



# PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia  
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.*

Diciembre 1985 – Abril 1986

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

*Decano:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

### CONSEJO DIRECTIVO:

*Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:*

Mons. JUAN DAN

*Suplentes:*

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

*Por los profesores titulares:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO, Dr. ALFREDO BATTAGLIA  
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

*Suplentes:*

Dr. FRANCISCO M. BOSCH, Dr. JUAN CARLOS CASSAGNE  
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

*Por los profesores protitulares y adjuntos:*

Dr. ROBERTO PUNTE

*Suplente:*

Dr. ERNESTO POLOTTO

*Secretario Académico:*

Dr. DANIEL G. ALIOTTO

## AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Subdirector:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

*Consejo de Dirección:*

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL  
y Dr. LINIERS DE ESTRADA

*Secretario de Redacción:*

Dr. LUIS ESTEBAN ROLDAN

*Junta Asesora:*

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA  
Dr. JUAN BARGALLO CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN,  
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JORGE A. MAZZINGHI  
y Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

## REFLEXIONES EN TORNO A LA PAZ

Este número de nuestra revista retoma la línea de algunos anteriores (III, VII y XIII) que abordaron aspectos relativos a un mismo tema, el bien común (III) o temas vinculados a una rama de la ciencia del derecho: el derecho civil (VII) y el derecho del trabajo (XIII). Hoy, es el derecho internacional público el objeto de los estudios que aparecen en sus páginas.

Ese derecho, al igual que la comunidad internacional a la cual se refiere, tiene un fin, el bien común internacional, del cual la paz constituye un importante capítulo.

Y como la paz es una de tantas palabras hoy manoseadas, adulteradas, devaluadas, invocadas en abstracto después de ser vaciadas de su significado concreto, incluidas en algún falso *slogan* para mover a masas sin discernimiento, urge su estudio académico para devolverle, como escribe el poeta, "con el honor, las viejas claridades".

Partiremos de los *fundamentos bíblicos*. Las Sagradas Escrituras muestran que Dios no sólo crea al hombre, sino que también se preocupa por él, por darle el sustento y la ley. Ley que debe ser respetada si se quiere alcanzar la paz, pues "no hay paz para los impíos" (Isaías, 48.22); en cambio, "muchacha es la paz de los hombres que aman tu ley" (Salmos, 119.165).

El Evangelio complementa y perfecciona la ley antigua; ya cuando se escucha la voz del cielo sobre los pastores, la milicia celestial canta: "gloria a Dios en las alturas y en la tierra paz a los hombres de buena voluntad" (Lucas, 2,14). La Biblia de Jerusalén critica esta versión, basada en la Vulgata, argumentando que no traduce el sentido usual del término griego, y propone otra: *paz a los hombres en quienes Dios se complace*; o sea a los hombres que agradan, satisfacen, contentan a su Creador, con lo cual llegamos a lo mismo, puesto que éstos no son otros que los hombres de buena voluntad, los hombres respetuosos de los mandatos divinos, dispuestos a cumplir con ellos a pesar de sus debilidades, sus fallencias y sus caídas, abiertos a pedir y a recibir en su peregrinaje el auxilio que viene de lo alto.

Cristo nos deja su enseñanza y también su paz: "os dejo la paz, mi paz os doy; no os la doy como la da el mundo" (Juan, 14,27). La palabra mundo aquí significa ámbito dominado por el pecado y las tinieblas, por

un espíritu que desprecia las cosas de Dios y engaña al hombre. Antes este mundo y su falsa paz, Cristo es "signo de contradicción"; por eso afirma: "no penséis que he venido a traer paz a la tierra. No he venido a traer paz sino la espada" (Mateo, 10,34).

Ante la falsa paz apoyada en un desorden interior, surgido de preferencias que constituyen idolatrías, Cristo impone un orden en los afectos que es camino de la verdadera paz: amor a Dios, en primer lugar, amor al prójimo "imagen de Dios", en segundo lugar y como consecuencia necesaria, pues enseña San Juan en su primera epístola "quien no ama a su hermano a quien ve no puede amar a Dios a quien no ve" (4,20).

La opción fundamental es clara: Dios o los ídolos; el orden de la creación o el desorden de las criaturas desubicadas. Así lo expresa el Evangelio: "el que no está conmigo está contra mí, y el que no recoge conmigo desparrama" (ucas, 11,23). Realizada la opción por el Creador y su orden se desbroza el camino hacia esa paz imperfecta pero verdadera, que es posible aquí en este mundo. Aquellos que se esfuerzan por transitarlo aparecen mencionados en el sermón de la montaña: "bienaventurados los que trabajan por la paz, porque ellos serán llamados hijos de Dios" (Mateo, 5,9).

Este camino parte de la interioridad del hombre, pues el primer enemigo de la paz se encuentra en nosotros mismos. Pero desde allí influye en todos los campos de la sociedad, como señala San Pablo cuando se refiere a los opuestos resultados de la opción interior: son obras de la carne "idolatría, odios, discordia, rencillas, divisiones, disensiones... en cambio el fruto del Espíritu es amor, alegría, paz, afabilidad, bondad, dominio de sí" (Gálatas, 5,19/23).

El legado bíblico es materia de elaboración por la patristica y por la escolástica.

La paz perfecta, perpetua, absoluta, no es de este mundo ni siquiera en el orden personal, pues como expresa San Agustín: "nos habéis hecho, Señor para vos, y nuestro corazón no reposa hasta descansar en vos" (Confesiones, I.1.).

La realidad del pecado, el desorden de las cosas humanas, las rencillas y discordias se extienden por todos los grupos, desde la familia hasta la comunidad internacional. Por eso, contra las utopías perfectistas y pacifistas de todos los tiempos, nos advierte San Agustín: "¿no es verdad que los hombres sentimos por doquier injurias, sospechas, enemistades y guerras? Estos son males ciertos, pero la paz es un bien incierto, porque desconocemos los corazones de aquellos con quienes queremos tenerla y, aunque los conozcamos hoy, no sabemos qué serán mañana" (La Ciudad de Dios, I..XIX,C.5).

La paz, "bien incierto", es un fin que puede alcanzarse si se cumplen ciertos supuestos: verdad, orden, justicia y caridad.

En primer lugar, *depende de la verdad*, pues el apetito del hombre sólo se aquieta en el verdadero bien. Por eso escribe Santo Tomás que “todo lo malo, aunque parezca bueno en algo, aquietando así en parte el apetito, tienc, sin embargo, muchas tachas, con las que el apetito anda inquieto y turbado... de donde *la paz de los malos es aparente y engañosa*” (*Suma Teológica* 2-2,q.29 a.3).

En segundo lugar, *depende del orden*, fundamentalmente del acatamiento de la criatura racional en toda su vida, privada y pública, al orden moral establecido por el Creador. Por eso enseña San Agustín que la paz es “*tranquilidad del orden*” (*La Ciudad de Dios*, L.XIX,C.13).

En tercer lugar, *depende de la justicia*, pues como expresa el profeta Isaías “*la obra de la justicia será la paz*” (XXXII,17). Aquí debemos rechazar con energía la contraposición entre paz y justicia, pues no es posible una verdadera paz que a la vez sea injusta; ella no es paz, pues no hay tranquilidad; es una situación no pacífica en la cual la fuerza sofoca en la superficie la discordia que late en las profundidades y que es producida por la injusticia.

En cuarto lugar, *depende de la caridad*, virtud que une a los hombres con Dios y a los hombres entre sí; como precisa Santo Tomás, “*la paz es indirectamente ‘obra de la justicia’, en cuanto elimina obstáculos; mas es directamente obra de la caridad, porque la causa en esencia*” (*Suma Teológica*, 2-2 q.29 a.3).

Estos supuestos deben seguirse con fidelidad si queremos alcanzar la *única paz posible en la tierra, una paz imperfecta, relativa, precaria, en constante vigilia*.

*El camino debe comenzar por el hombre mismo* que precisa recuperar su orden interno y que para ello tiene que enfrentar múltiples incitaciones externas que lo halagan, desordenan y masifican y que pretenden ahogar su vida interior; *continuar por la familia*, atacada hoy en su legitimidad, su unidad, su estabilidad, su jerarquía; *seguir por los otros grupos infrapolíticos*, sociales y económicos, despedazados por la lucha de clases, calificada por Pío XI como una “mortal úlcera arraigada en las naciones” (*Ubi Arcano*, 8); *continuar por el orden político nacional* signado por “la lucha de los partidos, dirigida no ya por una serena diversidad de opiniones y por la búsqueda sincera del bien común, sino por el deseo de hacer prevalecer los intereses propios con detrimento de los demás” (*Ubi Arcano*, 9), y *concluir en el campo internacional, el más amplio y difícil*, pues el orbe “es como el océano; cuanto mayor es, tanto más abundan los escollos”.

En este campo como en los anteriores, la Iglesia de hoy, depositaria del legado bíblico, enriquecido por el aporte de sus grandes teólogos y doctores, no puede permanecer indiferente “respecto” del bien y del mal.

Pío XII en el texto que aparece en estas páginas efectúa el diagnóstico: "el mundo no habla más que de paz pero no tiene paz... porque está muy lejos de aquel orden querido por Dios en Cristo que garantiza una paz real y duradera". Juan XXIII insiste en la clave del problema: "la paz en la tierra... es indudable que no puede establecerse ni consolidarse si no se respeta fielmente el orden querido por Dios" (*Pacem in Terris*, 1).

Los gobernantes viajan, se reúnen, firman tratados. Se multiplican congresos y asambleas, declaraciones, exhortaciones, discursos por la paz, pero cada vez existen menos "dosis" de paz. Sería mejor y más provechoso meditar las palabras de Pío XII "vano es agitarse, fatigarse y afanarse sin apoyarse en Dios y en su ley eterna" (*Con sempre*, 23).

Ante esta engañosa situación, la Iglesia que no disocia la caridad de la verdad, asume como expresa Pío XII "su deber de denunciar el error, de arrancarles la máscara a los fabricantes de mentiras, que se presentan como lobos con piel de corderos, como precursores y adalides de una nueva era feliz, y de advertir a los fieles que no se dejen extraviar del recto camino ni engañar con falaces promesas" (*La festividad*, 15).

El recto camino comienza por comprender que el problema de la paz es de orden espiritual. La Iglesia que actúa *sub specie aeternitatis* necesita hombres libres, reflexivos, con vida interior, los únicos capaces de entender su mensaje. Hombres que busquen esa paz imperfecta pero posible sin confundir las realizaciones del tiempo con las promesas de la eternidad.

B.M.

## PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL DOCTOR ALFREDO DI PIETRO EN OCASIÓN DEL HOMENAJE AL DOCTOR SANTIAGO DE ESTRADA

El sol es siempre idéntico a sí mismo, a mediodía como a la aurora, en verano como en invierno. Sin embargo nadie podrá negar las diversas maneras como hace sentir la luz y el color de sus rayos.

Así comienza, con estas hermosas palabras de don Santiago de Estrada, el capítulo dedicado a los Santos Padres en su obra *Santos y Misterios*, publicada el 19 de diciembre de 1945.

Como el motivo que hoy nos convoca no es en modo alguno, sinónimo de finalización ni acabamiento, muy por el contrario, reconocimiento, sí, a uno de esos transcurros de luz que realizan los que se consagran desde sus mejores años al oficio de iluminar, queremos iniciar estas palabras con esa imagen tan hermosa del libro del doctor de Estrada: "el sol es siempre idéntico a sí mismo, a mediodía como a la aurora, en verano como en invierno".

Los veranos han marcado los tiempos de vendimia y recolección, que existen en la vida de todo cristiano, sucediéndose claro está, a esos otros días de invierno en los que el ideal heroico del vendimiador, muestra la autenticidad de su fibra.

Hemos visto al doctor de Estrada en todos los tiempos del sol: en los de vendimia y en los de siembra; cuando hay que prepararse para recoger el fruto y cuando hay que encerrar la semilla al abrigo de los vientos.

Pero siempre caballero castellano. Siempre fuerte y siempre aguerrido. Es quizá en esa cepa española donde hay que buscar el añejo y siempre renovado ideal apostólico.

En efecto: pareciera como si en el capítulo dedicado a Santiago, en la obra antes mencionada, el doctor de Estrada hubiese buscado perfiles arquetípicos adjudicables a su propia alma. No es que tengamos la arrogancia de canonizar al muy querido doctor de Estrada en su plenitud existencial, sino que rogaríamos se nos permitan algunas aproximaciones que puedan definirnos su íntimo ser.

Al fin y al cabo, sabia es la admonición de nuestro poeta Leopoldo Marechal: "Mira que al recibir un nombre recibes un destino". Y ese es quizá uno de los signos más sugestivos de nuestra propia existencia: ser fieles a los misteriosos designios del nombre que llevamos.

Así relata nuestro homenajeado la resolución de San Santiago Apóstol en todo lo que atañe a la causa de Dios, causa que, nos consta, ha abra-

zado este muy apreciado Santiago nuestro, desde su luchadora y combativa juventud.

Su figura enjuta, apretada y señera, nos habla también del ascetismo de su personalidad. Es que española y castellana por sobre todo, es también la dispuesta lanza. La roca despojada y el paisaje reconcentrado de su interioridad. Hispania es heredad de Santiago Apóstol y también fuente sapiencial para los que, continuando el rumbo de la tradición, como don Santiago de Estrada, han sabido continuar en nuestra patria, con el títalgo estilo de los caballeros. En su meditación sobre Santiago tiene nuestro homenajeado su mente puesta en la realidad histórica que le ha tocado vivir. Por eso dice:

La Argentina es parte de la heredad de Santiago. La palabra del Apóstol sonó de viva voz en los oídos de nuestros antepasados, y su brazo armado los ayudó en los momentos de peligro.

¡Quiera Dios, mediante el patrocinio del Santo, librarnos una y mil veces más de las acechanzas del Enemigo y sus satélites!

Asombrosa intuición la del doctor de Estrada, en un tiempo en el que el peligro no debió haber parecido tan inminente. Sin embargo, su ruego se alza anticipatorio a las duras luchas en que hemos visto debatirse al pueblo argentino.

Y es que el hombre, el maestro, el cristiano, necesitan evaluar este *hic et nunc* con autenticidad, desde el veraniego sol de la juventud para que la consagración de vida sea una irrepetible y lograda obra de arte.

Belleza de la cohesión de vida. Armonía de la autenticidad. Sereno brillo de la paz interior que emanan de toda existencia consagrada sin reservas al servicio del Creador.

Y así como el servicio celeste nos destina hoy en esta empresa, mañana en aquella otra, y así, según lo quiera la Divina Providencia, sin descanso hasta el día de la muerte, ocurre que sin que lo advirtamos, en un acto de extática devoción, se han ido desgranando las cuentas de un rosario irrepetible: plegaria de nuestra propia vida.

La fidelidad a esa plegaria que se desgrana en el cotidiano vivir es el valor que como cristianos, más admiramos en el doctor de Estrada. Fidelidad a la Esposa de Cristo a quien sirvió con el tesón de un castellano, sin pausas ni claudicaciones.

Y es que su visible vocación mariana ha sido seguramente la luz esencial, el calor afectuoso de su alma, siempre dispuesta a dar algo más de sí. Enfatizan nuestras apreciaciones esas hermosísimas palabras con que culmina la semblanza de Santiago en *Santos y Misterios*:

¡Santiago, fortalecednos en la Esperanza... y haced que esta tierra vuestra jamás se aparte de su único Rey y de su Augusta Madre!

Justa y preciosa imprecación de un varón cristiano. Hay fuerza y esperanza en ella. Es la fuerza que necesitó para llevar adelante la cotidiana entrega en la Facultad de Derecho. Es la esperanza sin la cual no hubiese emprendido con señorío y deliberación, la batalla temporal de cada día. Porque allí donde el cristiano es fructífero, está María confortándolo y animándolo. Dice un pasaje del Apocalipsis que los elegidos no entrarán solos a la Jerusalén Celeste, sino que los acompañarán también sus buenas obras. A juzgar por lo que todos conocemos, en muchos años de labor, muy nutrida será la compañía que lo escolte en tan magno día. Y a los que lo seguimos, quiera Dios otorgarnos también su beneplácito, para continuar con el mismo entusiasmo e idéntica consagración, la tarea de prestigiar cada vez más los claustros de nuestra querida Facultad de Derecho. Tenemos sembradores que muy bien han trazado el surco. A los que nos precedieron, y al doctor Santiago de Estrada muy especialmente, que el Señor les devuelva el ciento por uno. Han sido los operarios de la mies conforme con el Evangelio. Largos y sostenidos frutos habrán de dejar sus santas siembras. Nada más.



## ABREVIATURAS

<b>C. I. J.</b>	<b>Cour Internationale de Justice</b>
<b>C. P. J. I.</b>	<b>Cour permanente de Justice internationale</b>
<b>Fallos</b>	<b>Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.</b>
<b>La Ley</b>	<b>Revista Juridica Argentina La Ley</b>
<b>R. G. D. I. P.</b>	<b>Revue Générale de Droit International Public</b>
<b>U. N. T. S.</b>	<b>United Nations - Treaty Series</b>
<b>Z. a. ö. R. V.</b>	<b>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</b>



## EL CONCORDATO DE 1966 Y LA PRÁCTICA ANTERIOR

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA PRÁCTICA PRECONCORDATARIA: 1. *Su origen*. 2. *Su contenido*. — II. *Modus vivendi* COMO REGLA DE DERECHO: 1. *Modus vivendi como costumbre bilateral*. — 2. *Modus vivendi como acuerdo tácito de una práctica*. — 2. *El régimen concordatario y el modus vivendi anterior*. — III. *Modus vivendi*, SU RELACIÓN CON EL CONCORDATO: 1. *Reconocimiento jurídico*. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado argentino están regidas por el Derecho internacional público. Ambos son sujetos de derecho internacional<sup>1</sup> y dicha relación se manifiesta a través de la actividad externa de sus órganos específicos: la Santa Sede o Silla Apostólica y el Jefe de Estado, respectivamente.

Múltiples son las materias que ambas potestades reglan entre sí, pero la que nos interesa analizar aquí es la que se refiere a la designación de altas dignidades eclesiásticas.

En torno a esta cuestión existe, a partir del Concordato celebrado entre la República Argentina y la Santa Sede el 10 de octubre de 1966, una normativa específica. Antes de la entrada en vigor de dicho Acuerdo<sup>2</sup> las relaciones entre ambas se desarrollaron fuera de un marco legal expresamente regulado, a través de una práctica particular, comúnmente denominada *modus vivendi*.

El objeto de este trabajo consiste en analizar desde el punto de vista jurídico, en qué consistió dicha práctica desarrollada por la Argentina y

---

1 Se ha discutido la subjetividad internacional de la Iglesia Católica en tanto y en cuanto algunos autores han querido atribuir la misma no a ella sino o bien a la Santa Sede o bien a la Ciudad del Vaticano. También, para algunos, la relación entre la Iglesia y el Estado se daría dentro de un orden jurídico autónomo o particular. Sobre estos temas ver BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 98 y ss. a cuyas conclusiones adherimos.

2 El Acuerdo entró en vigor el 28 de enero de 1967. Si bien algunos autores entienden que el Acuerdo de 1966 no se trataría *strictu sensu* de un Concordato y si bien el mismo Convenio se autodenomina "Acuerdo" en su título, creemos que se trata de un verdadero Concordato. Concordato parcial pero Concordato al fin. Conforme con la opinión de BRUNO en *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la Argentina*, p. 43, quien cita a su vez la definición de Concordato de OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, vol. II, pp. 270 y 271. Si se definiera a un Concordato por su contenido, resulta incontestable aceptar que, materias como: la libre comunicación de la Santa Sede y los Obispos con el clero y pueblo, la nominación de Obispos, la erección de diócesis, el llamado a órdenes y congregaciones religiosas (aspectos todos incluidos en el Concordato con Argentina) son evidentemente materias concordatarias.

la Iglesia Católica hasta la entrada en vigor del mencionado Concordato.

Para ello estudiaremos primeramente el origen de la misma, su contenido y evolución; luego de lo cual se tratará de establecer si pudo haber constituido una regla de derecho, sea mediante la formación de una costumbre bilateral o de un acuerdo tácito. Finalmente se verá qué interrelación existe entre la práctica preexistente y el Concordato en sí.

## I. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA PRÁCTICA PRECONCORDATARIA

### 1) *Su origen*

La institución del patronato, que está en la base misma de la práctica que vamos a analizar, es una de las formas mediante la cual se regula la participación de la potestad civil con la eclesiástica en torno a la designación de dignidades de la Iglesia Católica.

El mismo consiste para el Derecho Público en el

privilegio otorgado a los reyes o jefes de Estado, de proponer, a la autoridad eclesiástica que debe nombrarlos, personas idóneas para los beneficios eclesiásticos, tanto mayores como menores.<sup>3</sup>

Este privilegio es otorgado por la Santa Sede a la autoridad temporal. En lo que a la Argentina como tal respecta, el mismo nunca fue otorgado.<sup>4</sup>

No obstante, desde los primeros años de nuestra época patria, se entendió que el patronato se poseía como un atributo de la soberanía, sucedida ésta en el momento de la independencia, se transmitía todo lo inherente a la misma.<sup>5</sup>

De ahí que en todos los proyectos constitucionales y constituciones previas a la de 1853 se incluyera el patronato como un derecho o atribución del ejecutivo.<sup>6</sup>

Llegamos así a la Constitución actual, la cual en su artículo 86, inci-

---

3 Cfr. LAFUENTE, *Patronato y Concordato en la Argentina*, Buenos Aires, RL, 1957, p. 14. En el objeto de nuestro estudio, limitamos el concepto de patronato a la presentación de beneficios eclesiásticos mayores, ya que el Concordato con Argentina se refiere al nombramiento de Arzobispos y Obispos residenciales, de Prelados o de Coadjutores con derecho a sucesión (art. 39). Asimismo la Constitución Nacional se refiere sólo al nombramiento de Obispos para Iglesias catedrales.

4 Sólo existe un Concordato celebrado entre Fray Justo Santa María de Oro, Vicario Apostólico de Cuyo y el Gobernador y Capitán General de San Juan el 26 de octubre de 1833. Ver LAFUENTE, ob. cit., p. 127.

5 Cfr. LEÓN, *Doctrina y ejercicio del patronato nacional*, Buenos Aires, Lajouane y Cia, 1920, p. 234.

6 Excepción hecha del Estatuto de 1815, donde el derecho de patronato es mencionado pero su ejercicio está provisoriamente suspendido. Ver al respecto LEÓN, ob. cit., pp. 246 y 249.

so 8º, fija como una de las facultades del Poder Ejecutivo la de ejercer

los derechos del patronato nacional, en la presentación de obispos para las iglesias catedrales, a propuesta en terna del Senado.

No obstante, conviene detenerse aquí en el aspecto bilateral o unilateral del patronato. El mismo no fue reconocido por la Santa Sede como hemos dicho. Se lo colocó empero como una facultad expresa del ejecutivo. Pero también se le acordó al Congreso el "arreglo" del mismo en toda la Nación (art. 67, inc. 19).

En base al término *arreglar*, algunos autores han visto con certeza la alteridad que implica el mismo.<sup>7</sup> Eso es indubitable, de la misma manera que cuando se lo emplea en el artículo 67, inciso 14, cuando se refiere a arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación.

En el último caso está claro que se trata de *arreglar* con los Estados limítrofes. En el caso del patronato está claro que se trata de arreglar con la Santa Sede.

Nosotros encontramos también la idea de bilateralidad en el mismo artículo 86, inciso 8º precitado. Se presenta a alguien, a alguna Institución o Entidad. Hay entonces dos sujetos, el que presenta: Poder Ejecutivo, órgano del sujeto Estado; y ante quien se presenta: Santa Sede, órgano del sujeto Iglesia Católica.

Pero, para estar habilitado a presentar, para poseer ese derecho de presentación, es necesaria aún una alteridad previa: el otorgamiento de ese derecho o privilegio por parte de aquel quien es el único habilitado para acordarlo. Sea mediante una bula, sea mediante un Concordato.

El patronato es pues esencialmente bilateral, no solamente en su ejercicio, sino también en su nacimiento. Si ese derecho no es reconocido por el único que lo puede otorgar no puede ser invocado como tal. La creencia de que se posee un derecho en el ámbito internacional no pasa de ser tal porque se la inserte en un texto constitucional unilateralmente.

Así, si existiera una cláusula de la constitución que hiciera referencia a una situación jurídica internacional, como por ejemplo que los límites de un país respecto de otro lo constituyen tal o cual accidente geográfico, ese *dictum* no tiene validez en el ámbito internacional hasta tanto y en cuanto no haya sido reconocido por el ordenamiento jurídico del mismo.

Ahora bien, un somero análisis de la doctrina y de la jurisprudencia interna nos demuestra que ese derecho, esa concesión, se creyó preexisten-

---

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional del Poder*, t. I, p. 332, parágrafo 418; LOZADA, *Instituciones de Derecho público*, Buenos Aires, Macchi, pp. 145 a 150; ESTRADA, *Nuestras relaciones con la Iglesia*. Buenos Aires, Theoría, 1963, pp. 103 y 104.

te. Pero, ahondando un poco más, notamos que aún luego de incorporado ese *derecho* en la Constitución Nacional, se realizaron múltiples misiones diplomáticas para buscar un acuerdo que habilitara o legitimara la norma constitucional de referencia. Así, de 1854 a 1858 inclusive se realizaron cinco misiones<sup>8</sup> de las cuales por lo menos tres tenían el cometido de celebrar un concordato con la Silla Apostólica; sea mediante instrucción expresa desde Buenos Aires, sea por haberse tratado el tema directamente en Roma. Esto demuestra que si se buscó con tanto afán la celebración de un Concordato *habilitante* es porque no existía certeza sobre la atribución del derecho de patronato.

En definitiva, el inicio mismo de la práctica que vamos a analizar está signada por dos elementos: uno cierto ("la facultad del patronato que están decididos a usar y de que quieren disponer los gobiernos",<sup>9</sup> incorporada en la Constitución) y uno incierto o probable (la celebración de un Concordato, cuya posibilidad está prevista también en la Constitución, pero como un objetivo ulterior a la Constitución misma) (art. 86. inc. 14 y art. 67, inc. 19).

## 2) *Su contenido*

El hecho de que no existiera una regulación concordataria, en lo atinente a la designación de jerarquías eclesiásticas, desde 1810 hasta 1966, no fue óbice para que durante ese largo período se cubrieran en nuestro país las vacantes episcopales de las diferentes circunscripciones eclesiásticas, preexistentes a 1810 o creadas con posterioridad.

En efecto, dejando de lado cortos intervalos en los que en alguna diócesis específica se prolongara la vacancia por algún que otro inconveniente menor, la historia nos muestra que la regla fue la cobertura invariable de dichas sedes vacantes, por lo menos a partir de la primera designación de un Obispo nacional (1829).

¿Cómo se cubrieron en la práctica esas circunscripciones eclesiásticas en tanto y en cuanto una potestad, la civil, entendía que tenía un derecho a presentar y la otra lo desconocía por no haberlo concedido?

Pues bien, podemos decir que la *praxis* se desarrolló en tres grandes épocas, en cada una de las cuales el contenido no fue necesariamente idéntico.

### i) Período de la independencia y de la organización nacional

Esta época se desarrolla sin solución de continuidad. El hecho de tomar la Constitución de 1853-60 como punto de partida de la organiza-

---

8 LEGÓN, ob. cit., pp. 506 a 518; LAPUENTE, ob. cit., pp. 95 a 104.

9 LEGÓN, ob. cit., p. 299.

ción nacional definitiva, hecho interno, no altera el carácter de la relación bilateral con la Santa Sede, en lo referente al tema concreto de la designación de las altas jerarquías eclesiásticas.

Los primeros nombramientos recayeron no en un obispo diocesano, por temor a producir una ruptura con España sino en Vicarios Apostólicos.<sup>10</sup>

En estos casos no podemos decir que haya existido una práctica especial. El Sumo Pontífice efectuaba las instituciones canónicas en forma unilateral, sin que existiera ningún tipo de consulta entre el gobierno y la Santa Sede sobre la persona a designar.<sup>11</sup>

En esta primera época los Gobernadores solían solicitar por nota al Santo Padre la designación de un Obispo *in partibus* o efectivo. El Sumo Pontífice contestaba, instituyendo generalmente a la persona solicitada, pero sin hacer ninguna mención a la presentación que el mismo gobierno creía ejercer por derecho propio.

Estamos aquí en presencia de un período en el cual más que invocar firmemente el patronato, el gobierno *solicita, desea o peticiona* la designación de tal o cual clérigo. Hay que destacar que esto, en el orden bilateral, no implica necesariamente ejercer el derecho de presentación. Claro está que, cuando la bula de institución llegaba, se daba vista al fiscal de Estado a los efectos de dictaminar positiva o negativamente respecto del otorgamiento del pase a dicho documento.

En estos dictámenes se invocaba el patronato como inherente a la soberanía y tenían por lo general un rancio contenido regalista.

Pero, hay que aclarar que la mencionada institución del pase o exequátur, recepcionada en el art. 86, inc. 9 de la Constitución Nacional era una atribución de derecho interno y absolutamente unilateral.<sup>12</sup>

## ii) Período intermedio

Luego de los primeros nombramientos adviene una época también preconcordataria, pero remota. Hablando de fechas podría fijarse a partir de 1860 en adelante.

Según un autor<sup>13</sup> aparece aquí, entre las altas partes interesadas una

---

10 LAFUENTE, ob. cit., pp. 28 y 29; "Los Vicarios Apostólicos a diferencia de los residenciales, gobiernan un territorio que no ha sido aún constituido en diócesis. A éstos, cuando se les quiere dar carácter episcopal, se los nombra obispos titulares de diócesis primitivas extinguidas o caídas en poder de los infieles, por eso eran llamados obispos *in partibus infidelium*".

11 LEGÓN, ob. cit., pp. 492 y ss.

12 LAFUENTE, "El patronato y el pase o exequátur argentinos", en *Segundas Jornadas de Profesionales de la Acción Católica*, Rosario, 1957, pp. 205 y ss.

13 Rfo, *Concordatos con la Santa Sede*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Serie I - Anuarios, n° 13. Abeledo Perrot, p. 26.

“práctica de hecho” (*modus vivendi de facto*) conforme a la cual, por un lado,

el gobierno cumple los actos que derivarían de la presentación de obispos para las Iglesias Catedrales al cual se refiere la Constitución Nacional y, por otro lado, la Santa Sede procede a los nombramientos de tales Obispos, *motu proprio*, tal como si aquel derecho de presentación por parte del gobierno no existiera ni el mismo hubiera sido ejercido.

El mismo autor sostiene que

el conflicto que esa situación intrínsecamente implica se salva, en lo sustancial, mediante contactos confidenciales acerca de las personas y, en lo formal, por discretas actuaciones y reservas de ambas partes, que dejan incólumes sus sendas posiciones.

También sostiene que dicha práctica se introdujo siendo presidente Bartolomé Mitre y ocupando el Pontificado el Papa Pío IX.

Distinguimos esta época de otra ulterior ya que si bien se ha sostenido que la práctica arriba mencionada se mantuvo por más de cien años, la misma no tuvo una característica de permanencia y estabilidad.

Dentro de este período, se dieron algunas situaciones que precisaron la práctica que se desarrollaba. De esta manera, a raíz de actuar el gobierno en forma inconsulta, apartándose precisamente de la esencia de la misma práctica, se llegaba a proponer personas que no gozaban del beneplácito de la Santa Sede.

Cuando esto sucedía, la Silla Apostólica no rechazaba al presentado en forma expresa, precisamente para no reconocer el ejercicio del patronato. Simplemente no se lo instituía, dejando pasar el tiempo, quedando así vacante la sede episcopal.

La solución de un problema de tal naturaleza finalizaba generalmente por renuncia del presentado, enterado éste de que no gozaba de la conformidad papal.<sup>14</sup>

También hubo un caso, dentro de este período, en el que el presentado no gozaba del acuerdo de Roma, pero no llegó a agravarse el problema por fallecimiento del mismo.<sup>15</sup>

El mecanismo entonces vigente puede describirse así: el gobierno presenta pero sabe que eso no es más que el inicio de un ciclo que finalizará con la institución canónica del presentado. Cuando existen consultas previas (*modus vivendi*), cuando en el caso concreto hay entendimiento entre la Santa Sede y las autoridades estatales, el presentado resultaba instituido. El Estado veía esa institución como resultado de la presenta-

---

<sup>14</sup> BRAUNO, *Historia de la Iglesia en la Argentina*. Buenos Aires. Don Bosco, 1981, t. XII, p. 258.

<sup>15</sup> BRAUNO, *ob. cit.*, pp. 255 y 256.

ción. La Santa Sede lo hacía *motu proprio* ignorando totalmente la presentación en sí.

Pero, cuando el presentado no era el resultado de una consulta podían suceder dos cosas: o bien se lo instituía por no tener objeciones (coincidiendo la persona presentada, por una circunstancia casual, es decir extra-consulta, con la persona pensada por la Santa Sede); o bien, en caso de existir objeciones, quedaba la sede vacante por no ser el candidato apto para la jerarquía eclesiástica.

Es necesario realizar aquí un paréntesis aclaratorio, en conexión con lo ya expuesto. La presentación, aun en los casos en que está expresamente reconocida por la Santa Sede, no implica necesariamente la institución canónica del presentado. El derecho de nominación o patronato ya mencionado es sólo la facultad de elegir y presentar a un candidato idóneo para un oficio vacante. Una vez presentado al Sumo Pontífice éste juzga la aptitud. Si resulta conveniente se le confiere la investidura canónica, caso contrario no.<sup>16</sup> Es decir, el derecho a presentar no implica la obligación de instituir al presentado.

De manera que la negativa a instituir a un presentado objetado por la Silla Apostólica no forma parte *strictu sensu* de la práctica que estamos analizando.

Parecería entonces deducirse de la práctica dos principios: sin presentación no hay institución; si el presentado no es el que conviene no hay institución canónica. La aparente excepción al primer principio se dio en el caso de monseñor Boneo, ya que allí se instituyó a un no presentado. Pero decimos "aparente" excepción en tanto y en cuanto el mismo fue designado como Administrador Apostólico y no como Arzobispo de Buenos Aires.

Estos principios surgen de las distintas situaciones que se desarrollaron en el largo período preconcordatario que hemos designado "intermedio".

Así, dentro del período precitado tenemos un episodio que manifiesta la existencia de estas líneas de conducta. Nos referimos al caso de monseñor De Andrea, ocurrido en el primer cuarto de siglo.

Aquí es donde por primera vez surge una situación conflictiva. El gobierno presenta a monseñor de Andrea para cubrir la vacante de la Sede Metropolitana de Buenos Aires. Se puede decir que la situación conflictiva se dio precisamente por haber designado el gobierno a alguien que no tenía la conformidad de la Santa Sede.

Este episodio es altamente demostrativo de la preexistencia de la práctica en cuestión, en tanto y en cuanto existieron consultas previas oficiosas, pero las mismas fueron mal interpretadas por el gobierno, ya que, del resultado de ellas, se pensó que la Silla Apostólica no obstaba en instituir al candidato del gobierno.

---

<sup>16</sup> Baura, *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la República Argentina*. Pórt. 1947, pp. 262 y 263.

La consulta oficiosa previa a la presentación que era ya de estilo realizar, se efectuó. Incluso la realizó el mismo presidente electo Marcelo T. de Alvear en una visita que efectuara en 1922 al Vaticano. Se dejó entrever en dicha oportunidad, que de las tres personas que se barajaban, la Iglesia se inclinaba por una, no diciendo nada sobre la otra (Mons. de Andrea) pero sí señalando reparos respecto de un tercero.

El resultado de esa consulta volvió a repetirse cuando el Nuncio monseñor Beda Cardinale, comunicó al Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Angel Gallardo, la preferencia de la Santa Sede por el candidato que había sido alabado en su momento (en la visita del Presidente Alvear a la Santa Sede). Todo hubiera sido resuelto sin inconvenientes si no fuera porque dicho candidato había hecho conocer al Ministro de Relaciones Exteriores que rehusaba ser designado.

A su vez, monseñor De Andrea, al enterarse de la probabilidad de su elección, consultó al Nuncio, encontrando como respuesta que su persona "no ofrecía dificultad alguna".<sup>17</sup> Finalmente, una vez cumplido el trámite constitucional de la terna, fue presentado para la provisión del Arzobispado por decreto del 24 de julio de 1922.<sup>18</sup>

#### La Santa Sede observó entonces

que el gobierno no le había hecho una consulta *ad hoc*, antes de publicar el nombre del candidato, lo cual *no se ajustaba a la práctica en casos análogos, hasta en los Estados que tenían una facultad inconcusa de nominación, y podía sentar un precedente peligroso.*<sup>19</sup>

Monseñor de Andrea ante esta situación pidió al gobierno que desistiera de su presentación. El Presidente Alvear se negó a aceptar la renuncia por no considerarla espontánea, aunque ante la insistencia del prelado hubo de aceptarla.

Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, comprobamos que el contenido de la práctica es en esta época mucho más completo y definido. No se trata tan sólo del no reconocimiento del patronato por una parte y del reconocimiento por la otra, sino del entendimiento que *debe* consultarse antes de realizar la propuesta en forma pública. Es decir que la práctica preexistente demuestra la existencia de la realización de una consulta previa, a resultas de la cual ambas potestades dejaban a salvo la posibilidad de cualquier conflicto.

Pero el episodio no termina allí. Hemos dicho ya que cuando la Santa Sede no prestaba su *conformidad* o encontrara que la persona no

---

<sup>17</sup> Río, "La Iglesia, su historia y sus relaciones con el Estado" en *Historia Argentina*, dirigida por R. Levillier, Plaza-Janés, 1968, t. V, pp. 3552 y 3553.

<sup>18</sup> ZURRRI, *Historia Eclesiástica*. Buenos Aires. Huarpes. 1945. p. 396.

<sup>19</sup> Río, *ibidem*, nota 17.

reunía las condiciones requeridas para ser instituida canónicamente, la misma tomaba el camino del silencio. Es decir, no instituía a la persona presentada esperando que se resolviera la situación con el solo transcurso del tiempo.

En este caso, la Santa Sede en vez de no proveer la arquidiócesis decide nombrar a monseñor Juan Boneo como Administrador Apostólico. Si bien esta es una categoría episcopal diferente de la de los Obispos residenciales, en este caso hacía las veces de tal.<sup>20</sup>

Ante esto: designación pontificia sin presentación, reacciona la Corte Suprema de Justicia denegando el pase a la bula de institución de monseñor Boneo.

La decisión del Alto Tribunal es altamente ilustrativa del reconocimiento de un *modus vivendi*. Pero este es entendido como un reconocimiento del patronato por parte de la Santa Sede.

La misma<sup>21</sup> exhuma los antiguos criterios regalistas, remontándose a las consultas dirigidas por la Junta de Mayo de 1810 a los doctores Funes y Aguirre

quienes dejaron establecido que el real patronato era una regalla afecta a la soberanía y no a la persona de los reyes.

Retoma también los conceptos de la Asamblea del año XIII, las 14 proposiciones del "Memorial Ajustado" y termina por apoyarse en toda la tradición política, judicial y administrativa del país, para consagrar el derecho de patronato expresado en los incisos 8º y 9º del artículo 86 y 19 del artículo 67 de la Constitución Nacional.

Dicho derecho de patronato, continúa la Corte,

ha sido confirmado y ratificado en el hecho no sólo por el *modus vivendi* mantenido *sin alteración* con la Sede de Roma desde la constitución definitiva de la unidad nacional hasta el presente, sino también por manifestación expresa de los dignísimos prelados que han desempeñado altos cargos en la Iglesia Argentina, al jurar "por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios que en el ejercicio de aquéllos serían fieles a la Nación reconociendo su soberanía y alto patronato como asimismo que no aceptarían dignidad alguna sin expreso consentimiento del gobierno nacional"...

Y finalmente agrega:

por las mismas causas que el Estado no podría desconocer el legítimo derecho de la Santa Sede para denegar por fundadas razones aquello que se encuentra entre sus facultades otorgar, esto es, la institución canó-

---

<sup>20</sup> FRIAS, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Universidad Nacional de Córdoba. Dirección general de publicaciones. Córdoba, ed. del autor, 1975, p. 9.  
<sup>21</sup> Fallos, 142. pp. 348 a 361, (1925).

nica requiriendo en tal caso una nueva presentación, tampoco la Iglesia, podría a su turno atribuirse la facultad de nombrar ningún dignatario con facultades de obispo o arzobispo *sin que haya promediado la necesaria presentación.*

La existencia de un *modus vivendi* es pues reconocida por el más alto tribunal judicial del país. Pero su contenido, como surge de lo expuesto, no resulta de la práctica de una consulta oficiosa antes de proponer el ejecutivo a alguna persona.

Vemos pues dos interpretaciones distintas. Para la Santa Sede el *modus vivendi* implica aquí la práctica de la consulta previa a la presentación. Para la Corte Suprema el contenido sería el reconocimiento del patronato con lo que se deduce la imposibilidad por parte de la Silla Apostólica de designar a un individuo no presentado. Aun reconociendo que el Santo Padre puede no aceptar al presentado, éste no podría instituir al que no lo fuera.

Para finalizar con la descripción de este episodio, sin perjuicio de que luego volvamos sobre el mismo, sólo agregaremos que, en el campo de los hechos, aun antes que se dictara la mencionada decisión, negando el pase a los documentos de institución, el gobierno solicitó a la Santa Sede el retiro del Nuncio Apostólico y del Secretario monseñor Silvani. Luego de protestas de Roma y de diversas diligencias, ambos diplomáticos fueron sucesivamente retirados, quedando como Encargado de Negocios monseñor Levante, enviado al efecto.

Si bien monseñor Bocco era ignorado por el gobierno en su desempeño de Administrador Apostólico, éste desarrollaba sus actividades sin inconvenientes. El episodio toca su fin cuando el 2 de diciembre de 1926 S.S. Pío XI preconiza a monseñor Bottaro O.F.M., que fue propuesto por el gobierno. El 24 de diciembre a su vez se hacía cargo de sus funciones el nuevo Nuncio Apostólico monseñor Felipe Cortesi.

Este incidente va a fortalecer la idea de la estricta necesidad de consulta previa para evitar precisamente una situación de tirantez o aun ruptura que dejaría a una u otra parte en una difícil situación respecto de sus respectivos derechos.

### iii) Período preconcordatario inmediato

Llegamos por último a las postrimerías de la década del cincuenta donde, según la mayoría de los autores, ya está perfectamente consolidada la práctica en cuestión.

Ella es definida por Santiago de Estrada en los términos siguientes:

una mutua voluntad entre la Iglesia y el Estado argentino ha permitido arribar a una *praxis* por la cual los obispos que presenta el Presidente a propuesta en terna del Senado son precisamente los que el Sumo Pontífice, de antemano, ha decidido designar. Como líneas paralelas que

jamás se encuentran, el procedimiento canónico y el constitucional funcionan al unísono pero... ignorándose el uno al otro. Para el Vaticano, la presentación no existe; para la Casa Rosada todo se desarrolla como en tiempos de Felipe V.<sup>22</sup>

Para dicho autor, la *praxis* mencionada es previa a 1958 fecha a partir de la cual

se van introduciendo modificaciones para ajustarla a la realidad y ponerla a tono con los principios del derecho canónico.<sup>23</sup>

Para Ramiro de Lafuente, el *modus vivendi* implicaba la

coincidencia entre la presentación hecha por el Presidente de la República con los propósitos de designación que la Santa Sede había previamente elaborado.<sup>24</sup>

Este último autor parece reconocer que el citado *modus vivendi* sólo se daba "cuando las cosas funcionaban en buenos términos".<sup>25</sup> Hemos visto cómo se desarrollaron ciertos altibajos en el *modus vivendi*, por lo menos en el período intermedio. Pero lo que nadie pone en duda es que a partir de este último período, que hemos denominado preconcordatario inmediato, el *modus vivendi* está perfectamente conformado y consolidado.

Así, el descripto modo de actuar es denominado por otro autor como un "acuerdo" anterior al Acuerdo (refiriéndose con este último al Concordato de 1966).<sup>26</sup>

Finalmente ha sido definido como un *statu quo*<sup>27</sup> por el cual

el Nuncio Apostólico o el Embajador en el Vaticano eran intermediarios para acordar una acción de conjunto en cada caso.

Parece pues haber coincidencia entre los autores en aceptar que el *modus vivendi* implicaba *convenir* en el nombre a presentar.

Resumiendo pues las tres épocas o períodos descriptos, podemos decir que en la primera el *modus vivendi* no se da con el contenido de consulta previa sino tan sólo como dos actividades diferentes, separadas, sin conexión alguna: presentación por un lado, institución por otro. En la segunda época aparece la consulta previa pero de manera circunstancial. Es decir, por momentos se realiza la consulta y por momentos se deja de lado, precisamente en los momentos de crisis o ruptura momentánea con

---

22 ESTRADA, ob. cit., p. 109.

23 *Ibidem*.

24 LAFUENTE, *La situación concordatoria argentina*. Instituto San Raimundo de Peñafort. Salamanca, 1971, p. 13.

25 LAFUENTE, *ibidem*.

26 FRIAS, ob. cit., p. 9.

27 CENTENO, *Cuatro años de una política religiosa*. Desarrollo. Buenos Aires, 1964, p. 26.

la Santa Sede. No obstante, aparece aquí un reconocimiento expreso del *modus vivendi* pero entendido el mismo no como consulta *ad hoc*, según lo entiende la Silla Apostólica, sino como reconocimiento del patronato por parte de ella.

Pero, en la tercera época (preconcordataria inmediata), la consulta previa parece estar ya definitivamente adquirida como característica del *modus vivendi*. A partir de aquí comienza una serie de hechos que, en plena concordancia con la consulta, van *limpiando* de superficialidades la relación bilateral en lo atinente a la designación de Obispos y Arzobispos y preparando el camino al Concordato.

## II. *Modus vivendi* COMO REGLA DE DERECHO

### 1) *Modus vivendi como costumbre bilateral.*

Sabido es que dos son los elementos que concurren a la formación de la costumbre internacional. Uno material, consistente en la repetición de hechos semejantes, realizados éstos de una manera constante e ininterrumpida. El otro elemento, el denominado psicológico u *opinio iuris* consiste básicamente en considerar esa práctica como si fuera derecho, es decir, como si fuera jurídicamente vinculante.

Esos dos elementos deben darse, claro está, para la existencia de cualquier tipo de costumbre, aun la bilateral.

En la situación que estamos analizando cabe mencionar que la práctica de designar Obispos y Arzobispos consultándose previamente ambas potestades, existió. Difícil es precisar el momento del inicio de la misma. De todas maneras eso no es lo esencial. Lo esencial es ver si la práctica existió en forma constante e ininterrumpida a partir de cierta fecha aunque ésta no sea fijada con precisión.

Ciertamente, según lo analizado en la primera parte, la práctica no existió en la primera época. Tampoco existió con perfiles nítidos en la segunda. En la tercera se dio con mayor precisión aunque el período de esta última época fue exiguo en el tiempo (1958-1966).

Pero aun en el prolongado período que hemos denominado intermedio (1860-1958) donde se inició la repetición de hechos, es decir, la repetición de conductas semejantes (consultas entre ambas potestades), ante situaciones idénticas (designación de preladados para sedes vacantes), los mismos no tuvieron las características de constancia y uniformidad.

Así, entre los años 1880 a 1892, período denominado de "ruptura" entre la Santa Sede y el gobierno nacional, a raíz del incidente de mon-

señor Matera<sup>28</sup> se interrumpió la práctica que para algunos se había iniciado en una época denominada de "afianzamiento" entre ambas potestades.<sup>29</sup>

Si analizamos las relaciones entre la Iglesia y el Estado desde los primeros días de la Independencia hasta la celebración del Concordato, la práctica, por períodos cortos o períodos largos fue interrumpida. No fue permanente, ni constante, ni uniforme. Cae pues esta nota característica del elemento material que la misma jurisprudencia internacional ha fijado como condición para la existencia del mismo.

Inútil sería, habiendo eliminado la existencia del elemento material, preguntarse por la *opinio iuris*. Es impensable suponer que las partes actuaban conforme a derecho si cada vez que se interrumpía no advenía ningún tipo de sanción efectiva que recayera en aquel que la hubiera violado.

En efecto, ante una situación de ruptura de la práctica, si la misma implicase la violación de una obligación jurídica internacional, como consecuencia natural debería sobrevenir una sanción.

Si la práctica consistía en la consulta previa, el quebrantamiento de la misma sería presentar sin consulta. Puede sostenerse que ante esta situación, la sanción consistiría en la no institución del presentado inconsultamente. Es decir, optar por la permanencia de la vacancia de la sede.

Pero si ésa fuera la sanción, la misma perjudicaría a ambas partes. La vacancia de la sede perjudica al gobierno nacional, que no puede cubrirla *per se* (puede presentar pero no instituir) pero también perjudica a la Iglesia Católica no pudiendo cumplir con el objetivo de dar pastores a sus almas.

Por otra parte, cada vez que se presentaba a alguien en forma inconsulta no existía por parte de la Santa Sede la correspondiente reacción de protesta, como sería lógico que se diera si una parte viera vulnerado un derecho que le corresponde. Sólo en el caso de monseñor De Andrea la Iglesia manifestó, como vimos, que el Estado argentino se apartaba de la práctica pero eso no constituye *strictu sensu* una protesta internacional sino un mero argumento circunstancial.

La "obligación" de consulta recae en el gobierno nacional ya que era quien, en la práctica, debía dar el primer paso (presentación). Pero éste, cuando la efectuaba lo hacía sólo en el entendimiento que signifi-

---

<sup>28</sup> Ver el episodio en LECÓN, ob. cit., pp. 536 y ss. Basta destacar aquí que el mismo culminó el 14 de octubre de 1884 cuando se le envían los pasaportes al Nuncio con un plazo de 24 hs. para abandonar el país.

<sup>29</sup> Según RÍO, esa época se extiende de 1862 a 1883. Ver *La Iglesia, su historia y sus relaciones con el Estado*, citado en nota 17.

caba no una obligación jurídica sino una medida de cortesía o a lo más una prevención para no quedar ante una enojosa situación si finalmente la Silla Apostólica no instituía al presentado.

La consulta favorecía pues al gobierno quien en realidad trataba de obtener información sobre la posibilidad de oposición o aceptación por parte de Roma, respecto del que quería presentar.

El gobierno, por otra parte, no tenía posibilidad de aplicar ninguna sanción porque de existir la obligación ésta sólo recaía en su persona.

Claro que la posición regalista de la Corte Suprema que vimos atrás, demuestra que el contenido del *modus vivendi* no radicaba en la obligación de instituir sólo al presentado por parte de la Santa Sede. Si ésta rehusaba instituir por alguna causa, el gobierno debía efectuar una nueva presentación, pero nunca podía instituir el Sumo Pontífice a un no presentado.

Puede decirse que el real contenido de la práctica estaba compuesto por ambos elementos: presentación-institución combinado con el régimen de consulta.

Así, es válido decir que la Iglesia sólo puede instituir al presentado, siempre y cuando el presentado haya sido motivo de consulta previa por parte del gobierno. Con lo cual la presentación pasa al campo de la ficción.

Como se ve la *opinio iuris* nunca existió. La Iglesia no podía ver para sí misma una obligación de consulta (sólo recaída en el gobierno como hemos dicho) sino, en todo caso, un derecho de objeción a la presentación, para que ésta no se realizara formal y públicamente, sin antes haber convenido en el nombre de un candidato al cual la Santa Sede no presentaba obstáculos para su institución.

No puede hablarse pues de la existencia de una costumbre bilateral.

## 2) *Modus vivendi como acuerdo tácito*

Habiendo eliminado la posibilidad de la existencia de una costumbre bilateral, como una norma de derecho que vinculara jurídicamente a las partes en cuestión, cabe analizar si el *modus vivendi* preconcordatario pudo haber constituido una regla de derecho a través de un acuerdo de voluntades tácito, habida cuenta de la inexistencia, como ya se ha señalado, de cualquier acuerdo formal o expreso sobre el particular.

La noción de acuerdo internacional ha sido dada con límites claros por un autor<sup>30</sup> según el cual:

---

30 BARBERIS, "El concepto de Tratado internacional" en *Anuario de Derecho Internacional*. Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. 1982, vol. VI, p. 28.

se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en un ordenamiento jurídico y que está regida directamente por el derecho internacional.

Dicha noción es válida no sólo para los acuerdos celebrados bajo una determinada forma: escrita, oral o por señas; sino también para los acuerdos no formales, es decir, los celebrados fuera del marco de esos tres tipos de formas.

La forma adoptada por las partes no hace a la esencia conceptual de lo que constituye un tratado internacional. Nos referimos, al hablar de forma, al medio usado en la declaración de voluntad. Al no ser utilizadas ninguna de las formas *expresas* hay que buscar forzosamente el consentimiento en obligarse en una manifestación *tácita* del mismo.

Generalmente se acepta en doctrina<sup>31</sup> que esa declaración *tácita* debe buscarse en los hechos, ya que la misma surge o resulta precisamente de ellos.

Claro que, como es sabido, si bien el derecho internacional no prescribe una forma específica para la realización de un acuerdo entre partes, aceptándose el conocido principio de la libertad de forma, eso no significa que de cualquier hecho pueda deducirse una voluntad *tácita* o *implícita*. El o los mismos, deben ser concluyentes precisamente por la existencia de otro principio, cual es el de la certeza que debe existir en las relaciones jurídicas del orden internacional.

Si bien la diferencia o distinción de la naturaleza por el medio usado, palabra, texto escrito, signos, por un lado, y actos o hechos, por el otro, no es suficiente para establecer una distinción entre voluntad expresa o *tácita* según se ha sostenido,<sup>32</sup> pensamos que eso es cierto a los efectos de construir o establecer una teoría general sobre los acuerdos *tácitos*. Pero dicha distinción creemos que puede ser aceptada *prima facie* para el objeto de nuestro trabajo donde, a raíz de los casos que estudiaremos, se deduce precisamente la voluntad *tácita* a partir de actos o hechos realizados por las partes en cuestión.

En relación a la noción de acuerdo ya descripta, se trataría de indagar, para el caso que nos ocupa, si la manifestación de voluntad existió en forma *tácita*, quedando descartada la existencia de los otros elementos necesarios como la subjetividad jurídica internacional de la Santa Sede y del Estado argentino, o la capacidad suficiente para establecer una regla

---

31 Ver DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, Università degli studi di Trieste. Facoltà di giurisprudenza, Istituto de Diritto Internazionale e Legislazione Comparata. N. S. 1. Padova, 1957, p. 14. Igualmente ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, 1928, p. 68, 3ª ed.

32 DECLEVA, *ob. cit.*, p. 15.

de derecho encarnada en el Jefe de Estado o su Ministro de Relaciones Exteriores y el Sumo Pontífice como cabeza visible de la Iglesia Católica y de la Santa Sede o su representante el Nuncio Apostólico.

En el caso que estamos analizando, el contenido del acuerdo, en caso de haber existido, recaería sobre un objeto determinado: la nominación de altas jerarquías eclesiásticas, mediante la participación de ambas potestades, la civil y la eclesiástica, ante cada situación de vacancia producida en alguna sede episcopal.

Dicho contenido implicaría la obligatoriedad de una conducta cual sería la realización de una consulta previa a resulta de la cual surgiría el nombre de la persona que sería instituida.

Es necesario establecer si esa conducta, que efectivamente se desarrolló entre las partes según lo hemos visto, constituyó una regla de derecho por voluntad tácita de las mismas. Es decir, si las partes desearon darle a esa conducta o práctica un valor jurídicamente vinculante.

Para llegar a una conclusión válida sobre el particular debemos analizar, fundamentalmente a través de la jurisprudencia internacional, sin descartar ciertos análisis doctrinarios, de qué modo o a partir de qué elementos puede deducirse una voluntad tácita.

La misma se ha pretendido extraer generalmente a partir de diversas situaciones diferentes. Nos interesa destacar aquí básicamente dos de ellas que configuran categorías distintas: 1º) la existencia de un acto jurídico interno con efectos vinculantes en el orden internacional y 2º) la existencia de la aceptación de las partes de una situación jurídica internacional, generalmente expresada por un acto unilateral de una de ellas y una ausencia de oposición, silencio o aquiescencia de la otra, como manifestación tácita de su voluntad de obligarse.

Respecto de la primera categoría, esos actos internos han venido a configurar hechos concluyentes de los cuales se extrae la voluntad de crear un acuerdo internacional o de establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional, lo que es lo mismo.

Muchas veces, precisamente en el caso de los acuerdos tácitos, esos hechos o actos no se dan directamente en el orden internacional sino que se manifiestan en el orden interno de los Estados.

Así, la doctrina y los agentes de los gobiernos partes ante la Corte permanente de Justicia internacional, sea bajo una competencia contenciosa o consultiva, han querido deducir la voluntad de ligar jurídicamente a los Estados en cuestión a través de actos jurídicos internos.

