concepto de represalias véase nuestro apartado 59), o si se requiere un vínculo especial. Si se interpreta consecuentemente el concepto de obligación *erga omnes*, todo miembro de la comunidad de Estados estaría autorizado para imponer este tipo de medidas. De acuerdo con esto, todo Estado podría reaccionar, por ejemplo, decomisando los valores patrimoniales de un Estado que hubiere cometido un delito de genocidio u otras violaciones graves a los derechos humanos.

Una serie de ejemplos de la práctica estatal más reciente, apoya ese punto de vista (las sanciones de las Comunidades Europeas en contra de Irán por el ataque a la Embajada americana en 1980, las medidas de embargo de los EEUU en contra de la Unión Soviética luego de la ocupación de Afganistán, las sanciones económicas de la Comunidad Europea en contra de Argentina luego de la ocupación de las Islas Malvinas (Falkland Islands) en 1982, así como las sanciones de la Comunidad Europea en contra de Yugoslavia en el conflicto de Kosovo).

BIBLIOGRAFÍA: J. A. Frowein, “Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung”, *Festschrift für H. Mosler*, 1983, pp. 241 y ss.; *id.*, “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, *RdC*, 248 (1994), pp. 345 y ss; A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, 1996; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 1997.