En el campo doctrinario tenemos el ejemplo de la Unión entre Dinamarca e Islandia del 30 de noviembre de 1918, surgida de la sanción de dos leyes concordantes.<sup>33</sup>

También se ha dado el ejemplo de la Ley Italiana de Garantías del 13 de mayo de 1871, la cual posee, para algunos, un carácter convencional ya que compromete a Italia respecto de los terceros Estados, a respetar la libre comunicación del Sumo Pontífice con éstos. Se ha hablado allí de la existencia de una obligación de Italia por un lado y un correspondiente derecho de los terceros Estados en seguir comunicándose con la Santa Sede por otro.<sup>34</sup> Aunque en este caso la doctrina no es uniforme ya que otros ven en esa ley un simple acto unilateral, privado de cualquier relevancia internacional, considerándola como un acto interno resultado de una obligación preexistente.

Se ha invocado, también, la conclusión de un acuerdo entre Estados manifestado por la publicación simultánea de dos decretos teniendo el mismo objeto. Nos referimos a la opinión consultiva sobre los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos donde el Gobierno francés, en su contramemoria, deduce el consentimiento otorgado por una parte (en el caso Túnez como Estado protegido) a una medida de nacionalización adoptada por el Estado protector (Francia) en el hecho de la publicación simultánea en el Diario Oficial de Túnez de dos decretos: uno de Túnez mismo (beylical) y otro presidencial francés, mediante el cual se operaba una sustitución de nacionalidad, a favor de Francia en determinados casos. Así, el representante francés Lapradelle, sostuvo que

la publicación simultánea de los dos decretos, uno de Túnez y otro presidencial indica el consentimiento mutuo de las partes, *es un verdadero acuerdo*.<sup>35</sup>

Dentro del género que estamos analizando es en el caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y la Región de Gex donde la Corte permanente de Justicia internacional se expide con claridad sobre un acto interno reconociéndolo como verdaderamente vinculante para las partes. En los ejemplos anteriores era la doctrina quien lo hacía sobre ciertas situaciones que se dieron históricamente en el campo internacional; o bien era la posición de una parte. Aquí estamos, en cambio, en presencia de algo mucho más significativo pues es el mismo Tribunal de La Haya, siempre excesivamente prudente en definir la naturaleza jurídica de ciertos actos, que se manifiesta expresamente sobre la categoría de los que estamos analizando.

En el caso mencionado, la Corte hubo de analizar la creación de una

---

33 DECLEVA, ob. cit., pp. 23 y 24.

34 DECLEVA, ob. cit., pp. 27 y 28.

35 C.P.J.I., Série C. n° 2, pp. 148 y 149.

de esas zonas, la de Saint-Gingolph la cual, según la posición francesa, habría sido creada por el Manifiesto unilateral del 9 de septiembre de 1929 de la Real Cámara de Cuentas de Cerdeña.<sup>36</sup>

Dicho Manifiesto hace expresa referencia a una petición del cantón del Valais sobre la supresión de la Oficina de Aduanas establecida a la sazón en la población de St. Gingolph y el retroceso de la línea de aduanas de esa frontera de manera de formar una nueva Zona.<sup>37</sup>

El Manifiesto continúa en su preámbulo expresando que:

Si bien dicha petición no parece estar precisamente fundada en derecho sin embargo... Su Majestad (el rey de Cerdeña) *ha querido adherir a lo solicitado.*<sup>38</sup>

Por último, el fallo se refiere al Manifiesto reconociendo que

del mismo surge la *adhesión*, dada por Su Majestad el Rey de Cerdeña, a las reclamaciones del cantón del Valais poniendo fin a una controversia internacional y  *fijando obligatoriamente* para el Reino de Cerdeña lo que en el futuro debía hacer derecho entre las Partes. El Manifiesto, *traduce un acuerdo de voluntades, confiriendo a la delimitación de la zona de Saint Gingolph un carácter convencional.*<sup>39</sup>

Como vemos, se extrae de un acto jurídico interno (Manifiesto de la Cámara de Cuentas de Cerdeña) la voluntad tácita de aceptación a lo solicitado por la otra parte.

Adentrándonos ahora en la segunda categoría: la existencia de la aceptación de una situación jurídica internacional vinculante, manifestada tácitamente a través del silencio, es decir, de la falta de oposición expresa o la aquiescencia, podríamos citar varios ejemplos en los que se ha hecho referencia a una situación similar a la descrita pero preferimos analizar un caso de jurisprudencia internacional que tiene íntima relación con el tema que nos ocupa.

Nos estamos refiriendo al relativamente reciente caso de la plataforma continental entre Libia y Túnez.<sup>40</sup> Aquí surgió el análisis dentro de los diferentes aspectos del asunto: históricos, geomorfológicos, jurídicos, de la existencia de un *modus vivendi*. No es el Tribunal en sí que se explaya sobre el mismo (hemos mencionado la prudencia de la Corte en estos casos) si bien reconoce su existencia aunque no le atribuye efectos jurídicos totales. Es sobre todo, en cambio, lo manifestado por ciertos jueces en sus opiniones individuales donde se puede extraer resultados

---

<sup>36</sup> C.P.J.I., Série A-B, n. 46, p. 113.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>38</sup> Ibidem, pp. 121 y 122.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>40</sup> C.I.J., Recueil, 1982.

sobre la conceptualización del *modus vivendi* existente en el caso, su contenido específico.

Básicamente, la Corte debía expedirse sobre cuáles eran los principios y reglas de derecho internacional que pueden ser aplicadas para la delimitación de la zona de la plataforma continental de Túnez y de Libia, teniendo en cuenta los principios de equidad y las circunstancias especiales propias a la región, como así también las recientes tendencias admitidas en la III Conferencia sobre el derecho del mar.

El *modus vivendi* había surgido a raíz de un ofrecimiento realizado por Italia a Francia (a la sazón conducían las relaciones exteriores de Libia y Túnez, respectivamente) consistente en fijar una línea de demarcación entre Libia y Túnez perpendicular a la costa. Italia oficializó esa línea de demarcación que adquirió el carácter de una suerte de *modus vivendi tácito* adoptando en 1919 instrucciones acordes con esa línea.<sup>41</sup>

El juez Ago manifestó en su opinión individual que se había producido una *acquiescencia*, entendida ésta como el "consentimiento manifestado por la inacción" y siguiendo a Mac Gibbon, al cual cita,<sup>42</sup> precisa ésta como

el silencio o ausencia de protesta en circunstancias que exigirían una reacción positiva expresando una objeción.<sup>43</sup>

También se vale, el citado magistrado, en lo manifestado por otro autor<sup>44</sup> completando el anterior concepto como

la pasividad guardada en relación a una situación por el sujeto... que tenía título para oponerse a ella.

Por otra parte, en el mismo caso, el juez Jiménez de Aréchaga, también en su opinión individual, insiste en el concepto de "silencio"<sup>45</sup> como aceptación tácita, basándose en lo sostenido por una de las partes. Más adelante<sup>46</sup> utiliza los términos de *facto compromise*, *provisional solution* o *modus vivendi* como sinónimos de una misma situación reconocida por las partes;<sup>47</sup> todos ellos apuntan a un mismo objetivo: demostrar la existencia de una manifestación de voluntad a raíz de un hecho o actividad atribuible a una de las partes.

41 C.I.J., Recueil, 1982, p. 70.

42 C.I.J., Recueil, 1982, p. 97.

43 MAC GIBBON, *The scope of acquiescence in International Law*, British Year Book of International Law, 1954, vol. XXXI, p. 143.

44 SPERDUTTI, "Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale". *Rivista di diritto internazionale*, 1961, pp. 3 a 15.

45 C.I.J., Recueil, 1982, p. 127.

46 C.I.J., Recueil, 1982, p. 128.

47 El juez Evensen, en su voto disidente en el mismo caso, coincide asimismo en que *modus vivendi* implica arreglo provisional (C.I.J. Recueil, 1982, pp. 306 y 307).

Parecería deducirse de lo hasta aquí dicho que la voluntad manifestada tácitamente debe buscarse fundamentalmente en un hecho, en una actividad del Estado frente a la cual, para que esa actividad no sea oponible, no llegue a generar un derecho, la contraparte debe reaccionar en forma clara, indubitable. Sea mediante un acto de protesta, sea oponiéndose con hechos también concluyentes contrapuestos a los realizados por la otra parte.

En el caso Libia-Túnez, el pivote central en torno al *modus vivendi tácito*, está dado no sólo por la falta de acción de la otra. Es decir, se toma la inactividad, la falta de reacción, el silencio, como una forma de manifestar la aceptación, la aquiescencia, ante un situación determinada.

El silencio, como se ha sostenido<sup>48</sup> tiene efectos jurídicos en ciertas circunstancias, así, el principio *qui tacet consentire videtur* tiene una larga aplicación en el campo de las relaciones internacionales entre Estados. Al menos cuando el Estado que mantiene el silencio hubiera podido y debido hablar para evitar cierta consecuencia jurídica contraria.

Si se analiza con detenimiento el caso en sí y la sentencia misma, llegamos a notar que no existió entre Italia y Francia un simple *modus vivendi de facto*, es decir, una mera situación de hecho, una actividad del Estado en sí, sino una situación de hecho que se deducía de un ofrecimiento concreto: la propuesta de Italia mediante una nota verbal, proponiendo una línea de demarcación perpendicular a la dirección de la costa.

Esta propuesta se la consideró aceptada tácitamente por no haber existido una reacción de la contraparte (franco-tunecina) pero, además, por haberse comportado ambas partes de acuerdo con ella.

Había pues un acto de ofrecimiento expreso y una aceptación manifestada por el silencio cuando, en caso de no haber querido la otra parte aceptar el contenido y los efectos de la propuesta, debió haber reaccionado en forma clara y contundente. Ese silencio, a través del tiempo, fue tomado por los jueces del Tribunal de La Haya como una aceptación tácita.

Si bien la Corte entiende que en el caso concreto el silencio o la ausencia de protesta no son suficientes para probar la existencia de un límite marítimo reconocido entre las partes,

ante la ausencia de límites marítimos establecidos de común acuerdo o claramente definidos el respeto del *modus vivendi tácito*, que no ha sido oficialmente contestado por ninguna de las dos partes, autorizaría a ver en ello una justificación histórica en la elección del método de la delimitación de la plataforma continental.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> DECLEVA, ob. cit., p. 76; CAVAGLIERI, *Corso di diritto internazionale*, 3ª ed., Napoli, 1934, pp. 490 y 495.

<sup>49</sup> C.I.J., Recueil, 1982, p. 71.

Es decir, pese a lo dicho en la primera parte del párrafo precedente, la Corte en su parte dispositiva<sup>50</sup> entiende que esa línea observada como límite marítimo *de facto*, debe considerarse como una *circunstancia especial a tener en cuenta* para la delimitación de la plataforma continental.

Podríamos deducir, luego de los ejemplos señalados, que un acto interno puede tener relevancia en el orden internacional *per se*, respecto de la existencia de un vínculo jurídico internacional; sea manifestando la voluntad en obligarse, es decir creando el vínculo (caso del Manifiesto sardo) sea reconociendo una obligación jurídica preexistente.

En nuestro caso, *modus vivendi* preconcordatario, hemos citado un acto jurídico interno que se refiere al mismo, expresamente y con ese término. Nos referimos a la ya citada decisión de la Corte Suprema de Justicia, cuando hubo de expedirse sobre el pase a otorgar a la bula de institución de monseñor Boneo como Administrador Apostólico. En ella, como también se ha señalado, se reconoce la existencia de un *modus vivendi* pero fijándole un contenido. Para la Corte el *modus vivendi* implica lisa y llanamente el reconocimiento del patronato y no de la *praxis* que consistía en la consulta previa a la sazón ya existente.

Queda pues descartado el hecho de un acto interno manifestativo de la voluntad tácita de obligarse o de reconocer una situación jurídica vinculante. Esto en cuanto a la primera categoría analizada, la referida a la existencia de un acto jurídico interno vinculante en el orden jurídico internacional.

Respecto de la segunda categoría, aceptación expresada por la falta de oposición, silencio o aquiescencia (caso de la plataforma continental entre Libia y Túnez), hemos dicho que el silencio implica la aceptación de un acto expreso. Puede decirse que haya existido tolerancia de una práctica, aquiescencia, silencio, respecto del *modus vivendi* preconcordatario mantenido a través del tiempo con características cada vez más firmes que demostraban la existencia concreta de la consulta previa, pero el caso Libia-Túnez demuestra una aceptación tácita a un ofrecimiento expreso.

Queremos decir que la práctica ejercida por una parte con una manifestación expresa y el silencio de la otra respecto de dicha práctica, puede llegar a ser el elemento constitutivo de un elemento material que podría llegar a configurar una norma de derecho.

En las relaciones entre la Santa Sede y el Estado argentino nunca hubo un ofrecimiento expreso por parte de alguno de los dos sujetos relativo al tema de la consulta previa.

---

50 C.I.J., Recueil, 1982, p. 93, párrafo B, punto 4º.

Hubo sí una práctica pero no existió un *ofrecimiento formal* para regular o regularizar una situación de hecho. Por lo tanto, el silencio en sí es irrelevante para operar sus efectos jurídicos.

Tampoco hubo un acto jurídico interno que reconociera efectos jurídicos a la práctica realizada. Más bien éste (la decisión de la Corte Suprema) o éstos (las distintas decisiones del mismo tribunal referidas al pase de otras tantas bulas de institución; los decretos exigiendo el juramento de los Obispos, luego suprimido, etc.) son convergentes y uniformes: todos tienden a demostrar la existencia de algo (patronato) que la práctica desdeca.

De modo pues que, ni la primera ni la segunda categoría de casos que pudieron ser aplicables a la práctica desarrollada entre la potestad civil y la eclesiástica, para discernir o deducir una voluntad de obligarse, puede válidamente aplicarse al caso bajo examen.

No ha existido entonces acuerdo tácito entre la Santa Sede y la República Argentina.

### III. *Modus Vivendi*. SU RELACIÓN CON EL CONCORDATO

#### 1. *Reconocimiento jurídico de una práctica*

Hemos descripto el *modus vivendi* preexistente al Concordato y hemos eliminado la posibilidad de que el mismo hubiera significado una regla de derecho. Cabe ahora preguntarse si el sistema que sostiene el Concordato en el punto de la nominación de Obispos y Arzobispos implica la recepción de la práctica previa o bien si no existe relación alguna entre el sistema legal sancionado por el Acuerdo de 1966 y dicha práctica previa.

Han existido casos en el derecho internacional, donde las partes desarrollan una actividad a través del tiempo y ella no configura *per se* "derecho". Pero, luego de unos años, las mismas deciden otorgar a la práctica un contenido jurídico, deviniendo la misma derecho, no *per se*, sino por un expreso acuerdo entre las partes.

El *statu quo ante* se convierte así, a través de un acuerdo internacional, en una situación jurídicamente vinculante. Aun sin definir con precisión el contenido de esa, hasta el momento del acuerdo que otorga juridicidad al hecho, mera práctica. Lo que ha sido un simple uso se convierte de ahí en más en norma de derecho.

Al respecto, existen dos ejemplos claros en el orden internacional uno de los cuales se refiere a una situación relacionada con la República Argentina.

Nos referimos al Protocolo Sáenz Peña-Ramírez, del 5 de enero de 1910, sobre el Río de la Plata. El mismo estipulaba en su artículo 3º

que, en lo que respecta al régimen de navegación y uso de las aguas, el mismo "continuará sin alteración, como hasta el presente".<sup>51</sup>

El contenido del Protocolo, en lo que respecta a la navegación y uso de las aguas, fue ratificado por la Declaración conjunta de 1961 cuyo artículo 3º dice:

el régimen jurídico del Río de la Plata continuará siendo, como hasta el presente, el establecido en el Protocolo Ramírez-Sáenz Peña.

Finalmente en el Protocolo del Río de la Plata, del 14 de enero de 1964, vuelve a insistirse en que

la navegación y el uso del Río de la Plata continuará sin alteración, como hasta el presente...

Como se ve, en los tres instrumentos internacionales mencionados: Protocolo de 1910, Declaración Conjunta de 1961 y Protocolo de 1964, no se describe cuál era la situación de hecho en cuanto a los tópicos en cuestión: navegación y uso de las aguas. Simplemente se dice que el régimen de uso y navegación (cualquiera que éste haya sido) continuará sin alteración. Las partes asumen el compromiso de cristalizar la práctica en un punto y sobre todo de continuar aplicándola con el mismo contenido que poseía hasta su cristalización. Hasta 1910 podríamos decir que la práctica podía variar y no habría en ello violación de regla de derecho alguna. De ahí en más, apartarse de la práctica desarrollada hasta ese momento, significará la violación de un compromiso internacional (el mismo Protocolo de 1910).

Como bien dice un autor, que ha sostenido y desarrollado esta tesis:<sup>52</sup>

aquello que en 1910 se observaba de hecho, en adelante deberá ser jurídicamente observado. Y esa solución se tomó para evitar un examen exhaustivo de la práctica vigente, remitiendo en términos generales a la situación de hecho y dejando en manos de los demarcadores la tarea de precisar cuáles eran las zonas que en 1910 se hallaban bajo jurisdicción de cada uno de los Estados ribereños.

El otro caso, similar al mencionado, lo constituyó la opinión consultiva sobre la competencia de la Comisión Europea del Danubio entre Galatz y Braila, emitida por la Corte permanente de Justicia internacional en 1927.<sup>53</sup>

Allí se planteó la cuestión, entre otras, de saber si la Comisión Europea del Danubio poseía según el derecho en vigor (en el momento de

---

51 REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales* (publicación oficial) 1911, t. IX, p. 573.

52 BARBERIS-PIGARETTI, *El régimen jurídico del Río de la Plata*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pp. 38 y 39.

53 C.P.J.I., Série B, nº 14.

solicitar la opinión consultiva) sobre el sector Galatz-Braila las mismas competencias que sobre el sector aguas abajo de Galatz.

Antes de la guerra de 1914-18, nada se había hecho para esclarecer la situación de una manera definitiva. Las partes se contentaron en aplicar

una especie de *modus vivendi* no escrito, el cual nacido de las circunstancias permitió reducir los inconvenientes que presentaba.<sup>54</sup>

Después de la guerra, se contentó en restablecer la situación que se había desarrollado antes de la misma. Así el tratado de Versailles estipulaba que el límite de las competencias de la Comisión Europea y de la Comisión Internacional (creada por el mismo tratado de Versailles) era el punto de unión entre ambas competencias, remitiendo al *statuo quo ante*.

En 1921, fue aprobado en París el Estatuto definitivo del Danubio cuyo artículo 5º (inc. 1º) estipulaba que

la Comisión Europea ejerce los mismos poderes que tenía antes de la guerra

y el artículo 6º agregaba que

la competencia de la Comisión Europea se extiende, en las mismas condiciones que en el pasado y sin ninguna modificación a los límites actuales.<sup>55</sup>

El artículo 5º mencionado se refiere a la competencia material, naturaleza y alcance de la jurisdicción. El artículo 6º se refiere, en cambio, a la competencia territorial, a la extensión de la jurisdicción.

Las "mismas condiciones" y los "límites actuales" se pueden deducir de las reglas de derecho o bien de las condiciones y límites que existían de hecho antes de la guerra.

La Corte entendió que dichos términos del artículo 6º hacían referencia a las condiciones que imperaban de hecho, en el sector contestado. También concluyó que el efecto de esas palabras era mantener y confirmar dichas condiciones.<sup>56</sup>

Luego de ello, la Corte analizó la situación de hecho llegando a la conclusión de que la misma implicaba que la Comisión Europea ejercía los mismos poderes entre Galatz y Braila que aguas abajo de Galatz:

antes de la guerra la Comisión Europea ha ejercido entre Galatz y Braila los mismos poderes que aguas abajo de Galatz y, en consecuen-

---

54 C.P.J.I., Série B, nº 14, p. 12.

55 C.P.J.I., Série B, nº 14, p. 24.

56 C.P.J.I., Série B, nº 14, pp. 27 y 28.

cia —vista la interpretación dada por la Corte al artículo 6º del Estatuto definitivo —según el derecho actualmente en vigor, la Comisión goza de los mismos poderes sobre uno y otro de esos dos sectores del Danubio marítimo.<sup>57</sup>

En los casos precitados, observamos que una práctica se convierte en norma jurídica por voluntad expresa de las partes interesadas. ¿Podríamos aplicar ese esquema al caso de las relaciones entre la Santa Sede y la Iglesia en el tema de la nominación de Obispos ?

Para ello, habrá que analizar cuál es el sistema sancionado por el Concordato y qué relación guarda con el *modus vivendi* anterior.

## 2. El régimen concordatario y el *modus vivendi* anterior

El artículo 3º del Concordato dice:

El nombramiento de los Arzobispos y Obispos es de competencia de la Santa Sede. Antes de proceder al nombramiento de Arzobispos y Obispos residenciales, de Prelados y Coadjutores con derecho a sucesión, la Santa Sede comunicará al gobierno argentino el nombre de la persona elegida para conocer si existen *objecciones de carácter político general* en contra de la misma. El gobierno argentino dará su contestación dentro de los treinta días. Transcurrido dicho término el silencio del gobierno se interpretará en el sentido de que no tiene objeciones que oponer al nombramiento. Todas estas diligencias se cumplirán en el más estricto secreto (...).<sup>58</sup>

El sistema adoptado por el Concordato se conoce como "sistema de notificación oficiosa" también a veces denominado de "prenotificación oficiosa". Consiste, como surge del texto del artículo citado, en notificar al gobierno el nombre de la persona a designar para que éste emita su opinión sobre la misma, en cuanto a su objetabilidad.

Es uno de los tres tipos de privilegios que la Iglesia otorga en torno a la nominación de Obispos. Los otros dos son conocidos como el derecho de exclusiva (*ius exclusivae*) y el derecho de nominación o patronato (*ius nominationis*).

El *ius exclusivae* es la facultad que se concede al Jefe del Estado

para quitar del elenco de candidatos a las sedes metropolitanas o episcopales a una que otra persona menos grata.<sup>59</sup>

Con este sistema el Sumo Pontífice presenta una lista de candidatos y la autoridad civil descarta a los que le resultan menos gratos.

El *ius nominationis* es el que precisamente la Argentina invocaba como adquirido por sucesión de España. Es, lo repetimos, la facultad de

57 C.P.I.I., Série B, nº 14, p. 55.

58 Boletín Oficial, 22 de diciembre de 1966. Texto del Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina. Ley de aprobación nº 17.032.

59 BRUNO, *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la República Argentina*. Buenos Aires, Poblet, 1947. p. 262.

elegir y presentar a un candidato idóneo para un oficio vacante. Pero el mismo sólo implica proponer un nombre ya que el nombramiento cabal se da con la institución canónica que sólo la puede otorgar la Santa Sede. De ahí que, en las bulas de institución, se utiliza el *novis nominavit*.

El sistema de notificación fue concedido por primera vez, según Bruno, al Reino de Montenegro, mediante el Concordato de 1886 (art. 2º).<sup>60</sup> Pero es a partir de los años veinte cuando se generaliza el otorgamiento de este privilegio. Así, en casi todos los Concordatos celebrados bajo los pontificados de Pío XI y Pío XII se concede el mismo.<sup>61</sup>

Pero el contenido actual y típico de ese derecho se da sobre todo en los Concordatos con Italia (1929), con Ecuador (1937), con Portugal (1940) y con la República Dominicana (1954). Siendo, por ejemplo, el Concordato con Portugal el que adopta una fórmula prácticamente idéntica (art. 10)<sup>62</sup> a la del artículo 3º del Concordato de Buenos Aires.

Algunos sostienen<sup>63</sup> que la manifestación de objeción por parte del gobierno, no implica ni un *veto*, ni el *nihil obstat* preventivo, ni el *ius exclusivae*. Tampoco implicaría el *ius obiciendi* o derecho de objetar *strictu sensu* como el otorgado al gobierno venezolano, cuando en el artículo 6º del Concordato de 1964 con dicho país se estipula que:

en caso de existir objeciones... la Santa Sede indicará el nombre de otro candidato para los mismos fines.

En el Concordato mencionado se prevé qué es lo que las partes deben hacer, o más precisamente la Santa Sede, en caso de existir objeción: se debe presentar otro candidato. En otros Concordatos se estipula, en cambio, que si hay objeción

hay que tentar de llegar a un acuerdo pero si esa tentativa no da resultado, la Santa Sede queda en libertad para efectuar la provisión.

Así se estableció en los protocolos adicionales a los Concordatos celebrados con Baden (1933, art. 3º, inc. 2) o con Austria (1934, art. 4º, párr. 2).<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Bruno, *ob. cit.*, p. 268.

<sup>61</sup> Ver lista de Concordatos en Bruno, *ob. cit.*, p. 268.

<sup>62</sup> "La Santa Sede antes de proceder al nombramiento de un arzobispo u obispo residencial o de un coadjutor *cum jure successionis*... comunicará el nombre de la persona elegida al Gobierno portugués, para saber si en contra de ella hay alguna objeción de carácter político general. El silencio del Gobierno dentro de los treinta días de la susodicha comunicación, será interpretado en el sentido de que no existen objeciones. Todas estas tramitaciones contempladas en este artículo permanecerán secretas".

<sup>63</sup> Bruno, *ob. cit.*, p. 269.

<sup>64</sup> PERUGINI, *Concordata Vigentia, Romae*. 1934, pp. 226 y 298. Citado por Bruno en *Bases...*

De modo que hay casos en que se estipula expresamente que la Iglesia, pese a la objeción, queda liberada para designar y casos en que se estipula que debe proponer otro nombre. El Concordato con Argentina nada dice ni en un sentido ni en otro. ¿Cuál sería la solución si hubiera una objeción y la Iglesia pese a ella, insistiera en la designación? Si hay objeción no queda otra solución que la negociación. Así lo prevé el artículo 6º que dice:

en caso de que hubiese observaciones u objeciones por parte del Gobierno argentino conforme a los artículos segundo y tercero, las Altas Partes contratantes buscarán las formas apropiadas para llegar a un entendimiento.

Es decir, deberán llegar a un entendimiento, sin importar la forma que adopten para llegar al mismo. O sea, deberá resolverse la cuestión por acuerdo de partes.

La diferencia fundamental existente entre el Concordato de Argentina y el de Venezuela es que en éste, el remplazo es automático; en aquél está sujeto a negociación.

Sobre lo que no hay duda es que las razones de la objeción sólo pueden basarse en lo que expresamente se cita en el Acuerdo concordatario como "objeciones de carácter político general". Se entiende por ella, no la mera oposición por razones personales sino la que se refiere a la seguridad del Estado, como si el candidato elegido ejerciera una acción política indebida contra la integridad de la patria, o contra la Constitución o el orden público nacional; según lo define expresamente el Concordato de Checoslovaquia (1928, art. 4º). Los autores argentinos coinciden con esa interpretación precisando con términos similares cuáles son las actividades que al realizar el candidato propuesto lo harían pasible de una objeción legítima por parte del gobierno: atentar contra la unidad nacional y la integridad territorial<sup>65</sup> o contra la paz social<sup>66</sup> o lisa y llanamente contra el orden público<sup>67</sup> englobando en este concepto los anteriormente designados.

Habiendo analizado el Acuerdo de Buenos Aires, resta repasar la práctica preconcordataria, sobre todo la inmediata, para ver si existe relación directa entre el sistema adoptado y aquélla. El Concordato de 1966 no se refiere ni expresa ni tácitamente a la situación preexistente como los ejemplos citados del Protocolo del Río de la Plata y la opinión consultiva de la Comisión del Danubio. Por otra parte, si se lee la parte preambular del Acuerdo

---

65 ESTRADA, ob. cit., p. 126.

66 RÍO, *Concordatos con la Santa Sede*, p. 24.

67 FRIAS, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, p. 34.

(La Santa Sede... y el Estado argentino... a fin de *actualizar* la situación jurídica de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que el Gobierno Federal sostiene, conviene en celebrar un Acuerdo).

la utilización del término *actualizar* implicaría una modificación al sistema vigente, sistema basado en la *praxis* y no en el derecho, o si se quiere sistema *de facto* y no *de iure*.

Pero ese mismo término, también implica que existe una situación jurídica anterior (la cual se actualiza) ya que no dice a fin de *establecer* una relación o situación jurídica. Es decir, no puede ignorarse una situación preexistente que se había prolongado por más de ciento cincuenta años.

Creemos que, el no hacer mención a la práctica anterior, resulta precisamente por el hecho de que las dos partes tenían una interpretación diferente del contenido de la misma: reconocimiento de patronato para una; existencia de consulta previa para la otra. El gobierno argentino no podía *prima facie* reconocer en un instrumento jurídico la preexistencia de la práctica que el mismo había calificado como reconocimiento del patronato cuando en realidad la misma implicaba desconocimiento del mismo. Una práctica que se apartaba de lo prescripto en la Constitución, un uso, y no una costumbre como quedó demostrado, *contra legem*.

En efecto, se sostiene generalmente que el Acuerdo modifica al artículo 86, inciso 8 de la Constitución Nacional. Para algunos el Acuerdo de 1966 se "aparta" de dicha cláusula<sup>68</sup> o la "hace decaer"<sup>69</sup> o le impide su ejercicio por una "mutación constitucional por sustracción".<sup>70</sup> Pero la misma práctica ya se había apartado de la prescripción constitucional:

por muchos años se prefirió violar la Constitución mediante sigilosos *modus vivendi*.<sup>71</sup>

En definitiva el patronato ya en los últimos años antes del Acuerdo era una "institución ficticia"<sup>72</sup> o una "intervención que el Estado no ejercía sino formalmente".<sup>73</sup>

La práctica había modificado la letra expresa del orden jurídico interno establecido no sólo por la Constitución Nacional sino por toda una interpretación regalista manifestada durante años por los Procuradores Generales de la Nación y por la misma Corte Suprema. No podía

68 FRÍAS, ob. cit., p. 21.

69 BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I, p. 334, parágrafo 422.

70 BIDART CAMPOS, ibidem, t. I, p. 335, parág. 426, t. II, p. 123, parágrafo 694.

71 ZAVALA ORTIZ, *Negociaciones para el acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, Guadalupe, 1966, p. 39.

72 CENTENO, ob. cit., p. 30; ESTRADA, ob. cit., p. 24.

73 FRÍAS, ob. cit., p. 24.

pues expresarse en un instrumento jurídico internacional el reconocimiento jurídico expreso de una situación de hecho contrapuesta al sistema legal interno.

Por otra parte, la práctica fue, como hemos dicho, inestable. De modo que remitir jurídicamente a la práctica anterior hubiera sido motivo de mayores controversias, salvo que se hubiera limitado al contenido que la misma poseía en la época preconcordataria inmediata donde, si bien continuaban los formalismos respecto de la presentación, es decir, se aparentaba ejercer el patronato, en la práctica éste ya no existía.

Si analizamos con detenimiento ese último período veremos que, a partir de 1958-59 hubo un aceleramiento en la actualización de la práctica, alejándola aún más de un precepto constitucional *in vacuo* y de su interpretación abusiva. Así, en los decretos que se expedían a los efectos administrativos en ocasión del nombramiento de Obispos por el Sumo Pontífice, se cambia la palabra "nómbrese" por la de "revistará en el cargo de". Se suprimen las cartas presidenciales autógrafas de presentación. Las sesiones del Senado para la elaboración de la terna se convierten en secretas. La "Dirección de Patronato Nacional" pasa a denominarse "Dirección de Culto Católico". Se suprime el juramento de los Obispos. Se suprime el pase a las bulas de institución de los Obispos *presentados*.<sup>74</sup>

En este mismo período, cuando se produce la vacante del Arzobispado de Buenos Aires por el fallecimiento de monseñor Lafitte, el Presidente de la Nación hizo saber al Nuncio Apostólico que "el Gobierno entendía que su misión se limitaba aquí a *recabar la opinión* de la Santa Sede"<sup>75</sup> y sobre ella, poner en marcha inmediatamente el mecanismo constitucional. Incluso se solicitó que se sugirieran los nombres de los integrantes de la terna con lo cual el Senado veía facilitada su labor.

Creemos que el sistema aplicado en esa oportunidad, a results del cual se instituyó a monseñor Caggiano, en nada se diferencia del sistema de prenotificación oficiosa. Si hubieran existido objeciones al nombre propuesto por la Santa Sede, hubiera debido hallarse otro nombre por acuerdo de las partes. Lo mismo que resulta del artículo 6º del Concordato de Buenos Aires, ya citado.

La única diferencia esencial con el régimen concordatario actual es que a partir de su entrada en vigor las objeciones sólo podrán formularse

---

74 CENTENO, ob. cit., pp. 50 a 55; ESTRADA, ob. cit., pp. 110 y 111. El decreto que suprime el juramento de los Obispos es el 1709, del 10-III-64. Se pueden agregar también modificaciones como el juramento de Obispos en privado, antes de su eliminación. Corrección de la fórmula utilizada por la Curia Episcopal: "nómbrese" por "se confirma el nombramiento". Supresión de las reservas con que se daba el pase a las bulas. Supresión del vocablo "presentación" en el decreto que se dictaba después de la terna del Senado por los términos: "solicítase de la Santa Sede Apostólica la designación canónica de...".

75 CENTENO, ob. cit., p. 48.

por razones de orden político general. Hemos visto, sin embargo, que pese a las interpretaciones efectuadas por la doctrina, si el gobierno efectúa una objeción que la Iglesia no considera enmarcada en las razones de orden político general, esa situación deberá resolverse por acuerdo de partes. Acuerdo al que también se llegaba en el esquema de consulta previa, cualquiera fuera el contenido de la objeción. No obstante, ahora el Estado deberá poseer elementos de juicio serios y convincentes como para demostrar que su objeción está dentro de aquel concepto.

El hecho de "legalizar" una práctica no era, por otra parte, nuevo en el esquema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Así, en el Acuerdo celebrado con la Santa Sede, relativo al Vicariato Castrense (1957) se estableció en su art. 4 que el Vicario Castrense será nombrado por la Santa Sede *previo acuerdo* con el Presidente de la República Argentina. Como se ha dicho<sup>76</sup> la designación por acuerdo previo es lo que se venía aplicando en la práctica desde hacía muchos años. Es cierto que, a diferencia del nombramiento de Obispos, el Vicario Castrense no es residencial sino que posee una jurisdicción personal y no territorial por lo que no entraba dentro de la prescripción constitucional de la presentación. Su actuación se efectúa, por otra parte, dentro de un ámbito específico cual es el de las Fuerzas Armadas.

La práctica preconcordataria o *modus vivendi* inmediatamente anterior al Concordato, coincidió con la voluntad de llegar a un acuerdo. La voluntad de negociar y llegar a un entendimiento, iniciada en las postrimerías de la década del cincuenta y desarrollada por un lapso de ocho años permitió arribar a un texto jurídico que, en el tema de la nominación de obispos, no innova substancialmente respecto de lo que se venía haciendo.

El Acuerdo sólo adecua las relaciones entre la Iglesia y el Estado a la realidad del momento. Eso mismo fue manifestado ya en 1960 en el Mensaje que el Poder Ejecutivo efectuara ante el Congreso de la Nación el 1º de Mayo:

el Poder Ejecutivo está dispuesto a encarar toda posibilidad de *adecuar* esas relaciones (Iglesia-Estado) a la *realidad actual*.<sup>77</sup>

El Concordato recepciona la situación de hecho imperante con anterioridad a su concreción. Ya varios años antes de la firma del mismo los que habían participado en la apertura de las conversaciones sobre su futuro contenido entendían esa realidad, manifestando que aquel

no podrá ser en gran parte sino la *expresión formal del estado de cosas presente*.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> LAFUENTE, *La situación concordataria argentina*, p. 15.

<sup>77</sup> Mensaje del 1º de mayo de 1960: Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1960, t. I, p. 27. Mensaje repetido en Roma ante Cardenales y autoridades eclesiásticas, cfr. CENTENO, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>78</sup> ESTRADA, *ob. cit.*, p. 105.

Por si alguna duda quedara están las propias palabras del Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Zavala Ortiz, que llevó a cabo la negociación y preparación del texto del Acuerdo, quien sostuvo que el mismo

no es una innovación sino dar forma legal a un *modus vivendi* consagrado por la práctica.<sup>79</sup>

No se nos escapa que la práctica no fue original. Normalmente, cuando se codifica una práctica, ésta posee ciertas características que la hacen específica, ya que surge de determinadas circunstancias para reglar determinados aspectos de una relación bilateral. La práctica preconcordataria tuvo, como quedó señalado, distintas etapas. Es sin duda la última, como también lo hemos dicho, la que posee contornos más nítidos y un factor de estabilidad. Esta etapa se va consolidando en consonancia con un sistema imperante que la Iglesia poseía con otros países.

En efecto, la práctica bilateral llevada a cabo entre la Santa Sede y la Argentina tenía características propias, pero no al punto de crear un sistema original que fuera susceptible de generalización. Por el contrario, la misma evolucionó y se adecuó con un sistema que la Santa Sede venía ya otorgando o reconociendo mediante concordatos: el sistema de la notificación oficiosa.

Cuando se inician las negociaciones entre las partes, se da un paralelismo entre el sistema mencionado, que la Iglesia reconocía a otros Estados y podía llegar a reconocer a la Argentina (prenotificación) y el sistema que ya, por otra parte, se había venido afianzando entre ambas potestades: consulta confidencial previa. Así una de las propuestas efectuadas por el embajador argentino ante la Santa Sede, en 1959, consistía en un sistema de terna que el Sumo Pontífice conformaba y comunicaba al gobierno para ver si éste tenía objeciones que formular. Ese sistema era entendido por el mismo diplomático como "la racionalización del sistema de hecho imperante".<sup>80</sup>

Si el sistema anterior al Concordato implicaba verdaderas negociaciones con la Santa Sede<sup>81</sup> el Concordato va a implicar negociación sólo en caso de objeción. Lo que era regla se convierte en excepción. Pero ya a partir de 1958-9 no se realizarán verdaderas negociaciones: hemos visto el cambio de política bilateral impuesto por el Poder Ejecutivo Nacional, a partir de esa fecha.

Antes de la misma, existía también un sistema inverso al Concordato. En el esquema clásico de "presentación", era el gobierno nacional quien efectuaba la consulta a la Silla Apostólica a través del Nuncio. La Santa

---

79 ZAVALA ORTIZ, ob. cit., p. 42.

80 ESTRADA, ob. cit., p. 126.

81 CENTENO, ob. cit., pp. 47 y 48.

Sede "acceptaba" u "objataba" la persona propuesta por aquél. En el Concordato es la Santa Sede quien propone y el gobierno quien objeta.

Vemos, pues, que en el período 1958-1966, consulta previa y sistema concordatario de prenotificación oficiosa son dos caras de una misma medalla: las relaciones entre la Santa Sede y el Estado Argentino, en torno al nombramiento de Obispos, Arzobispos y Coadjutores con derecho a sucesión se efectuará por mutuo acuerdo de partes, a propuesta de la Sede Apostólica.

El sistema imperante había "arreglado" de facto y previo al Concordato lo que la Constitución preveía que fuera arreglado por él.

EDUARDO C. MALLEA  
Universidad Católica Argentina  
Universidad de Buenos Aires

#### BIBLIOGRAFÍA

- BRUNO, CAYETANO, *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, Poblet, 1947.
- CENTENO, ANGEL MIGUEL, *Cuatro años de una política religiosa*, Buenos Aires, Desarrollo, 1964.
- ESTRADA, SANTIAGO DE, *Nuestras relaciones con la Iglesia* (Hacia un concordato entre la Sede Apostólica y el Estado argentino). Buenos Aires, Theoria, 1963.
- FRÍAS, PEDRO J.: *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones, Córdoba, ed. del autor, 1975. (Texto ampliado y revisado del trabajo homónimo publicado en la Separata del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XXXV, enero-diciembre 1971, nos. 1-5).
- Iglesia y Estado: el patronato constitucional*, Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1976, Córdoba, 1972, p. 111.
- LAFUENTE, RAMIRO DE, *Patronato y Concordato en la Argentina*, Buenos Aires, RL, 1957. —*La situación concordataria argentina*, Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca, 1971. —"El patronato y el pase o exequátur argentinos" en *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino*. Segundas Jornadas Nacionales de Profesionales de la Acción Católica Argentina, Rosario, 1957.
- LECÓN, FAUSTINO J., *Doctrina y ejercicio del patronato nacional*, Buenos Aires, Lajouane y Cia., 1920.
- RÍO, MANUEL, *Concordatos con la Santa Sede*. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Serie I-Anuarios, nº 13. Anticipo de *Anales*, 2ª época. Año XVIII, nº 13. Abeledo Perrot. —"La Iglesia, su historia y sus relaciones con el Estado" (1810-1928) en *Historia Argentina*, dirigida por R. Levillier, Plaza Janés, 1968.
- ZAVALA ORTIZ, MIGUEL ANGEL, *Negociaciones para el acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, Guadalupe, 1966.

## EL LIMITE INTERNACIONAL EN EL PARQUE NACIONAL LOS GLACIARES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DESCRIPCIÓN: 1. *Descripción de un glaciar*. 2. *Los glaciares en la Patagonia*. — II. DELIMITACIÓN Y DEMARCACIÓN: 1. *Del Tratado de 1881 al Acuerdo de los Peritos de 1898*. 2. *De la presentación de las Partes ante el Arbitro hasta el Laudo y su demarcación*: a) El alegato chileno. b) El alegato argentino. c) El Laudo arbitral de 1902 y las opiniones del coronel Holdich. d) La demarcación de 1903. — III. EL PARQUE NACIONAL LOS GLACIARES: 1. *Creación y delimitación*. 2. *Ingreso del Parque Nacional Los Glaciares a la Lista del Patrimonio Mundial (UNESCO)*. — IV. CONCLUSIONES.

### INTRODUCCIÓN

En el sur del continente americano existe una zona de características muy particulares no sólo desde el punto de vista turístico y científico, sino también desde el jurídico. Esta zona es la de los glaciares de la Patagonia, que se encuentran "a caballo" de la Cordillera de los Andes, descendiendo a ambos lados de la misma.

Este sector del límite argentino-chileno merece una especial atención, por cuanto si bien ha sido delimitado, aún no se ha demarcado. El objeto del presente trabajo será el de analizar el estado en el cual se encuentra la frontera desde el monte Fitz Roy hasta el monte Stokes.

La sección que nos ocupa será caracterizada como delimitada, pero pendiente de demarcación. Para ello se entenderá por delimitación la operación política y jurídica mediante la cual se determina el emplazamiento de la línea divisoria, y por demarcación a la operación posterior que tiene por objeto materializar en el terreno, mediante signos, el recorrido de la línea del límite.

En la primera parte, se localizará geográficamente la zona para proceder luego a su descripción. A continuación se analizarán la delimitación de la zona y las contingencias ocurridas con motivo de la misma. Luego se estudiará la creación del Parque Nacional Los Glaciares y su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial, para ingresar finalmente en el campo de las conclusiones.

### I. DESCRIPCIÓN

#### 1. *Descripción de un glaciar.*<sup>1</sup>

Los glaciares se forman por la acumulación de nieve en las cuencas superiores, en una zona que se denomina ventisquero. Ésta no se licua

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo de esta parte del trabajo se ha seguido la obra de MARIO BRATONZ, *Aspectos glaciológicos de la zona del hielo continental patagónico*, Buenos Aires, 1972. El autor, junto con el entonces Mayor Emiliano Huerta, el Dr. Antonio Ruiz Beramendi y los señores Folco Doro y Arrigo Bianchi, formó parte del grupo de cruce de la Expedición Argentina al Hielo Continental Patagónico del año 1952, y actualmente con el Coronel (R.E.) Huerta están a cargo del Instituto Nacional del Hielo Continental Patagónico.

durante la época de deshielo. Ese hielo eterno se va desplazando por la pendiente hasta una zona denominada "de ablación", donde la temperatura del ambiente es lo suficientemente elevada como para que la superficie empiece a fundirse.

La fusión comienza cuando el hielo toma contacto con una masa de aire cuya temperatura es superior a 0° C. Esto se produce, por lo general, en verano. La superficie del glaciar se ve surcada por pequeños arroyos que desaparecen en las grietas, o que dan origen al "pantano de glaciar", formado por una masa granulada de hielo sin consistencia, impregnada de agua.

La zona del ventisquero está situada a mayor altura que las nieves eternas, y allí es donde se acumulan grandes volúmenes de nieve, especialmente en invierno. A medida que aumenta la temperatura, los cristales de nieve se van transformando en gránulos, debido a la fusión parcial de las zonas con mayor exposición a las variaciones térmicas. Estos gránulos van eliminando los vacíos de aire en los intersticios, y recongelan el agua en las concavidades, uniendo y cementando los cristales entre sí. Esto va formando una masa de nieve compacta y densa, que es la característica de las zonas de ventisqueros durante la temporada estival.

Con la caída de nuevas nevadas se va comprimiendo y transformando hasta constituir una masa opaca denominada neviza, que a medida que desciende a las capas intermedias, se va deslizando hacia los valles. La neviza, al perder el aire que todavía tiene interpuesto, adquiere mayor transparencia, compacidad y dureza, constituyendo el hielo esponjoso. Este geloide da origen a una masa azulada y cristalina que es el hielo del glaciar.

Para que un glaciar tenga movimiento, es necesaria una determinada relación entre la pendiente sobre la cual se encuentra y el espesor del hielo. A mayor pendiente y espesor, mayor velocidad.

El hielo del glaciar es un cuerpo cuyo estado físico se encuentra entre la viscosidad y la plasticidad. En otros términos, se adapta a las formas que le impone el terreno. Ello dará lugar a la formación de grietas.

Los movimientos del glaciar son originados en lo alto por el empuje producido por la acumulación de nieve y neviza en la cuenca de alimentación (ventisquero). En lo bajo serán originados por la gravedad.

La velocidad del glaciar es superior en la superficie que en el centro, igual que en un río. En las márgenes la velocidad disminuye, debido al roce y al menor espesor del glaciar, ya que disminuye la altura del perfil transversal.

Esto permite observar que la masa de hielo fluye más o menos velozmente, obedeciendo a diferentes factores, tales como la pendiente, cantidad, espesor, etcétera, según las características de cada uno.

El caso típico en el cual se observa perfectamente el movimiento de avance, es el del glaciar Perito Moreno en la Provincia de Santa Cruz, el cual alcanza el brazo Sur del lago Argentino.

Una consecuencia del avance de los glaciares es la formación de morenas. Estas son acumulaciones de fragmentos rocosos que se desprenden de las laderas de las montañas y caen sobre la parte alta de la cuenca del glaciar, el cual las arrastra hacia abajo.

A veces se observa que las orillas del glaciar se encuentran bordeadas por colinas alargadas de restos rocosos que se denominan "morenas laterales". También ocurre que los desprendimientos caen en las grietas y son incorporados al hielo. Los que alcanzan el fondo constituyen, junto con el material limado o arrancado del suelo, las "morenas de fondo".

También puede ocurrir que el frente del glaciar permanezca estacionario, y sus depósitos construyan colinas arqueadas con forma de herradura, las cuales se denominan "morenas frontales o terminales".

La acción erosiva de los glaciares, tanto en la base como en las márgenes, profundiza los valles, dándoles en su perfil transversal una conformación de letra "U", en contraposición al perfil en "V" de los valles fluviales preexistentes.

## 2. *Los glaciares en la Patagonia*

En esta zona del sur del continente americano, nos encontramos con dos tipos de glaciaciones: la del hielo continental y la de los glaciares periféricos.

La primera de ellas está conformada por el gran casquete de hielo que envuelve a la parte central de la cordillera, entre los paralelos 46°30' y 51°30' de latitud Sur. Sus derrames tienen dos vertientes, una hacia el Pacífico y otra hacia los grandes lagos patagónicos. Estos glaciares conforman una masa de hielo, un manto continuo que fluye simultáneamente en todas las direcciones, denominada calota glaciar.

Los glaciares periféricos son aquellos que en gran número, se desarrollan en la parte más elevada del macizo central, y en los cordones montañosos secundarios que se desprenden de la Cordillera de los Andes.

La superficie aproximada de toda esa masa de hielo es de 22.000 kilómetros cuadrados. Esta superficie corresponde a la de toda la masa de hielo que se encuentra entre los paralelos mencionados. A su vez, estos glaciares se encuentran divididos por el Seno Baker, cubriendo 7.600 kilómetros cuadrados al Norte del mismo, y 14.400 kilómetros cuadrados al Sur. Es en este sector, precisamente en el situado entre los montes Fitz Roy por el Norte y Stokes por el Sur, en el que se encuentra pendiente la demarcación del límite entre la República Argentina y la de Chile.



## II. DELIMITACIÓN Y DEMARCACIÓN

### 1. *Del Tratado de 1881 al Acuerdo de los Peritos de 1898*

El 23 de julio de 1881, se firma en Buenos Aires el Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile. La norma que interesa para este estudio, es la contenida en su artículo 1º:

El límite... es, de Norte a Sur hasta el paralelo cincuenta y dos de latitud, la Cordillera de los Andes. La línea fronteriza correrá en esa estensión por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro.

Esta norma será reiterada en el Protocolo Adicional y Aclaratorio del Tratado de Límites de 23 de julio de 1881. En efecto, su artículo 1º reitera lo establecido en el artículo 1º del instrumento bilateral que adiciona y complementa, y su artículo 2º precisa que el límite correrá por el "encadenamiento principal de los Andes".

Los peritos demarcadores comenzaron su tarea, y con ella comenzaron las desinteligencias. El desacuerdo llegó a un punto tal que fue necesario, el 17 de abril de 1896, firmar un "Acuerdo para facilitar las operaciones de deslinde territorial", también conocido como Acuerdo Guerrero-Quirno Costa. En su Base Segunda, se establece el arbitraje de Su Majestad Británica para aquellos puntos de la frontera que no pudieran allanarse amigablemente, situados al Sur del paralelo 26º52'45" de latitud Sur.

Como las desinteligencias continúan, en 1898 se reúnen en Santiago de Chile los peritos de ambas naciones, para acordar la traza de la línea general de frontera. Estas reuniones se llevaron a cabo entre los meses de agosto y octubre, labrándose actas de las mismas, en las cuales se establecieron los puntos de la traza en que los peritos estaban de acuerdo, y aquellos en que no lo estaban. Estos últimos, de acuerdo con la Base Segunda del Acuerdo del 17 de abril de 1896, fueron sometidos al arbitraje de la corona británica.

El 29 de agosto, Diego Barros Arana presenta la proposición chilena. Se exceptúa la propuesta para la Puna de Atacama, la que es formulada el 3 de septiembre.

En esa propuesta general individualiza la zona de la siguiente manera:

El 331 Cordillera del Chaltén que divide la hoya hidrográfica del Lago Viedma ó Quicharre que desagua en el Atlántico por el Río Santa Cruz, de las vertientes chilenas que van á desaguar en los canales del Pacifico.  
El 332, Cordillera de Stokes que divide la hoya hidrográfica del Lago

Argentino que desagua en el Atlántico por el Río Santa Cruz, de las vertientes de los ríos chilenos que van a desaguar en los canales de la Patagonia en el Pacífico. <sup>2</sup>

El 1º de septiembre, Francisco Pascasio Moreno presenta la propuesta argentina para la Puna de Atacama. El día 3 lo hace con la línea general de frontera, en estos términos:

Seguirá por dicha cresta pasando por el cerro Fitz-Roy (304), los cerros que se elevan en el ventisquero del Lago Viedma (305) y las altas cumbres nevadas de la Cordillera... <sup>3</sup>

Días más tarde, se suscriben cuatro actas que reflejan el resultado de las gestiones de los peritos. En la primera de ellas se manifiesta que con el propósito de facilitar el examen y resolución de todos los puntos que abraza la cuestión de límites se tratará separadamente cada una de sus partes: la Puna de Atacama, de la Puna a las proximidades del paralelo 52º de latitud Sur y la zona del Seno de la Última Esperanza. <sup>4</sup> La segunda trata el tema de la Puna. <sup>5</sup> La tercera considera la zona de los glaciares. En efecto, allí se manifiesta que

las líneas de ambos Peritos concuerdan.. en los puntos y trechos designados con los números... trescientos treinta y una y trescientos treinta y dos por el primero y trescientos cuatro y trescientos cinco por el segundo.

La presente transcripción corresponde al punto segundo del acta. La numeración citada en primer término es la de la propuesta chilena, y la mencionada en segundo término pertenece a la proposición argentina. <sup>6</sup> El acta firmada en cuarto término pone de manifiesto el desacuerdo en la zona del Seno de la Última Esperanza. <sup>7</sup>

Posteriormente, el día 1º de octubre, suscriben los peritos un acta. En su punto 1º reiteran la coincidencia de los puntos y trechos señalados con los números 304 y 305 y 331 y 332, y

resuelven aceptarlos como formando parte de la línea divisoria en la Cordillera de los Andes, entre la República Argentina y la República de Chile. <sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> El texto completo de las propuestas de los Peritos se encuentra en la obra de la Oficina de Límites Internacionales, *La frontera argentino-chilena. Demarcación general 1894-1905*, t. II, Buenos Aires, 1908. Para la cita correspondiente a esta nota, ver p. 349.

<sup>3</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., p. 375.

<sup>4</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., Acta del 15-9-1898, pp. 438-439.

<sup>5</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., Acta del 17-9-1898, p. 440.

<sup>6</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., Acta del 22-9-1898, pp. 440-442.

<sup>7</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., Acta del 22-9-1898, p. 443.

<sup>8</sup> Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., Acta del 1-10-1898, pp. 376-378.

Aquellos puntos en los que los peritos no se habían puesto de acuerdo, fueron sometidos al arbitraje de la corona británica, cumpliendo lo estipulado por la Base Segunda del Acuerdo del 17 de abril de 1896, excepto la cuestión de la Puna de Atacama, que fue resuelta por el arbitraje del ministro plenipotenciario de los Estados Unidos de América en Buenos Aires, William P. Buchanan, en el año 1899.

## 2. De la presentación de las Partes ante el Arbitro hasta el Laudo y su demarcación

### a) El alegato chileno

Tanto la República Argentina como la de Chile, presentaron sus alegatos ante el tribunal arbitral nombrado por la Reina Victoria. Dicho tribunal estaba formado por Lord Edward Macnaghter, el mayor general Sir Charles Ardagh, el coronel Thomas Hungerford Holdich y el mayor E. H. Hills. El coronel Holdich será designado para reconocer sobre el terreno la zona en litigio, tarea que le insumirá tres meses.

Los peritos de las dos naciones se refieren a la zona comprendida entre los cerros Fitz Roy y Stokes en sus alegatos ante el Arbitro.<sup>9</sup>

El capítulo XL del alegato chileno comienza considerando la cuestión del Lago San Martín. Luego critica la localización del monte Fitz-Roy en la cartografía argentina manifestando que, comparando esta última, se lo puede localizar en cuatro lugares diferentes. Pero aquí el perito chileno expresa que de acuerdo con el acta del 3 de septiembre de 1898, el punto 304 de la línea argentina corresponde al monte Fitz Roy sobre el cual la línea del límite debe pasar, en su curso a lo largo de las cumbres de la cadena principal de la Cordillera.<sup>10</sup>

Más adelante<sup>11</sup> reitera la coincidencia en la zona individualizada por los puntos 304-305/331-332, y expresa que no hay dificultad en localizar la línea chilena en esta sección, aunque ésta sea poco conocida y existan ríos que, teniendo su desembocadura en el Pacífico, puedan tener sus fuentes en lo que el perito argentino considera la vertiente oriental de la cordillera. En todo caso la línea chilena continuará por las altas cum-

---

<sup>9</sup> El alegato argentino se titula: *Report presented to the Tribunal appointed by Her Britannic Majesty's Government "to consider and report upon the differences which have arisen with regard to the frontier between the Argentine and Chilian Republics" to justify the Argentine claims for the boundary in the summit of the Cordillera de los Andes according to the Treaties of 1881 & 1893, London 1900.* Por su parte, Chile titula su alegato como "*Statement presented on behalf of Chile in reply to the Argentine Report submitted to the Tribunal constituted by H. B. Majesty's Government acting as Arbitrator in pursuance of the Agreement dated April 17, 1896*", London, 1901.

<sup>10</sup> STATEMENT..., ob. cit., Chapter XL "The proposed boundary lines from Lake San Martin to Mount Stokes", pp. 1507-1523. Para esta cita ver p. 1513.

<sup>11</sup> STATEMENT..., ob. cit., p. 1517.

bres, y los ríos subglaciales que puedan encontrarse no presentarán dificultades, dado que donde los glaciares se extienden desde las cumbres de las montañas hasta el nivel del mar o de los lagos, la línea divisoria debe ser vista evidentemente en el origen de aquellos ríos de hielo: es decir, en la parte superior donde ellas emergen —las cumbres— de los campos de nieve, tal como ha ocurrido en todas las otras secciones de la cordillera donde la línea sigue la divisoria de aguas en una región de campos nevados y glaciares.<sup>12</sup>

Al referirse a la línea propuesta por el perito argentino, expresa que es imposible establecer cómo y con qué frecuencia esa traza será modificada a medida que se incrementa el conocimiento topográfico de la zona, puesto que las cumbres por las cuales debe pasar el límite, tienen una localización dudosa. Menciona como ejemplo, la traza sobre la cumbre del cerro Agassiz y argumenta que la incertidumbre de la misma surge de la fraseología ambigua que utiliza Moreno en el alegato argentino, al decir que la divisoria de aguas mencionada en los Tratados se encuentra en la línea de las altas cumbres a las cuales el monte Agassiz parece pertenecer.<sup>13</sup> Finaliza el tema efectuando consideraciones acerca del criterio utilizado por el perito argentino para establecer dónde se encuentra la divisoria, y estableciendo una comparación entre los criterios aplicados para los cerros Fitz Roy, Aconcagua y Tronador.

Más adelante procede a considerar la Cordillera de Stokes, y analiza la localización de la cadena principal de la Cordillera de los Andes.<sup>14</sup> El perito chileno dice que el monte Stokes no ha sido mencionado como un punto de la línea limítrofe en la proposición oficial del perito argentino quien, en el capítulo XVI de su alegato, dice que la línea argentina desde el monte Fitz Roy al monte Stokes transcurre sobre la Cordillera de los Andes, para luego decir —según citas extraídas por el perito chileno del alegato argentino— que el monte Stokes se encuentra al Este de la Cordillera de los Andes.<sup>15</sup>

A continuación el perito chileno se refiere a su consideración de la Cordillera de Stokes, donde se encuentra la divisoria continental de aguas. Afirma que aunque más adelante pudiera demostrarse que el monte Stokes no se halla en esa divisoria, ello no modificaría la definición de la línea chilena por cuanto la Cordillera de Stokes es aquella por la cual corre la divisoria continental de aguas.<sup>16</sup>

Finalmente, se preocupa por aventar toda duda acerca de cuál es el accidente orográfico conocido en el terreno como monte Stokes. Luego

---

12 STATEMENT...., ob. cit., pp. 1517-1518.

13 STATEMENT.... ob. cit., p. 1518.

14 STATEMENT.... ob. cit., p. 1519.

15 STATEMENT...., ob. cit., p. 1520.

16 STATEMENT.... ob. cit., pp. 1520-1521.

de hacer una breve historia acerca de su denominación y de sus primeras graficaciones cartográficas, como así también de la descripción y localización que del mismo han hecho varios exploradores, concluye el capítulo incorporando una copia del dibujo del monte Stokes que publicara Ramón Lista en su obra *Viaje a los Andes Australes*.<sup>17</sup>

b) El alegato argentino.

El perito argentino también se refiere a este tramo de la frontera en varios capítulos de su exposición. Específicamente lo trata en el punto 6 del capítulo XXVI.<sup>18</sup> Comienza con una crítica a la posición chilena con respecto al lago San Martín, para luego analizar el tramo que interesa a este trabajo. Aclara que denomina Fitz Roy al cerro que también es conocido como Chaltén, y dice que entre este monte y el Stokes las dos líneas de los peritos coinciden.

La línea argentina pasa por la latitud del monte Fitz Roy, y continúa sobre las montañas que se elevan en el centro de los glaciares del lago Viedina y luego por las crestas elevadas de la cordillera. Todas esas montañas están situadas en el cordón principal de la Cordillera de los Andes. Más adelante dice que ambas líneas coinciden aparentemente sobre una gran distancia hasta el monte Stokes. Aclara que dice "aparentemente" porque los ríos subglaciales que desembocan en el Pacífico, podrían llegar a tener sus fuentes al Este de la Cordillera, como el río Trinidad. Pero a continuación agrega que no es posible que surjan dificultades en esta parte de la frontera, ya que la cordillera es impasable.<sup>19</sup>

Luego dice que el monte Stokes no está situado sobre el cordón principal de la Cordillera, sino que está ubicado al Este de la misma y no es uno de los picos más altos. Inmediatamente cita los puntos más altos, aclarando sus cotas: monte Campana (2570 metros/8432 pies), monte Agassiz (3250 metros/10.663 pies), monte Mayo (2020 metros/6627 pies), monte Heim (2700 metros/8858 pies) y monte Stokes (2160 metros/7087 pies). Agrega que de estos cerros descienden glaciares de los que se ocupará en el capítulo siguiente.<sup>20</sup>

Finaliza este acápite, manifestando que debe tenerse en cuenta que estos puntos de la línea han sido definitivamente aceptados, de acuerdo con el acta del 1º de octubre de 1898 y, por lo tanto, no han sido sometidos a arbitraje.<sup>21</sup>

17 STATEMENT. . . , ob. cit., p. 1523.

18 REPORT. . . , ob. cit., Chapter XXVI, 6, "The boundary line from Mount Fitz Roy to Mount Stokes", p. 940.

19 REPORT. . . , ob. cit., p. 942.

20 REPORT. . . , ob. cit., p. 943.

21 REPORT. . . , ob. cit., p. 943. Por el acta del 1º de octubre de 1898, ver nota 8.

En el punto siguiente del mismo capítulo<sup>22</sup> dice que la frontera propuesta por el perito argentino en la masa de la Cordillera hasta su punto extremo sur posee las mismas características, las cuales no son solamente desfavorables para su utilización por el hombre, sino que hacen de esta región la más inhóspita de la Patagonia occidental.

Más adelante<sup>23</sup> agrega que la línea argentina corre sobre las cumbres de la barrera de roca y hielo, la línea de límite natural por excelencia entre las dos naciones, tal como ha sido claramente estipulado en el Tratado de 1881. Culmina diciendo que desde el paralelo de 45°30' de latitud Sur, por una distancia de 390 millas, solamente una vez los canales del Pacífico cortan el cordón montañoso que es impenetrable y cubierto de hielo y nieve a lo largo de toda su extensión. Agrega, por último, que la cordillera referida en los Tratados, está siempre al Este de Chile y al Oeste de la Argentina.

En el capítulo siguiente<sup>24</sup> reitera la coincidencia de la línea de frontera entre el monte Fitz Roy y el monte Stokes, como así también su carácter de impenetrable. Individualiza el monte Fitz Roy (3370 metros/11.057 pies), el monte Torre (2960 metros/977 pies), y otro pico de 2740 metros/8990 pies, dominando el ángulo Nor-Oeste del lago Viedma. Continúa diciendo que hacia el sur del monte Fitz Roy las altas montañas continúan y los campos helados alcanzan el nivel del lago, mencionando picos de 3170 metros/10.400 pies, 3000 metros/9843 pies, 2970 metros/9744 pies, monte Huemul (2670 metros/8760 pies) y 2640 metros/8662 pies, los que se alcanzan cerca de un extenso glaciar —el Viedma— que avanza dentro del lago. Agrega que aquellas montañas corresponden al número 305 de la línea argentina. A los montes Campana (2570 metros/8432 pies) y Norte (2950 metros/9679 pies) los sitúa al sur, como pertenecientes a la precordillera (no son puntos del límite) y separando las cuencas de los lagos Viedma y Argentino.

Luego continúa mencionando al monte Agassiz (3170 metros/10.400 pies) el cual se eleva al Oeste del brazo norte del lago Argentino como también lo hace el monte Heim (2450 metros/8038 pies). También menciona el pico más agudo del monte Mayo (2380 metros/7809 pies) al que sitúa al Oeste del lago Argentino, agregando que al Sur de éste continúan altas montañas que alcanzan 2260 metros/7415 pies, 2340 metros/7677 pies y 2700 metros/8858 pies, cuyos glaciares alcanzan el lago. En el brazo sur desagua el lago Frío, alimentado por un extenso glaciar.<sup>25</sup> A continuación agrega una fotografía en la que se señala el monte Stokes.

---

22 REPORT..., ob. cit. Chapter XXVI, 7. "Remarks on the Argentine line", p. 943.

23 REPORT..., ob. cit., pp. 945-946.

24 REPORT..., ob. cit., Chapter XXVII, 2. "General configuration of the ground" p. 961.

25 REPORT..., ob. cit., Plate CXXXII, p. 962.

Continúa analizando la línea al Este y al Sur del monte Stokes, la que sí era objeto de arbitraje. Pero Moreno, toma el tema de la cordillera de Stokes y critica la traza que partiendo del mencionado monte hacia el norte, corre a lo largo de la cumbre del mismo y tuerce "ingeniosamente" hacia el Este en un largo trecho hasta el Paso de Baguales y Cordillera de Baguales. Reitera que el monte Stokes no está en la cadena principal de la Cordillera<sup>26</sup> y renueva la crítica por la traza pretendida por el perito chileno.<sup>27</sup>

En el capítulo siguiente<sup>28</sup> divide la Cordillera por secciones transversales y compara ambas trazas. Al tratar la sección número 91<sup>29</sup> reitera la concordancia de las líneas a partir del monte Fitz Roy. En las secciones números 92 y 93,<sup>30</sup> dice que ambas líneas coinciden, aunque las altas montañas no han sido inspeccionadas, y que es muy probable que la vertiente mencionada en los tratados se presente en la línea de las altas cumbres a las que parece pertenecer al monte Agassiz.

Para culminar con la parte del alegato argentino que se ocupa de la zona, corresponde mencionar las consideraciones que hace Moreno sobre la cartografía que acompaña.<sup>31</sup>

Al referirse al mapa número XI, que comprende la zona patagónica entre los 49°30' y los 52°20' de latitud Sur, dice que se muestra la coincidencia de las dos líneas limítrofes desde la latitud del monte Fitz Roy hasta el monte Stokes, dado que en este trecho la divisoria continental parece coincidir con la cadena principal de los Andes. Agrega que en esta parte la divisoria no muestra las condiciones anormales que presenta desde los 38° hasta los 49°30' de latitud Sur. Por lo tanto, indica que todas las aguas fluyen hacia el Atlántico, con excepción de aquellas del flanco Norte del monte Stokes, que lo hacen anormalmente hacia el Pacífico.

### c) El Laudo arbitral de 1902 y las opiniones del coronel Holdich

El 20 de noviembre de 1902 se expide la corona británica. El Laudo, en su artículo 3º, dice claramente que desde el monte Fitz Roy hasta el monte Stokes, la línea de frontera ya ha sido determinada, y en su artículo 5º agrega que una definición más detallada de la línea de fron-

26 REPORT..., ob. cit., p. 964.

27 REPORT..., ob. cit., p. 964.

28 REPORT..., ob. cit., Chapter XXVIII, 4. "The boundary from 40° S. Lat. to 52° S. Lat.", p. 1017.

29 REPORT..., ob. cit., p. 1035.

30 REPORT..., ob. cit., p. 1036.

31 REPORT..., ob. cit., Chapter XXIX, "Maps of the Southern Region", p. 1048.

tera se encontrará en el Informe del Tribunal Arbitral y en los mapas suministrados por los peritos de Argentina y Chile.<sup>32</sup>

El Informe citado, repite categóricamente que en esta zona, el límite ya ha sido determinado por las dos Repúblicas.<sup>33</sup>

Ya se dijo que un miembro del Tribunal Arbitral había sido comisionado para reconocer el terreno en litigio, y que esa designación había recaído en la persona de Thomas Holdich quien, además de ser coronel del Cuerpo de Ingenieros Reales, era vicepresidente de la Royal Geographical Society. El coronel Holdich escribió posteriormente sobre su actuación en el arbitraje y dictó conferencias. También presidió la Comisión Demarcadora, que a pedido de los dos Gobiernos erigió los hitos fronterizos en la Patagonia en el año 1903.

De sus obras sólo se ha podido consultar *The Countries of the King's Award*<sup>34</sup> y el discurso que pronunciara ante la sesión de Geografía de la Asociación Británica, titulado "La ciencia geográfica. Sus últimos progresos y sus necesidades actuales",<sup>35</sup>

La obra mencionada en primer término es un relato de su viaje al sur de América, compuesto por una descripción geográfica, una evaluación del potencial de ambos países —tanto el económico como el social y militar— su opinión política sobre las dos naciones y su interpretación de la cuestión limítrofe, como así también de la solución aportada por el Rey de Inglaterra.

Hay muy pocas referencias de la zona que se analiza no obstante lo cual, la misma cae dentro de una afirmación de Holdich en la primera página de su libro. Allí dice que la Patagonia no había sido explorada lo suficiente, y menos aún relevada cartográficamente, basándose su conocimiento geográfico sobre conjeturas en la época en que se firmó el Tratado de 1881.<sup>36</sup> Analiza el Tratado y su Protocolo Adicional y Aclaratorio, y dice que ambos fallaron al permitir que se admitieran diversas interpretaciones al pretender aplicarlos a la conformación geográfica existente en el terreno. Dice más adelante que políticos, juristas y geógrafos no han considerado que difícilmente un término geográfico que exprese un accidente natural pueda tener una interpretación inalterable. Un río, una montaña, una línea de costa o algo de una entidad geográfica tan ilusoria como el *divortium aquarum*, no siempre pueden ser reconocidos

---

32 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., p. 355.

33 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., p. 363.

34 THOMAS HUNGERFORD HOLDRICH, "The Countries of the King's Award", Londres, 1904.

35 Publicada por el diario *La Nación*, de Buenos Aires, el 26 de octubre de 1902. Otras obras de Holdich relacionadas con el tema son: "The Patagonian Andes", *Royal Geographical Society Journal*, febrero de 1904, p. 3 y "Geographical Problems in boundary making", *Geographical Journal*, t. XLVII, p. 426.

36 HOLDRICH, ob. cit., Chapter I, "Historical and Retrospective", p. 1.

inequívocamente en todo tiempo y lugar.<sup>37</sup> Finaliza el capítulo diciendo que toda esta incertidumbre geográfica concedió un amplio campo a la retórica imaginativa.<sup>38</sup>

A la zona de los glaciares que se encuentran en el límite entre ambos países, el coronel Holdich la trata muy poco. Lo único que dice es que al Oeste de los lagos Argentino y Viedma, ningún explorador puede decir cuál es la real conformación de la gigantesca masa de montañas confinadas por hielos. Una grandiosa formación de glaciares que alcanzan las costas occidentales de dichos lagos es algo muy difícil de imaginar, agregando que si bien es fácil acercarse, es imposible pasarlos.

Menciona además la probabilidad de la existencia de un paso que conecte los valles superiores del lago Viedma con las salidas al Pacífico, situado al Norte del monte Fitz Roy y al Sudoeste del lago San Martín. Si ello es así, la línea del límite entre los dos Estados cruza el glaciar en este punto.<sup>39</sup> Su obra tiene un mapa adjunto. En el mismo se grafica la línea entre ambos montes con una línea recta que parte del cerro Fitz Roy hacia el Sur y luego se tuerce hacia el Sudeste para alcanzar el monte Stokes.

En la conferencia mencionada también se encuentra una referencia directa a los glaciares. Bajo el título "Los ventisqueros sudamericanos", Holdich habla del inmenso campo para la investigación que éstos ofrecen, comparándolos con los del Himalaya, pero haciendo notar que el acceso a los patagónicos es mucho más fácil. No se expide sobre el límite acordado por los peritos, quizás por haberla pronunciado casi un mes antes que el Rey Eduardo VII comunicara su decisión a ambos países.

#### d) La demarcación de 1903

Mientras se desarrolla el arbitraje, Argentina y Chile se ponen de acuerdo para solicitar al árbitro que nombre una comisión para que fije en el terreno los deslindes que ordene su sentencia.<sup>40</sup>

La Comisión Demarcadora nombrada por el árbitro estaba presidida por el coronel Holdich, e integrada por los capitanes Dickson, Thompson, Robertson y Crosthwait, y por el teniente Holdich.

Como es lógico suponer, esta Comisión no se encargó de demarcar la zona del límite que corre entre los montes Fitz Roy y Stokes. Pero en sus informes, los demarcadores han mencionado ciertos elementos que pueden ser tomados en cuenta.

37 HOLDICH, ob. cit., p. 2.

38 HOLDICH, ob. cit., p. 17.

39 HOLDICH ob. cit., Chapter X, "Pacific Coasts and Routes Therefrom", p. 173.

40 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit. Acta del 28-5-1902, pp. 506-507.

El responsable de la demarcación en el lago San Martín y en el Seno de la Última Esperanza fue el capitán Crosthwait. Una vez finalizada su tarea, elevó un informe sobre la misma, <sup>41</sup> donde expresa que el cerro Fitz Roy parece estar mucho más al oriente de la línea general de la cordillera, exactamente como lo suponía el ingeniero Bertrand, que era el delegado chileno en esta subcomisión. También dice que hacia el centro de la extremidad occidental del lago, un ventisquero muy ancho baja hasta el nivel de las aguas, el cual —según la tradición— alcanzaría el Pacífico. Dice que si así fuera, la divisoria continental de las aguas se encontraría a lo largo de la cresta de este ventisquero. <sup>42</sup>

Finalmente, el coronel Holdich elevó un informe general al Subsecretario de Estado británico, en junio de 1903, en el cual llama la atención sobre las observaciones del capitán Crosthwait respecto de la disposición del monte Fitz Roy, y la probabilidad de que éste no se encuentre en la línea principal de la división de aguas, pero cree que esta cuestión necesita mayores pruebas y no invalida en manera alguna el fallo. <sup>43</sup>

### III. EL PARQUE NACIONAL LOS GLACIARES

#### 1. Creación y delimitación

El 29 de septiembre de 1934 fue creada por ley 12.103, la Dirección de Parques Nacionales, bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Agricultura, según lo establecido en su artículo primero. En el año 1937, la citada Dirección propone la creación de nuevos parques nacionales y efectúa una publicación que contiene los proyectos de reservas para la creación de los mismos en los entonces territorios nacionales del Neuquén, Chubut y Santa Cruz. <sup>44</sup>

En esta obra se publica el Informe de la Cuarta Comisión Exploradora, a cargo del presbítero Alberto M. de Agostini, S. S., correspondiente al Parque Nacional Los Glaciares. <sup>45</sup>

Dicho Informe se refiere a los glaciares como "inmensos ríos de hielo". También dice que al Occidente de los lagos Viedma y Argentino se yergue

---

41 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., "Informe acerca de la demarcación del límite entre Chile y la República Argentina, en el Lago San Martín y en la región del Seno de la Última Esperanza, por el Capitán H. L. Crosthwait, de los Ingenieros Reales. Informe especial sobre el Hito erigido en el Lago San Martín", pp. 306-314, del 20 de marzo de 1903.

42 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., p. 311.

43 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., "Informe de la Comisión de Límites Chileno-Argentina del Coronel Thomas H. Holdich, K.C.M.G., K.C.I.E., C.B., Comisionado de S.M.B. para la demarcación del límite argentino chileno, al Subsecretario de Estado". Londres, 30 de junio de 1903, pp. 278-281.

44 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, *Nuevos Parques Nacionales*, Buenos Aires, 1937.

45 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., pp. 121-142.

una elevada cadena de montañas, todavía en gran parte desconocidas. Reitera más adelante que desde el lejano horizonte asoman entre la bruma misteriosa de la alta cordillera "inmensos y majestuosos ríos de hielo", que derriten sus frentes en las aguas azules del lago.<sup>46</sup>

Cuando describe la zona del lago Argentino dice que la belleza del glaciar Upsala es realizada por la cordillera nevada que constituye el *divortium aquarum* entre Chile y Argentina, con imponentes picos, entre los cuales sobresale en altura el gran macizo del Murallón.<sup>47</sup> Más adelante, refiriéndose al curso del ventisquero Viedma, dice que lleva la dirección Norte a Sur en la parte superior, paralelamente al cordón central de límites del *divortium aquarum* entre Chile y Argentina, en cuyo curso recibe caudalosas corrientes de hielo.<sup>48</sup> Además, incorpora al informe técnico un mapa que muestra los límites del parque proyectado.

La obra que se menciona incorpora el proyecto de ley elevado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, el 21 de septiembre de 1936, por intermedio del cual se propone la creación de nuevos parques nacionales.<sup>49</sup> En su artículo 1º propone la creación del Parque Nacional Los Glaciares en el territorio nacional de Santa Cruz<sup>50</sup> y en su artículo 2º, apartado d), propone fijar como límite el siguiente:<sup>51</sup>

Al norte la línea límite del parque arranca del esquinero noroeste del lote 181, próximo al Norte del cerro Fitz Roy ... hasta dar con el límite internacional, cerca del hito 63. Desde este punto sigue el límite internacional hasta dar con la prolongación del límite Este del lote 180. Desde este punto sigue hacia el Oeste hasta volver a encontrar el límite internacional con Chile. Y por fin desde este punto hasta dar con el punto de arranque el límite lo constituye el límite internacional con la República de Chile. La superficie aproximada es de 60.000 hectáreas.

En mayo de 1937 el proyecto mencionado es receptado por el decreto 105.433/37.<sup>52</sup> Este introduce una modificación: en lugar de reproducir el texto del proyecto lo modifica diciendo que

al norte la línea límite del parque arranca del esquinero Noroeste del lote 181, próximo al Norte del lote 181.<sup>53</sup>

Esta diferencia es modificada por el decreto 125.596/38<sup>54</sup> el cual establece en su artículo 1º, inciso d), que el límite Norte de la Reserva Nacional Los Glaciares arrancará del esquinero Noroeste del lote 181.

46 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., p. 122.

47 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., p. 134.

48 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., p. 138.

49 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., pp. 147-151.

50 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., p. 148.

51 DIRECCIÓN DE PARQUES NACIONALES, ob. cit., pp. 150-151.

52 Dictado el 11 de mayo de 1937.

53 Decreto 105.433/37, art. 2º, inciso d)

54 Dictado el 16 de febrero de 1938.

próximo al cerro Fitz Roy. Posteriormente, en el año 1942 se modificará el límite de la Reserva, en una zona que no interesa al presente trabajo.<sup>55</sup> Unos años más tarde, el decreto 9504/45<sup>56</sup> declarará Parque Nacional a la Reserva Los Glaciares, con los límites establecidos en los decretos mencionados<sup>57</sup> y, finalmente, la ley 13.895,<sup>58</sup> ratificará dicho decreto.

En 1955 se promulga la ley 14.408<sup>59</sup> por la que se provincializan los territorios nacionales, entre los que se encuentra Santa Cruz. En su artículo 1º, inciso c), establece que esta provincia limitará "...al Oeste; por la línea divisoria con la República de Chile..." La norma citada, en su artículo 10º, establece que los parques nacionales quedarán en el dominio de la Nación.

Tres años más tarde, se dicta el decreto-ley 654/58. En su artículo 1º que modifica el artículo 11 de la ley 12.103, se declara reserva a los efectos de la exploración y explotación minera a las zonas comprendidas dentro de los parques nacionales, monumentos naturales, zonas de protección o selvas vírgenes. En las reservas nacionales podrá realizarse la exploración y explotación minera por organismos del Estado, previa intervención de la Dirección General de Parques Nacionales. En su artículo 5º, inciso g), establece que continuará perteneciendo al dominio del Estado Nacional el Parque Nacional Los Glaciares con los límites señalados por los decretos 105.433/37, 125.596/38 y 129.433/42 ya mencionados.<sup>60</sup>

En 1970 se dicta una nueva norma sobre Parques Nacionales<sup>61</sup> que reitera en su artículo 12, 2) que "Los Glaciares" integra el sistema de parques nacionales y sólo hace referencia a los decretos 105.433/37 y 125.596/38. Un año después, otra norma establecerá los límites de los parques y reservas nacionales. Será la ley 19.292.<sup>62</sup> En ella se establece que se declara parque nacional a las superficies comprendidas dentro de los límites que más adelante se expresan. En este primer artículo en su punto 6, se incluye al Parque Nacional Los Glaciares.

En el artículo 3º se fijan los límites de los parques. En su punto 6, trata el tema de Los Glaciares. Se reitera que

---

55 Decreto 129.433, del 2 de septiembre de 1942.

56 Dictado el 28 de abril de 1945.

57 Ver artículo 7º.

58 Publicada en el *Boletín Oficial*, el 31 de diciembre de 1949.

59 Publicada en el *Boletín Oficial*, el 30 de junio de 1955.

60 Promulgado el 21 de enero de 1958. Publicado en el *Boletín Oficial* el 7 de febrero de 1958.

61 *Decreto-ley 18594/70 de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales. Su decreto reglamentario 637/70 y demás normas legales complementarias. Texto decreto-ley 20.161/73*, Ministerio de Economía. Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Ambiente Humano, Servicio Nacional de Parques Nacionales. Buenos Aires. 1973.

62 Sancionada y promulgada el 10-11-1971.

por el norte desde el límite internacional con la República de Chile, la línea límite del parque arranca del esquinero noroeste del lote 181, próximo al cerro Fitz Roy... en la desembocadura del río Frio. Desde aquí una línea con rumbo sur hasta el límite internacional con la República de Chile en la prolongación del límite este del lote 180. Desde este punto sigue hacia el oeste hasta volver a encontrarse el límite internacional con la República de Chile, por el oeste el límite lo constituye el límite internacional con la República de Chile.

En su artículo 4º se fijan los límites de las reservas naturales. De las tres reservas que se crean en el Parque Nacional Los Glaciares, sólo la Reserva Nacional - Zona Roca, se encuentra sobre el límite. El tramo correspondiente es descrito en el punto 2 del mencionado artículo:

...desembocadura del río Frio. Desde aquí una línea con rumbo sur por el límite este del lote 180 y su prolongación hasta el límite internacional con la República de Chile, desde aquí por el límite internacional con la República de Chile hasta encontrar el esquinero del lote número 175... hasta llegar al sur de la chacra VIII. Desde aquí continúa por la costa del lago Rico, hasta encontrar el punto de arranque de la presente descripción.

Finalmente, en el año 1980 se dictó la ley de parques y reservas nacionales y monumentos naturales,<sup>63</sup> la que establece en su artículo 32 que el Parque Nacional Los Glaciares integra el sistema que estructura la mencionada norma, reiterando la vigencia de los decretos 105.433/37, 125.596/38, decreto-ley 9504/45 y ley 19.292, como así también las tres Reservas Nacionales Los Glaciares creadas por ley 19.292.

## 2. *Ingreso del Parque Nacional Los Glaciares a la Lista del Patrimonio Mundial (UNESCO)*

La República Argentina es parte de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, celebrada en el año 1972, dentro del marco de la UNESCO. Su objeto es el de colaborar con los Estados para proteger bienes culturales y naturales mediante un sistema de cooperación internacional.

La Convención establece un mecanismo mediante el cual los Estados proponen la protección de esos bienes situados en sus respectivos territorios, pero respetando siempre la soberanía del Estado sobre cuyo territorio está situado el bien, además de establecer el deber general de la comunidad internacional de cooperar para su protección como parte de la herencia universal.

En el año 1981, del 26 al 30 de octubre, tuvo lugar en Sydney, Australia, la V Sesión del Comité Intergubernamental encargado de la apli-

---

<sup>63</sup> Sanción y promulgación el 5 de diciembre de 1980. Publicada en el *Boletín Oficial*, el 12 de diciembre de 1980.

cación de la Convención. Durante la misma se consideró el pedido de inscripción del Parque Nacional Los Glaciares en la Lista del Patrimonio Mundial, solicitada por la República Argentina el 28 de enero del mismo año, a raíz de una propuesta efectuada por la entonces Dirección Nacional de Parques Nacionales. El Comité del Patrimonio Mundial solicitó la opinión técnica de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos, la que recomendó, en marzo de 1981, la inscripción solicitada, por ser un ejemplo importante del desarrollo geológico glaciario, estar habitado por especies raras como el ciervo de los Andes meridionales y el cóndor, y constituir una región de belleza natural excepcional.

En la reunión de Sydney, el representante chileno ante el Comité manifestó verbalmente ciertas reservas, e hizo alusión a una disposición contenida en el artículo II, inciso 3º de la Convención de 1972, que prevé que:

la inscripción de un bien situado en un territorio que sea objeto de reivindicación de soberanía de jurisdicción por parte de varios Estados no prejuzgará nada sobre los derechos de las partes en litigio.

Luego presentó una nota al Presidente del Comité en la que vuelve a mencionar el artículo II.

El delegado argentino contestó rechazando esa declaración a la que calificó de improcedente, ya que toda la extensión del Parque Nacional Los Glaciares se encuentra ubicada incuestionablemente en territorio argentino. También agrega que es la primera vez que Chile pretende cuestionar los límites en esa región, ya que el parque nacional fue creado en 1937 existiendo una ocupación argentina efectiva, pacífica y no contestada hasta hoy de toda esa zona, que le pertenece por el Tratado de Límites firmado entre la Argentina y Chile, en 1881.

Finalmente, el Comité del Patrimonio Mundial decidió inscribir en la Lista al Parque Nacional Los Glaciares, de acuerdo con lo propuesto por la República Argentina y con lo recomendado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos.<sup>64</sup>

El 31 de octubre de 1981, el diario *El Mercurio*, de Santiago de Chile, publica lo ocurrido en Sydney.<sup>65</sup> Agrega, además, una nota del Presidente de la Comisión Chilena de Límites del día anterior referida a

<sup>64</sup> Se ha utilizado para la redacción del presente tema el Comunicado de Prensa dado a conocer por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina el día 30 de octubre de 1981, que fue publicado en su totalidad por el diario *La Prensa*, de Buenos Aires, el 31 de octubre de 1981.

<sup>65</sup> El artículo se titula "Parque Los Glaciares, Chile precisa que no está aún demarcado".

la reserva efectuada por los observadores chilenos. En la misma manifestación que

gran parte del área que cubre el denominado por Argentina "Parque Nacional Los Glaciares" ha sido dejada para la última etapa de trabajos por la propia Comisión Mixta, atendidas las características técnicas de la zona (...) extraña que el país vecino haya precisado el área denominada "Parque Nacional Los Glaciares" sin que aún intervenga la Comisión Mixta de Límites Chile-Argentina.

El día siguiente, la Embajada de la República de Chile en Buenos Aires emite un comunicado de prensa en el que expresa que

no ha existido la intención de plantear un asunto de soberanía, sino dejar constancia de un hecho cierto a fin de evitar posibles desinteligencias en el ámbito del mencionado organismo internacional (...) Chile estudiará la posibilidad de inscribir los glaciares de su jurisdicción en la Lista de la UNESCO.<sup>66</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

En el año 1881 ambos países determinaron su frontera común. Para ello establecieron un criterio que fue reiterado en 1893, en el Protocolo Adicional y Aclaratorio del Tratado de Límites. Estos acuerdos constituyen la operación jurídica y política mediante la cual se determinó el emplazamiento de la línea divisoria, denominada delimitación. Una vez concluida esta etapa, debía procederse a su materialización en el terreno. Esta operación posterior se denomina demarcación.

En la zona que se estudia, esta segunda operación fue llevada a cabo en varias etapas.

En una primera etapa se designaron comisiones demarcadoras conjuntas, las cuales, al no poder llegar a un acuerdo, dieron lugar a la reunión de los peritos en 1898. Esta segunda etapa estaba prevista en el artículo 1º del Tratado de 1881.

La demarcación permite, a su vez, diferenciar dos etapas. La primera de ellas corresponde a la operación intelectual de acordar los puntos de la Cordillera por los cuales debe correr la traza límite. La segunda consiste en erigir hitos en aquellos lugares en los que por la conformación del terreno es necesario indicar mediante un signo auxiliar el punto por el cual transcurre la línea del límite. No debe olvidarse que como resultado del desacuerdo de los peritos, fue necesario recurrir a dos arbitrajes para delimitar y demarcar tres sectores de la frontera con

---

<sup>66</sup> Publicada por el diario *La Prensa*, de Buenos Aires, el 1º de noviembre de 1981. El artículo se titula "Aclaración chilena sobre el Parque Los Glaciares", el cual transcribe además la nota del Presidente de la Comisión Chilena de Límites, mencionada en la nota anterior.

Chile: la Puna de Atacama por el Laudo Buchanan, y el Paso San Francisco y la Patagonia por el Laudo británico de 1902.

Estas operaciones una vez concluidas, dieron lugar a la reunión de los Directores de las Oficinas de Límites de ambos países, quienes firmaron varias actas aprobando el alindamiento (demarcación) de la frontera, desde el cerro Zapaleri, punto trifinio entre Argentina, Chile y Bolivia, hasta el Paso Pérez Rosales, situado en la Provincia de Río Negro.<sup>67</sup>

Desde aquí hasta el paralelo de 52º latitud Sur, la delimitación y demarcación habían sido dadas por la Corona Británica en 1902 y por la Comisión Demarcadora de la misma nacionalidad en 1903, como así también en la zona del lago Lácar y del Paso San Francisco.

De lo expresado surge que en la zona que va desde el monte Fitz Roy hasta el monte Stokes no fue aprobado alindamiento alguno. No obstante, del acta del 1º de octubre de 1898 (ver nota nº 7), de las presentaciones ante la Corona Británica con motivo del arbitraje y de la mención expresa que se hace en el laudo de 1902 surge que existió una voluntad coincidente en la zona con respecto a la delimitación. Sin embargo, en el momento de aprobar la demarcación del límite, este es el único tramo que no se consideró.

De todos modos, existen pautas que permitirán interpretar cuál fue la voluntad de las partes de la zona. En efecto, el Tratado de 1881, adicionado y aclarado en 1893 por un protocolo, establece el principio general a aplicar en este tramo del límite: la línea correrá por las cumbres más elevadas del encadenamiento principal de la Cordillera de los Andes. A su vez, dentro de las cumbres más elevadas deberán escogerse aquellas que dividan aguas, pasando la línea del límite por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro.

Una vez determinado el principio aplicable, corresponde analizar dónde lo han localizado las Partes.

De las constancias que se han mencionado a lo largo de este trabajo, surge que una sola vez ambas naciones han expresado oficialmente por dónde corre el límite entre el monte Fitz Roy y el monte Stokes. Esa traza ha sido expuesta en las respectivas presentaciones efectuadas ante la Corona Británica con motivo del arbitraje llevado a cabo a principios del presente siglo.

Chile individualiza dos tramos de la Cordillera de los Andes, uno a continuación del otro. Al tramo situado al Norte, lo denomina Cordillera del Chaltén. Este era el nombre indígena del monte Fitz Roy y

---

67 Oficina de Límites Internacionales, ob. cit., pp. 380-387.

de otros cerros de la zona. La denominación con la cual se conoce hoy al mencionado accidente orográfico le fue dada por Francisco Moreno en 1877.<sup>68</sup>

Este primer tramo divide la hoya hidrográfica del lago Viedma, que desagua en el Atlántico por el río Santa Cruz, de las vertientes chilenas que van a desaguar en los canales del Pacífico. Ahora bien, cuando Barros Arana describe la traza chilena, además de aclarar que en esa zona hay acuerdo, dice que la línea chilena continuará por las altas cumbres, y agrega que las mismas se encuentran situadas en el origen de los ríos de hielo, donde ellas emergen.

Por su parte, Moreno reitera que entre el monte Fitz Roy y el monte Stokes, las líneas de los peritos coinciden, y que habida cuenta del acuerdo expresado en el acta de 1898, esta zona no ha sido sometida a arbitraje. Además, partiendo del monte Fitz Roy, individualiza una serie de cerros. A algunos los designa por sus cotas y a otros por su denominación, agregándole sus cotas respectivas. No hace diferenciación entre la Cordillera del Fitz Roy y la Cordillera de Stokes.

Barros Arana no precisa cerros ni cotas para la Cordillera de Stokes, pero se preocupa por tornar indubitable el accidente geográfico conocido por monte Stokes.

Hasta aquí la mencionada coincidencia de los peritos, que sería tal si Barros Arana no hubiera expresado sus dudas acerca de la localización de las cumbres efectuada por Moreno, citando el caso del cerro Agassiz, ni hubiese hecho alusión a la eventual modificación de la traza argentina a medida que se fuera conociendo mejor el terreno. Tampoco hubiera destacado la contradicción de Moreno acerca de la localización de la divisoria continental.

Esto nos permite concluir que el acuerdo de los peritos no fue tal en el recorrido de este sector de la Cordillera y, por lo tanto, de la traza del límite. Están de acuerdo en que el monte Fitz Roy es un punto del límite. También lo están con respecto al monte Stokes, aunque reciente cartografía chilena publica como punto del límite al cerro Daudet, situando al monte Stokes en su totalidad dentro del territorio de Chile. Un ejemplo de ello es el mapa incluido en el Documento Técnico de Trabajo N° 19 (Proyecto FAO/RLAT/TF 199) sobre el Plan de manejo del Parque Nacional Torres del Paine, editado en Santiago, en 1975, por la Corporación Nacional Forestal y la Oficina Regional para América latina de la FAO.

---

<sup>68</sup> Ver la obra de FRANCISCO P. MORENO, *Viaje a la Patagonia Austral, 1876-1877*. Buenos Aires, edición de 1982, pp. 371-372.

A su vez, la coincidencia sería tal si los cerros individualizados por Moreno coincidieran con las cumbres que emergen de los campos de hielo mencionadas por Barros Arana. De lo contrario, los peritos demarcadores de hoy no podrían localizar tal coincidencia como parece demostrarlo el ejemplo mencionado, si fuera tal la postura oficial chilena. Además, la mención de Barros Arana acerca de la localización del cerro Agassiz echa sombras sobre el mentado acuerdo.

El Laudo de 1902 recoge la coincidencia de los peritos en forma expresa, pero el coronel Holdich se permite ciertos comentarios contrarios, tanto en su obra como en su informe. No puede interpretarse de otra manera su opinión acerca de la inexistencia de un explorador que pueda decir cuál es la real conformación de la masa de montañas confinadas por hielos. Por otra parte, el mapa incorporado a su obra, al utilizar dos líneas rectas para graficar la traza del límite no aporta claridad a la cuestión. Tampoco lo hace la conferencia pronunciada meses antes del Laudo, donde pone de manifiesto el amplio campo que para la investigación ofrecen los ventisqueros sudamericanos.

Desgraciadamente tampoco pueden extraerse conclusiones favorables del Informe de la IV Comisión Exploradora en donde se expresa que al Oeste de los lagos Argentino y Viedma se yergue una elevada cadena de montañas "en gran parte desconocidas". No obstante, hace alusión a la cordillera nevada que constituye el límite, y menciona como punto por el cual transcurre el mismo al cerro Murallón, el cual no es individualizado por su nombre ante el Arbitro por ninguno de los peritos.

Otro tanto puede decirse de la legislación referida a la determinación de los límites de la Provincia de Santa Cruz y del Parque Nacional Los Glaciares, donde se utiliza el término "límite internacional con la República de Chile", sin especificar el recorrido del mismo.

Finalmente, el intercambio de opiniones ocurrido en Sydney, en 1981, permite reiterar la duda acerca de la existencia de un acuerdo.

Esta cuestión demuestra que la zona no ha sido demarcada y que no existe una opinión coincidente acerca del recorrido de la línea límite.

Por otra parte, cabe agregar que si bien existiría al menos un criterio para determinar cuáles son las altas cumbres divisorias de aguas, no puede decirse lo mismo acerca de esas aguas.

No cabe duda de que los glaciares están formados por agua en estado sólido. Por lo tanto, resulta evidente que las altas cumbres dividirán aguas. No existirán problemas graves siempre y cuando emerjan de los hielos cerros que puedan ser considerados divisorios de aguas. Pero sí

puede afirmarse que tales dudas podrán presentarse si un glaciar alcanzara la vertiente atlántica por el Este y la vertiente del Pacífico por el Oeste.

La única mención que se ha encontrado sobre este tema corresponde a uno de los demarcadores británicos, el capitán Crosthwait, quien en su informe al coronel Holdich manifestó que si tal presupuesto se produjera, la divisoria de aguas se encontraría a lo largo de la cresta del ventisquero. El demarcador se refería al glaciar Viedma.

Esta conclusión sería la más acertada, de no existir un problema insoluble: la cresta del glaciar puede sufrir modificaciones, ya que es inestable. No obstante lo expresado, puede afirmarse como principio general, que a la cresta del glaciar corresponde una cresta rocosa subglacial. Ya se ha expresado que el hielo del glaciar es un cuerpo cuyo estado físico le permite adaptarse a las formas que le impone el terreno.

Como no siempre se cumple el principio general, que permitiría determinar la cresta mediante una simple operación de comparación de altimetría, puede pensarse en la necesidad de determinar la conformación de la topografía subglacial. Pero esta tarea es innecesaria, habida cuenta del estado de evolución de la tecnología aplicable como así también de la naturaleza del problema, puesto que la cuestión a resolver es el recorrido de la traza límite por sobre la masa de roca y hielo y no por debajo de ella.

Entonces, cabe preguntarse en qué consistió el acuerdo de los peritos. La respuesta se encuentra en sus afirmaciones acerca del carácter impenetrable de la cordillera en el tramo que va desde el monte Fitz Roy hasta el monte Stokes, donde se puede definir claramente que hacia el Este de esa masa de roca y hielo hay un país y hacia el Oeste otro. Con ello se cumple con la cualidad esencial de todo límite internacional: fácil de diferenciar y difícil de pasar, criterio por demás satisfactorio para solucionar en aquella época el problema, en una zona de características tan particulares y poco conocidas, aún en nuestros días.

GUSTAVO CRISTIÁN BOBRİK  
*Universidad de Belgrano*

#### BIBLIOGRAFÍA

*Argentine - Chilean Boundary*. Report presented to the Tribunal appointed by Her Britannic Majesty's Government "to consider and report upon the differences which have arisen with regard to the frontier between the Argentine and Chilean Republic" to justify the Argentine claims for the boundary in the summit of the Cordillera de los Andes, according to the Treaties of 1881 & 1893, London, Printed for the Government of the Argentine Republic by William Clowes and Sons, Limited, 1900.

- BERTONE, MARIO, *Aspectos Glaciológicos de la zona del Hielo Continental Patagónico*. Contribución del Instituto Nacional del Hielo Continental Patagónico, nº 1, República Argentina, Ministerio de Cultura y Educación - Subsecretaría de Cultura, Buenos Aires, 1972.
- CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL - FAO: Oficina Regional para América Latina. *Plan de Manejo Parque Nacional Torres del Paine*. Documento técnico de trabajo nº 19 (Proyecto FAO-RLAT/TF - 199). Santiago de Chile, 1975.
- Decretos 105.433/37, 125.596/38, 129.433/42, 9.504/45 y 637/70.
- Decretos-Ley 654/58, 18.594/70 y 20.161/73.
- Dirección de Parques Nacionales, *Nuevos Parques Nacionales*, Buenos Aires, 1937.
- HOLDICH, THOMAS HUNGERFORD, *The Countries of the King's Award*, London, Hurst and Blackett, Limited, 1904.
- "La ciencia geográfica. Sus últimos progresos y sus necesidades actuales", diario *La Nación*, de Buenos Aires, 26 de octubre de 1902.
- Leyes 12.103, 14.408 y 19.292.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Comunicado de prensa del 30 de octubre de 1981, publicado por el diario *La Prensa*, de Buenos Aires, el 31 de octubre de 1981.
- MORENO, FRANCISCO PASCASIO, *Viaje a la Patagonia Austral, 1876-1877*, 2ª ed., Buenos Aires, Solar, 1982.
- Oficina de Límites Internacionales. *La frontera argentino chilena. Demarcación General 1894/1906*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1908.
- STATEMENT presented on behalf of Chile in reply to the Argentine Report submitted to the tribunal constituted by H. B. Majesty's Government acting as arbitrator in pursuance of the agreement dated April 17, 1896. Butler & Tanner, The Selwood Printing Works Frome and London, London, 1902.

# LA CONTROVERSIAS ARGENTINO-BRASILEÑA SOBRE EL APROVECHAMIENTO HIDROELÉCTRICO DEL RÍO PARANÁ Y EL ACUERDO TRIPARTITO DE 1979

SUMARIO: I. DESCRIPCIÓN GEOGRÁFICA: 1. *Limites*. 2. *Régimen hidrológico del río Paraná*. 3. *La llamada singularidad geográfica. La soberanía vertical*. 4. *Los aprovechamientos hidroeléctricos binacionales*. — II. LA CONTROVERSIAS: 1. *Ríos internacionales. Problemática particular*. 2. *Corpus-Itaipú*: a) *Antecedentes históricos*. b) *Evolución del problema*. c) *La posición argentina y el derecho internacional*. d) *Aspectos técnicos y jurídicos*. — III. EL ACUERDO TRIPARTITO DEL 19/10/79. — BIBLIOGRAFÍA.

## I. DESCRIPCIÓN GEOGRÁFICA

El río Paraná nace en Brasil, enmarcado por la Sierra de Amambay al oeste y la sierra de Panarapiacaba al este, de la confluencia de los ríos Paranaíba y Grande y recorre desde este punto unos 2800 km hasta desembocar, junto con el Uruguay, en el río de la Plata.

Este recorrido se distribuye de la siguiente forma: 870 km desde su nacimiento hasta su confluencia con el río Iguazú, 360 km desde allí hasta la ciudad de Posadas (República Argentina) y 1580 km hasta su desembocadura en el río de la Plata.

El área total de la cuenca de drenaje del río Paraná es de aproximadamente 2.000.000 km<sup>2</sup>, de los cuales 933.000 km<sup>2</sup> corresponden a la cuenca ubicada aguas arriba de la ciudad de Posadas (km 1580). La cuenca aguas arriba del río Iguazú abarca un área de 820.000 km<sup>2</sup>, pero aporta el 75 % del derrame medio del tramo.

El afluente principal del río Paraná entre los Saltos del Guayrá (o Sete Quedas) y la ciudad de Posadas es el río Iguazú.

El río Paraná presenta distintas características a través de su recorrido. Así puede ser descripto como un río de llanura hasta llegar a los Saltos del Guayrá, a partir de allí hasta pocos kilómetros antes de Posadas corre por un abrupto cañón, asumiendo posteriormente la forma de un río de llanura.

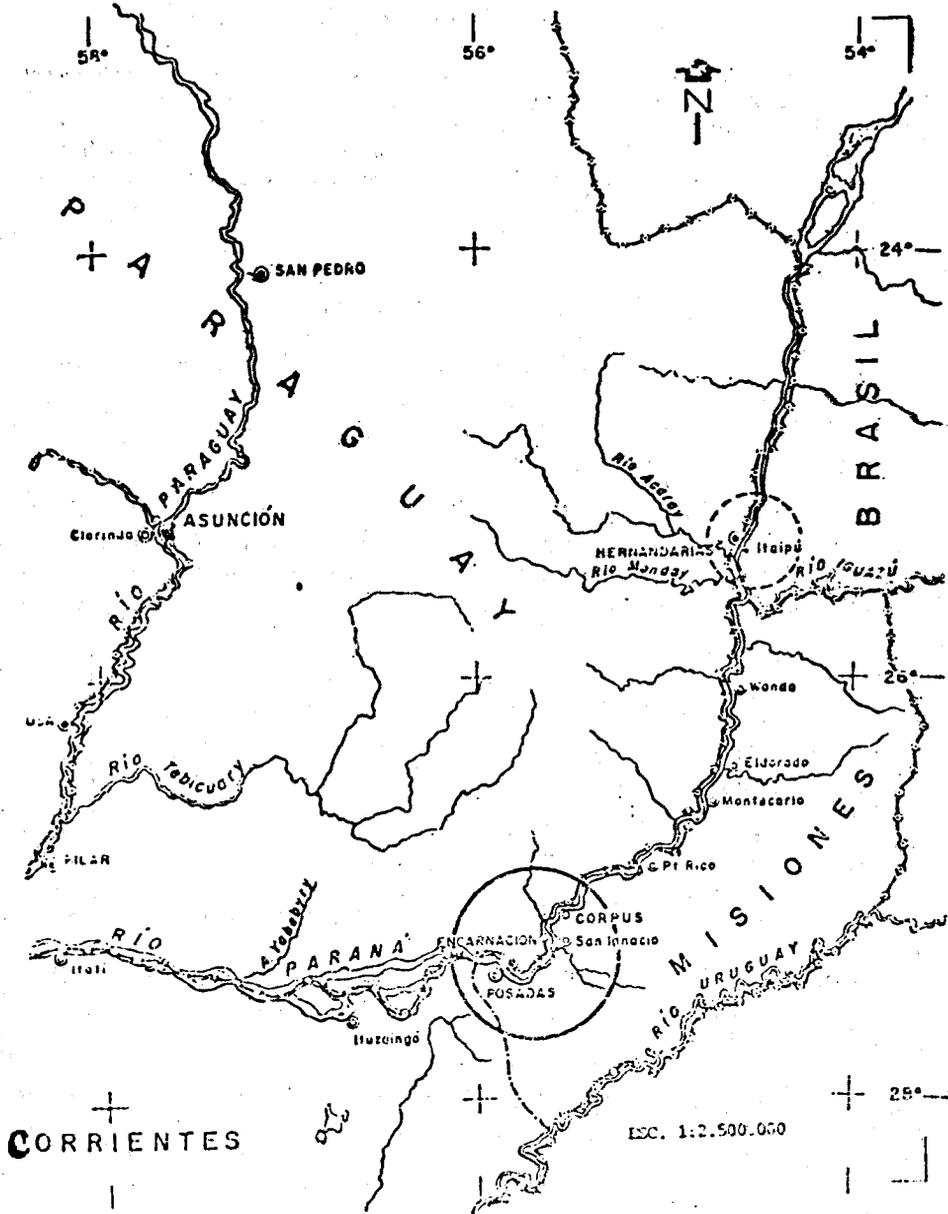
La cota de sus aguas —o sea la altura de las mismas con relación a las del nivel del mar— sufre bruscos cambios en su tramo encañonado. Así, la cota en los Saltos del Guayrá es de 218,50 m. pasando en la confluencia con el río Iguazú a 98 m. y alcanzando en la ciudad de Posadas un registro de 74,5 m.

### 1. *Limites*

Durante su extenso recorrido, el río Paraná sirve de límite a tres países: Argentina, Paraguay y Brasil.

Desde los Saltos de Guayrá o Sete Quedas y hasta donde comienzan

Mapa de la Región



las posesiones brasileñas en la boca del Iguazú, el cauce o canal del río Paraná es límite entre Paraguay y Brasil, conforme lo dispuesto por el Artículo I del Tratado de Límites de 1872.<sup>1</sup>

También sirve de límite el río Paraná entre la Argentina y el Paraguay de acuerdo con lo previsto por el Artículo I del Tratado de Límites de 1876. La línea divisoria corre en este caso

por la mitad de la corriente del canal principal del río Paraná, hasta encontrar por su margen izquierda los límites del Imperio del Brasil.<sup>2</sup>

A su vez, y por el Artículo 3º del Tratado de Límites de 1898, la Argentina y el Brasil acordaron que la línea divisoria entre ambos países pase por el thalweg del río Iguazú hasta el río Paraná, perteneciendo a la Argentina la margen meridional, y al Brasil la septentrional.<sup>3</sup>

## 2. Régimen hidrológico del río Paraná

El río Paraná presenta sus caudales mensuales máximos durante el verano y los mínimos en el período julio-octubre.

El caudal máximo diario observado a la altura de la ciudad de Posadas fue de 45.000 m<sup>3</sup>/s, y el mínimo estuvo en el orden de los 2.900 m<sup>3</sup>/s.

Con respecto a la distribución de caudales por tramos, cabe destacar lo siguiente: desde el Salto de Guayrá y hasta la confluencia del río Iguazú el caudal promedio del río Paraná es de 9.000 m<sup>3</sup>/s; recibido el aporte del Iguazú y de los otros pequeños afluentes dicho módulo se eleva a 11.900 m<sup>3</sup>/s, a la altura de la ciudad de Posadas.

## 3. La llamada singularidad geográfica

El río Iguazú, cuyo tramo inferior también corre por un abrupto cañón, produce crecidas muy empinadas que alcanzan rápidamente valores máximos considerables, asimismo las bajantes también son rápidas y las crecidas de poco volumen. Al pasar la crecida por las cataratas del Iguazú y volcarse en el estrecho cañón, se produce un rápido llenado del mismo, debido a que llega más agua de la que pueda salir hacia el Paraná. A su vez, el Iguazú, al desembocar en tales circunstancias en el Paraná, provoca un rápido aumento en la altura de las aguas en dicho punto trifinio dado que la estrechez del mismo origina una limitada capacidad de evacuación hacia aguas abajo.

En algunas circunstancias —debidas al bajo caudal que eventualmente arrastra el Paraná— la crecida del Iguazú provoca un escurrimiento

---

1 *Los Saltos del Guairá*. Cuerpo Documental. Compilación ordenada por el Banco Central del Paraguay, Asunción, 1967.

2 Instrumentos internacionales de carácter bilateral suscritos por la República Argentina (hasta 30 de junio de 1948), Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 1159.

3 Tratados y Convenciones vigentes en la Nación Argentina, Buenos Aires, 1925, t. I, pp. 193 y 194.

de las aguas del río Iguazú en sentido inverso, es decir las aguas del Iguazú escurren por sobre las aguas del Paraná hacia los saltos del Guayrá (gráfico nº 1).

Estas circunstancias han llevado al ingeniero Fuschini Mejía a afirmar que existe una "singularidad geográfica"<sup>4</sup> constituida por los tres cañones que convergen en Puerto Iguazú, desde el Guayrá, Corpus e Iguazú, que constituyen una unidad desde el punto de vista hidráulico, donde en cada instante el perfil de las aguas en cada uno de los brazos está determinado por lo que acontece en los otros dos.<sup>5</sup>

### *La soberanía vertical*

Relacionado con el concepto de singularidad geográfica surge el tema de la "soberanía vertical", que ha sido desarrollado por el ingeniero Fuschini Mejía y el almirante Rojas.<sup>6</sup>

La teoría en cuestión sostiene que tratándose de límites que deban ser demarcados sobre el curso de un río, no sólo debe tomarse en consideración el lecho del mismo, y la correspondiente demarcación del límite en sentido horizontal con relación a las aguas, sino que también debe tomarse en cuenta qué ocurre con las aguas en relación con la pendiente existente en el tramo.

En tal sentido, resulta oportuno reproducir brevemente la explicación que con relación al tema brinda el Doctor G. Cano:

Quando el límite atraviesa el curso de un río —el Paraná en nuestro caso— es obvio que el lecho queda también físicamente dividido. ¿Pero qué ocurre con las aguas? Si se construyera un muro en el límite puntos A.B. (ver gráfico nº 2) y las aguas no se fueran acumulando, es obvio que el punto de intersección del muro con la superficie del agua (punto B en el gráfico) proyectado horizontalmente hacia aguas arriba, formará una línea ideal cuya intersección con el lecho (fondo) del río (punto G en el gráfico) demarcará su volumen de agua ubicado en el país aguas arriba (puntos A B G del gráfico) que es la consecuencia necesaria e ineludible del trazado del límite vertical. Es decir: este último hace forzosa la inundación de una parte del territorio del país aguas arriba, la que tiene derecho a hacer el país de aguas abajo... El territorio brasileño así inundable en el caso considerado, sito en los Cañones Guayrá —Confluencia e Iguazú-Confluencia— sería únicamente lecho y cauce de los ríos Paraná e Iguazú, y no tierra cultivable o habitable situada

---

4 En sentido similar opina von der Heydte, para quien, "cualquier río, también el de frontera, constituye una unidad y una totalidad difícilmente divisible. El pensamiento de dividir esta unidad no siempre está cerca de la realidad". VON DER HEYDTE, "Der Parana Fall; Probleme der gemeinsamen Nutzung der Wasserkraft eines internationalen Stroms", en *Festschrift für Friedrich Berber zum 75 Geburtstag*, Verlag, C. H. Beck, p. 208.

5 M. FUSCHINI MEJÍA, *La Singularidad Geográfica Guayrense*, Oekos, p. 64.

6 ISAAC F. ROJAS, *Intereses Argentinos en la Cuenca del Plata*, Libera, p. 249.

fuera de las líneas de ribera. Es decir, se tratará de inundar territorios que ya están permanentemente inundados.<sup>7</sup>

#### 4. Los aprovechamientos hidroeléctricos binacionales

Cuatro son las presas hidroeléctricas de carácter binacional identificadas en el río Paraná, a saber: Itaipú, Corpus, Yacyretá e Itatí-Itacorá.<sup>8</sup>

De ellas, tres son argentino-paraguayas: Yacyretá, Corpus e Itatí-Itacorá, y una, Itaipú, es paraguayo-brasileña. El Paraguay, como puede observarse, participa en todas ellas, la Argentina en tres y Brasil en una.

Sin embargo el Brasil ha construido en el tramo que le pertenece del río Paraná o en sus afluentes más de cuarenta presas, hecho éste que lo constituye en el país que más aprovechamientos hidroeléctricos ha realizado sobre el río Paraná, y también en toda la Cuenca del río de la Plata.

Los aprovechamientos mencionados se encuentran en distinto grado de desarrollo; así Itaipú ha concluido la construcción de su obra civil y se encuentra actualmente instalando su sexta turbina sobre un total de 18. Yacyretá está construida en un 10 %, Corpus se encuentra con su Proyecto Ejecutivo y Pliegos de Licitación totalmente terminados e Itatí-Itacorá no alcanza el nivel de prefactibilidad.

Itaipú se encuentra ubicada aproximadamente a 17 km. del punto trifinio, que es aquel donde se unen las fronteras de la Argentina, Brasil y Paraguay, en coincidencia con la desembocadura del río Iguazú sobre el río Paraná.

Corpus se ubicará en las proximidades del kilómetro 1597 del río Paraná, y aproximadamente a 364 km de Itaipú.<sup>9</sup>

Yacyretá se está construyendo en el kilómetro 1470 a 127 km. de Corpus, y con relación a Itatí-Itacorá se prevé que estará ubicada en las proximidades del kilómetro 1280 del río Paraná.

De las cuatro obras hidroeléctricas, la mayor es Itaipú con una potencia instalada de 12.600 MW y una producción de energía del orden de los 76.000 Gwh año; luego le sigue Corpus con 4.600 MW y 20.100

---

7 GUILLERMO J. CANO, *Recursos Hídricos Internacionales de la Argentina*, Zavalía, pp. 56 y 57.

8 Con relación a la totalidad de las obras hidroeléctricas construidas, en construcción o proyectadas, sobre la cuenca del río Paraná, ver OEA, *Infraestructura y potencial energético en la Cuenca del Plata*, Washington, D.C., 1985, pp. 31-37.

9 El emplazamiento de la mencionada obra fue decidida mediante Acuerdo por Canje de Notas, suscripto por los Cancilleres de ambos países, con fecha 16/9/80.

Gwh año,<sup>10</sup> luego Yacyretá con 2.700 MW y 17.100 Gwh año, y por último se estima que Itatí-Itacorá tendrá 1.700 MW y 10.000 Gwh respectivamente.

Con relación a sus cotas de embalse y de restitución las medidas son las siguientes:

	<i>Cota de embalse</i> m/s nivel del mar	<i>Cota de restitución</i> m/s nivel del mar
Itaipú	220	109,5
Corpus	105	82
Yacyretá	82	61
Itatí-Itacorá	61	50

Como se puede apreciar, la cota de restitución de Itaipú está en relación con la cota de embalse de Corpus, a su vez, la cota de restitución de Corpus está ligada a la cota de embalse de Yacyretá, y lo mismo ocurre en la relación de esta última con Itatí-Itacorá.

Esta interacción recíproca entre cota de embalse de una presa y la cota de restitución de otra, es típica de los aprovechamientos hidroeléctricos en cascada.

En el caso del tramo compartido del río Paraná, la controversia se planteó con relación a las obras de Corpus e Itaipú y ello ocurrió por la política de negar información que tanto Brasil como Paraguay asumieron desde un principio. Tal falta de información se vio agravada por el hecho de que siendo Itaipú el primer escalón de la serie de embalses en cascada, cualquier determinación que se tome en relación con ella, influirá de manera decisiva en la posibilidad de efectuar una explotación rentable del resto del tramo compartido.

## II. LA CONTROVERSID

### 1. Ríos internacionales. Problemática particular

Digamos que se denominan ríos internacionales a aquellos que atraviesan el territorio de dos o más Estados o que constituyen el límite entre Estados.<sup>11</sup> Esta denominación se extiende también a los ríos internos

<sup>10</sup> La potencia instalada de Corpus representa el 40 % del total de potencia instalada argentina conforme a datos del año 1985, y su energía equivale aproximadamente al 60 % de la energía generada en 1984.

<sup>11</sup> JULIO BARBERIS, "El aprovechamiento industrial y agrícola de los ríos de la Cuenca del Plata y del Derecho Internacional", *Derecho de la Integración* n° 16, p. 47.

que, por tratado o convención, hayan sido vinculados al uso, generalmente para fines de navegación, de otros países.

Los primeros son ríos internacionales por su propia naturaleza, los segundos lo serán por convención.

Los ríos internacionales por su propia naturaleza pueden ser de dos especies: a) contiguos: aquellos que corren entre dos países, separándolos y constituyéndose en límite; y b) sucesivos: aquellos que atraviesan dos o más Estados.

Un río puede llegar a ser simultáneamente sucesivo y contiguo, así por ejemplo, el río Paraná entre los Saltos de Guayrá y la desembocadura del Iguazú es contiguo para Brasil y Paraguay y es sucesivo respecto de la Argentina. La solución en tal caso consistirá en aplicar el régimen jurídico que sea pertinente de acuerdo con la sección del río considerada.

Conviene también aclarar que la denominación de río internacional hace en realidad referencia al estatuto jurídico del río en cuanto a su utilización, el cual queda sometido entonces a principios del derecho de gentes y no a la propiedad del río en sentido de que éste pertenezca a los Estados que separa o atraviesa.

La cuestión a resolver entonces consistiría en delimitar los derechos de los corribereños sobre esas aguas, es decir, si pueden usarlas libre y arbitrariamente o si deben existir límites en beneficio de otros Estados.

## 2. *Corpus Itaipú*

### a) Antecedentes históricos

Una primera aproximación a la problemática de Corpus e Itaipú no puede pasar por alto un hecho que, repetido a través del tiempo, termina por transformarse en una constante de la misma. Y este hecho es el referido concretamente a las distintas aptitudes y actitudes con que Brasil y la Argentina han enfrentado el problema que se planteaba.

Si retrotraemos el estado de cosas a principios del año 1972<sup>12</sup> podemos observar que la brecha que separaba los aprovechamientos argentino-paraguayos de los brasileño-paraguayos, no tanto en el plano técnico como en el político, era relativamente pequeña, y para algunos recupe-

---

12 La referencia temporal es de alguna manera arbitraria, por cuanto ignora el proceso de formación del tratado de la Cuenca del Plata, iniciado en 1965. Sin embargo, tomamos en cuenta 1972, por cuanto el 9 de marzo de dicho año tiene lugar en Buenos Aires la Primera Reunión Ordinaria de los Delegados de la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya del Río Paraná, COMIP, ingeniero Mario C. Fuschini Mejía, de la Argentina y contraalmirante (SR) Guillermo V. Haywood, del Paraguay.

rable. De allí en más la diferencia se fue ampliando siempre en desmedro de la posición argentina.

Sin embargo, no podemos dejar de resaltar el distinto *uso* que la Argentina y Brasil hicieron de las "herramientas jurídicas" con que contaron. Con esta última expresión englobamos a las Actas, Convenios, Tratados, etc., que fueron suscriptos por ambos países con el Paraguay.

Pareciera como si la política exterior argentina en esta materia hubiera cabalgado sobre los logros de Itamaratí, y azuzada por la importancia de los mismos; más que acciones voluntarias las actitudes argentinas parecían estar condicionadas a los reflejos de Itaipú.<sup>13</sup>

Así vemos cómo al Tratado de Itaipú lo sigue al poco tiempo el Tratado de Yacyretá, y cómo al inicio de los trabajos de Itaipú le sigue la firma del contrato de Consultoría internacional para el Proyecto Corpus. Pero las reacciones argentinas, insistimos, o bien se agotan en sí mismas, o bien permanecen en estado de potencia, como si careciera de aptitudes para transformarlas en actos.

Ello se debe básicamente, a que el aspecto político del problema no detuvo el desarrollo técnico del proyecto brasileño-paraguayo, por el contrario lo aceleró. O sea que el Brasil supo discernir dónde estaba ubicado el eje político de la cuestión y dónde el eje técnico; la Argentina, no. Así, ni los problemas limítrofes de Sete Quedas, ni decisiones irritantes (más en su forma que en su fondo) como el de la no conversión del sistema eléctrico paraguayo a 60 ciclos, entorpecieron el avance del Itaipú.

Así también, a Gibson Barboza (ex-embajador brasileño en Paraguay), lo sucede como Canciller Azeredo da Silveira (ex-embajador del Brasil en la Argentina durante los cinco años anteriores). Mientras que la República Argentina, cuando más necesitaba un hábil negociador como embajador en Asunción, nombra a un historiador (José María Rosa) el cual, se ve casi obligado a debutar oficialmente al mismo tiempo que se firma el Tratado de Itaipú. Posteriormente se designa como Embajador al Coronel Osinde, el cual inicia una larga serie de embajadores militares.

También resulta relevante el hecho de que la Entidad Binacional Itaipú desde su constitución y hasta principios de 1985 siempre ha sido dirigida por las mismas personas, el ingeniero Debernardi por el Paraguay y

---

<sup>13</sup> Se ha dicho reiteradamente que la Cancillería argentina asumió una conducta extremadamente principista sobre el tema. En todo caso, esta posición principista de la Cancillería fue más bien un efecto antes que una causa, la cual debe buscarse en la ausencia de una verdadera Política Nacional.

el General Cavalcanti por el Brasil.<sup>14</sup> El mismo ejemplo es válido para el Paraguay, aun ampliándolo al marco de acción de los proyectos de Corpus y Yacyretá.

Fue así como organismos argentino-paraguayos de carácter eminentemente técnico, creados para la concreción del aprovechamiento de los recursos del tramo compartido del río Paraná, ven entorpecido su accionar a través de los años, sin lograr plasmar en los hechos resultados similares a los obtenidos por la Entidad Binacional Itaipú.<sup>15</sup>

## b) Evolución del problema

Los acuerdos bi y trinacionales celebrados con relación al Alto Paraná deben ser visualizados a través del estudio del desarrollo histórico de los distintos proyectos que se fueron sucediendo en el tiempo, analizando a la vez sus implicancias políticas y valorizando, desde el punto de vista jurídico, los resultados obtenidos.

Sobre estas premisas elementales se desarrollará entonces el tema en cuestión, buscando transmitir la que entendemos, ha sido la evolución de los hechos que han llevado a la concreción del tratado tripartito del 19 de octubre de 1979.

Dentro del ámbito geográfico de la Cuenca del Plata, fue la Argentina quien tomó la iniciativa en el estudio de los ríos internacionales con miras a utilizarlos para la producción de energía eléctrica.

En el año 1925 los ingenieros Humberto Gamberale y Francisco Mermoz realizan una serie de trabajos referidos a esquemas de aprovechamiento del río Paraná, siendo que la primera convención para instalar una presa en la zona de Yacyretá-Apipé data del año 1929.<sup>16</sup> Cabe aclarar que por entonces el proyecto atendía más a solucionar el problema de la navegación, por los rápidos que allí existen, que a crear una obra generadora de energía hidroeléctrica.

Hacia el año 1946 Argentina y Uruguay suscriben el "Convenio relativo al aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay en la zona de Salto Grande", que abre el camino en materia de aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos en la Cuenca del Plata.

---

<sup>14</sup> El general José Costa Cavalcanti fue reemplazado como Director Ejecutivo de Itaipú en marzo de 1985 por el General Ney Braga, habiendo permanecido en tal cargo desde la creación de dicha Entidad Binacional en abril de 1973, período durante el cual tuvo lugar la construcción de la totalidad de la obra civil de la empresa.

<sup>15</sup> La referencia alude a la Comisión Técnica de Yacyretá-Apipé creada en 1958, y a la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya del Río Paraná, creada en 1971.

<sup>16</sup> Nos referimos al "Protocolo argentino-paraguayo relativo a la utilización de los Saltos de Apipé", suscripto en Washington D.C. el 1-2-26, reproducido por EFRAÍN ENRÍQUEZ GAMÓN en *Itaipú Aguas que valen Oro*, Buenos Aires, p. 83.

En 1952 el ingeniero Carlos Santos Rossel realiza un relevamiento de las posibilidades de aprovechamiento del río Paraná, donde entre otras señala la de realizar un aprovechamiento a la altura del pueblo de Corpus Christi.

Brasil por su parte, inicia sus estudios con bastante posterioridad (año 1963) pero encarando los mismos con criterio de desarrollo global a través del denominado "Plan Canambra".

La filosofía que inspiraba el pensamiento brasileño de aquella época surge de la Declaración Conjunta del 23 de septiembre de 1960 que suscriben la Argentina, Brasil y Uruguay. Dicho documento se origina en la inquietud brasileña con relación al aprovechamiento de Salto Grande proyectado entre la Argentina y Uruguay, y en él se establece un régimen de información y consulta para coordinar la acción de los tres Estados interesados en la explotación del río Uruguay.<sup>17</sup>

Si bien a la luz de la mencionada Declaración podría pensarse en una futura relación no conflictiva entre la Argentina y Brasil con relación al aprovechamiento de sus ríos compartidos, la realidad subyacente era otra.

Brasil, a partir de mediados de la década del 60, verifica la no existencia en su territorio de hidrocarburos suficientes como para mantener un desarrollo autosostenido. Por otra parte la carencia de yacimientos importantes de uranio tampoco garantiza una provisión de combustibles satisfactoria para impulsar su aparato industrial. Posee, eso sí, dos de las cuencas hidrográficas más importantes del mundo (Amazonas y Paraná), y hacia ella se vuelca vigorosamente.

Argentina reacciona en forma lenta. Históricamente y debido a la mayor variedad de su producción agrícola-ganadera, le concede una menor importancia a su desarrollo industrial (por lo menos hasta los años 50) y, en consecuencia, sus demandas energéticas son menores.

Por otra parte la existencia de yacimientos petrolíferos y uraníferos hizo concebir a la solución de la energía térmica como más conveniente que la hidroeléctrica. La casi indefinida postergación a que se vio sometido el proyecto de Salto Grande,<sup>18</sup> la escasa trascendencia dada a la creación de la Comisión Técnica Mixta de Yacyretá-Apipé en el año 1958, y las presiones ejercidas sobre las autoridades nacionales para construir el Complejo Chocón-Cerros Colorados, son claros ejemplos de esta política.

---

17 Tres países, Argentina, Uruguay y Brasil son ribereños con relación al río Uruguay. Dicho curso nace en Brasil y a partir de su unión con el Pepirí Guazú sirve de límite entre Argentina y Brasil durante un tramo de 709 km. Desde su confluencia con el río Cuareim y a través de 409 km, separa a la Argentina del Uruguay, convergiendo luego con el río Paraná para formar el río de la Plata.

18 El "Convenio y Protocolo Adicional entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina para el aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay en la zona del Salto Grande", fue suscripto el 30/12/46.

Hacia el año 1962, la Cancillería argentina, ante la previsión de que Brasil iniciaría trabajos en los ríos internacionales de curso sucesivo, sobre los cuales nuestro país ejerce jurisdicción inició el estudio de cuáles deberían ser las normas jurídicas a aplicar a los ríos compartidos, con el fin de que cada uno de los Estados interesados viera adecuadamente preservados sus intereses.

El problema a resolver, habida cuenta de los intereses coincidentes para el uso de la pendiente del río Paraná, consistía entonces en encontrar una solución a dos criterios diferentes respecto del alcance de la soberanía nacional.

Mientras tanto Brasil y Paraguay suscriben en junio de 1966 por intermedio de sus Cancilleres Juracy Magalhaes y Raúl Sapena Pastor, el Acta de Foz de Iguazú, mediante la cual concuerdan proceder al

estudio y evaluación de las posibilidades económicas, en particular de los recursos hidroeléctricos pertenecientes en condominio a los dos países, del Salto del Guayrá o Salto Grande de Sete Quedas.<sup>19</sup>

Nace, pues, el embrión del Tratado de Itaipú.

### c) La posición argentina y el derecho internacional

Ante el fracaso de reiterados intentos de arribar a un entendimiento directo con Brasil se busca concretar la creación de un sistema que vincule a todos los países integrantes de la Cuenca del Plata. El entonces canciller argentino doctor Zavala Ortiz cursa el 2 de febrero de 1966 una invitación a los países integrantes de la Cuenca del Plata, donde plantea

la impostergable necesidad de iniciar el estudio del aprovechamiento posible de los recursos naturales de la Cuenca, asignándole al mismo el carácter regional que la naturaleza impone.

De esta manera se promueve y materializa una reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los países que forman la Cuenca, la que tiene lugar en Buenos Aires, en febrero de 1967. De dicha reunión surge una Declaración Conjunta que institucionaliza el COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL COORDINADOR DE LOS PAÍSES DE LA CUENCA DEL PLATA (C.I.C.) y que en su punto I declara:

que es decisión de sus gobiernos llevar a cabo el estudio conjunto e integral de la Cuenca, con miras a la realización de un programa de obras multinacionales, bilaterales y nacionales, útiles al progreso de la región.

---

19 Diario ABC Color, Asunción, 21/6/73.

Con posterioridad se firmó el "Acta Final de la Reunión de los Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata", que es complementaria de la Declaración.

La IIa. Reunión de Cancilleres, tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra, y en ella se destacan como objetivos de los Gobiernos

el aprovechamiento máximo de los recursos naturales (...) la conveniencia de constituir un organismo destinado específicamente a promover, coordinar y seguir la marcha de las acciones multinacionales que tiendan a la realización de los objetivos enunciados (...) tendrán preferencia especial aquellos proyectos que aseguren el aprovechamiento máximo del recurso de agua.

Aproximadamente entre noviembre de 1968 y enero de 1969 tiene lugar el llenado de la represa brasileña de Jupíá, ubicada sobre el río Paraná, lo que dio lugar a un intercambio de información entre ambos países, cuyo resultado fue la implementación de un sistema de publicidad de datos referidos al río, los cuales serían dados a conocer a través de los diarios de San Pablo y Buenos Aires.<sup>20</sup>

Esta práctica, que fue considerada satisfactoria en su momento por el Grupo de Expertos del Recurso Agua del C.I.C., era en sí misma insuficiente, pues el llenado de una presa es sólo un aspecto coyuntural y parcial de la problemática que encierra el hecho de construirla sobre un río internacional. Así resultará insuficiente publicitar los datos referidos al llenado de un embalse, si a la vez no se informa sobre la forma de operar la obra. No obstante ello, la mecánica de Jupíá implicó en su momento un avance sobre las prácticas existentes a esa fecha en el ámbito de la Cuenca del Plata.<sup>21</sup>

---

20 Paralelamente, entre el 29 de octubre de 1968 y el 20 de noviembre de 1969, la Argentina y Brasil intercambian una serie de notas, donde quedan perfectamente definidos los principios que ambos países consideran aplicables al aprovechamiento de los ríos de la Cuenca. Así, la Argentina expresaba "la necesidad de instituir un régimen jurídico acorde con la doctrina y práctica internacionales en todo lo referente a la incidencia que las obras de aprovechamiento de los ríos de la Cuenca pudiera tener en cada uno de ellos". Brasil sostenía que "consideraba imposible, por estimarlo atentatorio de sus derechos soberanos, llegar a la discusión de fórmulas que regulen en forma orgánica el intercambio de información sobre dichas obras, y dar sustento jurídico permanente a la materia". Por último, la Argentina formuló expresa reserva de derechos con relación a los efectos perjudiciales que pudieran ocurrir en su territorio originados en cualquier obra o proyecto de aprovechamiento de los ríos que en forma sucesiva atraviesan los territorios de la Argentina y Brasil.

21 El tratado de la Cuenca del Plata no aportó mayores elementos para la solución normativa del uso de los ríos internacionales para fines distintos a la navegación. Si bien instrumenta una acción original multilateral, no resuelve el aspecto jurídico sustancial, cual es el aprovechamiento hidroeléctrico del recurso hídrico compartido. Lo ocurrido en su breve historia nos demuestra que no sirvió a los fines para los cuales fue concebido —al menos por la diplomacia argentina— y que la solución final se alcanzó por la vía de la negociación bi o trilateral, fuera de su ámbito específico.

El 23 de abril de 1969 se firma el tratado de la Cuenca del Plata, en cuyo texto se hace referencia al óptimo aprovechamiento de los recursos naturales de la región y a la intención de asegurar su preservación a través de la utilización racional del recurso agua.

Posteriormente, en junio de 1971 se suscribe el "Acta de Asunción", donde se resuelve, entre otras cosas, que:

Los Cancilleres consideran de real interés dejar consignados los puntos fundamentales respecto de los cuales ya hubo acuerdo que representan la base sobre la cual deberán proseguir los estudios de este tema:

1. En los ríos internacionales contiguos, siendo la soberanía compartida, cualquier aprovechamiento de sus aguas deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños.
2. En los ríos internacionales de curso sucesivo, no siendo la soberanía compartida, cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la Cuenca.

Como bien destacara entonces el Doctor Ferrer Vieyra, la mención del término "soberanía" en un documento referido al ámbito de la Cuenca del Plata fue desacertada, pues el derecho de soberanía aplicado a los ríos internacionales tiene sólo valor académico.<sup>22</sup>

El concepto aplicado al río Paraná (que reviste la doble característica de río contiguo y sucesivo), habría de tener malas consecuencias en la interpretación que de tal criterio hizo el Brasil. Así, pudo reforzar su intención de construir una presa sobre el río Paraná, por entonces denominada Sete Quedas junto con Paraguay, sin consultar con la Argentina, y sin reconocer que ésta pudiera reclamar la información previa que consideraba imprescindible en salvaguarda de sus legítimos derechos. Por otra parte implicaba un ataque indirecto a la concepción de "cuenca hidrográfica internacional", pues ésta, como unidad hidrológica que es, se vería afectada por las obras que se construyeran en cualquiera de los ríos que la forman.

La Argentina sostenía que todo Estado miembro de la cuenca —entendiendo por tal aquel cuyo territorio abarca una porción de una cuenca hidrográfica internacional— tenía derecho a realizar en su territorio las obras necesarias para obtener los beneficios que el río pudiera proporcionarle, pero esta explotación del recurso natural debía tener en cuenta los intereses de los demás corribereños, debiendo, por lo tanto, realizarse en una forma razonable y equitativa, tendiente a conseguir el

---

<sup>22</sup> ENRIQUE FERRER VIEYRA, *Elementos para una Doctrina Argentina sobre Recursos Hídricos Internacionales*. Ejemplar mimeografiado. Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales. Universidad de Belgrano. Octubre 20 - Noviembre 2. Buenos Aires, p. 3.

mayor beneficio para cada Estado con un mínimo de perjuicio para los demás.<sup>23</sup>

Pero, ¿cómo determinar *a priori* la existencia de un perjuicio sensible si el Estado ribereño ubicado aguas abajo carece de información previa? Brasil argumentó en su momento que correspondía a la Argentina, en su carácter de supuesto Estado damnificado, demostrar la existencia del perjuicio; pero tal razonamiento importaba una inversión de la carga de la prueba —que, de tal modo, quedaría a cargo de la Argentina— de cumplimiento imposible, atento a la carencia total y absoluta de información respecto de las modalidades de operación de la central proyectada.

Los hechos demostraron que, sin perjuicio de que la Resolución nº 25 (denominada “Declaración de Asunción sobre Ríos Internacionales”) constituía la primera garantía normativa, más allá de la costumbre, respecto de los intereses de nuestro país en el río Paraná, ella no era eficaz para inclinar al Brasil hacia la “consulta previa”.

Posteriormente y ante la falta de resultados concretos dentro del ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata, el tema de la “consulta previa” es planteado por primera vez a nivel internacional —no regional— en la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano en junio de 1972. Esta aprobó, por consenso, una Declaración sobre el Medio Humano de 26 principios y remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cuestión sobre el principio de información.

El 29 de septiembre de 1972, en Nueva York, y dentro del marco del vigesimoséptimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los Ministros de Relaciones Exteriores de la Argentina, brigadier Eduardo Mc Loughlin y del Brasil, Mario Gibson Barboza, acordaron la Declaración de Nueva York, entre la Argentina y el Brasil sobre el aprovechamiento de los recursos naturales en el contexto de la Declaración sobre Medio Humano, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que dio lugar a la Resolución 2995 (XXVII).

Dicha resolución subraya que

---

23 El Capítulo 2 de las Reglas de Helsinki, se titula precisamente Utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional. Su artículo IV establece que: “Cada Estado-cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación equitativa y razonable en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional”. Este artículo reconoce que cada Estado-cuenca tiene iguales y correlativos derechos que cada uno de los Estados co-cuenca. Por supuesto, derechos no significa que cada Estado reciba una parte igual en los usos de las aguas; tales usos deberán tener en cuenta, entre otros, las necesidades económicas y sociales de los otros Estados co-cuenca, la utilización anterior de las aguas de la cuenca, los costos comparativos y los medios alternativos, la disponibilidad de otros recursos, etc. “Instituto de Economía, Legislación y Administración del Agua”, Reglas de Helsinki, Mendoza, Argentina, 1976, pp. 5 a 7.

en la exploración, explotación y el desarrollo de sus recursos naturales, los Estados no deben causar efectos perjudiciales sensibles en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional; (la cooperación) se logrará adecuadamente dándose conocimiento oficial y público de los datos técnicos relativos a los trabajos que han de ser emprendidos por los Estados dentro de su jurisdicción nacional, con el propósito de evitar perjuicios sensibles que puedan ocasionarse en el medio humano de la zona vecina (pero) sin que ello pueda ser interpretado como facultando a cualquier Estado a retardar o impedir los programas y proyectos de exploración, explotación y desarrollo de los recursos naturales de los Estados en cuyos territorios se emprendan tales programas y proyectos.

Aparentemente el Acuerdo de Nueva York establecía un reconocimiento mutuo de los puntos de vista opuestos de la Argentina y del Brasil, mediante el cual se imponía la consulta previa, con la condición que la misma no fuera usada para demorar, entorpecer o impedir la marcha de la represa que Brasil y Paraguay pensaban construir en ese momento en la zona de Sete Quedas.

Sin embargo, en lo político el Acuerdo parece haber sido presentado por Brasil ante el Paraguay como demostración de la inexistencia de oposición argentina hacia el proyecto binacional, que sería construido aguas arriba de su territorio. El Acuerdo allanó el camino de los defensores paraguayos a la obra de Sete Quedas (posteriormente Itaipú) que llegan a la V Reunión de Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata —diciembre de 1972—, fortalecidos en su posición interna y externa. Es así como el Canciller del Paraguay tilda a la obra de Corpus como "Proyecto en tinta china".

En esa reunión se observó nítidamente la favorable disposición paraguaya frente al proyecto brasileño, mientras quedaba también en claro la negativa de Asunción a considerar como un proyecto seriamente encauzado el del aprovechamiento del Paraná en Corpus.

En enero de 1973 las autoridades brasileñas tuvieron la oportunidad de aplicar el Acuerdo de Nueva York en ocasión del llenado de la presa de Ilha Solteira. En realidad, lo que aplicaron fue la interpretación de dicho documento que consistió en comunicar al embajador argentino en Brasil, en medio de una reunión social, que en determinada fecha se produciría el llenado de la presa con la consiguiente disminución del caudal del río Paraná. La Argentina interpretó que el procedimiento adoptado por Brasil "no se ajustó a lo estipulado en el acuerdo".<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> En una nota redactada en términos duros, el 14 de marzo de 1973, la Argentina protestó frente a los demás Estados integrantes de la Cuenca del Plata contra la violación de la obligación de informar por parte de Paraguay y Brasil. La información que se pretendía era clara y explícita, fundándose en principios de cooperación y buena vecindad, y no el cumplimiento de un simple trámite burocrático sustitutivo de los principios de la consulta previa, y del acuerdo alcanzado. Ver "Documento del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina sobre Aprovechamiento de recursos naturales de la Cuenca de la Plata". Extracto del diario *La Nación*, Buenos Aires, 21/3/73.

Brasil, por intermedio de su Embajador ante el C. I.C., respondió a la presentación argentina manifestando que

la Resolución nº 2995 (XXVII) se destina a casos en que, por la explotación de los recursos naturales, exista la posibilidad de que pueda ocurrir un perjuicio sensible fuera de la jurisdicción nacional del Estado que emprenda la obra, siendo que en el llenado de Ilha Solteira tal posibilidad no existía y que, por lo tanto, el Acuerdo de Nueva York era inaplicable,

correspondiendo en su lugar, estar a la práctica de Jupia.<sup>25</sup>

Argentina se encontraba nuevamente frente a la tesis de que quien realizaba una obra o trabajo, era juez de sus propios actos y de los efectos que iba a causar al vecino. Por lo tanto, bastaba que el Gobierno de Brasil estimara que sus actividades no causaban perjuicio sensible para que el Acuerdo de Nueva York no se aplicara nunca.

El 10 de julio de 1973 nuestro país, por intermedio de su Canciller dirigió una nota al Embajador de Brasil en Buenos Aires denunciando el mencionado Acuerdo.<sup>26</sup>

Así las cosas, puede afirmarse que la disputa a partir de ese momento saldrá del marco estrictamente regional y bilateral para instalarse, hasta la firma del Acuerdo Tripartito del 19 de octubre de 1979, en el ámbito de las Naciones Unidas. Dentro de él, nuestra Cancillería continuó con su política de obligar a Brasil a sentarse nuevamente en una mesa de negociaciones. Como consecuencia de esa actividad se obtienen, entre otros, los siguientes logros:

- La Declaración de Argel sobre Recursos Naturales Compartidos (sept. de 1973).
- La Resolución 3129 (XXVIII) de las Naciones Unidas sobre Cooperación en materia de Recursos Naturales compartidos por dos o más Estados (aprobadas el 21/11/73).

---

<sup>25</sup> P. M. Dupuy, "La gestion concertée des ressources partagées. A propos du différend entre l'Argentine et le Brésil relatif au barrage d'Itaipú". *Annuaire Français de Droit International*. Vol. 24, 1978, pp. 866-889.

<sup>26</sup> La denuncia se fundamentaba, como afirmaba el Canciller argentino en... "una insanable disparidad de criterios entre nuestros gobiernos en cuanto al alcance e interpretación que debe dársele a las disposiciones contenidas en aquel entendimiento"... señalando "...su preocupación frente a instrumentos bilaterales de importancia fundamental que, por ambiguos, llevan de manera irremediable a la confusión interpretativa y a la consiguiente frustración de nuestros comunes deseos de efectivo entendimiento"... interpretando que tal denuncia es "...el auténtico y necesario punto de partida con vistas a una mayor cooperación entre nuestros países en el ámbito de la Cuenca del Plata, en especial, y en todo campo referido al aprovechamiento óptimo y racional de los recursos naturales compartidos". *La Nación*, 13/6/73.

- La Recomendación del II Período de Sesiones del Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), realizada en Nairobi en marzo de 1974.
- La inclusión del artículo tercero de la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados, del 12/12/74.

En todos estos documentos se establece el principio de información y consulta previa en la explotación de los recursos naturales compartidos, tesis ésta a cuya aceptación ha arribado prácticamente la totalidad de la comunidad internacional, en el entendimiento de que la teoría de la soberanía absoluta y del uso irrestricto de las aguas de un río compartido no es aceptable en el derecho internacional moderno.

Hasta aquí se han expuesto en forma muy breve y sintética las distintas alternativas producidas en la relación argentino-brasileña, referidas a la explotación del río Paraná; corresponde ahora pues analizar lo referente a la relación de la Argentina con el Paraguay.

Como hemos visto, Paraguay y Brasil suscribieron en 1966 el Acta de Foz de Iguazú, conforme con la cual crearon una Comisión Técnica Mixta (12/2/67) encargada del estudio de las posibilidades económicas de explotación de los recursos hídricos compartidos y en especial, los del Salto de Sete Quedas o Saltos del Guayrá.

A su vez, la Argentina y el Paraguay suscriben el 16 de junio de 1971, un "Convenio para el Estudio del Aprovechamiento de los Recursos del Río Paraná" a efectos de proceder al

estudio y evaluación de las posibilidades técnicas y económicas del aprovechamiento de los recursos del río Paraná en el tramo limítrofe entre los dos países, desde su confluencia con el río Paraguay hasta la desembocadura del río Iguazú (art. 19).

A tales fines se crea la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya del río Paraná (COMIP), con competencia para realizar dichos estudios, quedando expresamente excluida de los mismos, la zona del río Paraná atribuida a la Comisión Técnica Mixta de Yacyretá-Apipé, creada por el Convenio del 23 de enero de 1958.

A través de esta Comisión Mixta la Argentina buscará materializar el Proyecto de Corpus, tratando de armonizar posiciones contrapuestas, que no sólo se habían exteriorizado mediante la postura paraguaya contraria a los principios de consulta o información previa, sino que también habían llegado a desconocer la seriedad de los estudios argentinos relativos a Corpus realizados por el Grupo de Trabajo Alto Paraná y Afluentes Misioneros.

Empeorando las perspectivas, Paraguay y Brasil deciden suscribir en Brasilia el Tratado de Itaipú en coincidencia con el comienzo de un

nuevo período de gobierno por parte del General Stroessner (23 de abril de 1973); obviamente esta circunstancia causó malestar en la Argentina, cuyo Gobierno redujo la jerarquía de la delegación argentina a este último acto, lo que naturalmente también irritó al Gobierno de Asunción.

Paralelamente, la entonces Comisión Técnica Mixta de Yaciretá-Aipé se encontraba empantanada en una ya dilatada discusión acerca de la selección de la traza más conveniente para la obra.

En julio de 1973 se pone en marcha la COMIP y ya en enero de 1974 se llama a Concurso de Firms Consultoras para la elaboración de los estudios referidos a las posibilidades del aprovechamiento del río Paraná en el tramo limítrofe comprendido entre la desembocadura del río Iguazú y la sección Encarnación-Posadas, con particular atención a la zona de Corpus. Los estudios deberían llevarse a nivel de anteproyecto avanzado.<sup>27</sup>

Los primeros resultados de los mismos corroboraron los trabajos ya realizados en la Argentina respecto de la viabilidad de la construcción de un aprovechamiento en la zona de Corpus, y plantearon claramente la necesidad de una negociación tripartita argentino-paraguayo-brasileña para compatibilizar las obras de Itaipú y Corpus, ello en función de la evidente interacción de los aprovechamientos en construcción y a construirse.

El camino más lógico parecía ser una intensificación de las negociaciones con Paraguay, habida cuenta de su rol de socio en ambos aprovechamientos. Para ello la Argentina debía primero ponerse de acuerdo internamente respecto del alcance de su posición. Lograrlo no fue tarea sencilla y puede afirmarse que aún hoy las soluciones alcanzadas no satisfacen a algunos argentinos. La Argentina llevaba como antecedentes a esa negociación un pasado poco halagüeño en cuanto a la explotación de ríos compartidos. Salto Grande, cuyo tratado fue suscripto en 1946, comienza a construirse en 1973; Yaciretá, acordado en 1958 y cuyo tratado se firmó en 1973, aún no había comenzado a construirse; la cota de embalse de la represa de Corpus y la ubicación misma de la obra provocaban ríspidas controversias internas.<sup>28</sup>

---

27 El 23 de agosto de 1973 se suscribe un Memorándum privado de entendimiento entre Argentina y Paraguay representadas por el Dr. Orfila (enviado personal de Perón, quien no ocupaba por entonces cargo público alguno) y el Canciller R. Sapena Pastor, al cual se le atribuyó la virtud de desempantanar las relaciones con Paraguay con relación a las obras de Yaciretá y Corpus. *Primera Plana*, n° 513, Buenos Aires, 25/10/73.

28 Esta falta de acuerdo interno, que fue el lastre que tuvieron que soportar siempre los negociadores argentinos de este tema, resultó tan evidente que hasta el propio Canciller Azeredo da Silveira expresó en una reunión a puertas cerradas hecha ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado brasileño... que el Brasil nada tenía que discutir con el país platense sobre la construcción de la presa Itaipú... precisando que "...las dificultades, en ese sentido, se deben a que la Argentina no decidió aún lo que desea, y que tiene el hábito de cuestionar siempre las mismas cosas ya resueltas". JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO, "Novena Conferencia de Cancilleres de la Cuenca del Plata, *Revista de Política Internacional*, vol. 156, 1978, pp. 115-134. También diario *La Razón*, 18/5/77, *La Prensa* y *La Nación*, 19/5/77.

Paraguay, por su parte, se enfrentaba a la necesidad de no desairar a ninguno de sus socios, no sólo por razones geopolíticas sino también, económicas. Favorecer totalmente a Itaipú en desmedro de Corpus o viceversa, implicaba un riesgo que el Gobierno paraguayo no estaba dispuesto a correr. Usó a Itaipú como un acicate para vencer la inercia argentina, pero colocando por sobre todo su interés nacional, el mismo que lo obligaba a no permitir un rápido acuerdo argentino-brasileño, pues de esa manera vería deteriorada su posición.

Durante los años 1976 y 1977 se van reabriendo lentamente los canales de comunicación diplomática con el Brasil con relación al Alto Paraná y el 22 y 23 de setiembre de 1977, tienen lugar las primeras reuniones técnicas tripartitas referidas a las represas Corpus e Itaipú.

#### d) Aspectos técnicos y jurídicos

Estas represas —ubicadas en el río Alto Paraná en una distancia de aproximadamente 300 km— presentan aspectos competitivos en el aprovechamiento del recurso hídrico, características de las ya mencionadas obras en cascada, pero que en ese caso en particular no podrían ser resueltos por un simple análisis de optimización económica. En efecto, concurrirán al mismo, tres aspectos singulares.

- 1 - Los aprovechamientos en cuestión pertenecían a tres naciones soberanas (Argentina-Brasil-Paraguay) una de las cuales participaba como socio con cada una de las otras (Paraguay).<sup>29</sup>
- 2 - La obra de aguas arriba (Itaipú) se ubicaba muy cerca al límite fronterizo (17 km.) por lo que sus efectos aguas abajo afectaban fundamentalmente a los propietarios del tramo inferior.<sup>30</sup>
- 3 - Las características hidráulicas del tramo del río en que se ubican los aprovechamientos hacen que el mismo se muestre muy sensible a las alteraciones que provinieran de las obras y su operación.

Dado que los beneficios de cada obra tenían como destinatario a distintos países, cualquier disminución de alguno de sus usos causada por la otra obra, se calificaba automáticamente de perjuicio. Pero, para poder cuantificar ese "perjuicio" era necesario partir de una situación

---

<sup>29</sup> Como acertadamente señala el Ing. Calcagno el acuerdo sólo ha resuelto el aspecto de la sucesividad del río, pero el del condominio sigue vigente y condicionará el proceso a seguir en Corpus. ALBERTO CALCAGNO, *El aprovechamiento de Corpus. La obra, su emplazamiento y la negociación tripartita*, Buenos Aires, junio 1983, p. 17.

<sup>30</sup> La ubicación y el dimensionamiento de Itaipú han resultado como los más convenientes del estudio realizado por el consorcio liderado por las firmas IECO-ELC, para la Comisión Mixta Técnica Paraguayo-Brasileña (posteriormente Itaipú Binacional).

neutra, es decir, una situación en la que cada país considerase que sus derechos soberanos no se veían afectados. Esta situación, que puede calificarse de "situación de derecho", fue la base sobre la cual se edificó posteriormente el Acuerdo Tripartito sobre Corpus e Itaipú.

Ahora bien, el conflicto se planteaba porque las "situaciones de derecho" esgrimidas por las partes eran diferentes. Su solución, por lo tanto, implicaba resolver desde un punto de vista político, específica y globalmente los dos aspectos siguientes:

- a) Acordar una situación de derecho coincidente.
- b) Acordar una solución al sistema que contemplara una adecuada compatibilización de los términos de "perjuicio-beneficio", según la respectiva valorización que cada país le diera a los mismos.

Los "perjuicios-beneficios" que materializaban el conflicto (entre otros: producción energética, navegación, ecología, catástrofes, etc.) se midieron en términos de la mayor satisfacción de los usos por parte de cada aprovechamiento, en función de las alteraciones producidas por el otro.

Para Corpus, el beneficio estaba dado por la producción de energía eléctrica, y ésta era tanto mayor cuanto más elevado fuera el nivel de embalse considerado. Pero esa alteración del nivel del agua se trasladaba aguas arriba, extendiéndose al tramo paraguayo-brasileño con lo que disminuía el desnivel aprovechable en Itaipú. Por tanto un mayor beneficio en Corpus implicaba una menor producción de energía en Itaipú.

Desde el punto de vista de Itaipú, el interés de Brasil y Paraguay estaba en lograr la mayor libertad operativa para el funcionamiento de su central hidroeléctrica, es decir, la posibilidad de provocar las variaciones de caudal durante el día, necesarias para atender los requerimientos de la demanda de energía eléctrica.<sup>31</sup>

### III. EL ACUERDO TRIPARTITO DEL 19/10/79

Tras arduas conversaciones tripartitas que tienen lugar durante los meses de septiembre y noviembre de 1977, marzo y abril de 1978 y los primeros meses de 1979, el día 19 de octubre de 1979 se concreta el

---

<sup>31</sup> Nótese que las posiciones de las partes aguas arriba y abajo del punto trifinio tienen condicionamientos técnicos sustancialmente distintos. Corpus no tenía existencia sin acuerdo internacional, por lo que de la negociación dependía su razón de ser. Para Itaipú estaba en juego sólo la modalidad operativa, es decir, el grado de empuntamiento de ese aprovechamiento, el cual no era un condicionante directo de la obra.

**"Acuerdo Tripartito sobre Corpus e Itaipú suscrito por los gobiernos de la Argentina, Brasil y Paraguay".<sup>32</sup>**

El punto 4 del Tratado consagra la aplicación del principio de buena voluntad y uso equitativo y razonable en cuanto declara que:

*Las deliberaciones se caracterizaron por un espíritu de buena vecindad y de cooperación, en la búsqueda de una solución que represente, para las tres Partes, la efectiva convergencia de intereses y la obtención de beneficios recíprocos.*

Los puntos más destacables del Acuerdo están enunciados en los siguientes incisos del artículo 5º: Conforme al inciso a), se fija la cota de operación de la futura represa de Corpus en 105 m. (recordar que la altura de las aguas medias en el punto trifinio es de aproximadamente 98 m., las cuales al construirse la obra de Corpus a cota 105 m. pasarán a tener 109 m. de altura). Por el inciso b) se establece que Itaipú deberá operar de manera de no sobrepasar en la zona de la frontera fluvial entre los tres países, los siguientes parámetros:

1. Variación horaria de nivel de aguas: 50 cm.
2. Variación diaria de nivel de aguas: 2 m.
3. Velocidad superficial de las aguas: 2 m/seg.

Se admite que en condiciones hidrológicas desfavorables, tales parámetros pueden tener una variación de 20 por ciento. El inciso c) establece el número de turbinas a ser instaladas en Itaipú (18), fijando la potencia de cada una de ellas (700 MW) y el caudal máximo erogable (12.600 m<sup>3</sup>/seg.). Por el inciso d) se acuerdan facilidades recíprocas durante la construcción y llenado de los embalses, adoptándose en cuanto al intercambio de datos, una práctica análoga a la de Jupuí. En el inciso e) se convienen futuros procedimientos de coordinación operativa entre los dos aprovechamientos para obtener beneficios recíprocos, así como el intercambio de información hidrológica. Mediante el inciso f) y conforme a las Resoluciones aprobadas en el ámbito del Tratado de la Cuenca del Plata, los tres Gobiernos adoptarán medidas para mantener en los tramos de río bajo su soberanía, las mejores condiciones de navegabilidad, construyendo las obras que posibiliten la navegación y el transbordo, como sustitución temporaria, tomando en cuenta los intereses de los países ribereños de aguas abajo y aguas arriba. A su vez el inciso g) ratifica la intención de los tres Gobiernos de no producir per-

---

<sup>32</sup> Las dos primeras reuniones (septiembre y noviembre de 1977) fueron de carácter técnico, mientras que las restantes fueron de carácter diplomático. La Argentina estuvo representada por el Subsecretario de Energía Hidroeléctrica, el Subsecretario de Recursos Hídricos, el Delegado Argentino ante la Comisión Mixta Argentino-Paraguaya del Río Paraná y el Grupo de Trabajo Cuenca del Plata de la Cancillería.

juicios sensibles a la condición aluvional del río y a la operación de sus puertos, incluidos los estacionales de ultramar. Acuerdan las Partes el respeto razonable a la estacionalidad del río. Se establece que la apreciación del perjuicio sensible no podrá ser definida unilateralmente por los Estados en cuya jurisdicción presumiblemente se origine, ni por los Estados que aleguen la ocurrencia de los referidos eventuales perjuicios sensibles. Los casos que se presenten serán examinados en el plazo más breve posible. El inciso h) estipula que el Acuerdo se basa en la interrelación constante entre el nivel de operación de Corpus, los parámetros acordados y el número de turbinas instaladas en Itaipú, especificando que la eventual alteración de cualquiera de estos datos, será precedida de negociaciones entre las tres Partes. De acuerdo con el inciso i) se fijan medidas de seguridad a ser aplicadas durante el proyecto y construcción de los dos aprovechamientos, en especial sobre sismología inducida. Por el inciso j) los tres Gobiernos declaran que, en lo que les atañe, se avocarán a la preservación del medio ambiente y la calidad de las aguas, evitando su contaminación y comprometiéndose a asegurar como mínimo las actuales condiciones de salubridad. El inciso k) declara que, dentro del alto espíritu que guió las deliberaciones y habiéndose llegado a un completo entendimiento en los puntos precedentes, las tres Partes realizarán estudios respecto de eventuales cuestiones correlacionadas que sobrevengan.

El Tratado consta también de dos Anexos, siendo el más importante el Anexo II, conforme con el cual se acuerda el tiempo y la duración del llenado del embalse de Itaipú y los caudales mínimos que deberán ser mantenidos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico el Acuerdo Tripartito implicó un evidente avance dentro del ámbito de la Cuenca del Plata y aun a nivel mundial. En efecto, en él se recogen los principios de "información previa" (del cual el Tratado íntegro es una demostración), de "no causar perjuicio sensible" y del "uso equitativo y razonable del recurso".

Incluso más, hay una intervención directa de la Argentina en cuanto al número de turbinas de Itaipú, que implica mucho más que un intercambio de información previa, en tanto y en cuanto al fijarse el número de ellas en 18, cualquier aumento de las mismas requerirá el consentimiento argentino.

Los incisos a, b, c, y su relación con el inciso h, conforman la llave del Acuerdo y le otorgan a éste una solidez total, habida cuenta de que si cualquiera de las Partes pretendiera alterar alguno de los términos allí acordados, tal pretensión será sometida a negociaciones previas entre las tres Partes.

Como conclusión puede afirmarse que en el plano jurídico, la Argentina obtuvo el reconocimiento de los principios planteados, y en el plano diplomático consiguió sentar a la mesa de las negociaciones a las partes interesadas a efectos de lograr un entendimiento formal.

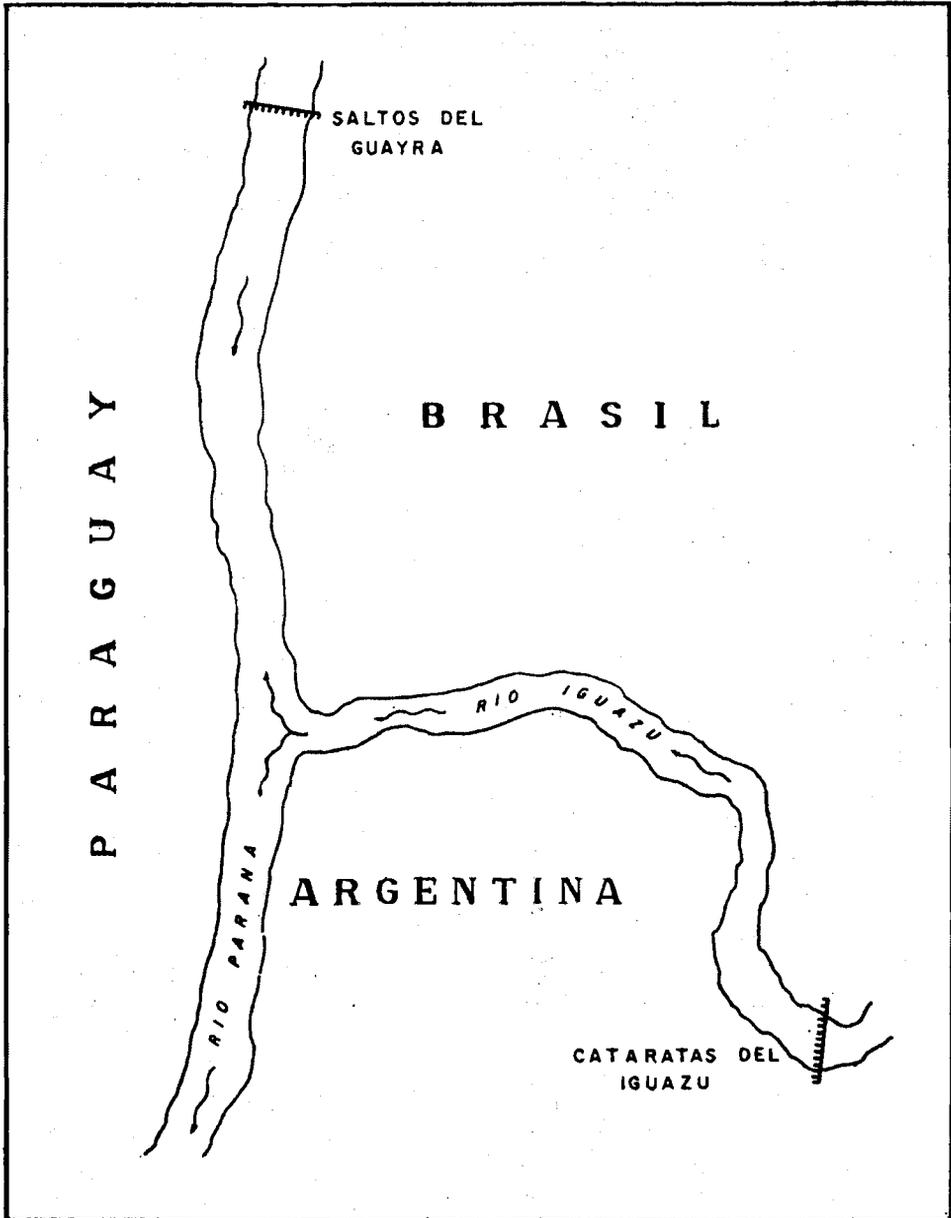
El "Acuerdo Tripartito sobre Corpus e Itaipú" responde pues a la realidad del período histórico-político en que fue suscripto y dentro de ella cumple con los recaudos mínimos necesarios, en tanto y en cuanto su situación geográfica, por ser país de aguas abajo, la colocó *a priori* en una evidente desventaja.

Jorge O. Martínez Adalid  
*Asesor jurídico de la  
Comisión Mixta Argentino-Paraguaya  
del Río Paraná*

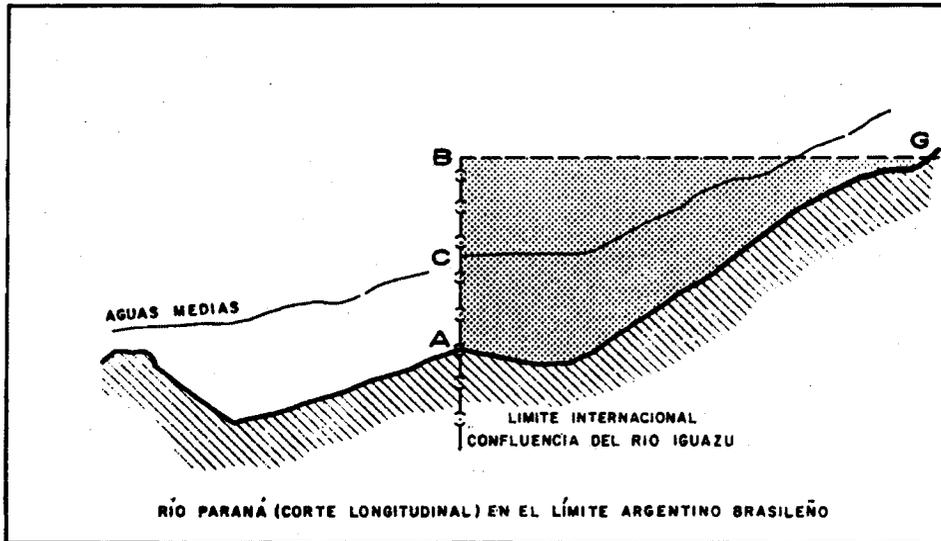
#### BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, ENRIQUE, "En torno del Acuerdo Tripartito de 1979", *Diario Clarín* (y otros artículos), abril 1979.
- CAMILIÓN, OSCAR, "Argentina 1981. Su política exterior". *Revista Estrategia*, 1981.
- CANESE, RICARDO, *Itaipú y la Cuestión Energética en Paraguay*, Biblioteca de Estudios Paraguayos UCAP, 1983.
- DUARTE PEREIRA, OSNY, *La seudorrivalidad argentino-brasileña* (pro y contra de Itaipú). Corregidor, 1975.
- LANÚS, JUAN ARCHIBALDO, *De Chapultepec al Beagle*, EMECÉ, 1984.
- LÚDER, ÍTALO A., *La Argentina y sus claves geopolíticas*, Eudeba, 1984.

LA SINGULARIDAD GEOGRAFICA



LA SOBERANIA VERTICAL



SIMPLIFICACION DEL GRAFICO DE LA OBRA CITADA

DEL DR. GUILLERMO CANO (pag. 57)

## LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA ENTIDAD BINACIONAL YACYRETÁ

**SUMARIO. INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: SISTEMA INSTITUCIONAL: 1. Consejo de Administración. 2. Comité Ejecutivo. 3. Directores. 4. Representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores. — SEGUNDA PARTE: RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Relaciones con funcionarios y trabajadores. 2. Relaciones con contratistas, locadores y proveedores. — CONCLUSIÓN. — BIBLIOGRAFÍA.**

### INTRODUCCIÓN

La Entidad Binacional Yacyretá ha sido creada por el tratado suscripto en la ciudad de Asunción, el 3/XII/1973, por la República Argentina y la República del Paraguay.<sup>1</sup>

Su objeto, delimitado por el artículo III, 1, consiste en desarrollar los estudios y proyectos de las obras que las Partes contratantes se obligan a realizar en común en el río Paraná, a la altura de la isla Yacyretá, a los efectos de su aprovechamiento hidroeléctrico, del mejoramiento de su navegabilidad y de la eventual regulación de su caudal de modo de disminuir las consecuencias perjudiciales de las inundaciones provocadas por las crecidas extraordinarias. La Entidad Binacional también tiene a su cargo la dirección, ejecución, puesta en marcha y explotación de las obras.

Yacyretá es sucesora de la Comisión Mixta Técnica argentino-paraguaya, instituida por el convenio celebrado en Buenos Aires, el 23/1/1958, para el estudio del aprovechamiento de la energía hidroeléctrica y el mejoramiento de la navegabilidad del río Paraná a la altura de las islas Yacyretá y Apipé. Según lo prescripto por el artículo XXII del Tratado de 1973, dicha Comisión permaneció constituida hasta la entrada en funciones de Yacyretá.

En cuanto a la sede de la Entidad, las Partes contratantes acordaron atribuirle dos: una en la ciudad de Buenos Aires y otra en la ciudad de Asunción.<sup>2</sup>

---

1 Cfr. artículo I. El denominado tratado de Yacyretá fue aprobado en la Argentina por ley 20.646 y, en el Paraguay, por ley 433. Entró en vigor el 27/III/1974. El 26/IV/1973, es decir, meses antes de la creación de Yacyretá, el Gobierno paraguayo había suscripto con su par brasileño un tratado que creó la Entidad Binacional Itaipú para construir, también, una presa hidroeléctrica en el río Paraná. Ambas entidades son muy semejantes entre sí. Ver el texto del tratado que crea Itaipú en *U.N.T.S.*, vol. 923, p. 57 y ss.

2 Cfr. artículo IV. Las sedes de la Entidad Binacional Itaipú se encuentran en las ciudades de Brasilia y Asunción. Al respecto, ver artículo IV del tratado de Itaipú.

El capital se encuentra integrado por aportes iguales de dos empresas eléctricas estatales: Agua y Energía Eléctrica de la Argentina (A y E) y la Administración Nacional de Electricidad del Paraguay (ANDE).<sup>3</sup>

Desde el punto de vista del derecho, la Entidad Binacional Yacyretá es una persona jurídica creada por un tratado internacional y sometida a un régimen jurídico pactado también internacionalmente. Cabe preguntarse, entonces, si es un sujeto de derecho de gentes.

Por sujeto de derecho internacional se entiende, en el presente trabajo, aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido, al menos, de un derecho o de una obligación.<sup>4</sup> La Entidad Binacional Yacyretá, pues, será sujeto de derecho internacional sólo en la medida en que su conducta esté regulada, al menos, por una norma de derecho de gentes ya sea porque le atribuye un derecho subjetivo, es decir, un derecho que puede hacer valer en el plano internacional, o porque le impone una obligación cuyo cumplimiento le puede ser exigido en el orden internacional.

Este estudio se inicia con una descripción del sistema institucional de la Entidad Binacional Yacyretá. Luego, se analizan las normas jurídicas que regulan su actividad. Sobre la base de estas consideraciones, se intenta dar respuesta al interrogante planteado.

#### PRIMERA PARTE: SISTEMA INSTITUCIONAL

Es sabido que las personas jurídicas actúan a través de individuos o de conjuntos de individuos. A los individuos que obran en nombre de una persona jurídica se los llama órganos. Su condición de tal se encuentra reglamentada por el estatuto de la entidad al determinar quiénes tienen la facultad de representarla como así también qué actos u omisiones de esos individuos son atribuidos a la persona jurídica como habiendo sido realizados por ella.

En el caso de Yacyretá, el Tratado de 1973 dispone que sus órganos son dos: el Consejo de Administración y el Comité Ejecutivo. La estructura y competencia de los mismos está regulada por el Estatuto

---

3 Cfr. artículo III. 1. Cfr. también artículo 4º del Estatuto de Yacyretá. Sobre la apertura de un crédito por parte del Gobierno argentino a favor de ANDE destinado a la integración del capital de Yacyretá y sobre la entidad financiera que tuvo a su cargo el otorgamiento de tal crédito, ver acuerdos por canje de notas del 3/XII/1973 y del 27/VII/1976, respectivamente. En el caso de Itaipú, su capital está integrado por aportes de Centrais Elétricas Brasileiras S. A. (ELETROBRAS) y de ANDE.

4 Comp. ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, 4ª ed., Padova, 1964; vol. 1, pp. 111-112. Ver también GUGGENHEIM, *Traité de Droit international public*, Genève, 1953, vol. I, p. 171.

de la Entidad que, como se verá más adelante, forma parte del tratado constitutivo.<sup>5</sup>

El número de órganos, sin embargo, no se reduce a los dos que se acaban de mencionar. En efecto, un examen cuidadoso de las normas estatutarias permite advertir que, luego de delimitar las respectivas competencias del Consejo de Administración y del Comité Ejecutivo, atribuyen a los integrantes de este último, deberes y facultades específicos. De esta manera, los Directores, en forma conjunta, son titulares de ciertos derechos y están sujetos a determinadas obligaciones que no deben confundirse con los derechos y obligaciones que están a su cargo en cuanto miembros del Comité Ejecutivo. Es así que, en la práctica, actúan como un órgano más de la Entidad Binacional.

Dentro de este esquema se incluyen a los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores argentino y paraguay. En sentido estricto, no son órganos de la Entidad Binacional sino de los Estados a los que representan ante la Entidad. Empero, sus competencias, derechos y obligaciones están regulados por disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico de Yacretá.<sup>6</sup>

### 1. Consejo de Administración

El Consejo de Administración estaba originariamente constituido por doce Consejeros de los cuales seis eran nombrados por el Gobierno argentino, siendo dos de ellos propuestos por A y E, mientras que los seis restantes eran designados por el Gobierno paraguayo, debiendo dos de ellos ser propuestos por ANDE.<sup>7</sup>

Por el acuerdo por canje de notas del 2-XII-1982, modificatorio del Estatuto, las Partes contratantes decidieron reducir el número de Consejeros a ocho, designados cuatro por el Gobierno argentino y cuatro por el Gobierno paraguayo, de manera directa y sin la participación de las citadas empresas de electricidad.<sup>8</sup>

---

5 De acuerdo con el artículo IV,1 del tratado que crea Itaipú, ésta se halla administrada por dos órganos: el Consejo de Administración y el Directorio Ejecutivo. Ver también artículo VII del Estatuto.

6 Por las notas canjeadas el 26/IV/1973, la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay acordaron designar un representante de sus respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores para entender en los asuntos relacionados con los artículos XVII,1 y XXII del tratado constitutivo de la Entidad Binacional Itaipú.

7 Cfr. artículo 6º del Estatuto. Con respecto a Itaipú, ver artículo VIII, a) y b) del Estatuto como así también el párrafo 3º del mismo artículo por el que se prevé el nombramiento, por parte del Consejo de Administración, de dos Secretarios, uno brasileño y otro paraguayo, que tienen a su cargo, entre otras atribuciones, certificar los documentos de Itaipú en portugués y en español, respectivamente.

8 Sobre las formalidades de la toma de posesión de los cargos, ver artículo 10 del Reglamento Interno

Los honorarios de los Consejeros son fijados por A y E y por ANDE de común acuerdo.<sup>9</sup>

Los Consejeros duran en sus funciones cuatro años y pueden ser reelegidos (art. 9, 1 Estatuto). Sin perjuicio de ello, los Gobiernos argentino y paraguayo están facultados para substituir, en cualquier momento, a los Consejeros que han nombrado (artículo 9,2 Estatuto).<sup>10</sup>

En caso de vacancia definitiva de un cargo de Consejero, el respectivo gobierno deberá nombrar al substituto que ejercerá el mandato por el plazo restante (artículo 9, 3 Estatuto).

El Consejo de Administración designa de entre sus miembros un Presidente para presidir las reuniones ordinarias y, eventualmente, convocar a reuniones extraordinarias.<sup>11</sup> La presidencia es desempeñada, alternativamente, por un Consejero de nacionalidad paraguaya o argentina y, rotativamente, por todos los miembros del Consejo (artículo 6, 4 Estatuto).<sup>12</sup>

El Consejo nombra asimismo dos Secretarios, uno argentino y otro paraguayo, cuyas funciones están establecidas en el Reglamento Interno de la Entidad Binacional (artículo 6, 5 Estatuto).<sup>13</sup>

El Consejo de Administración es considerado el órgano deliberante y de decisión de Yacyretá.<sup>14</sup> Su competencia está determinada en el artículo 7, 1 del Estatuto. Según esta disposición, el Consejo de Administración debe: a) cumplir y hacer cumplir el Tratado y sus anexos; b) adoptar las directivas fundamentales de administración de Yacyretá; c) dictar el Reglamento Interno, a propuesta del Comité Ejecutivo; d) establecer el plan de organización de los servicios básicos; e) autorizar los actos que importen enajenación del patrimonio de Yacyretá con parecer previo de A y E y de ANDE; f) fijar los revalúos de activo y pasivo con parecer previo de A y E y de ANDE, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 4 del artículo XV del Tratado de 1973, "el valor real de las cantidades destinadas a los pagos en conceptos de utilidades, resarcimiento y compensación será mantenido constante en cuanto a su poder adquisitivo, por medio de la fórmula de reajuste expresada en el anexo C..." de dicho tratado; g) determinar las condiciones de todos los servicios a prestar por las obras e instalaciones; h) decidir sobre

---

9 Cfr. artículo 14 del Estatuto. En el mismo sentido, artículo XVI del tratado de Itaipú.

10 Con respecto a Itaipú, ver artículo XI del tratado constitutivo.

11 Cfr. artículos 6,3 y 8,1 del Estatuto.

12 Ver también artículo 11 del Reglamento Interno. En cuanto a Itaipú, ver artículo VIII,2 del tratado constitutivo.

13 Ver también artículos 17, 18 y 19 del Reglamento Interno.

14 Cfr. artículo 9º del Reglamento Interno.

las propuestas del Comité Ejecutivo referentes a obligaciones y préstamos; i) aprobar el presupuesto para cada ejercicio y sus revisiones, a propuesta del Comité Ejecutivo.<sup>15</sup>

El Estatuto agrega, en el párrafo 2 del artículo 7, que el Consejo de Administración debe examinar la Memoria Anual, el Balance General y la demostración de la Cuenta de Resultados, elaborados por el Comité Ejecutivo, y los debe presentar, con su parecer, a A y E y a ANDE. Debe, también, en virtud de lo prescrito por el párrafo 3 del mismo artículo, tomar conocimiento del curso de los asuntos de Yacyretá por medio de las exposiciones que, habitualmente, hacen los dos Directores en las reuniones del Consejo.

De acuerdo con el artículo 8. 1 del Estatuto, las reuniones ordinarias del Consejo tienen lugar cada dos meses. El Consejo puede, además, celebrar reuniones extraordinarias a petición de la mitad menos uno de los Consejeros, de los dos Directores conjuntamente o, como ya se ha señalado, del Presidente del Consejo.<sup>16</sup>

Para que las decisiones puedan ser adoptadas válidamente se requiere la presencia de, al menos, dos Consejeros de cada país y con una paridad de votos igual a la menor representación nacional presente.

El Presidente de la reunión tiene derecho a voto. Las decisiones se adoptan por mayoría. En caso de empate, el asunto se somete a la consideración de los respectivos gobiernos (artículo 8,2 Estatuto).<sup>17</sup>

Las decisiones tomadas a propuesta del Comité Ejecutivo sólo pueden modificarse mediante el mismo procedimiento (artículo 15 Estatuto).

## 2. *Comité Ejecutivo*

El artículo 10 del Estatuto de Yacyretá preveía, en su redacción original, que el Comité Ejecutivo debía estar integrado por un Director Ejecutivo, un Director Jurídico, un Director Técnico, un Director Administrativo, un Director Financiero y un Director de Coordinación. Con el propósito de respetar el principio de representación igualitaria, a cada Director correspondía un Director adjunto de nacionalidad diferente.

---

<sup>15</sup> Ver también artículo 15 del Reglamento Interno. Con relación a la competencia del Consejo de Administración de Itaipú, ver artículo IX del Estatuto.

<sup>16</sup> Ver también artículos 11, 12 y 13 del Reglamento Interno. Comp. artículo X del tratado de Itaipú.

<sup>17</sup> Ver también artículos 14, 20 y 21 del Reglamento Interno.

Con motivo de la enmienda de 1982, los integrantes del Comité Ejecutivo quedaron reducidos a dos Directores, uno paraguayo y otro argentino. Ambos son nombrados por sus respectivos gobiernos a propuesta de ANDE y de A y E, según el caso.<sup>18</sup> Sus honorarios son fijados anualmente por dichas empresas eléctricas (artículo 14 Estatuto).<sup>19</sup> Ejercen sus funciones por un período de cinco años pudiendo ser reelegidos. El gobierno que los ha nombrado está facultado para substituirlos en cualquier momento.<sup>20</sup>

En caso de ausencia o impedimento temporal de un Director, A y E o ANDE, según corresponda, debe designar como Director sustituto provisional a un funcionario superior del sector eléctrico nacional, quien también tendrá derecho al voto del Director substituido. En caso de vacancia definitiva, el Gobierno, argentino o paraguayo, nombrará, a propuesta de A y E o de ANDE, al reemplazante que ejercerá el mandato por el plazo restante.<sup>21</sup>

El Comité Ejecutivo es considerado un órgano eminentemente de decisión.<sup>22</sup> Sus atribuciones y deberes están establecidos en el artículo 11 del Estatuto en los siguientes términos: a) dar cumplimiento al Tratado y sus anexos y a las decisiones del Consejo de Administración; b) cumplir y hacer cumplir el Reglamento Interno; c) proponer al Consejo de Administración las directivas fundamentales de administración y las normas relativas al personal; d) realizar los actos de administración necesarios para la conducción de los asuntos de la Entidad; e) elaborar y someter al Consejo de Administración, en cada ejercicio, la propuesta de presupuesto para el siguiente y sus eventuales revisiones, así como también la Memoria Anual, el Balance General y la demostración de la Cuenta de Resultados del ejercicio anterior; f) poner en ejecución las normas, las bases y las condiciones de todos los servicios a prestar por las obras e instalaciones; g) crear e instalar, donde fueren convenientes, las oficinas técnicas y administrativas que juzgare necesarias.<sup>23</sup>

---

18 Para un comentario sobre las implicancias políticas de la enmienda, ver HERRERO, "El control de legalidad y oportunidad de la Entidad Binacional Yacyretá", *La Ley*, 30/VIII/1985, p. 3. Comp. artículo XII del Estatuto de Itaipú. Ver también artículos XVII al XXII de dicho Estatuto sobre las competencias de las Directores General, Técnico, Jurídico, Administrativo, Financiero y de Coordinación así como el artículo XXIII sobre las funciones, derechos y obligaciones de los Directores adjuntos.

19 Con respecto a Itaipú, ver artículo XVI del Estatuto.

20 Ver también artículo 23 del Reglamento Interno. En el caso de Itaipú, ver artículo XII, 3º y 4º del Estatuto.

21 Ver también artículo 24 del Reglamento Interno. Con respecto a Itaipú, ver artículo XII, 5º y 6º del Estatuto.

22 Cfr. artículo 9º del Reglamento Interno.

23 Ver también artículo 28 del Reglamento Interno. En el caso de Itaipú, ver artículo XIII del Estatuto.

El Comité Ejecutivo sesiona, ordinariamente, dos veces al mes y, extraordinariamente, cuando fuere convocado por cualquiera de los Directores (artículo 12,1 Estatuto).<sup>24</sup> Adopta sus resoluciones por unanimidad.<sup>25</sup>

El artículo 12, párrafo 3, del Estatuto faculta al Comité a instalarse en el lugar que juzgue más adecuado para el ejercicio de sus funciones.<sup>26</sup>

De acuerdo con el artículo 17 del Estatuto, los Directores deben mantenerse informados de la ejecución de todos los actos de Yacyretá. A tal efecto, cualquiera de ellos puede requerir, en todos los niveles, la información y documentación necesarias.

El Estatuto prescribe, en el artículo 15, que las decisiones del Consejo de Administración y del Comité Ejecutivo deben ser ejecutadas por uno de los Directores quien asume así el título de Director Ejecutivo por un período de cinco años. Durante ese lapso, el Director Ejecutivo es el encargado de coordinar, organizar y dirigir las actividades de Yacyretá.<sup>27</sup> Asimismo, la representa en juicio o fuera de él y realiza los actos de administración ordinarios, con exclusión de los atribuidos al Consejo de Administración y al Comité Ejecutivo, debiendo delegar en el Director del otro país las relaciones con las autoridades y con las entidades públicas y privadas del mismo como así también la representación de Yacyretá en eventuales juicios en ese país.<sup>28</sup>

### 3. Directores

Ya se ha expresado que los Directores, además de ejercer los derechos y atribuciones asignados al Comité Ejecutivo, están facultados para actuar de cierta manera, es decir, para obrar como órganos de Yacyretá. Al respecto, el artículo 16 del Estatuto delega en el Reglamento Interno la regulación de los deberes y atribuciones de los dos Directores.

Según el artículo 29 del citado Reglamento, fuera de las funciones que les corresponde como miembros del Comité Ejecutivo, compete a los dos Directores conjuntamente: a) asumir obligaciones o constituir

---

24 Ver también artículo 25 del Reglamento Interno. Comp. artículo XIV del Estatuto de Itaipú.

25 Ver también artículo 26 del Reglamento Interno. Comp. artículo XIV, 1º del Estatuto de Itaipú.

26 Con respecto a Itaipú, ver artículo XIV, 2º del Estatuto.

27 Por el acuerdo por cambio de notas del 2/XII/1982 se convino que las funciones del Director Ejecutivo, para el período de cinco años que se inició el 6/XII/1984, deben ser ejercidas por el Director nombrado por el Gobierno argentino. A partir del período subsiguiente, la distribución de tales funciones se hará de acuerdo con lo que convinieren los dos gobiernos teniendo en cuenta el principio de alternancia previsto en el artículo 15 del Estatuto y la continuidad de esas funciones para el desarrollo de la obra.

28 Ver artículos 30 al 38 del Reglamento Interno.

apoderados; b) convocar al Consejo de Administración a reunión extraordinaria; c) designar, suspender y dar por terminadas las funciones del personal, con arreglo al Reglamento del Personal y a las normas de administración como así también del personal superior, con acuerdo del Consejo de Administración;<sup>29</sup> d) otorgar vacaciones y permisos y nombrar reemplazantes temporales del personal superior; e) dirigir las actividades de relaciones públicas y la divulgación de los objetivos de la Entidad; f) integrar el Consejo de Administración, debiendo asistir a sus reuniones con voz pero sin voto; g) dirigir y coordinar las actividades de la auditoría interna.

Del artículo 91 del Reglamento Interno se infiere que los dos Directores están, también, facultados para decidir en la preselección y adjudicación de licitaciones hasta determinadas sumas.

#### 4. *Representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores*

Por el acuerdo por canje de notas del 3/XII/1973, los Gobiernos argentino y paraguay dispusieron designar un representante de sus respectivas Cancillerías a los efectos de encaminar los asuntos concernientes a los artículos XVII, XVIII y XXI del Tratado de Yacyretá. Por el primero de ellos, se impone a las Partes contratantes la obligación de declarar de utilidad pública las áreas necesarias para el proyecto y expropiar los inmuebles ubicados en dichas áreas. El artículo XVIII indica algunos de los temas que pueden ser objeto de futuros acuerdos entre las Partes contratantes. Finalmente, el artículo XXI dispone que, en caso de divergencia en la interpretación del Tratado, se deberán emplear los medios diplomáticos y los tratados vigentes entre las Partes sobre solución pacífica de controversias.

Según se ha expuesto anteriormente, los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores no son órganos de Yacyretá. Estos no representan a Yacyretá, es decir, ninguna de sus conductas puede ser atribuida o adjudicada a la Entidad. La función que desempeñan así como sus derechos y obligaciones no están regulados por las normas estatutarias. En rigor, revisten el carácter de representantes de los respectivos Estados ante la Entidad Binacional Yacyretá. Son, entonces, el nexo de unión entre los Estados y Yacyretá respecto de determinadas materias.

Los alcances de la actuación de los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores en el seno de Yacyretá están determinados por el Reglamento Interno. El artículo 22, en efecto, prevé que dichos funcionarios pueden participar en las reuniones del Consejo de Administración, solicitar informaciones y expresar opiniones. Dispone también

---

<sup>29</sup> Ver también artículo 15 del Estatuto.

que deben percibir los mismos honorarios que los asignados a los miembros del Consejo de Administración.

## SEGUNDA PARTE: RÉGIMEN JURÍDICO

La Entidad Binacional Yacyretá está sujeta a las disposiciones del tratado que le dio origen, a los anexos al mismo que comprenden su Estatuto (Anexo A), la descripción general de las instalaciones destinadas a la producción de energía eléctrica y al mejoramiento de las condiciones de navegabilidad y de las obras complementarias para el aprovechamiento del río Paraná (Anexo B) y las bases financieras y de prestación de los servicios de electricidad de Yacyretá (Anexo C) y a los demás instrumentos internacionales pactados en consecuencia.<sup>30</sup> Sobre tales acuerdos cabe señalar que la Argentina y el Paraguay han celebrado protocolos adicionales respecto de cuestiones específicas como, por ejemplo, vigilancia y seguridad, tránsito de automotores, transporte de materiales y asuntos fiscales y aduaneros.

La Entidad se rige además por un Reglamento Interno cuya fuente de validez se halla en el Estatuto. En efecto, el artículo 7, inciso c) faculta al Consejo de Administración a dictar dicho Reglamento a propuesta del Comité Ejecutivo. En cuanto al contenido, el artículo 22 enuncia algunos de los asuntos que deberán ser objeto de regulación. Se trata del régimen contable y financiero, del régimen para la obtención de ofertas, adjudicación y contratación de estudios, de servicios y obras y adquisición de bienes y del ejercicio de las funciones de los integrantes del Consejo de Administración y del Comité Ejecutivo.<sup>31</sup>

Las relaciones laborales que la Entidad entabla con sus funcionarios, empleados y operarios se encuentran reguladas por el denominado Reglamento del Personal, dictado en 1976 por el Consejo de Administración a propuesta del Comité Ejecutivo.

Este conjunto de normas jurídicas rige la conducta de la Entidad Binacional Yacyretá, el funcionamiento de sus órganos, su competencia, el procedimiento a seguir por cada uno de ellos, sus relaciones recíprocas. Establece también los derechos y obligaciones de sus funcionarios, empleados y operarios. Este orden legal regula además las relaciones de la Entidad con los terceros.

Antes de dar respuesta a la cuestión planteada acerca de si estas reglas de derecho rigen en el plano internacional, conviene analizarlas de modo sistemático atendiendo al tipo de relaciones que regulan.

---

30 Cfr. artículo III,2 del Tratado de 1973. El tratado de Itaipú dispone, por su parte, en el artículo III,1, que la Entidad Binacional se rige por las normas establecidas en el mismo, por el Estatuto que constituye su Anexo A y por los demás Anexos.

31 En igual sentido, artículo XXVIII del Estatuto de Itaipú.

## 1. Relaciones con funcionarios y trabajadores

En materia laboral, el Tratado de Yacyretá contiene sólo principios generales relativos a la contratación de trabajadores. Así, el artículo XII dispone que, en la realización de las obras, se deberá utilizar en forma equitativa, dentro de lo posible y en condiciones comparables, las prestaciones profesionales y la mano de obra, especializada o no, disponible en la Argentina y en el Paraguay.<sup>32</sup>

Asimismo, las Partes contratantes asumen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que sus nacionales puedan ser empleados, indistintamente, en el territorio de una o de otra. Ello, sin perjuicio de las condiciones particulares que se acuerden con organismos financieros en lo relativo a la contratación de personal especializado.<sup>33</sup>

En cuanto a las relaciones de trabajo en sí entre Yacyretá y su personal, de acuerdo con lo que se infiere del Estatuto, se rigen por el Reglamento del Personal.<sup>34</sup> Se ha señalado ya que el artículo 7º, inciso c), habilita al Consejo de Administración a dictar, previa propuesta del Comité Ejecutivo, el Reglamento Interno. Este, a su vez, faculta al Consejo a dictar el mencionado Reglamento del Personal<sup>35</sup> cuyo objeto es regular las relaciones de la Entidad con sus trabajadores.<sup>36</sup> Obsérvese que, no obstante esta limitación, el Reglamento del Personal dispone, en el artículo 1º, que se aplicará al personal designado por la Entidad cualquiera sea la jerarquía que revista.

El concepto de trabajador, a los fines del derecho del trabajo, abarca, solamente, a los obreros y empleados. A los funcionarios, entendiéndolos por tales a los miembros de los órganos de un ente, no se los considera como trabajadores por cuanto no se concibe que existan, entre ellos y el ente al que representan, intereses contrarios, lo cual es, conviene destacarlo, uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

En varias de sus disposiciones, el Reglamento del Personal de Yacyretá se refiere a los funcionarios sin hacer aclaración alguna. Por consiguiente, y a los efectos de no privarlas de sentido, se debe interpretar que el término "funcionario", empleado en el citado Reglamento, alude, en realidad, a lo que el artículo 68 del Reglamento Interno denomina "personal superior", es decir, a los Jefes y Subjefes de los Departamentos, al Asesor Jurídico, al Asesor Jurídico Adjunto, a los Jefes y Subjefes

---

32 Con respecto a Itaipú, ver artículos XI, 1 del tratado constitutivo.

33 En el caso de Itaipú, ver artículo XI,2 del tratado constitutivo.

34 El artículo XX del tratado constitutivo de Itaipú prevé la obligación, de las Partes contratantes, de adoptar, por medio de un protocolo anexo, las normas jurídicas aplicables a las relaciones de trabajo y previsión social de los trabajadores contratados, directamente, por la Entidad Binacional. Dicho protocolo fue suscripto el 11/II/1974. Ver el texto en ITAIPÚ BINACIONAL, *Atos oficiais e legislação complementar*, Rio de Janeiro, 1977, pp. 139 y ss.

35 Cfr. artículo 15 del Reglamento Interno.

36 Cfr. artículo 69 del Reglamento Interno.

de las áreas de Fiscalización y de Planificación y Control, al Secretario General y al Secretario General Adjunto.

En lo que hace al ámbito material del Reglamento del Personal, éste ordena el régimen de ingreso y designación, prescribe las obligaciones de hacer y de no hacer como así también los derechos del personal. Entre las prohibiciones que se imponen, cabe mencionar la de no poder ejercer funciones de dirección, administración o consulta en empresas abastecedoras o contratistas de materiales y servicios utilizados por Yacyretá por parte de los funcionarios argentinos o paraguayos de la Entidad. El artículo 20 del Estatuto hace extensivo este régimen a los Consejeros y Directores. El Reglamento del Personal fija también el régimen disciplinario y prevé las causales de terminación de la relación laboral y las consecuencias jurídicas que de dicha circunstancia se derivan.

Es de señalar que el Reglamento del Personal no se aplica a los funcionarios públicos ni a los empleados de entes autárquicos y de economía mixta, argentinos o paraguayos, que prestan servicios a Yacyretá a pedido del Director Ejecutivo por cuanto esa circunstancia no implica pérdida del vínculo original ni de los beneficios tanto de jubilación como de seguridad social.<sup>37</sup> Tampoco rige para los trabajadores que entablan relaciones laborales con los contratistas y subcontratistas de obras como con los locadores y sublocadores de servicios. En estos casos se aplican las normas especiales contenidas en el Protocolo del trabajo y seguridad social suscripto el 27/VII/76<sup>38</sup> y en su Protocolo modificatorio del 15/IX/1983 como así también en los acuerdos sobre higiene y seguridad del trabajo y sobre prestación de servicios médicos firmados el 30/VII/1980.<sup>39</sup>

## 2. Relaciones con contratistas, locadores y proveedores

En los casos en que la Entidad Binacional Yacyretá se relaciona con personas físicas o jurídicas domiciliadas en territorio argentino o paraguayo, se debe aplicar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo XIX, inciso 1, del Tratado de 1973, el derecho del respectivo país "teniendo en cuenta las disposiciones del ... Tratado" y los demás instrumentos internacionales pertinentes.

En cambio, cuando la Entidad Binacional se vincula con personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de la Argentina o del Paraguay rige el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, el inciso 2 del referido artículo XIX faculta a la Entidad a acordar las cláusulas

---

37 Cfr. artículos 21 del Estatuto y 35 del Reglamento Interno.

38 En el caso de Itaipú, un protocolo similar fue suscripto el 10/IX/1974. Ver el texto en ITAIPÚ BINACIONAL, ob. cit., pp. 145 y ss.

39 Los acuerdos administrativos concertados por los gobiernos brasileño y paraguayo, el 8/I/1975, sobre prestación de servicios médicos y sobre higiene y seguridad del trabajo se aplican, asimismo, a los trabajadores contratados por Itaipú. Ver los textos en ITAIPÚ BINACIONAL, ob. cit., pp. 151 y ss. y 155 y ss.

especiales a que estarán sujetas las relaciones contractuales de obras y suministros.<sup>40</sup>

En la práctica de Yacyretá existen ejemplos de contratos celebrados con consorcios binacionales o internacionales en los que las partes, de común acuerdo, fijan sus derechos y obligaciones así como el derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de suscitarse alguna controversia. Así, en el contrato suscripto, el 20/X/1971, por la Comisión Mixta Técnica paraguayo-argentina de Yacyretá-Apipé y HARZA y Asociados, para el estudio de factibilidad técnico-económico y financiero del aprovechamiento del río Paraná a la altura de las islas Yacyretá y Apipé,<sup>41</sup> se prevé, en la cláusula vigésimo primera, el recurso del arbitraje en caso de litigios relativos a la interpretación o ejecución del contrato. El tribunal arbitral debe aplicar ciertas normas jurídicas, según un orden de prelación estipulado por las partes, a saber: a) el contrato mismo; b) el derecho paraguayo y argentino; c) si las normas del derecho paraguayo y argentino fueren incompatibles, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Se agrega que las decisiones del tribunal arbitral son definitivas e inapelables ante ningún tribunal nacional o internacional.

Últimamente, sólo se pacta la aplicación del derecho nacional. Si la obra se realiza en la margen derecha o izquierda exclusivamente, se acuerda la aplicación del derecho argentino o paraguayo, según corresponda. Si la obra debe llevarse a cabo sobre el límite internacional, el contratista, en caso de estar domiciliado en un tercer Estado, tiene la obligación de fijar domicilio en territorio argentino o paraguayo siendo aplicable, en consecuencia, el derecho vigente en uno o en otro.

## CONCLUSIÓN

Cuando un grupo de personas decide asociarse de modo expreso con el propósito de realizar en común ciertas actividades lícitas, como por ejemplo ejercer el comercio, resulta necesario establecer las reglas internas que regirán el funcionamiento del grupo como tal. Estas normas, que precisarán la contribución que cada miembro debe hacer al grupo, el procedimiento que se debe seguir para adoptar las decisiones internas, la distribución de los bienes o beneficios que ingresen al grupo, el reparto de funciones y la regulación de las relaciones entre los miembros y el ejercicio de la representación externa, constituyen el estatuto del grupo.

---

<sup>40</sup> Con respecto a Itaipú, ver artículo XIX del tratado constitutivo.

<sup>41</sup> Este tipo de contratos pertenece a la categoría de acuerdos que la doctrina del derecho de gentes denomina cuasi internacionales o de desarrollo económico. Sobre este tema, ver BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid, 1984, pp. 167 y ss.

Una vez establecido el estatuto, éste entrará en vigor en virtud de un acto jurídico estatal lo que supone su admisión como un orden jurídico parcial dentro de un orden jurídico global o general.

Cuando el orden jurídico parcial de un grupo es considerado válido por el orden jurídico general o estatal, dicho grupo constituye una persona jurídica.

Las ideas que se acaban de exponer son aplicables no sólo a las personas jurídicas creadas por individuos dentro de un determinado orden jurídico estatal sino también a las que son producto de la voluntad de uno o más Estados. Este último supuesto, sin embargo, plantea un problema adicional que consiste en saber cuál es el orden jurídico global del que forma parte el orden jurídico parcial. A veces, los Estados, al constituir una persona jurídica, deciden someterla al derecho interno vigente en uno de ellos. En otras ocasiones, deciden someterla al derecho internacional. Fuera de estos casos paradigmáticos, existen otros que provocan algunas dudas despertando, por consiguiente, el interés del jurista. Un ejemplo de estas situaciones aparentemente poco claras es la Entidad Binacional Yacyretá.

La Entidad Binacional Yacyretá fue dotada, al momento de su creación, de un ordenamiento jurídico constituido esencialmente por el Tratado de 1973 y por su Estatuto. Más tarde, mediante la celebración de convenios complementarios, se acordaron nuevas normas destinadas, al igual que las anteriores, a regular la conducta de la Entidad.

El conjunto de estas disposiciones conforma un derecho especial creado por dos Estados, la Argentina y el Paraguay, con el objeto de regular las relaciones de la Entidad con sus funcionarios, empleados y operarios como así también con los contratistas, subcontratistas y proveedores.

Se trata, entonces, de saber si este orden jurídico parcial depende del derecho interno de los Estados que lo han creado o del derecho de gentes.

Esta cuestión es importante pues en la medida en que sea posible demostrar que al menos un derecho o una obligación previsto en el orden legal de Yacyretá puede hacerse valer en el plano internacional, se podrá afirmar que la Entidad Binacional es sujeto de derecho internacional.

El origen de las disposiciones que rigen el comportamiento de Yacyretá es sin duda internacional. Ellas están previstas en el tratado constitutivo, en el Estatuto de la Entidad que es parte de dicho tratado y en notas diplomáticas y protocolos adicionales que son indudablemente, cualquiera sea su denominación, acuerdos internacionales. Esta circunstancia conduce a la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema a la conclusión de que la Entidad Binacional Yacyretá es sujeto

de derecho internacional.<sup>42</sup> Respecto de esto, cabe formular algunas consideraciones.

Según el artículo XIX del Tratado de 1973, la jurisdicción aplicable a la Entidad Binacional Yacyretá, con relación a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en la Argentina o en el Paraguay, es la de la ciudad de Buenos Aires o la de la ciudad de Asunción, respectivamente. Por consiguiente, el juez competente será argentino o paraguayo según sea el caso. En cuanto al derecho aplicable, hay que hacer una distinción entre los funcionarios, empleados y operarios por un lado y por otro, los contratistas, subcontratistas y proveedores. En el primer caso, se deberá aplicar el Reglamento del Personal. En este sentido se expidió el juez Vázquez Vialard en la causa "Ocampo, Jorge Omar c/Entidad Binacional Yacyretá s/despido" del 30-VI-1983 al afirmar que

no existe disposición alguna que indique que al personal de la Entidad demandada de carácter binacional se le deba aplicar la ley argentina.<sup>43</sup>

Es el Reglamento del Personal el que establece el régimen laboral para regular las relaciones de la referida Entidad con su personal. Por lo tanto, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo.

En el caso de contratistas, subcontratistas y proveedores, el artículo XIX dispone la aplicación del derecho nacional o de las normas libremente pactadas por las partes según se trate de personas físicas o jurídicas domiciliadas en la Argentina o en el Paraguay o en un tercer Estado, respectivamente.

El artículo XX, por su parte, hace también una remisión expresa a las correspondientes leyes nacionales para la investigación y juzgamiento de la responsabilidad civil y penal de los funcionarios de la Entidad por actos lesivos a los intereses de ésta. Por consiguiente, los Consejeros, Directores y demás funcionarios argentinos y paraguayos no gozan de inmunidad de jurisdicción, como sería el caso de los funcionarios de organizaciones internacionales o de representaciones diplomáticas.<sup>44</sup>

En el caso de empleados de otra nacionalidad, se deberá proceder, en virtud de lo dispuesto por el artículo XIX, de conformidad con la

---

<sup>42</sup> Ver en ese sentido, DE LAS CARRERAS, "El Tratado de Yacyretá", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1981, n° 2, pp. 88-90. MARINO-REBASA, "La personalidad internacional de las Entidades Binacionales Yacyretá e Itaipú y de la Comisión Mixta de Salto Grande", *Integración Latinoamericana*, 1982, n° 74, pp. 46 y 48. Ver, con respecto a Itaipú, BETIOL, *Le Traité d'Itaipú. Aménagement hydroélectrique et entreprise internationale dans le Bassin de la Plata* (tesis de Paris I), 1979, pp. 341 y ss. y, en particular, p. 361.

<sup>43</sup> Este fallo está inédito.

<sup>44</sup> Con respecto a Itaipú, ver artículo XXI del tratado constitutivo.

legislación nacional argentina o paraguaya según que la sede de sus funciones se encuentre en la Argentina o en el Paraguay.<sup>45</sup>

En consecuencia, la igualdad de tratamiento con los funcionarios de los organismos internacionales establecidos en la República Argentina y en la República del Paraguay, que determina el acuerdo por cambio de notas del 22/IV/1977, en modo alguno podría sustraer a los funcionarios de la Entidad de la sumisión a las leyes nacionales tanto de procedimiento como de fondo, en los casos expresamente contemplados en el artículo XX del Tratado de 1973.

En este mismo orden de ideas es importante destacar que el artículo II del Protocolo de vigilancia y seguridad, firmado el 15/IX/1983, dispone que tales actividades deben ser ejercidas por Yacyretá. Para ello, el artículo 5º del anexo I prevé el establecimiento de un cuerpo de vigilancia formado por igual número de nacionales argentinos y paraguayos, vestidos y equipados uniformemente, que dependen de un jefe de vigilancia y seguridad y de un jefe adjunto de otra nacionalidad que la del titular.

Una vez verificada la infracción o el delito por la autoridad de aplicación, ésta deberá entregar los responsables a las autoridades del país dentro de cuyo territorio se hubiera cometido el hecho.

De lo hasta aquí expuesto surge que, no obstante la naturaleza internacional de los acuerdos que crean las normas reguladoras de la actividad de Yacyretá, los derechos que confieren a sus destinatarios sólo pueden hacerse valer en un orden jurídico estatal. En cuanto a las obligaciones, éstas tampoco pueden invocarse en el plano internacional sino solamente en el ámbito interno. Esto es así porque los Estados, cuando celebran un tratado, no necesariamente lo hacen con el objeto de crear normas internacionales, es decir, normas que otorguen a sus destinatarios un derecho o bien una obligación que puedan invocar en el orden internacional. A veces, los Estados utilizan la vía convencional para crear normas cuyo cumplimiento sólo puede ser reclamado o invocado en un determinado orden jurídico estatal.<sup>46</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de los Convenios de Ginebra de 1930 referentes a la letra de cambio o la Convención de Nueva York de 1962 sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Este es, indudablemente también, el caso del Tratado de Yacyretá y sus instrumentos adicionales. Existiría empero una excepción constituida por los contratos que la Entidad Binacional ha celebrado con personas físicas o jurídicas domiciliadas en terceros Estados y en los

---

45 *Ibid.*

46 Cfr. BARBERIS, "El concepto de tratado internacional", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), t. VI, 1982, pp. 22-24.

que se ha previsto que, de producirse un litigio, éste deberá ser resuelto por un tribunal arbitral mediante la aplicación de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Los denominados principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas son una de las fuentes del derecho de gentes. Asimismo, se encuentran enunciados en el artículo 38, inciso 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entre las normas que el Tribunal de La Haya deberá aplicar para la resolución de las controversias que le sean sometidas. Como tales principios son normas del derecho de gentes, Yacyretá podría ser considerada, en esa hipótesis, como sujeto de derecho internacional.

Otra cuestión que merece destacarse se vincula con el acuerdo por canje de notas suscripto el 22/IV/1977 por el que se decide conceder a la Entidad Binacional y a sus funcionarios el mismo tratamiento que se otorga a los organismos internacionales y a los funcionarios de éstos que se encuentren establecidos en territorio argentino y paraguay. El texto del acuerdo es, sin duda, oscuro dado que no especifica las materias respecto de las que se equipara a Yacyretá con una organización internacional y a los Directores y Consejeros con los denominados funcionarios internacionales. De lo anteriormente expuesto, sin embargo, es posible inferir que el término "tratamiento" no incluye las inmunidades características de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios. Si se quiere dar, pues, a dicho vocablo un sentido útil, cabe concluir que se refiere a los privilegios solamente. Esta interpretación, por lo demás se encuentra avalada por la práctica de los Estados. Conforme a ella, se reconocen a la Entidad y a sus funcionarios ciertas franquicias, particularmente, en materia de automotores.

De lo expresado cabe concluir que no existen elementos suficientes que permitan afirmar que la Entidad Binacional Yacyretá es sujeto de derecho de gentes.<sup>47</sup> Con respecto a la aplicación de principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, el argumento es, a nuestro modo de ver, teórico. Ya se ha indicado que en los últimos contratos que Yacyretá ha celebrado con personas físicas o jurídicas con domicilio constituido en un tercer Estado, substituyó la remisión a los principios generales de derecho por el derecho estatal. Por lo demás, no se tiene conocimiento de que se haya suscitado alguna controversia con motivo de la aplicación o interpretación de los contratos que contienen una cláusula que reenvía a tales principios y para cuya solución el tribunal arbitral recurriera a ellos.

---

<sup>47</sup> En este sentido, ver BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, p. 96; HERRERO, ob. cit., 3/IX/1985, p. 3.

El acuerdo por cambio de notas de 1977, por su parte, merece las siguientes observaciones. La concesión, por medio de un tratado, de ciertas franquicias relativas, por ejemplo, al ingreso de automotores es una facultad que los Estados pueden ejercer a favor de una entidad sin que por ello se pueda deducir que tal entidad está dotada, necesariamente, de personalidad internacional.<sup>48</sup> Por lo que se refiere al texto en sí del acuerdo, de modo alguno puede ser asimilado a los convenios que sobre inmunidades y privilegios conciertan las organizaciones internacionales.

ANA M. MOGLIA  
*Universidad Católica Argentina*

#### BIBLIOGRAFÍA

- DE LAS CARRERAS, ALFREDO M., "El tratado de Yacyretá", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1981, n° 2; pp. 85-96.
- HERRERO, FÉLIX, "El control de legalidad y oportunidad de la Entidad Binacional Yacyretá". *La Ley*, n°s. 164 (27/VIII/1985, pp. 2-3), 167 (30/VIII/1985, pp. 2-3) y 169 (3/IX/1985, pp. 2-3).
- MALBRÁN, MANUEL E., "El Ente Binacional Yacyretá", *La Prensa*, 13/X/1981, 2ª Secc., p. 1.
- MARINO, OSCAR R.; REBASA, MARCOS, "La personalidad internacional de las Entidades Binacionales Yacyretá e Itaipú y de la Comisión Mixta de Salto Grande". *Integración Latinoamericana*, noviembre 1982, n° 74, pp. 41-48.
- OPERTTI-BADAN, DIDIER, *Regulación jurídica internacional de los complejos de obras públicas binacionales y multinacionales con particular referencia a los problemas de derecho internacional privado que se plantean*. Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional, Viña del Mar, 1980, pp. 1-19.
- SARAVIA, ENRIQUE J., "Las Empresas Públicas Binacionales de Energía en América Latina. Aspectos Jurídicos y Administrativos". *Derecho de la Integración*, 1977, vol. 25-26, pp. 39-52.

---

<sup>48</sup> Idéntico criterio corresponde aplicar a los protocolos sobre tránsito de automotores (27/VII/1976), modificado el 15/IX/1983, y sobre transporte de materiales, equipos y maquinarias, sus accesorios y repuestos, útiles de oficina y otros instrumentos de trabajo (27/VII/1976), modificado el 15/IX/1983.

# LA POSICIÓN ARGENTINA RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN III APROBADA POR LA TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR \*

INTRODUCCIÓN. I. LA RESOLUCIÓN III EN LOS TRABAJOS DE LA TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR: 1. *De la sesión de Caracas a la disposición transitoria*. 2. *La sustitución de la disposición transitoria por la Resolución III*. — II. LA POSICIÓN ARGENTINA CON RESPECTO A LA RESOLUCIÓN III: 1. *La Resolución III no se aplica a la "cuestión Malvinas", sino las resoluciones específicas adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas*. 2. *La Resolución III no constituye parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. — III. VALOR JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN III: 1. *El valor jurídico de la Resolución III y la capacidad de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para adoptar resoluciones de carácter normativo*. 2. *Implicancias de la inseparabilidad referida en el Acta Final sobre el valor jurídico de la Resolución III*. — CONCLUSIÓN.

## INTRODUCCIÓN

El Gobierno argentino firmó en Nueva York la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 5 de octubre de 1984 y en esa oportunidad formuló una declaración en la que se destaca lo siguiente:

La firma de la Convención por parte del Gobierno argentino no implica aceptación del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y a ese respecto la República Argentina, como lo hiciera en su declaración escrita del 8 de diciembre de 1982 (A/Conf. 62/WS/35), hace expresa su reserva en el sentido de que la Resolución III, contenida en el Anexo I de dicha Acta Final, no afecta en modo alguno la "Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)" la cual se encuentra regida por las resoluciones específicas de la Asamblea General 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9 y 38/12, adoptadas en el marco del proceso de descolonización.<sup>1</sup>

La Resolución III fue adoptada por votación durante la sesión del 30 de abril de 1982 de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y está incluida en el Anexo I del Acta Final.<sup>2</sup> Su texto expresa:

---

\* El autor desea expresar su agradecimiento al Embajador Ernesto de La Guardia por sus comentarios y sugerencias a este trabajo.

1 El texto completo de la declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984 figura en el Anexo I del presente trabajo.

2 Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 160

### RESOLUCIÓN III

La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, teniendo presente la Carta de las Naciones Unidas, en particular el artículo 73,

1. Declara lo siguiente:

a) En el caso de un territorio cuyo pueblo no haya alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones concernientes a derecho e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y desarrollo;

b) En el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la presente resolución y respecto de la cual las Naciones Unidas hayan recomendado determinados medios de solución, las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los derechos a que hace referencia el apartado a). En esas consultas, los intereses del pueblo del territorio de que se trate constituirán una consideración fundamental.

Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia. Los Estados interesados harán todo lo posible por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni dificultarán el logro de una solución definitiva de la controversia;

2. Pide al Secretario General de las Naciones Unidas que señale la presente resolución a la atención de todos los miembros de las Naciones Unidas y de los demás participantes en la Conferencia así como de los órganos principales de las Naciones Unidas, y les solicita que cumplan lo dispuesto en ella. <sup>3</sup>

El 24 de septiembre de 1982 la Conferencia procedió a aprobar el Acta Final en cuyo párrafo 42 se expresa:

La Convención, que junto con las Resoluciones I a IV constituye un conjunto inseparable, fue aprobada en la 182ª sesión plenaria el 30 de abril de 1982 en votación registrada solicitada por una delegación. <sup>4</sup>

La delegación argentina que ya había expresado sus reservas sobre el texto de la Resolución III, y más específicamente su punto 1 (b), se encuentra con que tampoco puede aceptar la vinculación que se pretende establecer entre la Convención y la Resolución III y que por lo tanto no podrá firmar el Acta Final ni tampoco la Convención. De este modo la República Argentina quedaba al margen de una Convención que "constituía el fruto de tantos esfuerzos desplegados por numerosas delegaciones incluso la propia". <sup>5</sup>

3 A/Conf. 62/121, Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 152.

4 A/Conf. 62/121, Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149.

5 Cfr. la declaración del delegado argentino Embajador Ernesto de La Guardia durante la 185ª Sesión (24 de septiembre de 1982). Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 10.

Dos años transcurrieron prácticamente entre la aprobación del Acta Final y la firma por parte de nuestro país de la Convención sobre el Derecho del Mar, en cuyo transcurso las autoridades argentinas se abocaron a examinar el alcance real que podía tener la Resolución III para los derechos de la República sobre las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur.

El objeto del presente trabajo es el de exponer la posición argentina respecto a la Resolución III, sus implicancias respecto de la "Cuestión Malvinas" y el valor jurídico de la misma.

## I. LA RESOLUCIÓN III EN LOS TRABAJOS DE LA TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR.

### 1. *De la sesión de Caracas a la disposición transitoria*

El actual texto de la Resolución III es el resultado de la evolución que sufrió en el curso de la Conferencia el régimen aplicable a las jurisdicciones marítimas de los territorios no-autónomos y sometidos a la dominación colonial.

La posición de la mayoría de las delegaciones desde los inicios mismos de la Conferencia fue plenamente favorable a reconocer el derecho de las entidades no-autónomas sobre sus recursos marinos y la necesidad de preservar los mismos contra la utilización que en su provecho hicieran las metrópolis de esos territorios. Así, en 1974 durante el segundo período de sesiones en Caracas, un número de delegaciones pertenecientes al "Grupo de los 77" presentó diversos documentos a título de propuestas que instaban a preservar los recursos marítimos de los pueblos dependientes respecto al pueblo administrado; se puede citar por ejemplo, una propuesta auspiciada por Argentina, Cuba, Ecuador, Brasil, Bolivia, Marruecos, Libia entre otros, que declaraba que

los derechos reconocidos por la presente Convención no podrán ser invocados respecto de las islas u otros territorios bajo dominación colonial por parte de la potencia ocupante mientras subsista esta situación.<sup>6</sup>

Otro grupo de delegaciones, como las de los EE.UU. de América, Francia y el Reino Unido, consideraba que una propuesta semejante

---

6 A/Conf. 62/C.2/L.58. Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Marruecos, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Árabe Libia, República Dominicana y Uruguay. Proyecto de artículos sobre islas y otros territorios bajo dominación colonial u ocupación extranjera, 13 de agosto de 1974. Doc. Of. ONU, Vol. III, p. 265.

constituía una inadmisibile intervención en los asuntos internos y que los propósitos de la misma eran redundantes debido a que ya existía una disposición apropiada, la cual era el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.

A partir de la segunda sesión en Caracas en 1974 se incluye en la agenda de la Segunda Comisión el acápite titulado "Islas bajo dominación colonial, administración o control extranjeros".<sup>7</sup> En el mismo período de sesiones en el documento sobre las "Principales Tendencias" elaborado en el seno de la Segunda Comisión se incluyó una parte XIII reservada a la situación de las islas bajo dependencia o dominación extranjeras que recepta diversas propuestas en general coincidentes en reconocer a esos territorios derechos a aprovechar sus recursos marítimos adyacentes en beneficio propio.<sup>8</sup>

Estas propuestas fueron luego recogidas en el Texto Único Oficioso para Fines de Negociación elaborado en el curso del tercer período de sesiones. En el mismo se habilita una parte especial dedicada a los territorios bajo ocupación extranjera y se incluye un artículo 136 que en su párrafo primero reconoce el derecho de estos últimos sobre sus recursos marítimos y que en su segundo párrafo contempla el siguiente caso especial:

Quando exista una controversia sobre la soberanía de un territorio bajo ocupación extranjera o dominación colonial, los derechos mencionados en el párrafo 1 no se ejercerán hasta tanto se resuelva dicha controversia de conformidad con los principios y los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>9</sup>

En el cuarto período de sesiones el Texto Único Oficioso para Fines de Negociación sufre una primera revisión. La oposición de los países occidentales transforma el artículo 136 del proyecto en una "disposición transitoria". Esta dejaba subsistente el párrafo 1 y modificaba el 2 y el 3 quedando redactados de la manera siguiente:

2. Cuando existe una controversia sobre la soberanía de un territorio bajo ocupación extranjera o dominación colonial, en relación con el cual las Naciones Unidas hayan recomendado medios concretos de solución, los derechos mencionados en el párrafo 1 no se ejercerán salvo con el consentimiento previo de las partes en esa controversia, hasta que se

---

7 Organización del segundo período de sesiones de la Conferencia y asignación de temas. A/Conf. 62/29. Doc. Of. ONU, Vol. III, p. 67 y ss.

8 Exposición sobre las actividades de la Conferencia durante sus períodos de sesiones primero y segundo. Apéndice I. Documento de trabajo de la Segunda Comisión: Principales Tendencias. A/Conf. 62/L. 8/Rev. 1. Doc. Oficiales ONU, Vol. III, p. 163.

9 A/Conf. 62/WP. 8 Part. II, Doc. Of. ONU, Vol. IV, p. 179.

resuelva dicha controversia de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

3. Una potencia extranjera o metropolitana que administre, ocupe o pretenda administrar u ocupar un territorio no podrá en ningún caso, aprovechar o beneficiarse de los derechos a los que se refiere al artículo 1.<sup>10</sup>

Dicha disposición transitoria fue particularmente propiciada por la República Argentina y contó con el apoyo de los países integrantes del "Grupo de los 77" en tanto siguió contando con la resistencia de los países occidentales mencionados.

En el curso del sexto período de sesiones, en 1977, la disposición transitoria fue ubicada en la parte final del Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación luego de los artículos y antes de los anexos, de manera que la disposición transitoria pasaba a vincularse con la Convención en su conjunto.<sup>11</sup> Bajo esa forma la disposición transitoria no fue objeto de ningún debate oficial en las posteriores reuniones de la Conferencia.

## 2. *La sustitución de la disposición transitoria por la Resolución III*

En el curso del décimo y del undécimo período de sesiones de la Conferencia el tema de la disposición transitoria fue discutido en el seno de reuniones oficiosas de la Conferencia plenaria en el contexto de las cláusulas finales y como una cuestión vinculada a la participación en la Convención. La misma se convirtió en una cuestión extremadamente discutida y la Presidencia intentó excluirla de la discusión sobre las cláusulas finales.<sup>12</sup> El tema de la disposición transitoria fue abordado por un Grupo *ad-hoc* integrado por los países que tenían un mayor interés por la cuestión y convocado por el Presidente de la Conferencia. En dicho Grupo los delegados de Túnez y de la Argentina eran los únicos representantes de los "77".

Las objeciones de los países occidentales se referían básicamente al párrafo 1 de la disposición transitoria, vale decir al principio con arreglo al cual la población de los territorios dependientes tenía derechos sobre sus jurisdicciones marítimas.<sup>13</sup> No obstante en el curso de los trabajos

---

10 A/Conf. 62/WP. 8/Rev. 4, Doc. Of. ONU, Vol. V, p. 186.

11 A/Conf. 62/WP. 10, Doc. Of. ONU, Vol. VIII, p. 53.

12 En un resumen sobre las discusiones de las sesiones oficiosas de la Conferencia plenaria del 31 de marzo y del 19 de abril de 1981 el Presidente expresaba que según una de las posiciones, los territorios objeto de controversia no podían gozar de los beneficios acordados por la Convención. Según la tesis opuesta no existen motivos para extender en beneficio de los mismos las disposiciones de la Convención. FC/25, para. 5 (b).

13 Ver la declaración del Representante del Reino Unido durante la 160ª sesión (30 de marzo de 1982), Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 26.

del Grupo antes mencionado, estos países expresaron que estaban dispuestos a flexibilizar su posición respecto al texto de la disposición transitoria si éste era expuesto en forma de una "resolución" de la Tercera Conferencia manteniendo su oposición a que figurara como un artículo de la Convención.

Lentamente fue prevaleciendo la posición occidental que, incluso pidió una reformulación del párrafo 2 de la disposición transitoria. Fueron vanos entonces los esfuerzos de la delegación argentina para lograr que se mantuviera la versión original de la disposición transitoria. Luego de sucesivas reuniones el delegado de Bulgaria presentó un papel de compromiso en estos términos:

1. En el caso de un territorio cuya población no haya alcanzado la plena independencia ni otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o de un territorio bajo dominación colonial, las disposiciones relativas a derechos e intereses según esta Convención serán aplicadas en beneficio de la población del territorio con miras a promover su bienestar, y desarrollo.

2. Cuando exista una controversia entre Estados acerca de la soberanía sobre un territorio al que se aplica esta declaración, en relación con la cual las Naciones Unidas hayan recomendado medios concretos de solución, se realizarán consultas entre las partes en esa controversia acerca del ejercicio de los derechos referidos en el párrafo 1. En tales consultas los intereses de la población del territorio en cuestión constituirán una consideración fundamental. Cualquier ejercicio de esos derechos tendrá en cuenta las pertinentes resoluciones de las Naciones Unidas y no perjudicará la posición de una u otra parte en la controversia. Los Estados involucrados se esforzarán por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni obstaculizarán el logro de una solución definitiva de la controversia.<sup>14</sup>

Sin perjuicio de las modificaciones de texto que se observan en el párrafo 1, el párrafo 2 propuesto sustituía "el consentimiento previo de las partes en la controversia" —importante posición argentina— por "consultas entre las partes en esa controversia", debilitando sensiblemente el texto. Introducía asimismo "los intereses de la población del territorio en cuestión (como) una consideración fundamental". Aunque durante las negociaciones con Gran Bretaña sobre Malvinas, la Argentina siempre había aceptado reconocer los "intereses de la población" y no los "deseos de la población" esta frase tampoco favorecía a la posición argentina. Sólo podía mejorar su posición con la frase referente a "las pertinentes resoluciones de las Naciones Unidas". En el seno del Grupo la delegación argentina hizo saber su disconformidad con ese texto, pero fue la única en hacerlo y ni siquiera Túnez que actuaba como coordinador de los "77" se manifestó en contra.

---

<sup>14</sup> Papel de trabajo presentado por el Presidente, Sr. Yankov en el Grupo Ad-Hoc.

El resultado está reflejado en el informe del Presidente de la Conferencia sobre la "Cuestión de la Participación en la Convención" que expresa en su parte pertinente:

19. Al final de las deliberaciones sobre la participación se consideró la cuestión de la disposición transitoria. El portavoz del Grupo de los 77 explicó una vez más los principios en que se fundaba el proyecto de artículo presentado por ese Grupo en la continuación del décimo período de sesiones celebrado en Ginebra. No parecía haber controversia alguna respecto del principio en que se basa la disposición transitoria, a saber, que los pueblos de los territorios mencionados en ella deberían ser los beneficiarios de los recursos de esos territorios. Sin embargo, tanto los términos utilizados para expresar este principio como la cuestión de la ubicación de la disposición en la Convención seguían planteando problemas. Se sugirió que la disposición de transición se convirtiera en una resolución de la Conferencia. Esta idea parecía constituir la mejor solución de transacción. El proyecto de resolución que figura en el Anexo III del presente informe es el resultado de las negociaciones celebradas por el Presidente con las delegaciones más interesadas en la cuestión.<sup>15</sup>

El resultado final fue la inclusión de la Resolución III, cuyo texto se aprobó por votación en la Conferencia.<sup>16</sup>

Las intervenciones realizadas en el curso de las sesiones plenarias 156 a 163 de la Conferencia muestran que en general las delegaciones adherían al compromiso al que había llegado el Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Resolución III, salvo la Argentina.<sup>17</sup>

Luego, en su sesión plenaria del 30 de abril de 1982, la Conferencia procedió a aprobar por votación la Convención y las Resoluciones I a IV.<sup>18</sup> La delegación argentina votó en favor de todos esos instrumentos que fueron adoptados en conjunto, pero en tal oportunidad el delegado argentino Boucher declaró que la Argentina se había pronunciado en favor del conjunto de los instrumentos votados pero que si la votación se hubiera hecho de manera separada habría votado en contra de la Resolución III.<sup>19</sup>

Finalmente en oportunidad de la adopción del Acta Final el 24 de septiembre de 1982 la delegación argentina reiteró sus reservas respecto a la Resolución III preservando sus derechos sobre el territorio de Malvi-

---

<sup>15</sup> Informe del Presidente sobre la Cuestión de la Participación en la Convención. A/Conf. 62/L.86, párrafo 19. Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 206.

<sup>16</sup> La Resolución III figuraba en el Anexo II del Informe de la Presidencia sobre la Cuestión de la Participación en la Convención. A/Conf. 62/L.86, Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 209.

<sup>17</sup> Actas resumidas de las Sesiones Plenarias 156 a 180. Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 3 y ss.

<sup>18</sup> Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 160.

<sup>19</sup> Declaración del delegado argentino Boucher, durante la sesión 182 (30 de abril de 1982). Doc. Of. ONU. Vol. XVI, p. 160.

nas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y anunciando que no firmaría ni el Acta Final ni la Convención sobre el Derecho del Mar.<sup>20</sup> En esta oportunidad la parte británica replicó la intervención argentina en los siguientes términos:

Por su parte el Reino Unido se propone ejercer todos los derechos que le corresponden en las aguas situadas alrededor de las islas Falkland en interés de la población del territorio y de conformidad con el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>21</sup>

Cabe destacar que en oportunidad de la votación de los instrumentos de la Conferencia la delegación británica había votado en abstención.

## II. LA POSICIÓN ARGENTINA CON RESPECTO A LA RESOLUCIÓN III

En su declaración del 5 de octubre de 1984 hecha en oportunidad de la firma de la Convención sobre el Derecho del Mar el Gobierno argentino expresó los aspectos fundamentales de su posición respecto a la Resolución III.

Según la posición argentina la Resolución III no se aplica a la "Cuestión Malvinas" la que se encuentra regida por las resoluciones específicas adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco del proceso de descolonización. En la misma declaración el Gobierno argentino formuló su interpretación sobre el párrafo 42 del Acta Final señalando que la Resolución III no puede constituir parte integrante de la Convención sobre el Derecho del Mar.<sup>22</sup>

Estos aspectos principales de la posición argentina serán tratados seguidamente.

### 1. *La Resolución III no se aplica a la "Cuestión Malvinas" sino las resoluciones específicas adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas*

El Gobierno argentino expresó en su declaración del 5 de octubre de 1984 lo siguiente:

La firma de la Convención por parte del Gobierno argentino no implica aceptación del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones

---

<sup>20</sup> Declaración del delegado argentino Embajador de La Guardia durante la 185ª sesión (24 de septiembre) citada en nota 5 *supra*.

<sup>21</sup> Declaración del delegado británico, Sr. Powell Jones, durante la 185ª sesión. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 10.

<sup>22</sup> La interpretación argentina se refiere al siguiente pasaje del párrafo 42 del Acta Final: "La Convención, que junto con las Resoluciones I a IV constituye 'un conjunto inseparable' fue aprobada en la 185ª sesión plenaria". A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149.

Unidas sobre el Derecho del Mar y a ese respecto la República Argentina, como lo hiciera en su declaración escrita del 8 de diciembre de 1982 (A/Conf. 62/WS/35), hace expresa su reserva en el sentido de que la Resolución III, contenida en el Anexo I de dicha Acta Final, no afecta en modo alguno la "Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)", la cual se encuentra regida por las resoluciones específicas de la Asamblea General 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9 y 38/12, adoptadas en el marco del proceso de descolonización.<sup>23</sup>

Del párrafo citado resulta que para el Gobierno argentino la Resolución III no es aplicable a la "Cuestión Malvinas" y que la misma se encuentra regida por las Resoluciones específicas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A continuación abordaremos ambas cuestiones mencionadas en la declaración del Gobierno argentino.

De la declaración argentina surge en primer lugar que el Gobierno argentino se abstuvo de rechazar la Resolución III en su conjunto, limitándose sólo a excluir su aplicación a la "Cuestión Malvinas". En cambio la posición asumida por la delegación argentina en el curso de la Conferencia había sido inicialmente opuesta al texto de la Resolución III, y en particular de su párrafo 1 (b). En su intervención del 31 de marzo de 1982 durante la sesión plenaria 161 el delegado argentino embajador Candiotti expresó:

El Gobierno argentino no está en condiciones de aceptar la redacción del proyecto de resolución que figura en el Anexo III. A su juicio, debería mantenerse la actual disposición transitoria que figura en el documento A/Conf. 62/L. 78.<sup>24</sup>

Cabe entonces preguntarse por las razones que originaron esta modificación en la formulación de la posición argentina respecto a la Resolución III. La misma es explicable si se tiene en cuenta que cuando la Conferencia ingresó en la fase de aprobación de sus instrumentos se introdujo el sistema de las votaciones conjuntas y, en consecuencia, la delegación argentina se vio impedida de solicitar la votación por separado del párrafo 1 (b) de la Resolución III, así como la votación separada de la Resolución III respecto de las Resoluciones I, II y IV y respecto de la Convención sobre el Derecho del Mar.<sup>25</sup> En consecuencia el procedimiento de las votaciones conjuntas comprometen a la posición argentina en el curso de la Conferencia dado que no podrá votar separadamente la Resolución III, respecto de los otros instrumentos. Para el Gobierno argentino la cuestión era comprometida porque como integrante del "Grupo de los 77" propiciaba firmemente la aprobación de la Convención por la

---

<sup>23</sup> Párrafo 2 de la declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984.

<sup>24</sup> Intervención del delegado argentino Embajador Enrique Candiotti durante la 161ª sesión (31 de marzo de 1982), Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 32.

<sup>25</sup> Cfr. declaración del Presidente de la Conferencia del 30 de abril de 1982 durante la 181ª sesión. Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 157.

Conferencia sobre el Derecho del Mar. Frente a la alternativa de votar en contra o en favor de la Convención, la delegación argentina optó por votar en favor de todos los instrumentos, entre los cuales figuraba la Resolución III.<sup>26</sup>

En la etapa siguiente a la aprobación de la Convención la Argentina aprovechará toda oportunidad para declarar que continúa rechazando los términos de la Resolución III 1 (b) y que el hecho que haya votado en favor obedece simplemente al respeto del compromiso contraído con el "Grupo de los 77" de votar en favor de la Convención. En su intervención del 30 de abril de 1982 durante la sesión 183 el delegado argentino Boucher expresó:

Si se hubiese procedido a la votación separada respecto de los proyectos de Resolución III la Argentina habría votado en contra del párrafo 2 del proyecto de Resolución III.<sup>27</sup>

Por su parte el delegado argentino embajador de La Guardia, en su intervención del 24 de septiembre declaró:

El 30 de abril de 1982 la Conferencia adoptó como un conjunto el texto de la Convención y las cuatro resoluciones. La delegación argentina ha votado en favor de dicho conjunto teniendo en cuenta el compromiso que había suscripto con el Grupo de los "77" en favor de la adopción lo más pronto posible del proyecto de Convención. La delegación argentina había entonces reafirmado respecto de la Resolución III la reserva que había formulado durante la sesión oficiosa del 31 de marzo de 1982. Si se hubiera procedido a votar separadamente cada uno de los documentos la delegación argentina habría votado contra esa Resolución cuya redacción considera inaceptable.<sup>28</sup>

Las intervenciones posteriores de la delegación argentina durante la etapa final de la Conferencia estarán destinadas a reafirmar que la Resolución III no es aplicable a la "Cuestión Malvinas". Así nuestra delegación efectuó gestiones en oportunidad de la elaboración del Acta Final para introducir una declaración que excluyera la aplicación de la Resolución III a la "Cuestión Malvinas".<sup>29</sup> Pero como la misma no logrará apoyo suficiente para su aprobación la delegación argentina formulará una interpretación unilateral sobre el alcance de la Resolución III, resguardando los derechos de nuestro país sobre Malvinas, Georgias y Sandwich

---

<sup>26</sup> Ver Doc. Of. ONU, Vol. VI, p. 160.

<sup>27</sup> Declaración del delegado argentino Boucher durante la sesión 182ª citada en la nota 19.

<sup>28</sup> Declaración del delegado argentino, Embajador de La Guardia, del 24 de septiembre, citada en nota 5.

<sup>29</sup> A título de una declaración interpretativa formulada en el Acta Final limitando el alcance de la aplicación de la Resolución III.

del Sur reafirmando además la aplicación de las resoluciones específicas de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre esta cuestión.<sup>30</sup>

El párrafo 2 de la declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984 se inscribe en esta posición.

En segundo lugar la referencia a las resoluciones adoptadas por la Asamblea General sobre la "Cuestión Malvinas" estaría destinada a reafirmar que las mismas son las que establecen el marco jurídico general que debe regir el tratamiento de esta cuestión. Recordemos que dichas resoluciones consideran que la "Cuestión Malvinas" constituye una controversia entre la República Argentina y el Reino Unido respecto a la soberanía sobre los territorios de Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur e invitan a ambos Gobiernos a buscar una solución pacífica de este difiriendo teniendo en cuenta las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Resolución 1514/XV así como los intereses de la población de las Islas.<sup>31</sup>

Cabe preguntarse si la inclusión de las mismas en la declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984 tiene por objeto plantear una incompatibilidad entre las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Malvinas y la Resolución III adoptada por la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar. Al respecto nos parece conveniente recordar algunos aspectos de la posición asumida por la delegación argentina a partir de los trabajos de la Tercera Conferencia. La delegación de nuestro país había apoyado la solución propiciada por el párrafo 2 de la disposición transitoria cuyo texto era el siguiente:

2. Cuando exista una controversia sobre la soberanía de un territorio bajo ocupación extranjera o dominación colonial, en relación con el cual las Naciones Unidas hayan recomendado medios concretos de solución, los derechos mencionados en el párrafo 1 no se ejercerán salvo con el consentimiento previo de las partes en esa controversia, hasta que se resuelva dicha controversia de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>32</sup>

Vale decir que de acuerdo con el régimen propiciado por el párrafo 2 de la disposición transitoria la extensión de los derechos reconocidos por la Convención en beneficio de los territorios coloniales o dependientes estaba subordinado a la solución de la controversia sobre la soberanía de los mismos. Para la Argentina esta solución era compatible con la preconizada por las resoluciones de la Asamblea General sobre la "Cuestión Malvinas".

---

30 Cfr. declaración escrita del Gobierno argentino de fecha 8 de diciembre de 1982. A/Conf.62/WS/35. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 231.

31 En particular nos referimos a las Resoluciones 2065 (XX), 3166 (XVIII), 31/49, 37/9 y 38/12 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

32 A/Conf. 62/WP.10. Doc. Of. ONU, Vol. VIII, p. 53.

Para el Gobierno argentino la Resolución III 1 (b) al admitir que se pueden extender las disposiciones de la Convención en beneficio de los territorios coloniales, no obstante la existencia de una controversia estaría siguiendo el camino inverso al recomendado por el párrafo 2 de la disposición transitoria, y a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión Malvinas".<sup>33</sup>

En uno de los pasajes de la declaración del delegado argentino embajador de La Guardia se expresa:

...en la redacción de la Resolución III y, en especial la del apartado b), del párrafo 1, se traicionan los principios invocados en el párrafo 2 de la antigua disposición transitoria relativa a los territorios objeto de conflicto. Según la Argentina la Resolución III de ningún modo puede referirse a las Islas Malvinas, que entraba en el ámbito del proceso de descolonización emprendido por las Naciones Unidas.<sup>34</sup>

Cabe destacar que la Resolución III expresa en su párrafo 1 (b) que el ejercicio de los derechos mencionados en su párrafo 1 (a) se haga teniendo en cuenta las resoluciones particulares de las Naciones Unidas sobre la cuestión.<sup>35</sup> El hecho de que se haya incluido esta frase tampoco satisfizo a la posición argentina para la cual las resoluciones particulares de las Naciones Unidas sobre la "Cuestión Malvinas" establecían justamente la solución inversa a la preconizada por la Resolución III 1 (b).

Al respecto nos parece pertinente citar los párrafos 3 y 4 de la declaración argentina del 5 de octubre de 1984 que expresan:

En este sentido y teniendo en cuenta que las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur forman parte integrante del territorio argentino, el Gobierno argentino manifiesta que en ellas no reconoce ni reconocerá la titularidad ni el ejercicio por cualquier otro Estado, comunidad o entidad, de ningún derecho de jurisdicción marítima que pretenda ampararse en una interpretación de la Resolución III que vulnere los derechos de la Argentina sobre las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur y las áreas marítimas correspondientes. Por consiguiente, tampoco reconoce ni reconocerá y considerará nula cualquier actividad o medida que pudiera realizarse o adoptarse sin su consentimiento con referencia a esta cuestión, que el Gobierno argentino considera de la mayor importancia.

---

33 Esta posición se desprende también a nuestro juicio de las declaraciones siguientes efectuadas por la delegación argentina en el curso de la Conferencia: Intervención del Embajador Candiotti durante la 161ª sesión. Ver nota 24 *supra* y declaración del Gobierno argentino de fecha 8 de diciembre de 1982. Ver nota 30 *supra*.

34 Intervención del delegado argentino, Embajador de La Guardia, del 24 de septiembre, citada en nota 5.

35 Según el párrafo 1 b) de la Resolución III: "...Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia". A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p] 152.

En tal sentido el Gobierno argentino entenderá que la materialización de actos de la naturaleza antes mencionada es contraria a las referidas resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas, cuyo claro objetivo es la solución pacífica de la disputa de soberanía sobre las Islas por la vía de las negociaciones bilaterales y con los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas.<sup>36</sup>

Como se puede observar la declaración argentina evita plantear una incompatibilidad directa entre la Resolución III I (b) y las resoluciones de la Asamblea General al considerar que lo que sería violatorio de dichas resoluciones sería el ejercicio de ciertas jurisdicciones en las áreas marítimas de Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. Sin embargo de la declaración argentina surge también que el instrumento que puede constituir la base de la violación de las mencionadas resoluciones de Naciones Unidas es la Resolución III según la cual, no obstante la existencia de una controversia entre Estados sobre la soberanía de un territorio, se puede extender en beneficio del pueblo respectivo las disposiciones de la Convención.

En conclusión y en respuesta a la pregunta planteada inicialmente consideramos que en su declaración del 5 de octubre de 1984 el Gobierno argentino se abstuvo de plantear en términos expresos una incompatibilidad entre las resoluciones de las Naciones Unidas sobre Malvinas y la Resolución III de la Conferencia sobre el Derecho del Mar. No obstante creemos que esta incompatibilidad es expresada en forma implícita cuando se declara que el ejercicio de jurisdicciones en los territorios de Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur basados en una interpretación de la Resolución III sería violatorio de dichas resoluciones de las Naciones Unidas.

**2. *La Resolución III no constituye parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.***

La Resolución III se encuentra ubicada en el Anexo I del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Juntamente con la Resolución III figuran en el mencionado Anexo las siguientes resoluciones: la Resolución I por la que se establece una Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Resolución II relativa a las inversiones preparatorias en las primeras actividades relacionadas con los nódulos polimetálicos, y la Resolución IV relativa a los movimientos de liberación nacional.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984.

<sup>37</sup> A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149 y ss.

El 24 de septiembre de 1982 la Conferencia procedió a aprobar el Acta Final que en su párrafo 42 expresa:

La Convención, que junto con las Resoluciones I a IV constituye un conjunto inseparable, fue aprobada en la 182ª sesión plenaria el 30 de abril de 1982 en votación registrada solicitada por una Delegación.<sup>38</sup>

La delegación argentina que había manifestado en el curso de la Conferencia sus reservas respecto a la Resolución III, se encontró en la situación que tampoco podía aceptar la vinculación establecida por el Acta Final entre la Convención y las Resoluciones I a IV. En la misma sesión en la que se aprobó el Acta Final el delegado argentino embajador de La Guardia formuló una declaración en la cual expresó:

La delegación argentina lamenta profundamente no poder firmar el Acta Final ni la Convención que son el fruto de esfuerzos desplegados por numerosas delegaciones incluida la propia...<sup>39</sup>

La firma del Acta Final por parte del Gobierno argentino habría tenido por efecto manifestar su adhesión a lo expresado en el párrafo 42, en el sentido de que la Convención y las Resoluciones I a IV constituyen un conjunto inseparable.<sup>40</sup> La Argentina que se oponía a la Resolución III, tampoco podía aceptar que la misma pudiera ser considerada como parte de un conjunto inseparable con la Convención sobre el Derecho del Mar. Por tal motivo el Gobierno argentino no firmó el Acta Final.

Como se ha indicado el texto del párrafo 42 incluso produjo que en septiembre de 1982 el Gobierno argentino anunciara su decisión de no firmar la Convención sobre el Derecho del Mar. De este modo la vinculación establecida por el Acta Final entre la Convención y las Resoluciones I a IV comprometía la posición de nuestro Gobierno respecto al instrumento convencional. La República Argentina quedaría entonces excluida transitoriamente del régimen de la Convención cuyo texto aceptaba y en cuya elaboración había participado activamente.<sup>41</sup>

---

38 A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149.

39 Intervención del delegado argentino, Embajador Ernesto de La Guardia, durante la 185ª sesión del 24 de septiembre de 1982. Ver nota 5 *supra*.

40 Respecto a la cuestión del valor jurídico de las Actas Finales de las Conferencias Internacionales, ver el artículo de Platzöder, "Observations sur la Nature juridique de l'Acte Final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe", *Annuaire Français de Droit International*, 1975, p. 131 y ss.

41 La República Argentina quedaba al margen de los trabajos de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos dado que no firmó la Convención sobre el Derecho del Mar. Según el párrafo 2 de la Resolución I de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar relativa al establecimiento de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: "La Comisión estará integrada por los Representantes de los Estados... que hayan firmado la Convención o se hayan adherido a ella". A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149.

Dado que según su artículo 305 (2) la Convención sobre el Derecho del Mar se encontraba abierta a la firma hasta el 9 de diciembre de 1984, las autoridades argentinas consideraron conveniente diferir la firma del instrumento mientras se abocaban a analizar las implicancias del párrafo 42 del Acta Final y de la Resolución III para nuestro país.<sup>42</sup>

El 5 de octubre de 1984 casi dos meses antes de concluir el período de firma de la Convención el Gobierno argentino suscribió en Nueva York dicho instrumento y en esa oportunidad formuló una declaración cuya parte pertinente expresa:

Además, la República Argentina entiende que al referirse al Acta Final, en su párrafo 42, a que la Convención "junto con las Resoluciones I a IV, constituye un conjunto inseparable", meramente describe el procedimiento que se siguió para evitar en la Conferencia una serie de votaciones separadas sobre la Convención y las Resoluciones. La Convención misma claramente establece en su artículo 318 que sólo sus anexos forman parte integrante de ella, por lo que todo otro instrumento o documento aun cuando haya sido adoptado por la Conferencia no forma parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.<sup>43</sup>

La declaración argentina no se limita a interpretar el sentido que puede tener la inseparabilidad respecto a la Resolución III sino que engloba las Resoluciones I a IV en su conjunto. Su objetivo principal consiste en afirmar que las mencionadas resoluciones no pueden ser consideradas como parte integrante de la Convención sobre el Derecho del Mar. En la misma se hace referencia al artículo 318 de la Convención cuyo texto es el siguiente:

Los anexos son parte integrante de esta Convención y, salvo que se disponga expresamente otra cosa, toda referencia a la Convención o a una de sus partes constituye asimismo una referencia a los anexos correspondientes.<sup>44</sup>

Según la interpretación argentina del artículo 318 surge que sólo los anexos de la Convención pueden ser considerados como parte integrante de la misma. En consecuencia, las Resoluciones I al IV que figuran en el Anexo I del Acta Final no podrían ser consideradas como parte integrante de la Convención. De lo que se deduce que para el Gobierno argentino el

---

<sup>42</sup> El artículo 305 (d) de la Convención sobre el Derecho del Mar expresa: "La presente Convención estará abierta a la firma hasta el 9 de diciembre de 1984, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Jamaica y asimismo desde el 19 de julio de 1983 hasta el 2 de diciembre de 1984 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York". A/Conf. 62/122. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 207.

<sup>43</sup> Párrafos 4 y 5 de la declaración del Gobierno argentino del 5 de octubre de 1984.

<sup>44</sup> A/Conf. 62/122. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 209.

párrafo 42 no podría incorporar nuevos anexos a los ya admitidos por la Convención.

La interpretación retenida por el Gobierno argentino es que la inseparabilidad mencionada en el Acta Final se refiere al procedimiento seguido por la Conferencia para evitar que se pudiera separar las votaciones de la Convención y de las Resoluciones I a IV. Recordemos que el párrafo 42 alude a la Convención y a las Resoluciones I a IV como un conjunto inseparable al referirse a la etapa en la que dichos instrumentos fueron aprobados por la Conferencia.

Si nos retrotraemos a dicha etapa encontramos que efectivamente la Presidencia declaró durante la 181ª sesión de la Conferencia que el Proyecto de Convención y las resoluciones conexas (en alusión a las Resoluciones I a IV) constituían un todo inseparable.<sup>45</sup> En la sesión siguiente a pedido de la delegación americana, se procedió a la adopción de los instrumentos antes citados por votación y, en esa oportunidad la Presidencia volvió a reiterar que se debían someter a votación de manera conjunta.<sup>46</sup>

Según la Argentina el párrafo 42 al evocar el procedimiento seguido por la Conferencia para la aprobación de sus instrumentos carecía de un contenido específico y se agotaría en la faz puramente interna de la Conferencia.

### III. VALOR JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN III

El análisis del valor jurídico de la Resolución III está destinado a determinar si la misma constituye o no un instrumento de carácter normativo.

Cuando un instrumento tiene valor normativo reviste entonces un valor vinculatorio para los Estados creando respecto a ellos determinados derechos y obligaciones. Para que un instrumento tenga dicho valor se requiere que haya sido producido en virtud de alguno de los métodos tradicionales de creación del Derecho Internacional Público aceptado por los Estados miembros de la comunidad internacional.<sup>47</sup>

Los procedimientos de elaboración de las normas jurídicas, vale decir las fuentes formales, están enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el que incluye a las normas convenciona-

---

<sup>45</sup> Declaración de la Presidencia durante la 181ª sesión (30 de abril de 1982). Doc. Of. ONU, Vol. VI, p. 157.

<sup>46</sup> Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 160.

<sup>47</sup> Consideramos que los Estados soberanos continúan representando los actores principales en la elaboración de las normas del Derecho Internacional Público actual. Esta afirmación para nada desconoce la contribución que en tal sentido puedan efectuar otros sujetos del derecho internacional, tales como las organizaciones internacionales, etc.

les, a las normas consuetudinarias y a los principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas.<sup>48 49</sup> En su obra titulada *Principios del Derecho Internacional Público*, Hans Kelsen señala que los dos métodos principales de creación del Derecho Internacional Público son los tratados y la costumbre. Según Kelsen

el orden jurídico internacional está compuesto por normas creadas por la costumbre (derecho internacional consuetudinario) y normas creadas por los tratados (derecho internacional convencional).<sup>50</sup>

Recordemos que las resoluciones aprobadas por las Organizaciones Internacionales o bien por las Conferencias Internacionales auspiciadas por una Organización Internacional, no pertenecen a ninguna de las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>51</sup>. En consecuencia, para que una resolución aprobada por alguno de los órganos citados tenga carácter normativo es necesario que haya recibido una autorización en virtud de una disposición inequívoca de un tratado para adoptar instrumentos de carácter normativo y con carácter obligatorio para los Estados destinatarios de las mismas.<sup>52</sup>

---

48 Consideramos que en el sentido técnico del término conviene reservar la denominación de fuentes del Derecho Internacional a las fuentes formales. Las fuentes materiales extraídas de un ámbito extrajurídico tales como la opinión pública, la solidaridad, la conciencia colectiva, etc., que resultan de un conjunto de hechos materiales e ideales, pertenecen más bien al ámbito de la sociología jurídica o de la filosofía del derecho.

49 El artículo 38 del Estatuto de la CIJ al enumerar las fuentes lo hace en la forma siguiente: "La Corte cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las Convenciones Internacionales, sean generales o particulares, que establezcan las reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; c) los principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59".

50 Ver HANS KELSEN, *Principios del Derecho Internacional Público*, p. 241.

51 Con esta afirmación no queremos negar que el Derecho Internacional pueda ser creado por otros procedimientos fuera de los enumerados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como ocurre con una parte del formado en el seno de las organizaciones internacionales por medio de las resoluciones o recomendaciones. De todos modos queremos poner de manifiesto que el Derecho de las Organizaciones Internacionales nace, en su mayor parte, por procedimientos secundarios de producción jurídica, pues tiene su origen y se basa en el tratado que crea el organismo de referencia o en un acuerdo posterior entre los miembros de la organización internacional. En consecuencia, para que el derecho creado por otros procedimientos distintos de los enumerados en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia pueda tener un carácter obligatorio para los Estados es necesario que tenga su origen en una norma de carácter convencional o que constituya la manifestación de una norma consuetudinaria.

52 Cfr. KRYSZTOF ZKUBISZEWSKI, "A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations" en *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, p. 510 y ss.

A fin de determinar el valor jurídico de la Resolución III se analizarán a continuación en un primer lugar la capacidad de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas para aprobar resoluciones de carácter normativo (1) y, en un segundo lugar las implicancias que sobre el valor normativo de este instrumento puede tener el párrafo 42 del Acta Final de la Conferencia sobre el Derecho del Mar al expresar que la Convención y las Resoluciones I a IV constituyen "un conjunto inseparable" (2).

1. *El valor jurídico de la Resolución III y la capacidad de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para adoptar resoluciones de carácter normativo.*

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue convocada en virtud de la Resolución 3067 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que dio por terminados los trabajos del Comité de Fondos Marinos, que actuaba como órgano preparatorio de la Conferencia.<sup>53</sup>

Más allá de la tarea de codificar y de desarrollar progresivamente las normas del Derecho del Mar, la Tercera Conferencia debió ocuparse de ensayar una verdadera revisión de esta materia para acomodarla a las exigencias actuales.

Tal tarea debía ser naturalmente asignada a una Conferencia que tuviera un carácter político y por tal motivo se decidió invitar a los Estados miembros de las Naciones Unidas y de Organismos Internacionales, buscando lograr una participación lo más amplia posible de los Estados que integran la comunidad internacional.<sup>54</sup>

El mandato de esta Conferencia fue fijado por el párrafo 3 de la Resolución 3067 (XXVIII) adoptado por votación de los Estados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas y cuyo texto es el siguiente:

La Asamblea General: ...3) Decide que el mandato de la Conferencia sea aprobar una Convención en la que se traten todas las cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar, teniendo en consideración los temas enumerados en el párrafo 2 de la Resolución 2750 C(XXV) de la Asamblea General y la lista de temas y cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar que la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción

---

53 Resolución 3067 (XXVIII) de la Asamblea General "Reserva Exclusiva para fines pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su subsuelo en alta mar fuera de los límites de la jurisdicción nacional actual y empleo de sus recursos en beneficio de la humanidad y convocatoria de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", aprobada el 16 de noviembre de 1973.

54 *Ibid.*

nacional aprobó oficialmente el 18 de agosto de 1972 y teniendo en cuenta que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados y constituyen un todo.<sup>55</sup>

En consecuencia podemos afirmar que la Conferencia sobre el Derecho del Mar fue una Conferencia de representantes de Gobiernos convocada en virtud de un mandato expreso que figura en una resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y limitado solamente a la aprobación de una Convención sobre el Derecho del Mar. Dicha Convención por su parte no puede obligar a los Estados participantes en la Conferencia sino después de haber recibido un determinado número de ratificaciones.<sup>56</sup> De lo que se deduce que, según el mandato otorgado a la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, la misma no fue autorizada a adoptar resoluciones con carácter normativo y obligatorias para los Estados.

Frente a esta afirmación cabría preguntarse por qué la Conferencia adoptó resoluciones del tipo de la I y la II, las que de acuerdo a su contenido instituyen ciertos derechos y obligaciones para los Estados firmantes de la Convención.<sup>57</sup> La Resolución I prevé ciertos derechos para los Estados firmantes de la Convención tales como la facultad de participar en los trabajos de la Comisión Preparatoria.<sup>58</sup> En el caso de la Resolución II los Estados firmantes de la Convención adquieren el derecho de registrar las inversiones que realicen.<sup>59</sup>

Estas resoluciones, destinadas a establecer un régimen transitorio hasta la entrada en vigor de la Convención instituyen derechos y obligaciones que recaen sobre los Estados y órganos instituidos en virtud del Tratado sobre el Derecho del Mar.

¿Cómo se puede justificar jurídicamente que la Conferencia haya adoptado este tipo de resoluciones cuando carecía de un mandato que la facultara para aprobar instrumentos con carácter normativo?

Al respecto algunos autores han adelantado la opinión de que ambas resoluciones constituyen en realidad acuerdos de aplicación provisoria en

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Según el artículo 308 de la Convención sobre el Derecho del Mar "la Convención entrará en vigor doce meses después del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión". A/Conf. 62/122. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 207.

<sup>57</sup> A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, pp. 149 a 152.

<sup>58</sup> Según el párrafo 2 dispositivo de la Resolución I "la Comisión se compone de los Representantes de los Estados y de Namibia representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, que han firmado la Convención o adherido a ella". A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 149.

<sup>59</sup> La Resolución II, en su párrafo 2 expresa que un Estado que ha firmado la Convención tiene derecho de presentar a la Comisión una solicitud de registro en calidad de inversor pionero. A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 151.

los términos del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, buscando así justificar su naturaleza normativa.<sup>60</sup> En este caso se consideraría que el objeto de dichas resoluciones es el de establecer mecanismos transitorios hasta la entrada en vigor de la Convención y para ello se las ha dotado de la facultad de crear derechos y obligaciones limitado a dicho período.

La Resolución III, por su parte, se inscribe en un contexto bien diferente al de las Resoluciones I y II. En efecto, este instrumento no se encuentra vinculado a mecanismos transitorios como es el caso de las Resoluciones I y II sino que es formulado en los términos de una declaración que aspira a instituir derechos y obligaciones. Por ejemplo, su párrafo 1, a), declara que

las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y su desarrollo.<sup>61</sup>

Por su parte, el párrafo 1, b), señala que

en el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los derechos a los que se refiere el apartado a).<sup>62</sup>

De la redacción de ambos párrafos se deduce que la Resolución III estaría instituyendo derechos en favor de los pueblos mencionados en sus párrafos 1 y 2 con las consiguientes obligaciones para los Estados de respetar dichos derechos. Cabe destacar que en las condiciones actuales del Derecho Internacional Público dichos pueblos carecen de una subjetividad internacional propia. Creemos que, en ningún caso se puede justificar que la Resolución III tenga un carácter normativo pues, como quedó ya demostrado la Conferencia sobre el Derecho del Mar no puede aprobar resoluciones de valor normativo.

En esta sección ha quedado demostrado que la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar carece de la facultad de adoptar resoluciones de

---

60 Cfr. RAYMOND GOY, "Les sources de Droit et la Convention-Droit Conventionnel et Droit Coutumier", en *Perspectives de Droit de la Mer à l'issu de la Troisième Conférence des Nations Unies*. Colloque de Rouen. Este autor considera que la Resolución III tiene la naturaleza jurídica de un verdadero acuerdo. Otro autor, DANIEL VIGNES, expresa que la Resolución I constituye uno de los raros casos de aplicación del artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver Vignes, D., "Notes sur la terminaison des travaux de la Troisième Conférence sur le Droit de la Mer et sur la portée des textes adoptés à Montego Bay le 10 Décembre 1982, *Annuaire Français de Droit International*, 1982, p. 794 y s..

61 Ver A/Conf. 62/121. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 152.

62 Ibid.

carácter normativo pues tal competencia no figura en su mandato. Queda aún por analizar si dicha competencia no le ha sido reconocida por otro instrumento adoptado luego de su convocatoria o después de finalizados sus trabajos que cuente con el aval de los Estados participantes. En la siguiente sección abordaremos el análisis de dicha cuestión.

## 2. *Implicancias de la inseparabilidad referida en el acta final sobre el valor jurídico de la Resolución III*

A continuación analizaremos si con posterioridad a la convocatoria de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, los Estados participantes le acordaron la competencia de adoptar resoluciones con carácter normativo.

Merece ser considerada en tal sentido, el Acta Final de la mencionada Conferencia, instrumento que como se sabe fue firmado por un grupo de Estados que participaron en la misma y en cuyo párrafo 42 se decía que la Convención y las Resoluciones I a IV constituyen un "conjunto inseparable".<sup>63</sup>

Se trata de saber si dicho párrafo puede tener alguna implicancia respecto al valor normativo de las Resoluciones aprobadas por la Tercera Conferencia y en particular respecto a la Resolución III.

Recordemos que el párrafo 42 alude a la Convención y a las Resoluciones I al IV como un "conjunto inseparable" en oportunidad de referirse a la etapa en la que dichos instrumentos fueron aprobados por la Tercera Conferencia durante la cual la Presidencia formuló una declaración expresando que constituyan "un conjunto indivisible".<sup>64</sup>

Sin embargo el hecho de que la declaración haya sido recogida en un párrafo del Acta Final de la Conferencia puede generar ciertas consecuencias en el plano jurídico para los Estados firmantes del instrumento, pues se estarían asociando a la declaración de la Presidencia.

Entre las posibles interpretaciones de la inseparabilidad se encuentra la que afirma que la misma equipara el valor jurídico de las resoluciones con el de la Convención en cuanto las primeras formarían parte integrante del Tratado.

Sin embargo creemos que esta interpretación tendría mayor asidero para el caso de las Resoluciones I y II las que como ya vimos pueden tener un estatuto jurídico equiparable al de las disposiciones de la Convención

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>64</sup> Declaración de la Presidencia durante la 181ª sesión (30 de abril de 1982). Doc. Of. ONU, Vol. XVI, p. 157.

pero no se aplicaría al caso de la Resolución III que guarda con el Tratado una relación bien diferente.

Si analizamos los antecedentes de la Resolución III en el curso de los trabajos preparatorios de la Tercera Conferencia encontramos que la inclusión de un texto similar a través de la disposición transitoria en el proyecto de Convención fue motivo de objeción por parte de algunas delegaciones.<sup>65</sup>

Justamente la inclusión de un texto similar al de la disposición transitoria a través de una Resolución de la Conferencia obedecería al pedido de estas delegaciones de dar a este instrumento una ubicación fuera de la Convención misma.<sup>66</sup>

Sería entonces contrario al compromiso realizado durante los trabajos de la Conferencia admitir que por vía del Acta Final se estuviera integrando la Resolución III al texto de la Convención.

De lo que a nuestro juicio se desprende que en el caso de la Resolución III la inseparabilidad no puede tener por efecto integrar el texto de la misma a las disposiciones de la Convención.

En consecuencia el párrafo 42 del Acta Final no afectaría el estatuto jurídico de la Resolución III, la que por haber sido adoptada por una Conferencia Internacional que carecía del mandato de adoptar resoluciones con carácter normativo, constituye un instrumento desprovisto de todo valor obligatorio para los Estados que la rechazan, no pudiendo crear respecto a ellos derechos ni obligaciones.

#### CONCLUSIÓN

En el curso de este trabajo se ha expresado que la Resolución III es un instrumento que instituye derechos en favor de los pueblos no autónomos y de los pueblos sometidos a la dominación colonial y obligaciones correlativas para los Estados respectivos. Esta situación también se opera respecto a los territorios objeto de controversias entre Estados previstos en el párrafo 1 b) de la Resolución III.

Pero en el curso de este trabajo ha quedado establecido también que la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar fue convocada en virtud del mandato expreso y limitado solamente a la aprobación de una Conven-

---

65 El artículo 318 de la Convención sobre el Derecho del Mar expresa: "Los anexos son parte integrante de esta Convención y, salvo que se disponga expresamente otra cosa toda referencia a la Convención o a una de sus partes constituye asimismo una referencia a los anexos correspondientes". A/Conf. 62/122. Doc. Of. ONU, Vol. XVII, p. 209.

66 Ver el Informe del Presidente sobre la Cuestión de la Participación en la Convención. A/Conf. 62/L. 86, párrafo 19. Doc. ONU, Vol. XVI, p. 206.

ción sobre el Derecho del Mar. De lo que surge que si nos atenemos a la competencia asignada a la conferencia en oportunidad de su convocatoria la misma no estaba autorizada a adoptar resoluciones con carácter normativo y obligatorias para los Estados. En consecuencia la Resolución III no podría instituir determinadas obligaciones respecto a aquellos Estados que no la reconocen.

Sin embargo la referencia introducida en el Acta Final por la que se declara que las Resoluciones I a IV constituyen un conjunto inseparable con la Convención permite deslizar entre las diversas interpretaciones que los instrumentos citados tienen un valor normativo equivalente.

Como se sabe, el Acta Final fue firmada por los Estados que participaron en la Conferencia los que estarían prestando su asentimiento a que la Convención y las Resoluciones constituyan un todo indivisible. Por esta vía se introduciría la posibilidad de que se restituya a la Resolución III un valor normativo que no puede tener si nos atenemos a la facultad de la Conferencia sobre el Derecho del Mar para aprobar instrumentos de ese carácter.

Creemos que los aspectos señalados son suficientes como para alertar a un Estado que no acepta el régimen establecido por la Resolución III sobre la necesidad de expresar de manera inequívoca su rechazo a dicho instrumento en base a una fundamentación jurídica.

Para la República Argentina la Resolución III 1 b) al admitir que se puedan extender las disposiciones de la Convención en beneficio de los territorios no autónomos, no obstante la existencia de una controversia entre Estados, estaría contrariando los principios establecidos por las Resoluciones de la Asamblea General sobre "la cuestión Malvinas".

La declaración del 5 de octubre de 1984 traduce en consecuencia el deseo de las autoridades argentinas de excluir la aplicación de la Resolución III a "la cuestión Malvinas". La declaración no expresa un rechazo categórico de la Resolución III en su conjunto recurriendo en cambio a la reafirmación de la aplicación de las Resoluciones de la Asamblea General a "la cuestión Malvinas" con el objeto de impedir todo tipo de actividades en las jurisdicciones marítimas basada en una interpretación de dicho instrumento. Creemos que por esta vía la Argentina plantea una incompatibilidad entre las Resoluciones de las Naciones Unidas y una Resolución aprobada por una Conferencia Internacional convocada por ese organismo.

En consecuencia la declaración argentina estaría expresando un rechazo de la Resolución III aunque de manera parcial al excluir su aplicación a "la cuestión Malvinas". Pero lo que la declaración no expresa es un rechazo de la Resolución III como instrumento adoptado por la Conferencia

sobre el Derecho del Mar y al respecto consideramos que existía un buen número de razones para señalar que al instituir este instrumento derechos y obligaciones que afectan a los Estados estaba excediendo los límites conferidos a la Conferencia en oportunidad de su convocatoria. Además la Resolución III incluía ciertos aspectos que contradecían principios establecidos en las Resoluciones de la Asamblea General respecto al tratamiento que debían seguir ciertas controversias sobre territorios no autónomos como es el caso de Malvinas.

Cabe preguntarse por la naturaleza jurídica de la declaración argentina, vale decir si la misma constituye una reserva, una declaración interpretativa o una mera declaración de tipo político. Creemos que para abordar esta cuestión sería necesario tomar posición previamente sobre el sentido que corresponde asignar al párrafo 42 del Acta Final cuando declara que "la Convención y las Resoluciones I a IV constituyen un conjunto inseparable".

Si se supone que el sentido de la inseparabilidad es el de integrar las resoluciones a la Convención, entonces toda declaración hecha por un Estado en oportunidad de la firma del tratado por el cual excluyera respecto a él la aplicación de una disposición del mismo de manera parcial o total constituiría una reserva.

Cabe destacar que el artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prohíbe formular reservas a los Estados en oportunidad de la firma, de la ratificación o de la adhesión.

Por el contrario si se admite que la "inseparabilidad" no tiene por efecto integrar las Resoluciones I a IV a la Convención, la declaración argentina no podría ser considerada una reserva en sentido estricto. En su declaración del 5 de octubre el Gobierno argentino formuló su propia interpretación sobre el sentido de la "inseparabilidad" mencionada en el párrafo 42 del Acta Final, rechazando que las Resoluciones I a IV puedan ser consideradas como parte integrante de la Convención. De este modo procuró también dejar establecido que la declaración argentina no podía ser considerada como una reserva en sentido estricto.

En nuestra opinión la inseparabilidad no tiene una significación determinada y en tal sentido el Acta Final no aporta otros elementos de juicio como para formular una interpretación precisa al respecto. Si analizamos los trabajos desarrollados en el curso de las negociaciones que precedieron la elaboración del texto de la Convención encontramos que la inserción de la Resolución III como un instrumento ajeno al texto de la Convención fue una condición esencial para su inclusión como documento oficial de la Conferencia. En consecuencia respecto a la Resolución III desechamos toda interpretación que le acuerda un valor normativo equiparable al de las disposiciones de la Convención.

Si bien en el texto de la declaración del 5 de octubre de 1984 se recurre a la expresión reserva, creemos que la misma constituye en realidad una declaración que no modifica ni excluye las disposiciones del tratado en su aplicación para el Gobierno argentino conforme lo autorizado por el artículo 310 de la Convención sobre el Derecho del Mar.

CARLOS F. TAGLE  
*Universidad de Buenos Aires*

#### ANEXO I

#### DECLARACIÓN HECHA POR EL GOBIERNO ARGENTINO EL 5 DE OCTUBRE DE 1984 EN OPORTUNIDAD DE LA FIRMA DE LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR:

La República Argentina al firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hace la siguiente declaración, sin perjuicio de las que pueda formular en cualquier otra oportunidad pertinente, incluso al momento de su ratificación del Tratado.

"La firma de la Convención por parte del Gobierno argentino no implica aceptación del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y a ese respecto la República Argentina, como lo hiciera en su declaración escrita del 8 de diciembre de 1982 (A/Conf. 62/W/S/35), hace expresa su reserva en el sentido de que la Resolución III, contenida en el Anexo I de dicha Acta Final, no afecta en modo alguno la "Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland)", la cual se encuentra regida por las resoluciones específicas de la Asamblea General 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9 y 38/12, adoptadas en el marco del proceso de descolonización.

En este sentido y teniendo en cuenta que las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur forman parte integrante del territorio argentino, el Gobierno argentino manifiesta que en ellas no reconoce ni reconocerá la titularidad ni el ejercicio por cualquier otro Estado, comunidad o entidad, de ningún derecho de jurisdicción marítima que pretenda ampararse en una interpretación de la Resolución III que vulnere los derechos de la Argentina sobre las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur y las áreas marítimas correspondientes. Por consiguiente, tampoco reconoce ni reconocerá y considerará nula cualquier actividad o medida que pudiera realizarse o adoptarse sin su consentimiento con referencia a esta cuestión, que el Gobierno argentino considera de la mayor importancia.

En tal sentido el Gobierno argentino entenderá que la materialización de actos de la naturaleza antes mencionada es contraria a las referidas resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas, cuyo claro objetivo es la solución pacífica de la disputa de soberanía sobre las Islas por la vía de las negociaciones bilaterales y con los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas.

Además, la República Argentina entiende que al referirse el Acta Final, en su párrafo 42, a que la Convención 'junto con las Resoluciones I a IV, constituye un conjunto inseparable', meramente describe el procedimiento que se siguió para evitar en la Conferencia una serie de votaciones separadas sobre la Convención y las Resoluciones. La Convención misma claramente establece en su artículo 318 que sólo sus anexos forman parte integrante de ella, por lo que todo instrumento o documento aun cuando haya sido adoptado por la Conferencia no forma parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar".

## LA CUESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL RÍO DE LA PLATA

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. — II. EL TRATADO DE 1973. — III. LÍMITE ÚNICO Y LÍMITES MÚLTIPLES. — IV. NORMAS QUE SE APLICAN EN TODO EL RÍO. — V. NORMAS QUE SE APLICAN EN LAS ZONAS DE JURISDICCIÓN EXCLUSIVA: 1. *Franjas de jurisdicción exclusiva*. 2. *Las islas*. — VI. NORMAS APLICABLES A LA ZONA COMÚN: 1. *Derechos de los ribereños*. 2. *Jurisdicción concurrente*. 3. *Criterios establecidos para la atribución de jurisdicciones*: a) Bandera del buque. b) Protección de intereses fundamentales de las Partes. c) Adjudicación de zonas para la exploración y explotación de los recursos del lecho y del subsuelo. d) Administración del canal. e) Puerto de procedencia o de destino. f) Mayor proximidad a una de las franjas de jurisdicción exclusiva. — BIBLIOGRAFÍA.

### I. INTRODUCCIÓN

El Río de la Plata lleva hacia el Océano Atlántico las aguas de una cuenca de cerca de cuatro millones de kilómetros cuadrados de superficie pertenecientes a la Argentina, el Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Tiene una longitud de 342 kilómetros desde su origen en el paralelo de Punta Gorda hasta su límite exterior que está constituido por la línea recta imaginaria que une Punta Rasa del Cabo San Antonio con Punta del Este. Su anchura es de 1850 metros en su nacimiento y de 221 kilómetros en su desembocadura. Cubre una superficie aproximada de 32.000 kilómetros cuadrados. Se caracteriza por su poca profundidad, por lo que la navegación debe ser asegurada mediante un dragado continuo.

La Argentina y el Uruguay son los dos ribereños de este río. Se han sostenido diversas posiciones sobre la naturaleza jurídica de estas aguas. Así, se las ha considerado como un estuario, como una bahía, como un río, como una bahía histórica o como una combinación de río y estuario. Pero entre los ribereños hubo coincidencia en considerarlo como un río, reivindicando para sí, con exclusión de terceros, la soberanía sobre el mismo. "una soberanía común e irrenunciable sobre las aguas rioplatenses".<sup>1</sup>

Durante años su delimitación fue objeto de negociaciones entre la Argentina y el Uruguay que no culminaron exitosamente. La razón de este fracaso es que se insistía en fijar un límite único. A este respecto cada uno de los Estados mantenía posiciones irreconciliables entre sí: la Argentina reivindicaba la línea del Thalweg para las regiones del Plata superior y del Plata medio; el Uruguay propiciaba el criterio de la línea media.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> TABOADA, "Las relaciones argentino-uruguayas y su *status* jurídico", *Estrategia*, n° 1, p. 97.

<sup>2</sup> FRENKEL, "El estatuto internacional del Río de la Plata", *La Ley*, 28 de abril de 1975, p. 1; LÚDER, *La Argentina y sus claves geopolíticas*, Buenos Aires, 1974, p. 67.

En el curso de este siglo se celebraron acuerdos entre los ribereños que se referían al Río de la Plata. Por el Protocolo Sáenz Peña-Ramírez del 5 de enero de 1910 se acuerda un *statu quo* en lo referente a la navegación y el uso de las aguas, el *statu quo* de 1910:<sup>3</sup>

la navegación y el uso de las aguas del Río de la Plata continuará sin alteración, como hasta el presente, y cualquier controversia que con ese motivo pudiese surgir, será allanada y resuelta con el mismo espíritu de cordialidad y buena armonía que ha existido siempre entre ambos países.

Este principio es reiterado en la Declaración conjunta sobre el Límite Exterior del Río de la Plata de 1961, la que establece asimismo, como su nombre lo indica, el límite exterior del río fijándolo en la línea recta imaginaria que une Punta del Este con Punta Rasa del cabo San Antonio. Esta línea será también la línea de base "para fijar las respectivas fajas de mar territorial y zonas contiguas y adyacentes".<sup>4</sup>

En el Protocolo del Río de la Plata, suscripto el 14 de enero de 1964, los dos Estados reiteran lo establecido por los dos instrumentos anteriormente citados. Se prevé la ejecución del Plan de Levantamiento Integral del río, el que "no alterará las jurisdicciones que los países ribereños han venido ejerciendo en el Río de la Plata, única que ambos gobiernos reconocen sobre dicho Río".

Frente a esta situación de indefinición jurídica, las diversas actividades desarrolladas por los Estados en el río fueron ocasionando incidentes. Esta situación se acrecentó en forma alarmante en los primeros años de la década pasada, con incidentes producidos tanto en el río como en su frente marítimo.<sup>5</sup>

---

3 BARBERIS, "Régimen jurídico internacional del Río de la Plata", *Régimen jurídico del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1969, p. 38. ZAVALA ORTIZ, "Los problemas del Río de la Plata", *Estrategia*, nº 1, p. 108.

4 La Declaración de 1961 originó protestas por parte de algunos terceros Estados. Sobre esta cuestión, ver: BARBERIS, ob. cit., pp. 31 y ss.; *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, v. II, 1963, pp. 357 y ss.; *Estrategia*, nº 1, pp. 100 y ss.

5 Durante este período se produjeron los siguientes incidentes: entre los buques "Kalinga" (argentino) y "Vitta" (británico) con motivo de una operación de alijo (26 de noviembre de 1971); por la misma causa entre los buques "Don Segundo Sombra" (argentino) y "Capitán Costis" (griego) (23 de abril de 1971); con motivo de la operación de limpieza de tanques por el "BT San José" (11 de octubre de 1971); por la varadura del buque hidrográfico "ARA Comandante Cánepa" (8 de abril de 1972); colisión e incendio de los buques "Royston Grange" (británico) y "Tien Chee" (liberiano) (11 de mayo de 1972); detención del buque de bandera griega "Mykinai" (5 de julio de 1952); sobrevuelos (agosto de 1972); con el buque de bandera griega "Capitán Xilas" (3 de agosto de 1972); desaparición de una boya verde luminosa (13 de septiembre de 1972); detención de los pesqueros argentinos "Marien" y "Miguelito" (22 de noviembre de 1972), e incidente entre el buque argentino "Segundo Sombra" y el noruego "Straustrand" con motivo de una operación de alijo (26 de enero de 1973).

En julio de 1972 se iniciaron conversaciones entre los dos Gobiernos en procura de un entendimiento que evitara la reiteración de los mencionados incidentes. Este primer paso llevó a ambos Estados a intentar obtener resultados permanentes. Con este motivo se realizaron 19 reuniones, alternativamente, en Buenos Aires y Montevideo, con excepción de la última que se realizó en Punta del Este. El resultado de estas negociaciones fue la firma el 19 de noviembre de 1973 en la ciudad de Montevideo del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, que entró en vigor el 12 de febrero del año siguiente con el canje de los instrumentos de ratificación en Buenos Aires.

## II. EL TRATADO DE 1973

El Tratado de 1973 se refiere a dos regiones de distinta naturaleza: la marítima y la fluvial. Por ello la regulación normativa que se acuerda a cada una de ellas es también diferente.

En el primer caso, ámbito marítimo, se establece un límite único. El artículo 70 dice:

**El límite lateral marítimo y el de la plataforma continental entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay está definido por la línea de equidistancia determinada por el método de costas adyacentes, que parte del punto medio de la línea de base constituida por la recta que une Punta Rasa del Cabo San Antonio (República Argentina) con Punta del Este (República Oriental del Uruguay).**

En esta Parte, la segunda del Tratado, se establecen normas sobre navegación, pesca, contaminación e investigación. Se prevé la constitución de una Comisión Técnica Mixta, con sede en la ciudad de Montevideo, compuesta por igual número de delegados por cada país. Esta Comisión está encargada de la realización de estudios y de la adopción y coordinación de planes y medidas relativos a la conservación, preservación y racional explotación de los recursos vivos y a la protección del medio marino en la zona de interés común de pesca que se establece por el artículo 73 del Tratado.

La primera Parte del Tratado, a lo largo de 69 artículos, se ocupa de la regulación del espacio fluvial. Para poder interpretar correctamente el conjunto de normas que se refieren al río, debemos recurrir al Preámbulo del Tratado que nos dice que los dos Estados lo celebraron con un propósito: "eliminar las dificultades que puedan derivarse de toda situación de indefinición jurídica con relación a sus iguales derechos en el Río de la Plata". Con este fin deciden "dar solución definitiva" a los problemas que existían teniendo en cuenta las características especiales de este territorio fluvial.

Ambas Partes abandonan las conocidas posturas utilizadas casi invariablemente por los Estados para fijar sus fronteras en ríos contiguos: la

línea del Thalweg o la línea media. De esta forma dejan de lado las posiciones que habían tradicionalmente sostenido, con el convencimiento de que ni una ni otra hubieran podido solucionar por sí mismas satisfactoriamente los problemas emergentes de las actividades realizadas en esta zona. Surgió, entonces, un ordenamiento jurídico con bases pragmáticas que presenta un sistema original, que tiene en cuenta las exigencias de buena vecindad internacional, así como las características tan propias de este río, para lograr de esta manera un aprovechamiento racional e integral de sus recursos conforme con la evolución del derecho de gentes en materia de ríos internacionales.<sup>6</sup>

Luego del 19 de noviembre de 1973 se creyó ver en el texto del Tratado el triunfo de una u otra de las posiciones tradicionalmente sostenidas por los ribereños: esto surge, por ejemplo, de los debates parlamentarios y en la reacción de algunos medios periodísticos.<sup>7</sup> Pero ahora, a doce años de su firma, parece innecesario, y por demás superfluo, insistir en lo mismo. Lo que podemos observar es que se adoptaron soluciones que responden a criterios realistas, teniendo en cuenta los legítimos intereses de una y otra parte. El resultado permite abrir perspectivas nuevas en las relaciones entre los dos países en diversos ámbitos en los que hasta entonces no se había podido trabajar debido a las diferencias que los separaban en el río.

Es cierto que en el Tratado aparecen algunas formas ingeniosas de redacción para expresar algunos criterios, pero estas formas son, precisamente, el resultado de lo que, en definitiva, el Tratado expresa. Así por ejemplo, en lo relativo a los canales situados en aguas de uso común, el Estado que los construye y los mantiene, y por lo tanto los administra, es la Argentina. Podría objetarse que hubiera sido preferible decirlo con todas las letras. Pero, sin embargo, el Tratado prevé que cualquiera de las Partes puede construir un nuevo canal y, por lo tanto, si el Uruguay lo construye, será este país el que lo administre. También debe tenerse en cuenta el artículo 13 que expresa que las responsabilidades en el mantenimiento, administración y reglamentación de los canales se distribuyen razonablemente a través de la Comisión Administradora, atento los intereses especiales de cada Parte y las obras que cada una de ellas hubiere realizado.

Para otras situaciones se sigue el criterio que asigna la jurisdicción del Estado cuya franja costera esté más próxima. Cabe preguntarse si aquí nos referimos a la línea media del río. Si analizamos la cuestión sin pro-

---

<sup>6</sup> LAURENACCI, "El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo", *Tratado de Límites del Río de la Plata*, Montevideo, 1973, p. 67.

<sup>7</sup> República Oriental del Uruguay, Comisión de Asuntos Constitucionales, Legislativos e Internacionales del Consejo de Estado, Anexo I al Repartido N° 248, Montevideo, enero de 1974; República Argentina, Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, enero 31 de 1974, pp. 3238 y ss.; República Argentina, Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, enero 24 y 25 de 1974, pp. 5586 y ss.

fundizar podría contestarse afirmativamente. Pero no es así, ya que las franjas costeras no son líneas fijas sino movibles y, además, deben hacer las inflexiones necesarias para incluir los canales de acceso a los puertos y no sobrepasar los veriles de los canales situados en las aguas de uso común. Por lo tanto, la línea que divide jurisdicciones en los casos en que debe aplicarse este criterio no coincide necesariamente con la línea media.

Esta primera Parte del Tratado comprende 13 capítulos en donde se regulan diversas cuestiones: jurisdicción, navegación y obras, practicaje, facilidades portuarias, alijos y complementos de carga, salvaguardia de la vida humana, salvamento, lecho y subsuelo, islas, contaminación, pesca e investigación científica. Se crea una comisión mixta que se denomina Comisión Administradora del Río de la Plata (CARP), compuesta por igual número de delegados por cada país: cada delegación tiene un voto. Esta Comisión goza de personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y su sede principal está en la isla Martín García. Entre las funciones que se le asignan distinguimos:

- la realización de investigaciones científicas relacionadas con los recursos vivos y la prevención de la contaminación. La Comisión Administradora ha iniciado estudios sobre estas cuestiones.
- el dictado de normas reguladoras de la actividad de pesca en el río en relación con la conservación y preservación de los recursos vivos.
- la coordinación de las normas sobre practicaje, ayudas a la navegación, adopción de planes, manuales y medios de comunicación comunes en materia de búsqueda y rescate.
- el establecimiento de zonas de alijo y complemento de carga.
- efectuar las comunicaciones que prescribe el Tratado que realice.

Asimismo, el Tratado establece un procedimiento de solución de controversias: negociaciones directas y procedimiento conciliatorio a través de la Comisión Administradora. Las controversias acerca de la interpretación o aplicación del Tratado pueden ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia.

### III. LÍMITE ÚNICO Y LÍMITES MÚLTIPLES

Hemos señalado que la Primera Parte del Tratado de 1973 establece un sistema normativo original. Ello es así porque no se fija un límite único, sino límites múltiples mediante un complejo orden normativo que tiene

como base los "iguales derechos" de los ribereños en este espacio fluvial.<sup>8</sup> Para mejor explicarlo es necesario aclarar algunos conceptos.

En primer lugar debemos señalar que el reparto de competencias o jurisdicciones entre los diversos sujetos del derecho de gentes es una de las funciones esenciales de este derecho: es decir, el Derecho internacional es el delimitador de competencias estatales o, dicho de otro modo, este orden ejerce la función de reglar los ámbitos de validez de dichas competencias.<sup>9</sup> En principio el espacio al que se limita la validez del orden jurídico del Estado se denomina territorio.<sup>10</sup> En consecuencia este ámbito de validez espacial del orden jurídico de un Estado se extiende hasta sus límites internacionales y no más allá. Si eso ocurre con la totalidad de sus normas, nos hallamos en presencia de un límite internacional único, que es la solución adoptada generalmente por los Estados. Se suele decir que este límite coincide con el de la soberanía de ese Estado. Al respecto cabe señalar que la palabra *soberanía* es ambigua pues denota ideas diferentes de acuerdo con el contexto en el que es utilizada. Por ejemplo, equivale a independencia, supremacía territorial, la más alta autoridad, etc. Un autor propone prohibirla del vocabulario del Derecho internacional público, con lo que entonces habría base suficiente para disolver los atributos de la soberanía —en su connotación del poder del Estado para actuar conforme a su libre voluntad dentro del límite del derecho de gentes— en una cantidad de "competencias" separadas que puede ejercer un Estado, en relación, por ejemplo, a sus poderes de supremacía territorial exclusiva o a sus poderes para regular conductas de sus nacionales en el extranjero.<sup>11</sup> Sin embargo, podemos retener uno de los conceptos que se atribuye a este término para cuando nos referimos al caso de un límite internacional único, entendiendo entonces la soberanía como la suma de las diversas competencias que pertenecen a un Estado,<sup>12</sup> es decir la suma de todas las jurisdicciones.<sup>13</sup> Pero cuando existe un límite internacional múltiple no es posible hablar de un límite de la soberanía del Estado pues cada jurisdicción tiene un límite particular y ninguno de ellos podrá ser llamado límite de la soberanía.<sup>14</sup>

---

8 FRENKEL señala que el Tratado Ems-Dollart presenta características similares, ob. cit., pp. 1 y 2. Sin embargo cabe recordar que el Tratado de Ems-Dollart en su artículo 46, primer párrafo, señala que sus disposiciones no afectan la cuestión del curso de la frontera en el estuario del Ems. Y agrega que "cada Parte Contratante reserva su posición jurídica al respecto". Sobre el régimen establecido por el Tratado Ems-Dollart ver: *UNTS*, vol. 509, p. 64; *UNTS*, vol. 509, p. 123; TREVIRANUS, "Der deutsch-niederländische Ems Dollart-Vertrag". *Z.a.öR.V.*, 23 (1963), pp. 536 y ss.

9 DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional*, Madrid, 1976, p. 52.

10 Kelsen, *Teoría General del Estado*, Madrid, 1934, p. 183.

11 VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, 1968, vol. I, p. 265.

12 BINDSCHEDLER, "Betrachtungen über die Souveränität", *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 169.

13 BARBERIS, ob. cit., p. 19.

14 BARBERIS, ob. cit., p. 19.

La jurisdicción de un Estado implica el derecho del mismo a ejercitar una parte de su poder. Es un concepto diferente del de poder interno del Estado o de su capacidad constitucional y, por cierto, es diferente del de la soberanía,<sup>15</sup> aunque, como lo señalara la Corte permanente de Justicia internacional, la jurisdicción "es una de las más obvias formas del ejercicio del poder soberano".<sup>16</sup> No cabe duda de que un Estado puede libremente dictar normas para regular conductas en la forma que desee y con el fin que quiera. Pero, como sucede con otros atributos de la soberanía, esta libertad está sujeta a que el Estado tenga un título válido para hacerlo. El título válido lo adquiere al actuar dentro de la jurisdicción que le reconoce el derecho de gentes. Si se realiza un acto contrario a lo precripto por el Derecho internacional, las consecuencias del exceso de jurisdicción originan un ilícito internacional: el Estado perjudicado puede protestar o interponer una reclamación internacional por los daños que se le causaron. Asimismo, si el Estado no tiene competencia para ejercer una determinada acción, ésta podría eventualmente ser ignorada por el resto de los Estados o ser tratada como inválida.

La jurisdicción se relaciona con el derecho de los Estados a regular conductas. No importa si esa regulación se traduce en medidas legislativas, administrativas o judiciales. Cualquiera sea la forma que se emplee la jurisdicción puede otorgar el derecho a adoptar normas legales o bien a otorgar el derecho al Estado a hacerlas cumplir coercitivamente en un caso dado.<sup>17</sup> Un Estado, aunque esté capacitado para adoptar normas legales, es decir, dictar una ley que se va a aplicar en un caso dado, no necesariamente está capacitado para hacerla cumplir.

Existen situaciones en que por diversas circunstancias son varios los Estados que pueden válidamente regular determinadas conductas. Por ejemplo, teniendo presente la atribución de nacionalidad conforme el criterio del *ius soli* o del *ius sanguinis* la Argentina y Bélgica pueden regular válidamente la obligación de prestar servicio militar a un individuo que para cada uno de los Estados es considerado nacional. Lo mismo sucede en materia impositiva. En estos casos la jurisdicción es concurrente, en vez de exclusiva. Si uno de los Estados se ve privado de poder legislar en alguna de estas materias, ello es en virtud de la existencia de un tratado. Por esta razón se han celebrado numerosos acuerdos internacionales destinados a regular la prestación del servicio militar en casos de doble nacionalidad o a evitar la doble imposición.

El Río de la Plata es un espacio fluvial en el cual, en principio, ambos Estados tienen jurisdicción concurrente. Sin embargo, por medio del

---

15 MANN, "The doctrine of jurisdiction in International Law", *Studies in International Law*, Oxford, 1973, pp. 3 y ss.

16 C.P.J.I., série A/B, (1933), nº 53, p. 48.

17 HARRIS, *Cases and material on International Law*, Londres, 1973, p. 235.

Tratado de 1973 los Estados han querido ordenar el ejercicio de la jurisdicción por parte de uno o del otro. De esta manera el Tratado priva a cada uno de los ribereños del ejercicio de su jurisdicción en una zona determinada o sobre una materia dada o sobre ciertas personas, en beneficio del otro, les otorga jurisdicción exclusiva en algunos supuestos o mantiene esa jurisdicción concurrente en otros. El Tratado establece, entonces, múltiples límites, ya que cada jurisdicción tiene su límite particular. Cuando el Tratado reconoce que una de las Partes ejerce una determinada jurisdicción, por ejemplo en materia de pesca, prevención de la contaminación, etc., está reconociendo a ese Estado el derecho de legislar sobre esa materia así como el de ejercer el control de su cumplimiento.<sup>18</sup> En otras palabras, el objeto de toda la regulación contenida en esta primera Parte del Tratado es determinar los criterios para la atribución de jurisdicciones y, en consecuencia, tener la certeza en cada caso de cuál es la ley que debe ser aplicada y quién el encargado de hacerla cumplir. Así se ha sostenido, con razón, que esta regulación normativa constituye un estatuto que regula detenidamente cada uno de los usos que los ribereños o terceros hacen del río y determina en cada caso cuál será el derecho aplicable y la autoridad competente.<sup>19</sup>

Para alcanzar el objetivo perseguido, en esta Parte del Tratado se formulan tres tipos de normas: normas que se aplican en todo el río; normas que se aplican en las denominadas zonas de jurisdicción exclusiva y en las islas; normas que se aplican en la zona de uso común.

#### IV. NORMAS QUE SE APLICAN EN TODO EL RÍO

Algunas de las disposiciones del Tratado tienen como ámbito de validez espacial a todo el río.

i) Libertad de navegación para los buques de las banderas de las Partes. El artículo 7 establece que los corribereños se reconocen recíprocamente, a perpetuidad y bajo cualquier circunstancia, la libertad de navegación en todo el río para los buques de su bandera. Es decir que la más amplia libertad de navegación para los buques argentinos y uruguayos es reconocida en todo el río y no sólo en las aguas de uso común. El reconocimiento se efectúa "a perpetuidad y bajo cualquier circunstancia", lo que implica la consolidación de "la vigencia del principio aun en circunstancias excepcionales, como las de conflicto armado".<sup>20</sup>

Esta no es la situación que rige para los buques de terceras banderas. Para ellos el artículo 11 establece que gozarán de los derechos que a su

18 GONZÁLEZ LAPEYRE, *El Estatuto del Plata*, Montevideo, 1978, p. 9.

19 LUPINACCI, ob. cit., p. 65; FRENKEL, ob. cit., p. 1; LÜBER, ob. cit., p. 67.

20 LUPINACCI, ob. cit., p. 76.

favor se acuerdan sólo en las aguas de uso común "sin perjuicio de los derechos ya otorgados por las Partes en virtud de tratados vigentes". De esta manera son aplicables los convenios de 1876 y 1967 con el Paraguay y de 1888 con Bolivia. La aplicación de estos convenios, que son los únicos vigentes que se refieren a la navegación en el río de la Plata, abarca no sólo las aguas de uso común sino también las franjas de jurisdicción exclusiva de la Argentina.<sup>21</sup>

ii) Libertad de investigación científica. Las Partes se otorgan el derecho a realizar estudios e investigaciones de carácter científico. Al respecto, el artículo 57 se refiere a "todo el Río".

Cabe señalar que, según se desprende del articulado, aún en las investigaciones que un ribereño realice en su propia franja costera, la otra Parte tiene derecho a participar en todas las fases de cualquier estudio e investigación que se emprenda.

iii) Normas reguladoras de la actividad pesquera. En materia de pesca, la Comisión Administradora del Río de la Plata tiene como función dictar normas reguladoras de la actividad de pesca en el río relativas a la conservación y preservación de los recursos vivos (artículo 66, inciso b). Aún no han sido dictadas.

#### V. NORMAS QUE SE APLICAN EN LAS ZONAS DE JURISDICCIÓN EXCLUSIVA

En las zonas de jurisdicción exclusiva se aplica exclusivamente el ordenamiento jurídico argentino o uruguayo.

Existen dos categorías de zonas: las franjas de jurisdicción exclusiva y las islas. En la primera se fijan límites que presentan la característica de ser móviles. En la segunda se establece un criterio para asignar la pertenencia a uno u otro ribereño de las islas existentes y las que emergen en el futuro.<sup>22</sup>

##### 1. *Franjas de jurisdicción exclusiva*

i) Extensión. El artículo 2 del Tratado establece las franjas de jurisdicción exclusiva que van a hallarse adyacentes a las costas de cada corribereño. Estas zonas también se denominan "franjas costeras".

---

<sup>21</sup> BARBERIS, ob. cit., p. 67 y ss.; ROSA, "Los convenios entre el imperio de Brasil y la Confederación Argentina del 7 de marzo de 1856 y 20 de noviembre de 1857 carecen de validez", *Estrategia*, nos 46-47, 1977, pp. 19 y ss.

<sup>22</sup> ROUSSEAU al referirse al Tratado sólo se refiere a estos casos, ignorando el resto de las normas contenidas en el mismo: *R.G.D.I.P.*, 1974, pp. 749 y ss.; *Droit International Public*, Paris, 1980, t. IV, p. 402.

Su anchura varía según si estas franjas están situadas entre el paralelo de Punta Gorda y la línea recta imaginaria que une Colonia con Punta Lara, o entre esta línea y el límite exterior del río. En el primer caso serán de dos millas, en el segundo serán de siete.

La anchura de dos o siete millas es fijada como límite máximo, ya que:

— las franjas de jurisdicción exclusiva no pueden sobrepasar los veriles de los canales situados en las aguas de uso común, entendiéndose que los veriles comprenden, asimismo, una zona de 500 metros a cada lado del canal;

— las franjas de jurisdicción exclusiva deben incluir a los canales de acceso a puerto que quedan dentro de las franjas costeras. Debido a que es factible construir un nuevo puerto o un canal que merezca la calificación de "canal de acceso a puerto", no se quiso efectuar la enumeración en el mismo Tratado recurriéndose a la facilidad de establecerlas mediante un acuerdo por canje de notas.<sup>23</sup> Dicho acuerdo fue firmado el mismo día que el Tratado.

Debido a que las franjas costeras deben hacer las inflexiones necesarias señaladas precedentemente, las anchuras de dos y siete millas no son fijas ya que, por ejemplo, frente a Buenos Aires la franja de jurisdicción exclusiva perteneciente a la Argentina en lugar de tener dos millas tiene una anchura mayor. Por otro lado, en el Plata superior la franja costera uruguaya en algunos lugares tiene una anchura de 600 a 800 metros, ya que allí los canales del Infierno y del Este —que se hallan en aguas de uso común— se aproximan sensiblemente a la margen oriental del río.<sup>24</sup>

Como puede apreciarse estas franjas no son estáticas sino móviles, ya que de producirse un acrecentamiento de la costa argentina por aluvión, el límite exterior de la franja costera deberá desplazarse de manera tal de mantener constantes las anchuras de siete y dos millas, mientras no sobrepasen los canales situados en las aguas de uso común.

ii) Obligaciones del ribereño frente al corribereño en su franja de jurisdicción exclusiva.

---

<sup>23</sup> Los canales argentinos de acceso a sus puertos son el del Río Paraná de las Palmas (Canal Emilio Mitre), el del Río Luján (Canal Costanero), el del Puerto de Buenos Aires y el puerto de La Plata. Los uruguayos son los canales de acceso al Puerto de Carmelo, al puerto de Conchillas, de la Barra de San Juan, al puerto de Colonia, al puerto de Sauce, al puerto de Montevideo, al puerto de Piriápolis y a la bahía de Maldonado.

<sup>24</sup> LÚDEA, ob. cit., p. 68.

Si bien estas franjas son de jurisdicción exclusiva, los Estados se comprometen a ciertas obligaciones respecto al corribereño, atendiendo a las características especiales del río:

a) en virtud de lo dispuesto por el artículo 5,

la autoridad interviniente que verificara un ilícito podrá realizar la persecución del buque infractor hasta el límite de la franja costera de la otra Parte. Si el buque infractor penetrara en dicha franja costera, se solicitará la colaboración de la otra Parte, la que en todos los casos hará entrega del infractor para su sometimiento a la autoridad que inició la represión.

Evidentemente esta norma recuerda el derecho de persecución en alta mar. Sin embargo, según prescribe el artículo 5, el otro ribereño, al serle solicitada la colaboración, *en todos los casos* hará entrega del infractor.

Si bien este artículo no lo aclara, de la relación del mismo con los artículos 3 y 6, surge que el 5 se aplica:

— en el caso de buques de su bandera o de tercera bandera por infracciones cometidas fuera del canal;

— en el caso de buques de su bandera, de tercera bandera e inclusive de buques de bandera del corribereño a quien se solicita la colaboración, cuando las infracciones surgen de la aplicación de los artículos 12 y 15 (navegación) y el Estado solicitante sea el que administre el canal situado en aguas de uso común;

— en el caso de buques de su bandera, de tercera bandera e inclusive buques de la bandera del corribereño en los casos en que se afecte su seguridad o se cometan ilícitos que tengan efecto en su territorio (artículo 3, párrafo tercero).

b) Los Estados se comprometen a desarrollar en sus respectivas franjas costeras las ayudas a la navegación y el balizamiento adecuados para facilitar la navegación y garantizar su seguridad (artículo 9).

## 2. Las islas

El artículo 44 dice que “las islas existentes y las que en el futuro emerjan en el Río, pertenecen a una u otra Parte según se hallen a uno u otro lado de la línea indicada en el artículo 41”, que es la línea que establece cómo habrá de realizarse la exploración y la explotación de los recursos del lecho y del subsuelo del río. Este criterio sufre una excepción en lo relativo a la isla Martín García, conforme lo dispuesto por el artículo 45. Respecto de esta isla se establece que si la isla se uniera en el futuro a otra isla, el límite correspondiente se trazará siguiendo el

perfil de la isla Martín García que resulta de la Carta H-118; sin embargo, los aumentos por aluvión de Martín García que afecten sus actuales accesos naturales a los canales de Buenos Aires (Martín García) y del Infierno pertenecerán a la Argentina a efectos de que la isla no llegue a convertirse en algún momento en un territorio argentino enclavado dentro del territorio insular uruguayo.

La Argentina se obliga a celebrar un acuerdo de sede con la Comisión Administradora del Río de la Plata que tendrá su sede en la isla,<sup>25</sup> y a afectar la isla a reserva natural para la conservación y preservación de la flora y fauna autóctonas.<sup>26</sup>

## VI. NORMAS APLICABLES A LA ZONA COMÚN

Fuera de las franjas costeras de jurisdicción exclusiva y con exclusión de las islas, nos encontramos con una zona de uso común en donde rigen normas que establecen diversos criterios para atribuir jurisdicciones.

Se prevén todas las soluciones a cuestiones posibles e imaginables, estableciéndose, asimismo, criterios residuales en los que quedarían comprendidas aquellas que no se quisieron o no se pudieron tener en cuenta de manera específica en el momento de la firma del Tratado.

### 1. *Derechos de los ribereños*

En esta zona común los ribereños gozan de los siguientes derechos:

a) libertad de navegación. Ya nos hemos referido a este tema. Sin embargo, conviene recordar que esta libertad de navegación se hace extensiva a los buques de los países de la Cuenca del Plata, y a los mercantes, públicos y privados, de terceras banderas. Respecto de los buques de guerra de terceras banderas, su paso será permitido siempre que estén autorizados por uno de los ribereños y que no afecten el orden público o la seguridad del otro.

b) derecho al uso de los canales. El artículo 10 establece que ambos Estados tienen derecho al uso, en igualdad de condiciones y bajo cualquier circunstancia, de todos los canales situados en las aguas de uso común. Es decir, que el Estado ribereño que no administre el canal tiene

---

<sup>25</sup> El acuerdo de sede fue firmado en Buenos Aires el 18 de abril de 1977, aprobado por ley 21.761 y entró en vigor el 13 de mayo de 1978.

<sup>26</sup> FRENKEL señala que esta medida está en consonancia con las Recomendaciones 38 y 99 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo, *ob. cit.*, p. 3.

asegurados para sus buques el mismo tratamiento que a los de la bandera del otro.

c) construcción de obras. Cualquiera de los ribereños puede construir canales y otros tipos de obras, conforme con el sistema establecido en los artículos 17 a 22.

d) libertad de pesca. Se establece el principio de libertad de pesca para los buques de las banderas de los ribereños, con exclusión de terceras banderas. Pero si la intensidad de la pesca lo hace necesario, los Estados acordarán volúmenes máximos de captura por especie que se ajustarán periódicamente. La distribución de esos volúmenes se hace por partes iguales.

La Comisión Administradora tiene entre sus funciones la de dictar normas reguladoras de la actividad pesquera en el río en relación con la conservación y preservación de los recursos vivos.

Los dos Estados se comprometen a intercambiar regularmente información sobre el esfuerzo de pesca y captura por especie, así como las nóminas de los buques habilitados para pescar en las aguas de uso común.

e) derecho a realizar estudios e investigaciones de carácter científico siempre que:

— se dé aviso al otro ribereño, a través de la Comisión Administradora (artículo 66, inciso 1);

— se indiquen las características de las actividades a emprender;

— se hagan conocer al corribereño los resultados obtenidos.

El Tratado prevé la promoción de la realización de estudios conjuntos, en especial el levantamiento integral del río.

f) derecho a patrullar la zona. Este derecho de policía surge de lo establecido por los artículos 3, 5 y 6.

## 2. *Jurisdicción concurrente*

El Tratado prevé situaciones en donde los dos Estados concurrentemente ejercen jurisdicción:

i) detención de un buque de la bandera del otro ribereño cuando sea sorprendido en flagrante violación de las disposiciones sobre pesca o conservación y preservación de recursos vivos o sobre contaminación vigentes en las aguas de uso común.

En este caso el Estado que apresaa al buque infractor debe comunicarlo de inmediato al otro ribereño y poner al buque infractor a dis-

posición de sus autoridades. Es decir, que compete a las autoridades del país de la bandera del buque aplicar la sanción correspondiente conforme con su ordenamiento legal.

La detención de un buque de la bandera del otro ribereño no procede en todos los casos, sino solamente cuando:

- sea sorprendido cometiendo el delito;
- viole una disposición sobre pesca, conservación o preservación de recursos vivos o contaminación;
- la disposición transgredida se halle vigente en la zona de uso común.

Así, por ejemplo, en materia de contaminación el Tratado estipula que los ribereños se obligan a proteger y conservar el medio acuático y en particular prevenir la contaminación, dictando las normas adecuadas conforme “los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales”. Asimismo, no deberán disminuir en sus respectivos ordenamientos legales ni las exigencias técnicas para prevenir la contaminación de las aguas ni la severidad de las sanciones establecidas en los casos de infracción. Igualmente se establece la obligación de intercambiarse información en el caso de que uno de los Estados prevea introducir una modificación legal en las disposiciones en vigencia. Los ribereños aseguran los medios para realizar un efectivo control de las medidas adoptadas, conforme lo señala el artículo 6.

ii) El artículo 24, cuando prevé en qué caso debe tomarse práctico de una u otra nacionalidad, establece, en su último párrafo, con carácter residual, que en los casos no previstos específicamente el práctico puede ser, indistintamente, argentino o uruguayo. Se trata, por ejemplo, de un buque que provenga de Asunción con destino a Santos. Lo que no prevé el Tratado es a quién le va a corresponder efectuar la elección; sin embargo, estimamos que corresponderá al capitán o al armador del buque.

iii) El Capítulo V del Tratado se refiere a la salvaguardia de la vida humana en el río. Su problema central es determinar a qué Estado corresponde la dirección de las operaciones de búsqueda y rescate. Siguiendo un mecanismo ágil, en atención al contenido humanitario de esta operación, se acuerda que dirigirá estas operaciones la autoridad competente del Estado que “inicie” la acción de búsqueda y rescate. Se le impone una obligación: informar de inmediato a la autoridad competente del corribereño.

Se estipulan, además, normas relativas a la coordinación y colaboración entre los Estados; el caso de traspaso de la responsabilidad en la dirección y ejecución de la operación, así como a las facilidades para la

entrada y salida de los respectivos territorios de las unidades aéreas y de superficie de ambos Estados afectadas a estas operaciones.

iv) El artículo 38 dispone que el salvamento del buque de la bandera de una de las Partes "podrá ser efectuado por la autoridad o las empresas de cualquiera de las Partes a opción del capitán o armador del buque siniestrado". Esta disposición no es aplicable, como se verá más adelante, cuando el buque en peligro de la bandera de cualquiera de los dos Estados se halle en un canal situado en la zona de uso común y constituya un obstáculo o peligro para la navegación de dicho canal.

No obstante lo expresado por el artículo 38 en la parte transcrita, la aplicación de esta norma queda supeditada no sólo a la opción que se presenta a favor del capitán o armador del buque dañado, sino también el artículo 38 subordina ese derecho de opción a lo que en esta materia dispongan las reglamentaciones internas de cada país. Así, pues, si la reglamentación interna uruguaya obliga a los buques de su bandera a que las operaciones de salvamento sean efectuadas exclusivamente por la Dirección Nacional de Puertos de ese país, esta disposición de derecho interno uruguayo prevalece sobre lo establecido en la primera parte del artículo 38. Pero esta preeminencia surge en virtud de lo que se acuerda, también convencionalmente, en la segunda parte del primer párrafo del mismo artículo 38. Esta disposición, evidentemente, obedece a la necesidad que tuvieron los negociadores de no violentar, a través de una norma de carácter internacional, lo dispuesto por una norma de derecho interno de una de las Partes. El resultado no es una situación de desequilibrio entre los dos Estados, ya que el que se vea obligado a cumplir con lo dispuesto por el artículo 8 puede libremente dictar una norma similar a la de la otra Parte. Lo que en realidad puede suceder es que los Estados dicten reglamentaciones por las cuales excluyan el derecho de opción, con lo cual la norma del artículo 38 se convertiría en una expresión de deseos sin contenido concreto.

El Tratado prevé, en su artículo 40, la posibilidad de que la autoridad o las empresas del Estado a las que les corresponde efectuar la operación de salvamento desistan de hacerlo. En ese supuesto el salvamento puede ser realizado por la autoridad o las empresas de la otra Parte. El desistimiento deberá ser notificado de inmediato al otro Estado.

Debido a que el Tratado se refiere a "la autoridad o las empresas de las Partes", parecería que la opción que se pone en manos del capitán o armador del buque implicaría que éstos deben comunicar al Estado al que pertenecen su opción, simplemente porque la operación se realiza en una zona en donde el Estado ejerce jurisdicción. Como a su vez el otro Estado también la ejerce, la decisión del capitán o armador deberá ser notificada a esa Parte, a través de la Comisión Administradora.

Cabe la duda sobre si el desistimiento es una facultad otorgada al Estado y a sus empresas por igual. De todas maneras, en virtud de la redacción del artículo 40, el desistimiento deberá ser notificado por uno de los Estados al otro.

### 3. Criterios establecidos para la atribución de jurisdicciones

Los criterios que se enumeran a continuación son los que permiten a uno u otro ribereño ejercer una determinada jurisdicción, es decir, que ese Estado tiene el derecho de legislar sobre la materia de que se trate y deberá, asimismo, ejercer el control de su cumplimiento.

#### a) Bandera del buque

i) El artículo 3, primer párrafo, prescribe que, fuera de las franjas de jurisdicción exclusiva, la jurisdicción de cada Estado se aplicará a los buques de su bandera.

Este criterio "resulta de múltiples factores, en particular, de la vinculación social, económica, administrativa, etc., que el capitán y la tripulación de un buque tienen normalmente con la legislación y las autoridades del Estado a que el mismo pertenece por su bandera y que, por otra parte, debe presumirse que conocen la legislación de la nacionalidad de la nave y que, por ende, están dispuestos a someterse a ella, así como a sus respectivas autoridades".<sup>27</sup>

ii) Este criterio, el de la bandera del buque, se hace extensivo al caso de siniestros de un buque de la bandera de uno de los Estados con un buque de tercera bandera (artículo 3, segundo párrafo). Cabe observar que los principios mencionados anteriormente sufren una importante excepción en lo atinente a la navegación por los canales situados en aguas de uso común cuando surgen hechos que afecten la navegación en dicho canal, su uso o sus instalaciones, así como en los casos en que sus actividades estén reguladas específicamente en el Tratado, derogando el criterio general de la jurisdicción del Estado de la bandera del buque (salvamento, salvaguardia de la vida humana).

#### b) Protección de intereses fundamentales de las Partes

Será aplicable la jurisdicción del Estado, cualquiera sea, cuando se afecte su seguridad o se cometan ilícitos que tengan efecto en su territorio, cualquiera sea la bandera del buque apresado. Es decir, que cuando el hecho se produzca fuera de las franjas de jurisdicción exclusiva y afecte la seguridad de uno de los Estados o constituya un ilícito que produzca efecto en su territorio se descarta el criterio de la nacionalidad para aplicar la jurisdicción del Estado afectado.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> GONZÁLEZ LAPEYRE, ob. cit., p. 56.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ LAPEYRE, ob. cit., p. 56.

- c) Adjudicación de zonas para la exploración y explotación de los recursos del lecho y del subsuelo.

El lecho y el subsuelo del río constituyen una parte de la zona común. El Capítulo VII no se refiere a un límite que divide el lecho y el subsuelo entre los corribereños a todos los efectos, sino que regula exclusivamente la exploración y la explotación de los recursos que allí se encuentren. Debido a que una explotación en forma conjunta podría llegar a ser dificultosa, se traza una línea a efectos de deslindar zonas en donde cada uno de los Estados podrá explorar y explotar los recursos del lecho y del subsuelo.<sup>29</sup> Por eso no estamos de acuerdo con que la línea fijada por el artículo 41 sea un límite que divida el lecho y el subsuelo entre los dos corribereños.<sup>30</sup> Para los demás efectos, es decir, los que no se refieran a la exploración y a la explotación de yacimientos o depósitos, la zona es común.

A este respecto cabe señalar la diferencia existente en la terminología empleada en el artículo 43 y en el artículo 71, ambos referidos a la explotación y explotación de yacimientos o depósitos que se encuentran "a caballo" respectivamente de la "línea" del artículo 41 o del "límite" del artículo 70. En estos casos la explotación podrá realizarse en forma separada o en conjunto, pero siempre de manera tal que la distribución de las cantidades del producto extraído sea proporcional al volumen del recurso que se encuentra respectivamente a cada lado ya de la "línea" del artículo 41, ya del "límite" del artículo 70.

Es cierto que la redacción de este Capítulo se refiere a la exploración y explotación de los recursos ubicados en la zona de jurisdicción exclusiva y en la zona común. El artículo 41 dice: "Cada Parte podrá explorar y explotar los recursos en las zonas adyacentes a sus respectivas costas, hasta..." Se estima que el propósito fue no dividir los regímenes aplicables en toda la zona, sino solamente en lo referente a la exploración y la explotación de sus recursos. Es en su franja costera donde la jurisdicción del Estado es más amplia ya que puede, por ejemplo, realizar obras sin necesidad de someterse al régimen de los artículos 17 a 22, lo que sí debe hacer si intenta realizarlas fuera de las franjas costeras. Es decir que cualquiera de los Estados, siempre conforme al procedimiento previsto en el Tratado, puede construir obras, incluyendo canales, en la zona común. La nueva obra puede ser construida por el Uruguay dentro de la zona en donde la Argentina tiene jurisdicción para la exploración y explotación de los recursos del lecho y del subsuelo.

---

29 LUPINACCI, ob. cit., p. 80.

30 REY CARO, "Las soluciones múltiples en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos. El caso del Río de la Plata", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, años XLVI-XLVII, pp. 51-52; PODESTÁ COSTA-RUDA, *Derecho Internacional Público*, I, Buenos Aires, 1979, p. 220; Informe citado en nota 4 de la República Oriental del Uruguay, pp. 2 y 4.

Asimismo, debe recordarse que los canales situados en aguas de uso común son administrados por la Parte que los ha contruido o los construya: que estos canales, debido a las características aluvionales del río, están sometidos a continuo dragado y que estos trabajos no se realizan en las aguas de uso común, sino en el lecho y el subsuelo, que a estos efectos es una zona de uso común y no pertenece al territorio de ninguno de los Estados: es una zona donde uno u otro Estado, conforme la línea trazada en el artículo 41, está facultado para explorar y explotar los recursos del lecho y del subsuelo.

Cabe preguntarse si un corribereño puede negarse a que el otro construya una obra, por ejemplo, una isla artificial para fines de investigación científica, en la zona que le fue asignada por el artículo 41 para la explotación de los recursos, si la obra no causa peligro sensible al interés de su navegación, ni al régimen del río (artículo 7). Esta isla artificial parecería no estar incluida dentro del criterio de pertenencia establecido por el artículo 44.

La línea del artículo 41 se determina por coordenadas y no coincide intencionalmente con los canales, sino que cada punto geográfico está situado en un veril distinto en el Plata superior y en el medio. Dicha línea, con la salvedad expresada, comienza en el paralelo de Punta Gorda y sigue por los canales Principal, Buenos Aires (Martín García), Pozos de San Juan, Barra de San Pedro, del Farallón hasta el Pontón Faro Intersección, tomando arrumbamiento hacia el Este por el Canal Principal de Navegación y luego por el canal de Punta Indio hasta la intersección del paralelo  $35^{\circ} 10'$ , con el meridiano  $56^{\circ} 43'$  y desde allí la línea Punta Rasa-Punta del Este. Existe equivalencia de áreas entre una y otra zona, con una diferencia de 156 kilómetros cuadrados a favor del Uruguay: 15.053 para la zona de explotación uruguaya y 14.897 para la Argentina.

Las instalaciones u otras obras necesarias para la exploración y explotación de los recursos del lecho y del subsuelo no podrán interferir la navegación del río en los pasajes o canales utilizados normalmente.

#### d) Administración del canal

i) El Tratado dispone que el ribereño que haya construido o construya un canal es el que debe dictar su reglamento y hacerlo cumplir con los medios adecuados a ese fin. Asimismo, sus leyes son aplicables en lo referente a la reponsabilidad civil, penal y administrativa derivada de hechos que afecten la navegación del canal, el uso del mismo o sus instalaciones e intervendrán sus autoridades (artículos 12 y 15).

ii) Este criterio es de aplicación también en el caso de remoción de restos náufragos, cuando los mismos constituyan un obstáculo o peligro para la navegación del canal y que se hallen hundidos o encallados en él (artículo 16).

iii) El criterio básico en materia de salvamento está establecido en el primer párrafo del artículo 58. Sin embargo, cuando un buque de cualquiera de las Partes se encuentre siniestrado en un canal situado en aguas de uso común, el salvamento se efectuará por la autoridad o las empresas del Estado que administre el canal, siempre y cuando el buque siniestrado constituya un obstáculo o peligro para la navegación en dicho canal. En este caso no rige la disposición que reenvía a lo que dispongan las reglamentaciones internas de cada Estado pero sí es aplicable lo dispuesto sobre el desistimiento.

iv) En el caso de salvamento de un buque de tercera bandera siniestrado en un canal situado en aguas de uso común corresponderá efectuar la operación de salvamento también a la autoridad o a las empresas del Estado que administre el canal. Por ser buque de tercera bandera el siniestrado en el canal le corresponde proceder al salvamento en todos los casos y no es necesario, como en *iii*, que el buque constituya un obstáculo o peligro para la navegación.

En este supuesto también es aplicable lo dispuesto sobre el desistimiento en el artículo 40.

#### e) Puerto de procedencia o de destino

i) Practicaje. Según el artículo 24 los buques deberán tomar práctico argentino o uruguayo conforme el siguiente esquema:

— los buques que zarpen de puerto argentino o uruguayo deberán tomar práctico de la nacionalidad del puerto de zarpada.

— los buques que provengan del exterior del río tomarán práctico de la nacionalidad del puerto de destino.

El Tratado especifica que el contacto que un buque pueda tener fuera de puerto con la autoridad de cualquiera de los dos Estados no altera el criterio inicialmente seguido para determinar la nacionalidad del práctico.

En esta materia regía anteriormente el convenio sobre prácticos lemanes del 14 de agosto de 1889, según el cual “todo buque que zarpe de un puerto en cualquier dirección deberá tomar práctico de la nacionalidad de dicho puerto”, pero “tanto en el Río, como fuera de cabos, podrán los buques tomar indistintamente práctico argentino u oriental”.

ii) Alijos y complementos de carga. Las tareas de alijo y de complemento de carga se realizarán exclusivamente en las zonas fijadas por la Comisión Administradora, que las establece conforme a las necesidades técnicas y de seguridad en materia de cargas contaminantes y peligrosas. Sin embargo, la Comisión Administradora deberá fijar estas zonas fuera de las franjas de jurisdicción exclusiva y habrá siempre un número igual de zonas situadas en la proximidad de las costas de cada ribereño.

Estas zonas están situadas, como se señaló, en la zona de uso común y, por ende, pueden ser utilizadas indistintamente por cualquiera de los

dos Estados. Y no sólo pueden ser utilizadas sino que sus autoridades podrán intervenir conforme al siguiente criterio:

— en la operaciones de alijo, la autoridad que interviene es la que corresponde al puerto de destino de la carga;

— en las operaciones de complemento de carga, la autoridad que interviene es la que corresponde al puerto de donde provenga la carga complementaria.

Una de las primeras tareas de la Comisión Administradora, luego de su instalación en 1977, fue fijar estas zonas. El 30 de septiembre de 1977 se fijaron las zonas A, B y C; la primera más próxima a la costa uruguaya, y las otras dos más cercanas a la argentina. La zona D —situada cerca de la costa uruguaya— fue fijada el 26 de octubre de ese mismo año.

f) Mayor proximidad a una de las franjas de jurisdicción exclusiva

i) Casos en que se vea afectada la seguridad de los dos Estados o que el ilícito tenga efectos en ambos territorios. En este supuesto, el artículo 5, último párrafo, establece que primará la jurisdicción del ribereño cuya franja costera esté más próxima al lugar de aprehensión del buque.

ii) Remoción de restos náufragos. El artículo 16 dispone que este criterio debe tenerse en cuenta para la extracción, remoción o demolición de buques, artefactos navales, restos náufragos o de carga o cualesquiera otros objetos que se hallen hundidos o encallados fuera de los canales y que constituyan un peligro u obstáculo para la navegación. Si se hallaren hundidos o encallados en los canales se aplicará el artículo 12.

En este caso la Comisión Administradora debe considerar este criterio, pero juntamente con otro criterio que establece el mismo artículo 16: el de los intereses de cada Parte.

iii) Alijos o complementos de carga de buques que se dirijan o provengan de terceros países. Es la situación contemplada por el artículo 32. Se trata, por ejemplo, de un buque que proviene de un puerto venezolano cuya carga tiene por destino el puerto de Asunción. Entonces las operaciones serán fiscalizadas por las autoridades argentinas o uruguayas, según se realicen respectivamente en la zona determinada por la Comisión Administradora situada más próxima a una u otra franja costera. Es decir, que se sigue aquí el criterio de la mayor proximidad de la zona de alijo o de complemento de carga respecto a la franja costera.<sup>31</sup>

---

31 Por eso no compartimos lo que dice Ruda que "este tipo de operaciones será fiscalizado por las autoridades de las zonas en las que tenga lugar" (PODESTÁ COSTA-RUDA, ob. cit., t. I, p. 327), porque en cada una de estas zonas, situadas en la vecindad de la costa argentina o uruguaya, intervendrán las autoridades argentinas o uruguayas según el criterio del puerto de destino o de procedencia de la carga. Es decir que las zonas están situadas en aguas de uso común y no en zonas "argentinas" o "uruguayas".

iv) Salvamento de un buque de tercera bandera. Conforme lo dispuesto por el artículo 39, el salvamento de un buque de tercera bandera lo harán la autoridad o las empresas del Estado cuya franja costera esté más próxima al lugar en que se encuentre el buque que solicita asistencia. Este principio sufre la excepción ya señalada de los buques siniestrados en un canal situado en agua de uso común, en donde intervendrán la autoridad o las empresas del Estado que administren el canal. En este caso también cabe el desistimiento contemplado por el artículo 40.

v) Casos no previstos específicamente por el Tratado. El artículo 4 dice que "en los casos no previstos expresamente por el Tratado será aplicada la jurisdicción de una u otra Parte conforme el criterio de la mayor proximidad de una u otra franja costera del lugar en que se produzcan los hechos considerados".

La redacción de un artículo como el que comentamos, de carácter residual, hubiera hecho innecesario que se hubiesen considerado específicamente las situaciones expuestas en los puntos precedentes (*i a iv*). Sin embargo, se consideró que, sin perjuicio de ser técnicamente innecesario, era conveniente que los casos previstos en los puntos *i a iv*, dada su importancia, estuvieran especialmente considerados.

Hay otros supuestos no previstos expresamente y que deben regirse por este principio:

- Caso de colisión entre buques de bandera de uno y otro Estado;<sup>32</sup>
- Cuestiones que no se encuentren contempladas por la reglamentación de un canal o que no afecten a la navegación, su uso o sus instalaciones, respecto a buques de tercera bandera.
- Colisión entre buques de tercera bandera fuera de los canales situados en la zona de uso común;
- Navegación aérea;<sup>33</sup>
- Actividades en el lecho y subsuelo, excluyendo la exploración y explotación de sus recursos y la construcción de obras.

HORACIO A. BASABE  
*Universidad de Buenos Aires*

32 PODESTÁ COSTA-RUDA, ob. cit., t. I, p. 326.

33 LUPINACCI, ob. cit., p. 73; GROS ESPIELL. "Le traité du Rio de la Plata et sa façade maritime", *Annuaire Français de Droit International*, 1975, p. 245.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMAS BAREA, CALIXTO, "El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo", *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*, Rosario, 1973-1976, nos. 43-45, pp. 7 y ss.
- BARBERIS, JULIO, "El límite argentino-uruguayo en el Río de la Plata", *Jurisprudencia Argentina*, 1967-II, sección doctrina, pp. 30 y ss.
- "Régimen jurídico internacional del Río de la Plata". *Régimen jurídico del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1969, pp. 7 y ss.
- BOLOGNA, ALFREDO BRUNO, "¿Límites en el Río de la Plata?" *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*, Rosario, 1968, nos. 33-34, pp. 200 y ss.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Diario de Sesiones*, enero 24 y 25 de 1974, pp. 5586 y ss.
- CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Diario de sesiones*, enero 31 de 1974, pp. 3238 y ss.
- CARRERAS, ALFREDO DE LAS, "Explotación petrolífera en la frontera del Río de la Plata", *La Prensa*, 7 de enero de 1969.
- CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, *Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Legislativos e Internacionales*, Anexo I al Repartido nº 248, enero de 1974.
- FRENKEL, LEOPOLDO, "El estatuto internacional del Río de la Plata", *La Ley*, 28 de abril de 1975.
- GONZÁLEZ LAPEYRE, EDISON, "Martín García", *Tratado de límites del Río de la Plata*, Montevideo, 1973, pp. 109 y ss.
- *El Estatuto del Plata*, Montevideo, 1978.
- GREÑO VELASCO, J. E., "La comunidad fluvial del Río de la Plata", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVI-XVII.
- "Argentina-Uruguay, punto final a una larga controversia"; *Revista de Política Internacional*, Madrid, nº 132, 1974.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR, "Le régime juridique du Río de la Plata". *Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 725 y ss.
- "Le traité du Río de la Plata et sa façade maritime", *Annuaire Français de Droit International*, 1975, pp. 241 y ss.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, "Nota sobre el significado de la Declaración Conjunta sobre el Río de la Plata". *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1962, vol. I, pp. 326 y ss.
- LÚDER, ITALO A., *La Argentina y sus claves geopolíticas*, Buenos Aires, 1974.
- LUPINACCI, JULIO CÉSAR. "El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo", *Tratado de límites del Río de la Plata*, Montevideo, 1973, pp. 65 y ss.
- PAOLILLO, FELIPE, "El Estatuto del Río de la Plata", *Cuadernos de Marcha*, Nº 20, diciembre de 1968, pp. 111 y ss.
- PEIRANO BASSO, JORGE. *El Tratado del Río de la Plata*, Montevideo, 1985.
- REY CARO, ERNESTO, "Las soluciones múltiples en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos. El caso del Río de la Plata", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Años LXVI-XLVII, 1982-1983.
- RIZZO ROMANO, A., "El estatuto jurídico del Río de la Plata", *La Ley*, 27 de noviembre de 1973.
- ROSA, JOSÉ MARÍA, "El Río de la Plata, ¿diálogo o polémica?", *Estrategia*, nº 1, 1969, pp. 126 y ss.
- "Los convenios entre el Imperio de Brasil y la Confederación Argentina del 7 de marzo de 1856 y 20 de noviembre de 1857 carecen de validez", *Estrategia*, nos. 46-47, 1977, pp. 18 y ss.
- RUIZ MORENO, ISIDORO. *Los Problemas del Río de la Plata*. Buenos Aires, 1971.
- "El problema internacional de la boca del Río de la Plata", *La Prensa*, 2 de abril de 1963.
- "El problema del Río de la Plata", *La Prensa*, 25 de febrero de 1964.

- “La explotación del petróleo en el Río de la Plata”, *La Prensa*, 13 de diciembre de 1969.
- SABATE LICHTSCHEIN, DOMINGO. “El acuerdo Sáenz Peña-Ramírez y los problemas jurídicos del Río de la Plata”, *Estrategia* nº 1, 1969, pp. 89 y ss.
- Problemas argentinos de soberanía territorial*, Buenos Aires, 1976.
- TABOADA, DIÓGENES, “Las relaciones argentino-uruguayas y su *status* jurídico”, *Estrategia* nº 1, pp. 96 y ss.
- VEDIA, AGUSTÍN DE. *Martín García y la jurisdicción del Plata*, Buenos Aires, 1908.
- VIEIRA, MANUEL. “Tratado de límites del Río de la Plata y del Frente Marítimo”, *Tratado de límites del Río de la Plata*, Montevideo, 1973, pp. 55 y ss.
- ZAVALA ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, “Los problemas del Río de la Plata”, *Estrategia*, nº 1, pp. 106 y ss.

# LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA CONVENCIÓN DE VIENA. 1. *La celebración de un tratado internacional*; a) La capacidad del representante; b) Formas de manifestar el consentimiento; c) El contenido del tratado internacional. 2. *La relación entre el tratado internacional y el derecho estatal*. — II. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA: 1. *La celebración de un tratado internacional*; a) La capacidad del representante; b) Formas de manifestar el consentimiento; c) El contenido del tratado internacional; 2. *La idea de la transformación del tratado internacional en derecho interno*. 3. *La supremacía de la Constitución*. 4. *El control constitucional de los tratados internacionales*. 5. *La jerarquía del tratado internacional en el derecho argentino*; a) La relación entre el tratado internacional y la Constitución; b) La relación entre el tratado internacional y la ley. 6. *La reclamación entre Estados. La protección diplomática*. — III. LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA POR PARTE DE LA ARGENTINA. 1. *La situación anterior a la entrada en vigor de la convención de Viena*. 2. *La ratificación de la convención y las reservas formuladas*. 3. *La constitucionalidad de la convención*. 4. *Los tratados internacionales y la ley nacional*. IV. CONCLUSIONES.

## INTRODUCCIÓN

El análisis de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno es uno de los temas fundamentales que ha atraído la atención de los juristas, principalmente a partir de la publicación de la obra de Heinrich Triepel en 1899.<sup>1</sup> Desde entonces hasta ahora se han elaborado numerosas teorías para explicar esa relación y así, se habla del dualismo, del monismo con primacía del derecho internacional o con primacía del derecho interno y de varias doctrinas intermedias. Se ha sugerido también que éste no sería un verdadero problema científico, sino un pseudoproblema porque cada una de esas teorías podría servir para explicar cualquier situación de hecho que ocurriera, o sea, que esas teorías serían irrefutables por los hechos.<sup>2</sup>

En el presente estudio se examinará la jerarquía del tratado internacional respecto del derecho interno según la convención de Viena y la Constitución argentina. No se trata aquí de añadir una teoría más a las ya existentes acerca de la relación entre el derecho interno y el internacional, sino de examinar en casos concretos cuál es la jerarquía de los tratados y cuáles son las normas que deben aplicar los jueces argentinos para decidir la cuestión.

<sup>1</sup> TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

<sup>2</sup> TESON, "The Relations between International Law and Municipal Law: The Monism/Dualism Controversy", *International Law and Municipal Law (German-Argentinian Constitutional Law Colloquium)*, Berlin, 1982, pp. 107 y ss. y 116.

Ver también HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 309 y ss.

## I. LA CONVENCIÓN DE VIENA

El derecho de los tratados es una materia que, tradicionalmente, ha sido regulada en el orden internacional por normas consuetudinarias. La Organización de las Naciones Unidas se propuso, a partir de su creación, codificar en distintas convenciones algunos aspectos del derecho internacional consuetudinario. Esta tarea ha estado a cargo y aún lo está, de la Comisión de derecho internacional de la ONU. Como resultado de esta labor codificatoria pueden mencionarse, entre otras, las cuatro convenciones sobre el derecho del mar de 1958, la convención sobre relaciones diplomáticas (1961) y la referente a las relaciones consulares (1963). Otro de los temas que ocupó a la Comisión de derecho internacional durante varios lustros fue el derecho de los tratados. Se trataba de elaborar un texto en el que se codificaran y se desarrollaran las normas consuetudinarias y los principios generales sobre la materia. Además, en aquellos aspectos en los que el derecho no escrito aparecía dudoso, la Comisión cumplía una función creadora. La Comisión de derecho internacional elaboró finalmente un proyecto que fue sometido a una Conferencia diplomática que se reunió en Viena desde marzo a mayo de 1968 y en abril y mayo de 1969. Esta Conferencia aprobó un texto y el 23 de mayo de 1969 se abrió a la firma en esa ciudad la convención sobre el derecho de los tratados.<sup>3</sup>

La convención de Viena no se aplica a todos los tratados internacionales, sino sólo a aquellos concertados entre Estados y por escrito (art. 2, inc. 1, a). Por consiguiente, quedan excluidos de ella los tratados que los Estados suscriben con otros sujetos internacionales como, por ejemplo, la Iglesia Católica, el Comité internacional de la Cruz Roja, las organizaciones internacionales, ciertos movimientos de liberación nacional, la Soberana Orden Militar de Malta, etc., y los tratados que se concierten entre estos últimos. Tampoco están regidos por esta convención los acuerdos no celebrados por escrito.<sup>4</sup>

A los fines de este estudio, resulta conveniente analizar dos temas de la convención de Viena, a saber: cómo se celebra válidamente un tratado internacional y qué relación existe entre un tratado internacional y el derecho estatal.

### 1. *La celebración de un tratado internacional*

Para concertar válidamente un tratado internacional, es necesario considerar tres aspectos, que se refieren a la capacidad del órgano que

---

<sup>3</sup> La convención ha sido objeto de numerosos estudios. En la literatura argentina merece citarse la obra de DE LA GUARDIA - DELPECH, *El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970.

<sup>4</sup> Ver un ejemplo de convenio verbal en C.P.J.J., Série A/B, Nº 53, p. 69 y ss.

representa al Estado, a la forma de manifestar el consentimiento y al contenido del tratado.

a) La capacidad del representante

En general, la convención de Viena considera que una persona es competente para suscribir un tratado en nombre del Estado si posee la plenipotencia correspondiente (art. 7, inc. 1, a). En el derecho internacional no interesa que se trate de un diplomático o de otro funcionario público, o simplemente de una persona privada. Lo importante es que quien se titula representante del Estado para concertar un tratado exhiba la correspondiente plenipotencia. El Estado posee entera libertad para otorgar la plenipotencia a quien estime más adecuado.

Según la convención de Viena, hay dos excepciones a esta regla. El primer caso se presenta cuando existe una práctica entre los Estados interesados de considerar a una determinada persona como representante del Estado sin exigirle plenipotencia o cuando esa intención de los Estados surge de circunstancias especiales. Por ejemplo, esto último puede ocurrir si los Presidentes de dos países han intercambiado correspondencia oficial de la que se desprende claramente que ellos se han puesto de acuerdo acerca de quiénes serán los representantes de cada país en la suscripción de un tratado determinado y acerca de su texto.

La segunda excepción consiste en que los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores no necesitan presentar ninguna plenipotencia para acreditar su carácter de representantes del Estado.<sup>5</sup>

b) Formas de manifestar el consentimiento

La convención de Viena no prescribe ninguna forma especial para que los Estados manifiesten su voluntad en obligarse mediante un tratado internacional. El artículo 11 expresa que el consentimiento puede ser manifestado mediante la firma, el intercambio de notas, la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma que los Estados hubieren convenido. Es decir, los Estados pueden acordar libremente la forma cómo ellos manifestarán su consentimiento en obligarse en un tratado determinado. Puede ocurrir también que los Estados acuerden que manifestarán su consentimiento mediante formas distintas, por

---

<sup>5</sup> En la práctica internacional existe otra excepción que no está contenida en la convención de Viena, pero que ha sido consagrada por el derecho consuetudinario. Según ella, el jefe militar que comanda las fuerzas armadas de un Estado es competente para suscribir un armisticio o la rendición de sus tropas sin necesidad de ninguna plenipotencia. Por ello, el General Menéndez no necesitó ninguna plenipotencia para firmar la rendición ante Gran Bretaña en las islas Malvinas en junio de 1982.

ejemplo, que un Estado lo hará por la sola firma en tanto que el otro lo hará mediante la ratificación.

El modo tradicional que los Estados han utilizado para expresar su consentimiento es la ratificación (art. 14). En este caso, el tratado es primeramente firmado por el representante del Estado. Luego, según los requisitos constitucionales de cada país, el convenio es sometido a la aprobación del Parlamento o de una sola de las Cámaras, del Consejo de Estado, del Consejo privado del Rey o de otro órgano. Finalmente, el tratado es ratificado por el Jefe del Estado. El consentimiento así manifestado debe ser luego comunicado al otro contratante. En este sentido, la práctica consiste en intercambiar los instrumentos de ratificación, en su depósito ante un Gobierno o ante una organización internacional o, simplemente, en notificar que la ratificación ha tenido lugar (art. 16).

Paralelamente a la ratificación, se han desarrollado otras formas más abreviadas de manifestar el consentimiento. Los convenios concertados mediante estos modos suelen ser denominados "acuerdos en forma simplificada". En estos casos, el consentimiento se manifiesta por la sola firma del representante del Estado (art. 12) o por un intercambio de notas suscriptas por los representantes (art. 13). Generalmente esto último tiene lugar de la manera siguiente: el representante de un Estado envía a su colega del otro Estado una nota expresándole aquello que está dispuesto a convenir y le añade que esa nota y la que reciba en respuesta a ella configurarán un tratado. Por su parte, el representante del otro Estado le responde acusando recibo de la nota, que transcribe íntegramente entre comillas y, al final, le manifiesta su conformidad con dicho texto.

Estas diversas formas de manifestar el consentimiento no están vinculadas al contenido del tratado ni a su importancia política. Desde el punto de vista del derecho internacional, todas las formas son igualmente válidas. Así, puede darse que un convenio sobre la protección de flamencos requiera ratificación y un tratado de cesión de un territorio de un Estado a otro sea concertado mediante intercambio de notas.

### c) El contenido del tratado internacional

En el orden internacional los Estados gozan de una amplia libertad para concertar tratados. La regla en esta materia es que los Estados pueden válidamente celebrar un tratado con cualquier contenido, salvo prohibición en contrario.

En todo orden jurídico existen ciertas normas que no son susceptibles de ser derogadas por la voluntad de las partes. Estas normas reciben el nombre de *ius cogens*, por contraposición a las de *ius dispositivum*, que pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de los contratantes. Así, por ejemplo, en el derecho civil argentino, no es susceptible de derogación la norma que prohíbe a un hombre casarse al mismo tiempo con más de

una mujer; o el artículo 1505 del Código Civil que prohíbe celebrar contratos de locación por más de diez años. Por el contrario, las partes en un contrato de depósito pueden derogar la disposición del artículo 2216 del Código Civil que dispone que la cosa depositada deberá ser restituida en el lugar en que se hizo el depósito.

En el derecho internacional hay también determinadas reglas que no son susceptibles de derogación por medio de un tratado.<sup>6</sup> Por ejemplo, dos Estados no pueden válidamente celebrar un tratado para fomentar la prostitución, o para distribuirse entre sí exclusivamente una zona de la alta mar. El artículo 53 de la convención de Viena dispone que todo tratado, que en el momento de su celebración sea contrario a una norma de *ius cogens*, es nulo. El artículo 64 declara también la nulidad de todo tratado que fuere contrario a una norma de *ius cogens* que surja posteriormente.

De acuerdo con la convención de Viena, pues, los Estados tienen amplia libertad para pactar el contenido de sus tratados, salvo las restricciones establecidas por las normas imperativas o de *ius cogens*.

## 2. La relación entre el tratado internacional y el derecho estatal

Se han examinado aquí tres aspectos fundamentales en la celebración de un tratado internacional: la capacidad del representante, la manifestación del consentimiento y el contenido del tratado. Es posible que las reglas de la convención de Viena aquí expuestas estén en contradicción con el orden jurídico de un Estado contratante. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el Parlamento no haya aprobado un tratado internacional mediante la mayoría prevista en la Constitución, que el representante se haya extralimitado en las facultades otorgadas en la plenipotencia, que ciertas cláusulas del tratado sean contrarias a la Constitución, etc. Analizaremos a continuación las diferentes hipótesis en que las disposiciones del derecho de un Estado contratante pueden afectar la capacidad del representante que ha suscripto un tratado, o la forma cómo el Estado ha manifestado su consentimiento, o el contenido del tratado.

i). En cuanto a la capacidad del representante del Estado, puede ocurrir que éste se haya extralimitado en las facultades otorgadas en la plenipotencia o en las instrucciones que hubiere recibido. Según el artículo 47 de la convención de Viena, este exceso en las funciones sólo puede ser invocado como vicio del consentimiento si las restricciones establecidas en la plenipotencia fueron notificadas a los otros Estados que participaron en la negociación antes de que el consentimiento haya sido manifestado. Se trata aquí de una aplicación del principio de buena fe: un

---

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, ver BARBERIS, *Fuentes del Derecho internacional*, La Plata, 1973, p. 103 y ss.

Estado negocia con el plenipotenciario de otro y se estima que éste goza de los poderes expresados en la plenipotencia. Si posee instrucciones secretas o si existen otras restricciones a sus poderes, no pueden ser opuestas a quien no las conocía.

Puede ocurrir también que la plenipotencia no haya sido dada de conformidad con el derecho del Estado y se alegue, por ejemplo, que el documento debió ser refrendado por dos Ministros del Poder ejecutivo o la ausencia de otro requisito formal. Esta cuestión debe ser resuelta también según el principio de la buena fe. Si la plenipotencia tiene las características de tal según la práctica internacional y está firmada por el Jefe del Estado, es válida, independientemente de los vicios de que pudiere adolecer según el derecho estatal. Si el documento en cuestión no reúne las condiciones esenciales de una plenipotencia según la práctica y la buena fe, no habrá plenipotencia y la persona designada no será tenida como representante del Estado. Así, por ejemplo, nadie podrá razonablemente admitir como representante de la Argentina a quien exhibe una "plenipotencia" suscripta por el intendente de Dolores o por el Director del Jardín Zoológico, o nadie podrá admitir como representante de los Países Bajos a quien presente una "plenipotencia" firmada por el burgomaestre de Madurodam.

Estas cuestiones relativas a la plenipotencia sólo pueden plantearse prácticamente en los "acuerdos en forma simplificada", pues en aquellos convenios sujetos a ratificación, queda la posibilidad a la autoridad encargada de ratificarlos de abstenerse de hacerlo y, de esta manera, no expresar el consentimiento en nombre del Estado. Si, por el contrario, la autoridad ratifica el tratado, ello implica que confirma y da validez a la firma efectuada por el representante cuya capacidad era objetada (art. 8).

Un Estado que ha concertado una convención mediante la firma del Ministro de Relaciones Exteriores puede plantear también la cuestión de que, según su derecho constitucional, ese Ministro no tiene capacidad para representar el Estado. Este caso se ha presentado alguna vez en la práctica y la jurisprudencia ha aplicado la norma internacional según la cual el Ministro de Relaciones Exteriores representa válidamente al Estado en la conclusión de un tratado, independientemente de lo que disponga su derecho interno.<sup>7</sup>

ii) Respecto de la manifestación del consentimiento del Estado, pueden plantearse igualmente diversas hipótesis en las que éste ha sido dado en violación de alguna disposición del derecho estatal. En este orden de ideas, puede ocurrir, por ejemplo, que el Parlamento que aprobó el tratado no fue convocado respetando las disposiciones reglamentarias, que

---

<sup>7</sup> Ver particularmente C.P.J.I., Série A/B N° 53, p. 91 (voto disidente de Anzilotti).

la aprobación no obtuvo la mayoría de votos exigida, que una de las Cámaras se reunió sin contar con el *quorum* suficiente; etc.

Como regla general, estas infracciones al derecho interno en la expresión del consentimiento del Estado sólo son relevantes si son manifiestas y si se refieren a una norma de derecho interno de importancia fundamental (art. 46, inc 1). La convención de Viena aclara que una violación es "manifiesta" si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda conforme con la práctica usual y de buena fe.

Estas disposiciones de la convención de Viena han tenido en cuenta la jurisprudencia internacional en la materia.<sup>8</sup> Entre los precedentes que suele citar la doctrina figura un caso relativo a la Argentina. En enero de 1920 el Presidente Hipólito Yrigoyen comunicó al Secretario general de la Sociedad de las Naciones, Sir Eric Drummond, la ratificación del tratado de Versailles por parte de nuestro país, pese a que dicho tratado no había sido aún sometido al Congreso. La Sociedad de las Naciones consideró desde entonces a la Argentina como miembro. Al año siguiente la delegación argentina se retiró de la organización. En 1932 la política argentina cambia de rumbo, el Congreso aprueba el tratado de Versailles mediante la ley 11.722 y la Argentina decide ingresar en la Sociedad de las Naciones. La organización consideró, sin embargo, que la Argentina sólo se reincorporaba a ella pues su ingreso había tenido lugar ya en 1920. Si bien, desde el punto de vista argentino, la comunicación del Presidente Yrigoyen no tenía efectos jurídicos, desde el punto de vista internacional, la manifestación del Presidente de la República en el sentido de haber ratificado un tratado era vinculante para la Argentina.<sup>9</sup>

Un caso particular que, a veces, suele invocarse acerca de la violación del derecho constitucional respecto de la manifestación del consentimiento del Estado es el de los gobiernos *de facto*. En estos gobierno se suprime generalmente el Parlamento y el Jefe de Estado asume las facultades de los Poderes ejecutivo y legislativo. Se alega, entonces, que aquellos tratados que requerían aprobación legislativa no pudieron ser válidamente ratificados debido a la ausencia del Parlamento. La cuestión de los gobiernos *de facto* ha sido decidida desde principios de siglo en el derecho internacional en el sentido de que hay que atenerse a la estructura real de los poderes del Estado en ese momento y no a la letra de la Constitución.

---

8 Para un análisis de la práctica diplomática y de la jurisprudencia internacional, ver GECK, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, Köln - Berlín, 1963, p. 281 y ss. Ver también GECK, "The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1967, p. 429 y ss.

9 Para el examen de este caso, ver GECK, ob. cit., p. 305 y ss. y VANOSI, *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, 1969, p. 131 y ss.

La práctica constante e ininterrumpida en esta materia confirma lo expuesto.<sup>10</sup>

iii) Por último, puede suceder que la capacidad del representante del Estado y la manifestación del consentimiento estén de conformidad con el derecho del Estado, pero que el contenido del tratado internacional se halle en contradicción con él. El tratado puede haber sido declarado inconstitucional o ilegal por un tribunal del Estado, o el Parlamento pudo haber dictado una ley prohibiendo su cumplimiento o ejecución por las autoridades del Estado. En resumen, se trata de casos en los que el derecho interno constituye un obstáculo para el debido cumplimiento del tratado. En esta materia, existe una jurisprudencia internacional constante en el sentido de que un Estado no puede prevalerse de su derecho interno para dejar de cumplir una obligación internacional.<sup>11</sup> La convención de Viena consagra la misma regla en su artículo 27, pero establece la excepción ya indicada en el artículo 46. En consecuencia, el Estado está obligado, según el derecho internacional, a dar cumplimiento al tratado pese a su eventual contradicción con el derecho interno, salvo que se trate de la violación manifiesta de una norma de importancia fundamental. En general, estas normas son las que forman parte de la Constitución del Estado.

## II. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La Constitución organiza los tres Poderes del Gobierno federal y determina su competencia y las de las Provincias. Algunas de sus disposiciones se refieren a los tratados internacionales. En esta sección se examinarán dos cuestiones fundamentales, a saber: las reglas constitucionales vigentes para celebrar válidamente un tratado y la relación que fija la Constitución entre el derecho estatal y los tratados internacionales.

Es preciso señalar primeramente que, a diferencia de la convención de Viena, cuando la Constitución nacional se refiere a tratados internacionales, no se limita a aquellos acuerdos concertados por escrito entre Estados, sino a toda clase de convenios internacionales.

En segundo lugar, los tratados que se examinan aquí son los celebrados a partir de la vigencia de la Constitución, dejando de lado aquellos que

---

<sup>10</sup> Ver la jurisprudencia mencionada en VERDROSS-SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., Berlín, 1984, pp. 231.

<sup>11</sup> Cfr.: C.P.J.I., Série A, nº 24, p. 12; Série B, nº 15, pp. 26 y 27; Série B, nº 17, pp. 32 y 35; Série A/B, nº 44, p. 24; Série A/B, nº 46, p. 167; C.I.J., Recueil 1951, p. 181 (voto disidente de Mc Nair, Recueil 1958, p. 74 (voto individual de Badawi); Recueil 1958, pp. 128 y 129 (voto individual de Spender); Recueil 1958, p. 138 (voto disidente de Winiarski); Comisión de Conciliación italo-estadounidense, decisión nº 146 del 24-IX-1956, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, p. 289.

hoy estuvieren vigentes para la Argentina en virtud de una sucesión de Estados. Se debe recordar asimismo que la Provincia de Buenos Aires se encuentra en una situación especial porque, cuando el Estado de Buenos Aires se incorporó a la Confederación, hizo reserva de que se consideraría obligado sólo por los tratados ratificados con posterioridad al Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. Esta reserva fue inscrita en el artículo 31 de la Constitución en 1860. Por consiguiente, los tratados ratificados antes de esa fecha, algunos de los cuales aún están en vigor, no rigen en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.<sup>12</sup> El artículo 104 de la Constitución dispone que las Provincias conservan los poderes "que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Salvo el Pacto de San José de Flores no existe, según nuestro conocimiento, ningún otro pacto en el que una Provincia hubiere hecho alguna reserva en materia de tratados internacionales cuando se incorporó a la Confederación.

### 1. *La celebración de un tratado internacional*

Existen generalmente tres aspectos que han de ser tenidos en cuenta para la celebración válida de un tratado internacional: la capacidad del representante, la manifestación del consentimiento y el contenido de dicho tratado. La Constitución argentina contiene algunas disposiciones que hacen referencia a estos tres aspectos y que serán analizadas a continuación.

#### a) La capacidad del representante

La Constitución atribuye al Poder ejecutivo el manejo de las relaciones exteriores de la República (art. 86, inc. 14). Por consiguiente, corresponde a éste la designación de los funcionarios que negociarán y suscribirán un tratado determinado. En general, estas tareas son asignadas a los funcionarios del Servicio exterior que, como funcionarios públicos que son, son designados por el Poder ejecutivo. La designación de embajadores y ministros plenipotenciarios requiere también el acuerdo del Senado (art. 86, inc. 10). La Constitución se refiere solamente a ministros plenipotenciarios y a encargados de negocios porque, en esa época, nuestro país sólo contaba con legaciones y únicamente las grandes potencias designaban embajadores. Hoy se ha generalizado la práctica de designar embajadores por parte de todos los Estados de la comunidad internacional.

Según la Constitución, no es necesario que un tratado sea concertado por un miembro del Servicio exterior, sino que el Presidente puede encomendar esta tarea a otro funcionario (por ejemplo, al Ministro de Obras

---

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, ver BARBERIS, "La Provincia de Buenos Aires y la libre navegación del Río de la Plata", *Jus* (Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires), vol. 11-12, 1968, p. 417 y ss.

y Servicios Públicos) e incluso a una persona que no sea funcionario público. Como Jefe Supremo de la Nación y estando a su cargo la administración general del país (art. 86, inc. 1), el Presidente dispone de amplia libertad en este sentido.

La persona o funcionario a quien se encarga la firma de un tratado internacional debe exhibir el poder que se le ha otorgado para representar al Estado. Este documento se llama "plenipotencia" y está firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto. Según la práctica de nuestro país, los únicos funcionarios que están autorizados a suscribir un tratado internacional sin necesidad de plenipotencia son el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto. Sin embargo, últimamente se han dado casos en que otros funcionarios, sin contar con la plenipotencia correspondiente, han suscripto un tratado internacional en presencia del Presidente de la República.<sup>13</sup> Se interpreta que la presencia del Presidente es prueba suficiente de autorización al funcionario firmante. Este sería uno de los casos previstos en el artículo 7, inciso 1, a, de la convención de Viena, y en el cual la calidad de representante del Estado del firmante puede deducirse de ciertas "circunstancias", como es la presencia del Jefe del Estado.

#### b) Formas de manifestar el consentimiento

La Constitución establece el procedimiento a seguir para que el Estado argentino manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado internacional. Una vez que el convenio ha sido firmado por el agente diplomático o por otra persona autorizada por el Poder ejecutivo, debe ser sometido al Congreso para su aprobación (art. 67, inc. 19). Por último, el convenio es ratificado por el Presidente de la República (art. 86, inc. 14).

Resulta conveniente subrayar aquí que, según la Constitución, se requiere el consentimiento de estos órganos para obligar a la Argentina mediante un tratado internacional: deben coincidir la voluntad del plenipotenciario que firma el tratado, la del Congreso que lo aprueba y la del Presidente que lo ratifica. Si falta la aprobación del Congreso o la ratificación del Presidente, no se habrá obtenido el consentimiento del Estado.

El procedimiento establecido en la Constitución se refiere a la manifestación del consentimiento del Estado argentino en un tratado internacional. Pero, dado que éste es un acto bilateral o multilateral, además

---

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, el convenio de cooperación científica y técnica argentino-indio del 24 I 1985 que fue suscripto en Nueva Delhi por el Secretario de Relaciones Internacionales y Culto de la Argentina, en presencia del Presidente de la República.

del consentimiento debe haber también la comunicación formal de ese consentimiento a la otra u otras Partes contratantes. Esta es una función que cumple el Poder ejecutivo y que consiste generalmente, en los convenios bilaterales, en notificar a la otra Parte contratante la ratificación del tratado o en el canje de los instrumentos de ratificación. En el caso de los tratados multilaterales, se suele depositar el instrumento de ratificación ante un Gobierno o una organización internacional, que cumplen la función de depositarios. La notificación de la ratificación, el canje o el depósito del instrumento de ratificación es facultativo del Poder ejecutivo y si este acto no se lleva a cabo, no se habrá concluido el tratado. En nuestra historia diplomática hay algunos tratados que no entraron en vigor porque nunca se realizó el canje de los instrumentos de ratificación.<sup>14</sup>

La cuestión de la manifestación del consentimiento debe ser distinguida de la entrada en vigor del tratado. Un convenio puede contener cláusulas que fijen para una fecha posterior su entrada en vigor o que la condicionen a ciertas circunstancias. Así, por ejemplo, un tratado puede prescribir que entrará en vigor tres meses después de que haya tenido lugar el canje de los instrumentos de ratificación, o que entrará en vigor recién cuando se hayan depositado treinta ratificaciones. En todos estos casos, el Estado argentino comenzará a estar obligado a partir de que el tratado entra en vigor.

El único modo de manifestación del consentimiento previsto por la Constitución es el aquí expuesto. Sin embargo, en la práctica internacional es universalmente admitida la celebración de acuerdos en forma simplificada, que se concretan mediante un cambio de notas de igual tenor o por la firma de un texto. Esta práctica se inició con posterioridad a la sanción de nuestra Constitución, pero desde hace varias décadas es admitida por la Argentina. Actualmente, el número de acuerdos por cambio de notas que suscribe la Argentina es mayor que el de tratados solemnes que requieren la participación del Congreso. Como ya se indicó anteriormente, en el derecho internacional no hay ninguna regla que establezca qué acuerdos pueden ser celebrados en forma simplificada y cuáles requieren ser concertados como tratados solemnes. Ambas formas son igualmente válidas, cualquiera fuere el contenido del tratado. Sin embargo, la Cancillería argentina sigue, en general, la práctica de celebrar acuerdos en forma simplificada cuando no se refieren a materias indicadas en el artículo 67 de la Constitución. Cuando tratan de estos temas, los convenios son, por regla general, sometidos al Congreso para su aprobación.

En cuanto a la aprobación de los tratados internacionales por parte del Congreso, se plantea en doctrina la cuestión de saber si dicha apro-

---

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, el tratado sobre extradición del 24 XII 1878 entre la Argentina y Portugal, que fue aprobado por la ley Nº 1170 (REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. IX, Buenos Aires, 1912, p. 423).

bación ha de ser expresada a través de una ley o si ella se manifiesta mediante una forma que no reviste carácter de ley.<sup>15</sup>

Aquellos autores que sostienen que la aprobación es otorgada por el Congreso mediante una ley, invocan la práctica parlamentaria de nuestro país en el sentido de que cada aprobación de un tratado internacional es registrada y numerada como una ley nacional. Una vez aceptado el carácter de ley que presenta la aprobación, la doctrina deduce algunas consecuencias prácticas. Así, un proyecto de ley que hubiere sido aprobado por las dos Cámaras del Congreso puede ser vetado por el Poder ejecutivo y, por otra parte, el Poder legislativo puede hacer prevalecer su voluntad si cuenta con los dos tercios de votos en cada Cámara (art. 72). Esto significa que, en ciertas hipótesis, una ley puede ser aprobada y promulgada aún contra la opinión del Poder ejecutivo.

Los autores que, por el contrario, afirman que la aprobación de un tratado internacional no es realizada mediante una ley, señalan las características especiales que en estos casos tiene la participación del Congreso, que se diferencia de su actuación en la tramitación de las leyes ordinarias.

A nuestro modo de ver, el debate no debe centralizarse en determinar si la aprobación de un tratado internacional tiene lugar mediante una ley o no, que puede ser un mero problema de lenguaje, sino que lo importante es analizar la actividad del Poder legislativo y del Poder ejecutivo en la aprobación de un tratado.

En cuanto al Poder legislativo, se ha indicado ya que si cuenta con una mayoría de dos tercios, puede hacer promulgar una ley pese a la opinión contraria del Presidente de la República. Pero, en los tratados internacionales, esta primacía del Parlamento sobre el Poder ejecutivo resulta irrelevante. En efecto, supongamos que el Presidente veta un proyecto de ley y el Congreso insiste con los dos tercios de sus votos y logra la promulgación de la ley. En esa hipótesis, el Presidente podrá siempre imponer su opinión pues le bastará con no firmar el instrumento de ratificación o no efectuar su depósito o su canje para que el tratado internacional no entre en vigor. Y el Congreso no puede obligar al Presidente a ratificar un tratado o a efectuar el depósito o el canje del instrumento de ratificación, pues se trata de una atribución específica otorgada por el artículo 86, inciso 14, de la Constitución al Poder ejecutivo.

---

<sup>15</sup> Ver sobre esta cuestión: ARCE, "Atribuciones no legislativas del Congreso", *La Ley*, t. 95, p. 771; ARCE, *La Constitución argentina en la teoría y en la práctica*, Buenos Aires, 1961, p. 53; BIELSA, "Observaciones sumarias sobre algunos puntos de derecho público concernientes al carácter jurídico de ciertas leyes", *La Ley*, t. 120, pp. 1079 y 1080; BIDART CAMPOS, *El Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 337 y ss., VANNOSI, ob. cit. p. 111 y ss.

Otra particularidad de la actividad del Congreso en esta materia consiste en que éste no tiene facultad para iniciar un proyecto aprobatorio de un tratado internacional. Esta facultad corresponde exclusivamente al Poder ejecutivo, quien somete los convenios internacionales a la aprobación del Poder legislativo.<sup>16</sup>

Además, dado que la participación del Congreso en la aprobación de los tratados internacionales consiste fundamentalmente en otorgar conjuntamente con el Poder ejecutivo el consentimiento para obligar internacionalmente a la República, la voluntad expresada por el Congreso no es susceptible de ser revocada por una ley posterior. Cuando el Poder legislativo presta consentimiento, éste es irrevocable. Sería absurdo pretender que el Congreso argentino puede revocar la manifestación de voluntad otorgada para obligarse mediante un tratado internacional y que, en virtud de esa revocatoria, el tratado queda sin efecto.

En cuanto al Poder ejecutivo, el veto de un proyecto de ley aprobatoria de un convenio internacional es un recurso generalmente no utilizado. En efecto, si el Presidente no desea que el Congreso apruebe un tratado, le resulta suficiente no remitirlo a su consideración o, si ya lo ha enviado, retirarlo. Teniendo en cuenta que, tal como ya se explicó, el Poder legislativo carece de iniciativa en materia de aprobación de tratados internacionales, nada puede hacer frente al Poder ejecutivo en esas circunstancias. Por otra parte, si el tratado ya ha sido aprobado, el Presidente dispone también del recurso ya expuesto de no firmar el instrumento de ratificación o de no notificar la ratificación o de no canjear o no depositar dicho instrumento.

#### c) El contenido del tratado internacional

La principal cláusula constitucional que se refiere al contenido que han de tener los tratados internacionales es el artículo 27 que dispone:

El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Dado que el Poder ejecutivo está, evidentemente, obligado a respetar la Constitución, no podría suscribir tratados que fueran contrarios a los principios de derecho público contenidos en ella. En la vida política argentina se han presentado algunos casos en que se debatió este tema.

---

<sup>16</sup> Últimamente ha habido algún caso en que un tratado suscripto por la Argentina fue aprobado por iniciativa del Poder legislativo. Ver, en este sentido, la aprobación de la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cámara de Diputados de la Nación - Diario de Sesiones, 1984, p. 2366 y ss — Cámara de Senadores de la Nación - Diario de Sesiones, 1985, p. 235 y ss).

Así, el 1º de octubre de 1856 la Confederación argentina adhirió a la declaración de París de ese mismo año que prohibió el corso.<sup>17</sup> Este acto eliminó una de las facultades que la Constitución confiere al Congreso (art. 67, inc. 22) y al Presidente de la República (art. 86, inc. 18). Sin embargo, todo debate sobre la constitucionalidad de este acto sería teórico pues las patentes de corso han sido abolidas universalmente hace ya más de un siglo.

Al año siguiente se planteó nuevamente la cuestión con motivo de los tratados celebrados por el Gobierno de Urquiza con España y con el Imperio del Brasil. Estos dos casos, en los que se discutió si los tratados se ajustaban a los principios de derecho público establecidos en la Constitución, fueron una de las causas de que se introdujeran dos enmiendas al texto constitucional en 1860, con motivo del ingreso del Estado de Buenos Aires a la Confederación.

El 29 de abril de 1857 Alberdi, como plenipotenciario de la Confederación, firmó un tratado con España en el que se admitía el principio de *ius sanguinis* para los hijos de españoles nacidos en el país.<sup>18</sup> El tratado no fue aprobado y Alberdi suscribió un segundo convenio el 9 de julio de 1859.<sup>19</sup> Este último tratado fue aprobado por el Congreso y el canje de los instrumentos de ratificación tuvo lugar el 27 de junio de 1860. El tratado de 1859 reenviaba, en cuanto a la nacionalidad argentina, a la ley de la Confederación del 7 de octubre de 1857. Si bien esta ley establecía como regla general el principio del *ius soli*, contenía una excepción importante pues permitía a los hijos de españoles nacidos en la Argentina optar por la nacionalidad de sus padres.

Cuando el Estado de Buenos Aires decidió incorporarse a la Confederación, no estuvo de acuerdo con la ley sobre nacionalidad que había dictado esta última en 1857 y como consecuencia, tampoco estaba conforme con el tratado con España de 1859.<sup>20</sup> En este sentido, la convención convocada por Buenos Aires para revisar la Constitución de 1853 propuso modificar el artículo 64, inciso 11, que atribuía al Congreso la facultad de dictar la ley sobre nacionalidad y propuso agregar los términos "con sujeción al principio de la ciudadanía natural".<sup>21</sup> La Convención nacio-

---

17 Ver la adhesión argentina en REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. III, pp. 24 y 25.

18 Ver el texto en REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. VIII, p. 50 y ss.

19 Ver el texto en REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. VIII, p. 60 y ss.

20 Cfr.: la exposición de Mármol en la convención del Estado de Buenos Aires en RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, 1937 t. IV, pp. 875 y 876.

21 RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, pp. 782, 863 y 864.

nal *ad hoc* reunida en Santa Fe en septiembre de 1860 aceptó la enmienda propuesta por el Estado de Buenos Aires<sup>22</sup> y la disposición así reformada es el actual artículo 67, inciso 11, de la Constitución. En la terminología constitucional, el principio de la ciudadanía natural es el de *ius soli*. Como consecuencia de esta reforma de la Constitución, el tratado con España fue reemplazado por otro que fue firmado el 21 de septiembre de 1863.<sup>23</sup>

El 14 de diciembre de 1857 la Confederación suscribió un tratado con el Imperio del Brasil cuyo artículo 6 concedía la extradición de los esclavos de amos brasileños que se hubieren refugiado en territorio argentino.<sup>24</sup> El tratado fue aprobado por el Congreso el 29 de septiembre de 1858 y ratificado por Urquiza, pero no entró en vigor porque el canje de instrumentos de ratificación nunca tuvo lugar.<sup>25</sup>

Cuando el Estado de Buenos Aires se incorporó a la Confederación y examinó la Constitución de 1853, propuso añadir al artículo 15 que se refiere a la abolición de la esclavitud la frase siguiente: "y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".<sup>26</sup> Durante el debate habido en la Convención del Estado de Buenos Aires se sostuvo que el tratado con el Brasil era contrario al artículo 27 de la Constitución<sup>27</sup> y que la enmienda podía considerarse superflua. Pero, para evitar la entrada en vigor de un tratado semejante y teniendo en cuenta que el Congreso de Paraná lo había aprobado, se juzgó conveniente dejar expresa constancia de este caso en la Constitución. La Convención *ad hoc* de Santa Fe aprobó la enmienda, que se encuentra hoy vigente.<sup>28</sup>

La supresión del Patronato dio lugar también a un análisis por parte de la doctrina acerca de la constitucionalidad del concordato celebrado con la Iglesia Católica. La Constitución contiene varias cláusulas que configuran el Patronato al que la República estimaba tener derecho por sucesión de Su Majestad Católica (art. 67, incs. 19 *in fine* y 20; art. 86, incs. 8 y 9; art. 108 *in fine*). El Gobierno argentino concertó con la Iglesia un acuerdo sobre el Vicariato castrense el 28 de junio de 1957 y un concordato el 10 de octubre de 1966 que pusieron fin al Patronato.

---

22 RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, p. 1050 y ss.

23 Ver el texto en REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. VIII, p. 71 y ss.

24 REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. II, p. 471.

25 REPÚBLICA ARGENTINA, *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. II, p. 474.

26 RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, pp. 774 y 829 y ss.

27 RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, p. 834.

28 RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, p. 1050 y ss.

Según el régimen constitucional, las relaciones de la República con la Iglesia Católica se regulan por mutuo acuerdo, o sea, por medio de un concordato (art. 67, inc. 19, y art. 86, inc. 14) y, en defecto de éste o hasta tanto éste se celebre, tendrán vigencia las prescripciones sobre el Patronato. Esto significa que las disposiciones relativas al Patronato se aplican subsidiariamente, en tanto no exista un régimen concordatario. Al entrar en vigor el concordato, expresamente previsto en los artículos 67, inciso 19, y 86, inciso 14, de la Constitución, cesa el régimen de Patronato hasta ese momento vigente. Por ello, la doctrina más autorizada estima que el concordato concertado con la Iglesia Católica es compatible con la Constitución nacional.<sup>29</sup>

En cuanto al contenido de ciertos tratados internacionales, se plantea en nuestro país una cuestión que se ha suscitado también en otros Estados federales y que consiste en determinar si el Gobierno nacional tiene facultad para celebrar convenios internacionales sobre materias que son de competencia exclusiva de las provincias.

El tema ha sido objeto de análisis en varios Estados federales y se han adoptado diversos criterios, entre los que puntualizaremos tres.<sup>30</sup>

Una primera solución es la adoptada en Canadá, donde las provincias reivindican la facultad de concertar tratados internacionales sobre las materias que están dentro de su competencia y sostienen que el Estado federal sólo puede suscribir tratados sobre cuestiones de su propia competencia. Algunas provincias cuentan con su Ministerio de Asuntos Exteriores para ocuparse de la política exterior y celebran acuerdos internacionales. Por ejemplo, la provincia de Québec denomina generalmente "ententes" a los tratados internacionales que suscribe.

Un segundo criterio es el adoptado generalmente en los Estados Unidos de América y que consiste en lo siguiente: El Gobierno federal suscribe todos los tratados internacionales, pero aquellos que se refieren a cuestiones que son de competencia de los Estados miembros, son sometidos a la aprobación de éstos y sólo son ratificados por el Gobierno federal cuando se cuenta con el consentimiento de aquéllos.

Por último, un tercer criterio es la práctica seguida generalmente en la Argentina según la cual el Gobierno federal tiene el manejo de las relaciones exteriores y puede celebrar tratados sobre cualquier materia, ya co-

---

29 Cfr.: ZAVALA ORTIZ, *Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, 1966, p. 32 y ss. VANOSSI, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 265 y ss. VANOSSI, "La situación constitucional del concordato o acuerdo con la Santa Sede", *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 1969, p. 41 y ss. ORLANDI, "Iglesia y Estado (El Acuerdo con la Santa Sede de 1966 y nuestra Constitución)", *El Derecho*, t. 91, p. 941.

30 Sobre este tema, ver BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, 1984, p. 59 y ss.

responda a la Nación o a las provincias. En este sentido se pueden mencionar tratados concertados por el Gobierno federal sobre protección de la fauna,<sup>31</sup> explotación de aguas fluviales para la producción de electricidad,<sup>32</sup> derecho procesal,<sup>33</sup> explotación de un yacimiento de gas,<sup>34</sup> etc., materias todas que caen bajo la competencia provincial. La doctrina casi unánime de los tratadistas interpreta que las provincias argentinas no pueden celebrar tratados internacionales.<sup>35</sup> Sin embargo, en los últimos años algunas provincias han celebrado convenciones internacionales sobre temas de su competencia. Así, sobre cuestiones referentes a la enseñanza primaria, la provincia de Buenos Aires firmó un convenio con la Oficina de Educación Iberoamericana el 10 de septiembre de 1968 y otro con Italia el 11 de febrero de 1981, y la provincia de Santa Fe concertó un acuerdo con Francia el 22 de septiembre de 1978. Por su parte, la provincia de Entre Ríos ha firmado dos tratados con la Comisión Mixta de Salto Grande, que es una organización internacional, el 27 de abril de 1974 y el 16 de marzo de 1976 sobre el traslado de la ciudad de Federación y el reemplazo de viviendas en la población de Santa Ana con motivo del llenado del dique de la presa hidroeléctrica de Salto Grande, en el río Uruguay. De conformidad con lo expuesto, se puede concluir que, salvo las excepciones señaladas, la práctica es que el Gobierno federal pacta acuerdos internacionales tanto sobre materias de su competencia como sobre aquellas que pertenecen a las provincias.

Además de los casos expuestos, se ha planteado la cuestión acerca de si son compatibles con la Constitución ciertos tratados sobre cuestiones territoriales y otros sobre arbitraje.

En asuntos territoriales, se ha sostenido la tesis de que el Estado federal no puede concertar tratados de límites que impliquen una cesión del territorio de una provincia sin su consentimiento. Es decir, que un tratado de límites que cediera una fracción del territorio de una provincia argentina sería inconstitucional si no contara con el consentimiento de esa pro-

---

31 Ver, p. ej., la convención sobre protección de la vicuña del 16 VIII 1969.

32 Ver, p. ej., el tratado de Yacyretá del 3 XII 1973.

33 Ver, p. ej., los tratados de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

34 Ver, p. ej., el acuerdo por cambio de notas entre la Argentina y Bolivia del 21 XII 1957.

35 Cfr. en este sentido: GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, 1931, t. III, pp. 404 y 480. ZAVALÍA, *Lecciones de Derecho público provincial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1937, p. 42. VANOSI, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 58. DE LA GUARDIA-DELPECH, ob. cit., p. 180, nota 412. J. V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución argentina*, 26ª ed., Buenos Aires, 1971, p. 680 y ss. VINUESA, "Los tratados parciales frente al Derecho", *Jurisprudencia Argentina*, 1982, III, p. 640 y ss.

En el sentido de que las Provincias argentinas pueden celebrar ciertos tratados internacionales, ver QUIROGA LAVIE, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1978, p. 654.

vincia.<sup>36</sup> En la práctica, esta cuestión no se ha suscitado hasta ahora. De conformidad con el artículo 67 inciso 14, de la Constitución, el Gobierno federal puede arreglar las cuestiones limítrofes y no tiene ninguna restricción en ese sentido. Tampoco existe ningún pacto preexistente en el que alguna provincia, al tiempo de su incorporación, haya impuesto esa condición al Estado federal. Por otra parte, se pueden mencionar algunos convenios en que la Argentina ha cedido a un Estado extranjero una fracción del territorio de una provincia sin requerir su consentimiento. A título de ejemplo, se puede mencionar el tratado definitivo de límites con Bolivia del 9 de julio de 1925, que fue concluido sin el consentimiento de las provincias de Jujuy y Salta. De acuerdo con ese tratado, ciertas zonas bajo jurisdicción argentina pasaron a formar parte de Bolivia y viceversa. El acuerdo por cambio de notas entre ambos países relativo a las cuestiones derivadas del cambio de jurisdicción en la frontera, concertado en La Paz el 2 de agosto de 1963 y otros anteriores así lo reconocen.

En cuestiones de arbitraje, era común a fines del siglo pasado encontrar tratados sobre esta materia que contenían cláusulas que excluían del procedimiento arbitral ciertos asuntos que afectaban el "honor de las naciones" o sus "intereses esenciales". Estos términos, por cierto imprecisos, dieron pie a que algunos Estados los invocaran para excluir del arbitraje las cuestiones más diversas..

Con motivo del tratado de arbitraje suscripto con Italia el 23 de julio de 1898, el Senado propuso establecer como excepción aquellos casos que "no afecten los principios fundamentales de la Constitución de uno u otro país".<sup>37</sup> La cláusula fue incluida luego regularmente en los convenios de arbitraje celebrados por la Argentina.<sup>38</sup> Esta fórmula fue llamada "cláusula argentina" y así se la conoce hoy en la literatura sobre derecho internacional. Hasta 1984 la Argentina incluyó esta fórmula en los tratados generales de arbitraje o de arreglo judicial de controversias.<sup>39</sup>

---

36 Ver en ese sentido SABATÉ LIGHTSCHEIN, *Problemas argentinos de soberanía territorial*, Buenos Aires, 1976, pp. 153 y 154. Esta opinión fue expuesta también en la Cámara de Diputados de la Nación con motivo del tratado del Río de la Plata. Se sostuvo entonces que no se podía someter la isla Martín García al régimen estipulado en el tratado sin el consentimiento de la Provincia de Buenos Aires (Congreso Nacional - Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1973, t. VIII, p. 5611).

37 En cuanto al debate en el Senado, ver Congreso Nacional - Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Período de 1898, pp. 664-669.

38 Así cabe mencionar los tratados de arbitraje con Uruguay (1889), Paraguay (1889), Bolivia (1902), Chile (1902), Brasil (1905), Italia (1907), Ecuador (1911), Venezuela (1911) y Colombia (1912). En los tratados con Ecuador y Venezuela la cláusula argentina fue ligeramente modificada.

39 Entre los tratados más recientes que contienen la "cláusula argentina", puede citarse el tratado general sobre solución judicial de controversias suscripto con Chile el 5 de abril de 1972.

Sobre este tema se ha planteado la cuestión de saber si nuestro país podría suscribir, de acuerdo con la Constitución, un tratado de arbitraje obligatorio o aceptar la jurisdicción de un tribunal internacional sin limitación o excepción alguna.

El razonamiento que podría hacerse en este caso es el siguiente: si se firma un tratado que somete a arbitraje o a la jurisdicción de un tribunal internacional temas regidos directamente por la Constitución, resulta que se admitiría la posibilidad de que se dicte una sentencia contraria a la Constitución, lo cual daría por resultado que esta sentencia modificaría el texto constitucional. Ahora bien, dado que la Constitución sólo puede ser reformada por el procedimiento en ella establecido (art. 30), resulta que aquel tratado sería inconstitucional porque abriría la posibilidad de que la Constitución sea reformada por un método distinto del previsto en su texto.<sup>40</sup> De acuerdo con este razonamiento, pues, los tratados que sometan a arbitraje temas regidos directamente por la Constitución y que no contengan la "cláusula argentina" serían inconstitucionales.<sup>41</sup> El tema ha cobrado actualidad con motivo del tratado suscripto con Chile sobre la zona austral en el que la Argentina se apartó de la práctica seguida desde comienzos de siglo y no estableció ninguna excepción al procedimiento arbitral.<sup>42</sup> Sobre esta cuestión, debemos señalar que, contrariamente a una opinión bastante generalizada, las cuestiones limítrofes no son un tema regido directamente por la Constitución nacional y, por lo tanto, no configuran un tema que habría quedado excluido del arbitraje por la "cláusula argentina". Así lo entendieron quienes crearon la "cláusula argentina" y esta interpretación coincide también con la práctica de nuestro país de someter a arbitraje cuestiones limítrofes sin que haya hecho valer ninguna excepción de incompetencia fundada en dicha cláusula ante los tribunales arbitrales que se establecieron.

## 2. *La idea de la transformación del tratado internacional en derecho interno*

En un párrafo anterior se ha expuesto el procedimiento requerido por la Constitución para que el Estado argentino manifieste su consentimiento en obligarse mediante un tratado internacional. Se necesita, como se ha visto, el consentimiento del plenipotenciario, del Congreso y del Presidente de la República.

Esta cuestión relativamente sencilla ha sido interpretada, a veces, por los tribunales argentinos de manera extraña, lo cual ha venido a compli-

---

40 Cfr. en este sentido: VANOSI, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 200.

41 Cfr.: *Obras completas de Joaquín V. González*, Buenos Aires, 1935, vol. IX, pp. 52-53 y 255.

42 Ver sobre esta cuestión los artículos de M. PADILLA en *La Prensa*, 20-XII-1984, p. 9, y 27 II 1985, p. 7.

carla inútilmente. En cierta medida, ello se debe, en primer término, a la influencia de algunas teorías elaboradas en Europa hace más de medio siglo y que en aquel continente hoy sólo pertenecen a la historia del derecho de gentes y, en segundo lugar, a un cierto desconocimiento de la realidad internacional. Así, nuestra jurisprudencia ha interpretado que el Congreso no tiene la función, como se ha señalado, de contribuir a la formación del consentimiento del Estado argentino, sino que él dictaría una ley mediante la cual transformaría el tratado internacional en derecho interno del Estado. Esto significa que habría entonces dos normas jurídicas: el tratado internacional que sería válido en el derecho de gentes y la ley del Congreso, obligatoria en el orden jurídico argentino.

Esta duplicación del objeto de conocimiento ha conducido a resultados absurdos. Así, por ejemplo, recientemente un tribunal aplicó la convención interamericana de derechos humanos de San José de Costa Rica (1969) porque el Congreso la había aprobado por la ley N<sup>o</sup> 23.054, pese a que esta convención no estaba aún en vigor para la Argentina pues el Poder ejecutivo no había depositado el instrumento de ratificación.<sup>43</sup> Es decir, se trataría de un tratado obligatorio para la Argentina, aunque aún no haya entrado en vigor respecto de nuestro país en el plano internacional. Otras sentencias parten de la misma concepción y llegan a la conclusión de que los tribunales argentinos no se ocupan de tratados internacionales, sino sólo de las leyes dictadas por el Congreso que han transformado esos tratados en derecho argentino.<sup>44</sup>

A fin de mostrar el error en que incurre esta tesis, tomemos un ejemplo simple del derecho privado. Supongamos que la empresa "Pérez S.A." suscribe con el Señor X un contrato de compra y venta por una suma de varios millones de dólares. Debido al monto del contrato, se deja constancia en su texto de que éste entrará en vigor cuando el Directorio y la Asamblea de accionistas de "Pérez S.A." lo hayan aprobado, pues así lo exigen los estatutos de la sociedad. Esto significa que el consentimiento de "Pérez S.A." deberá ser dado por el Directorio y por la Asamblea de accionistas. De acuerdo con ello, un día se reúne el Directorio de "Pérez S.A." y aprueba el contrato. Inmediatamente después, y sin esperar la reunión de la Asamblea de accionistas, el gerente de "Pérez S.A." comienza a dar cumplimiento al contrato pues sostiene que, dado que el Directorio lo ha aprobado y que él sólo obedece las órdenes del Directorio, el contrato con el Señor X ya es válido en el orden societario, aún cuando no sea obligatorio todavía respecto del Señor X. El gerente pretende, pues, que aún cuando no haya contrato entre "Pérez S.A." y el Señor X, ya hay contrato para "Pérez S.A.". Se llega entonces al absurdo de que un contrato,

---

43 Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital del 17 IV 1984 (*El Derecho*, t. 108, pp. 559 y 560).

44 Ver en ese sentido *Fallos*, t. 150, p. 86; t. 165, p. 145.

acto típicamente bilateral, no existiría entre dos partes, sino que regiría para una parte solamente, o sea, habría un contrato con un solo contratante. La tesis errónea del gerente de "Pérez S.A." es la que, a veces, sostiene la jurisprudencia argentina.

### 3. *La supremacía de la Constitución*

La Constitución de 1853 ha establecido una jerarquía entre su texto, por una parte, y los actos de los poderes constituidos, por la otra. Los decretos del Presidente de la República, las leyes del Congreso y las sentencias del Poder judicial deben estar de acuerdo con la Constitución, que es la ley suprema del ordenamiento jurídico argentino. Igualmente, las constituciones provinciales y los actos de los tres poderes de cada provincia deben guardar conformidad con la Constitución nacional.

La supremacía constitucional surge del hecho de que se trata de una Constitución rígida. Ella no puede ser modificada total o parcialmente por ninguno de los poderes del Estado. El artículo 30 de la Constitución establece un procedimiento especial para su reforma. Una ley del Congreso, un decreto del Presidente de la República o una sentencia judicial no pueden modificar el texto de la Constitución porque violarían precisamente su artículo 30 ya que estarían reformando la Constitución mediante un procedimiento distinto del indicado en ella.

Por su parte, el artículo 31 de la Constitución establece la supremacía del derecho nacional respecto del derecho de cada provincia. En efecto, este artículo prescribe:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales... 45

Los tratados internacionales deben también estar de acuerdo con la Constitución nacional. En este sentido, el artículo 27 dispone que los tratados que el Gobierno federal celebre deben estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". A propósito de esta disposición, la doctrina ha puntualizado que los tratados internacionales deben ajustarse a los *principios de derecho público* y no a cualquier disposición secundaria de la Constitución.<sup>46</sup>

---

45 En cuanto a la interpretación de este artículo por la jurisprudencia, ver la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca del 28 III 1939 (*La Ley*, t. 14, p. 935).

46 Cfr.: ARMAS BARRA, "The Hierarchy of International Treaties and Municipal Law", *International Law and Municipal Law* (German-Argentinian Constitutional Law Colloquium), Berlin, 1982, p. 134.

Dentro del orden jurídico argentino, pues, la Constitución nacional es la norma suprema. Todas las normas jurídicas creadas por las autoridades del Estado argentino, todos los actos jurídicos celebrados en consecuencia de ellas y los tratados internacionales deben estar de acuerdo con sus disposiciones. Este régimen no admite ninguna excepción pues la Constitución rige "tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse".<sup>47</sup>

#### 4. El control constitucional de los tratados internacionales

La supremacía de la Constitución respecto de las demás normas jurídicas se verifica en la práctica a través de la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma que sea contraria a aquélla. Cuando en un caso concreto se plantea la incompatibilidad entre cualquier norma jurídica y la Constitución, el juez está facultado a resolverlo y si comprueba realmente esa incompatibilidad, hace prevalecer la Constitución y no aplica en ese caso la norma cuestionada. El régimen de control de constitucionalidad no está regulado en la Constitución y, salvo algunas escasas disposiciones legales, en gran medida se trata de una elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien se ha inspirado indudablemente en los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.<sup>48</sup>

La facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica determinada corresponde a todos los jueces, tanto a los provinciales como a los nacionales. El juez último de la constitucionalidad de todas las normas es la Corte Suprema de Justicia, a la cual se puede recurrir mediante el recurso extraordinario (ley 48, art. 14).

El Poder judicial tiene competencia para examinar la constitucionalidad de un tratado internacional y si se comprobare que existe una incompatibilidad entre la Constitución y el tratado, puede declarar su inconstitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia ha examinado en varias sentencias la constitucionalidad de un tratado internacional,<sup>49</sup> y en un caso ha

---

47 Fallos, t. 150, p. 157. Es de señalar que la Corte Suprema, en los considerandos de una conocida sentencia, sostuvo en 1948 un criterio distinto. Así, afirmó que los poderes de guerra que poseen los órganos del Estado argentino, en tanto estos poderes tienden "a la salvaguardia de la integridad e independencia nacional... son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aún mismo superiores a la propia Constitución" (Fallos, t. 211, p. 196). Expresó asimismo que, en tiempo de guerra, no tendría aplicación el art. 27 de la Constitución y que podrían aplicarse tratados internacionales que fueran contrarios a esa disposición constitucional (Fallos, t. 211, p. 205).

48 Cfr.: VANOSI, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, 1976, t. II, pp. 275 y 276.

49 Ver, p. ej., Fallos, t. 204, p. 308 y ss., sentencia en que la Corte analiza la constitucionalidad del art. 10 del tratado argentino-chileno del 3 de junio de 1933.

declarado su inconstitucionalidad.<sup>50</sup> La doctrina de los juristas argentinos es unánime en este sentido.<sup>51</sup>

El Poder judicial actúa sólo en causas o casos concretos en los que una parte invoca un derecho subjetivo y este marco es el ámbito dentro del cual puede declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Esto significa que un tratado internacional puede ser declarado inconstitucional en la medida en que exista la posibilidad de que una parte alegue ante la Justicia un derecho vinculado directamente con dicho tratado.<sup>52</sup>

Se ha expuesto anteriormente que hay tres aspectos de la celebración de un tratado internacional que están regulados por la Constitución, a saber: la capacidad del representante del Estado, la forma de manifestar el consentimiento y el contenido del tratado. Es posible que en la celebración de un convenio internacional no se cumplan las disposiciones constitucionales relativas a alguno de estos tres aspectos y en nuestra historia ha habido casos en que este incumplimiento se ha invocado.

Un ejemplo en este sentido lo hallamos en los convenios suscriptos por la Confederación el 10 de julio de 1853 con Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos de América sobre libertad de navegación fluvial.<sup>53</sup> El 30 de agosto de ese año, el Estado de Buenos Aires expidió una circular diplomática dirigida a todas las naciones en la que protestaba enérgicamente por los tratados suscriptos, a los que consideraba insanablemente nulos porque

---

50 La Corte Suprema de Justicia, declaró el 5 XII 1983 la inconstitucionalidad del artículo 4 del acuerdo de sede del 15 de abril de 1977 concertado entre la Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (*El Derecho*, t. 107, p. 616 y ss.).

51 Cfr.: GONZÁLEZ CALDERÓN, ob. cit., t. I, p. 493. BARBERIS, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien", *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, vol. 36), Köln - Berlin, 1962, p. 57. BIDART CAMPOS, *El Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 316. VANOSSI, *Teoría Constitucional*, t. II, pp. 227, 228 y 233, MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 60. QUIRÓGA LAVIE, *Derecho Constitucional*, p. 438.

52 Algunos autores sostienen que el Concordato de 1966 no podría ser examinado por el Poder judicial en cuanto a su constitucionalidad porque no puede lesionar ningún derecho subjetivo (ver p. ej. VANOSSI, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 268). Sin embargo, el Concordato fue invocado por una orden religiosa en un recurso administrativo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (cfr.: dictamen 106 del Consejero legal de la Cancillería del 10 XI 1976). Así como una orden religiosa invocó un derecho fundándose en el Concordato, es posible imaginar otras hipótesis en que una persona o una entidad pueda plantear la inconstitucionalidad del Concordato. Por ejemplo, una persona o una comunidad que fuere afectada por una disposición pontificia que tenga consecuencias patrimoniales podría plantear la cuestión alegando la falta del pase previsto en el art. 86, inc. 9, de la Constitución; una Provincia podría plantearla invocando un pretendido derecho de vicepatronato, etc.

53 Ver los textos en REPÚBLICA ARGENTINA - *Tratados, convenciones, protocolos, actos y acuerdos internacionales*, t. VIII, pp. 234 y ss., 327 y ss. y 143 y ss. El 27 VII 1853 la Confederación suscribió un tratado complementario con los Estados Unidos, cuyo texto puede verse en la obra citada, t. VIII, p. 151 y ss.

habrían sido obtenidos mediante coacción en la persona de Urquiza en San José de Flores.<sup>54</sup> La nota decía que Urquiza, que

se dejaba envolver entre las banderas de la Francia, la Inglaterra y los Estados Unidos, para escapar y salvarse, no tuvo ni capacidad ni voluntad para tratar con nadie, y mucho menos con sus mismos salvadores,

y añadía:

...un tratado semejante, celebrado *in extremis*, en los momentos de agonía, es siempre nulo, irrito y de ningún valor, ni efecto, aun cuando haya capacidad legal en el contratante, en razón de que no hay libertad para deliberar, por la coacción moral.

Otro caso se presentó recientemente con motivo de la aprobación parlamentaria del tratado argentino-chileno del 29 de noviembre de 1984. El artículo 17 del tratado prescribe que los mapas anexos forman parte integrante del mismo. En el trámite parlamentario ocurrió que el Poder ejecutivo remitió al Congreso un juego de mapas distinto de los anexos al tratado. La Cámara de Diputados aprobó el tratado con esos mapas. Posteriormente, en el debate habido en el Senado, se advirtió la cuestión y el Poder ejecutivo remitió entonces los mapas anexos al tratado. Resultó, pues, que la Cámara de Diputados y el Senado aprobaron mapas distintos y, como éstos forman parte del tratado, aprobaron tratados distintos. No obstante ello, el Congreso comunicó al Poder ejecutivo que había aprobado el tratado con Chile.

En estos dos ejemplos, los tratados podrían haber sido objetados debido a la capacidad del representante y a la forma irregular de haberse prestado el consentimiento. En el parágrafo 1, c, de esta sección se han dado otros ejemplos de nuestra historia diplomática de tratados que fueron objetados como contrarios a la Constitución por su contenido.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, el Poder judicial no puede revisar actos de los otros poderes del Estado en lo referente a la persona que los adoptó y al procedimiento seguido para ello, pues se trataría de "facultades privativas" de esos poderes.<sup>55</sup> Por consiguiente, la constitucionalidad de los dos casos expuestos anteriormente no podría ser revisada por el Poder judicial. De acuerdo con la práctica jurisprudencial argentina, un tratado internacional sólo puede ser examinado en su constitucionalidad

---

54 Ver el texto de la circular diplomática en *El Nacional*, 1º IX 1853, p. 1.

55 Cfr.: *Fallos*, t. 53, p. 427 y ss.; t. 141, p. 276 y ss.; t. 143, p. 135 y ss.; t. 210, p. 872 y ss.; t. 272, p. 232 y ss.; t. 301, p. 855 y ss. Excepcionalmente la Corte Suprema declaró inconstitucional la promulgación parcial de una ley en *Fallos*, t. 268, p. 362 y ss. Cfr. también LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 335 y ss.

en razón de su contenido y siempre que lesione directamente un derecho subjetivo en un caso concreto.

### 5. La jerarquía del tratado internacional en el derecho argentino

#### a) La relación entre el tratado internacional y la Constitución

Según se ha expuesto anteriormente, es un principio bien establecido en el derecho argentino que la Constitución tiene supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico. Al referirse al artículo 31 de la Constitución, la Corte Suprema ha expresado que

los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de aquélla, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el precepto de referencia.<sup>56</sup>

En la hipótesis en que exista una incompatibilidad entre un tratado internacional y la Constitución, aquél puede ser declarado inconstitucional por el Poder judicial si se dan las dos condiciones expuestas en el párrafo anterior, a saber: que la incompatibilidad se refiera al contenido del tratado y que haya una lesión de un derecho subjetivo en un caso concreto. Así ocurrió con motivo del acuerdo de sede suscripto entre la Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande el 15 de abril de 1977. El artículo 4 de este convenio internacional otorga a la Comisión inmunidad de jurisdicción. En un momento dado, se planteó una diferencia entre un agente y la organización internacional. Como dentro de la estructura jurídica de ésta no había ningún órgano jurisdiccional para entender en la reclamación laboral, el agente planteó su demanda ante la Justicia argentina. La Comisión de Salto Grande opuso entonces una excepción fundada en la inmunidad de jurisdicción otorgada por el artículo 4 del acuerdo de sede. El funcionario, por su parte, alegó que dicho artículo tenía como consecuencia dejarlo en una situación de indefensión. En efecto, el agente no tenía ante quién recurrir, porque la Comisión de Salto Grande carecía de órgano jurisdiccional y la Justicia argentina no podía entender en razón de la inmunidad de jurisdicción. Según el funcionario, la disposición del acuerdo de sede que tenía como consecuencia esa situación de indefensión era contraria al artículo 18 de la Constitución. La Corte Suprema aceptó el planteamiento del agente y declaró inconstitucional el artículo 4 del acuerdo de sede.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Fallos, t. 208, p. 86.

<sup>57</sup> *El Derecho*, t. 107, p. 616 y ss. Este litigio fue objeto de varios comentarios. Ver, entre otros, BIDART CAMPOS, "Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y privación de justicia en sede interna e internacional (Derecho constitucional y 'jus cogens')", *El Derecho*, t. 91, p. 194 y ss. BIDART CAMPOS, "Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción", *El Derecho*, t. 107, p. 613 y ss. VINUESA, "La inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales", *La Ley*, 1982-C, p. 668 y ss.

En cuanto a otra demanda judicial anterior contra la Comisión de Salto Grande, ver GIULIANI FONROUGE, "Acerca del 'status' de un ente binacional", *La Ley*, 1980-A, p. 909 y ss.

Otro caso vinculado con la relación entre la Constitución nacional y los tratados es el de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos. En el Pacto existen algunas disposiciones que aparecen como incompatibles con la Constitución. Así, por ejemplo, los artículos 47 y 76 de esta última establecen, entre las condiciones para ser elegido senador nacional, vicepresidente o Presidente de la Nación, el gozar de "una renta anual de 2.000 pesos fuertes o de una entrada equivalente" y el mencionado artículo 76 dispone también que el Presidente y el vicepresidente de la Nación deben ser católicos. Por su parte, el artículo 23, inciso 1, c) del Pacto dispone que todos los ciudadanos deben tener acceso, "en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" y el inciso 2 de ese mismo artículo indica expresamente las razones en base a las cuales se puede reglamentar esta disposición, entre las cuales no figuran la situación económica ni la creencia religiosa.

A fin de salvar estas incompatibilidades, la Argentina hizo una declaración en el momento de depositar el instrumento de ratificación que dice así:

El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella.

Esta cláusula no aparece ni como reserva, ni como declaración interpretativa en el instrumento de ratificación. Su redacción no es, por cierto, clara y conviene detenerse para averiguar su sentido. No es posible pretender que el Pacto se ajuste a la Constitución argentina pues ello desnaturalizaría el objeto y el fin de la convención de San José, la cual, precisamente, trata de establecer garantías en el orden internacional frente a los ordenamientos jurídicos estatales. Por otra parte, si se aceptara esa idea, resultaría también que la Argentina podría modificar unilateralmente la interpretación del Pacto cuando deseara y le bastaría para ello modificar su Constitución. En efecto, el instrumento de ratificación argentino hace referencia al texto actual de la Constitución y a las reformas que se introduzcan en virtud de ella.

La interpretación razonable de esta cláusula del instrumento de ratificación es que ella constituye una reserva respecto de aquellas disposiciones del Pacto de San José que se oponen a la Constitución. Independientemente del nombre jurídico que se dé a esta cláusula, ella es una reserva pues tiene efectos de tal.<sup>58</sup>

#### b) La relación entre el tratado internacional y la ley

La cuestión sobre el orden de prioridad entre un tratado internacional y una ley nacional se ha planteado principalmente en aquellos casos en

---

58 Cfr.: RUDA, "Reservations to Treaties". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1976 - III, p. 106.

que se han adoptado disposiciones legislativas que implican la derogación del tratado, su modificación o la imposibilidad de su cumplimiento. La Corte Suprema de Justicia decidió sobre este tema en los casos "S.A. Martín y Cía, Ltda." del 6 de septiembre de 1963<sup>59</sup> y "S.A. Petrolera Argentina Esso" del 5 de junio de 1968.<sup>60</sup> En el primero se trataba de un conflicto entre el tratado de comercio y navegación suscripto con el Brasil el 23 de enero de 1940 y el decreto-ley 6575 de 1958. El segundo se refería a un conflicto entre el tratado concertado con los Estados Unidos de América el 14 de octubre de 1941 y el decreto 5153 de 1955, al que se le reconoció carácter legislativo.

La argumentación del Tribunal para decidir estos casos es simple: expresa que no existe un "fundamento normativo" para acordar prioridad a ninguno y, por consiguiente, aplica a la ley y al tratado el principio de que la norma posterior deroga la anterior.<sup>61</sup> Por lo tanto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, un tratado internacional puede ser derogado por una ley posterior.

Esta jurisprudencia ha sido objeto de diferentes críticas por parte de la doctrina.<sup>62</sup> Sin embargo, conviene detenerse un momento en el razonamiento de la Corte Suprema.

Es preciso efectuar, ante todo, una distinción entre dos situaciones que pueden presentarse respecto de un tratado internacional y una ley posterior: *i*) la primera se da cuando la ley posterior "deroga" el tratado, o sea, cuando se revoca el consentimiento dado por la Argentina para obligarse por dicho tratado; *ii*) la otra situación ocurre cuando una ley posterior establece disposiciones contrarias al tratado o hace imposible su cumplimiento.

*i*) Un tratado internacional se caracteriza, entre otros elementos, por ser creado mediante la voluntad *común* de dos o más sujetos de derecho internacional.<sup>63</sup> La manifestación de voluntad del Estado argentino, se-

---

59 *Fallos*, t. 257, p. 100 y ss.

60 *Fallos*, t. 271, p. 8 y ss.

A estos dos casos habría que añadir la sentencia de la Corte del 28 XII 1962 en los autos "La República Cía. de Seguros c/Banco de la Nación Argentina" (*Fallos*, t. 254, p. 504) en los que se planteó un conflicto entre el tratado de derecho comercial de Montevideo de 1940 (aprobado por el decreto-ley 7771 de 1956) y el art. 22 de la Carta orgánica de ese Banco (decreto-ley 13.129 de 1957). La Corte aplicó la Carta orgánica del Banco, no por ser la norma posterior, sino fundándose en razón de la materia considerada.

61 *Fallos*, t. 257, p. 102; t. 271, p. 13.

62 Ver, entre otros, GOLDSCHMIDT, "Derecho internacional y derecho interno argentino", *El Derecho*, t. 7, p. 784 y ss.; "De nuevo: Derecho internacional y derecho interno argentino", *El Derecho*, t. 23, p. 423. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, 1983, t. I, p. 250 y ss.

63 BARBERIS, "El concepto de tratado internacional". *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), t. VI, 1982, pp. 14-18.

gún la Constitución, debe ser dada por el Congreso Nacional y por el Presidente de la República. Cuando los contratantes se otorgan mutuamente el consentimiento, crean el tratado internacional. Una vez creado, una parte no puede revocar unilateralmente su consentimiento. Un tratado sólo puede ser dejado sin efecto o modificado mediante la voluntad de todos los contratantes. Estos principios del derecho de gentes constituyen el fundamento de toda convención internacional. Por estas razones, la Argentina no podría "derogar" unilateralmente un tratado que ha concertado con otro Estado y tampoco podría revocar el consentimiento otorgado para obligarse mediante esa convención. En la comunidad internacional no hay ningún Estado que pretenda gozar del privilegio de dejar sin efecto unilateralmente los tratados que ha suscripto.

Otro aspecto que merece ser analizado es la competencia del Congreso para dictar una ley "derogatoria" de un tratado, o sea, para revocar el consentimiento otorgado al Presidente para ratificar el tratado. En el derecho constitucional argentino se presentan casos en que un órgano necesita, para realizar un acto, el consentimiento previo de otro órgano. Así, por ejemplo, el Presidente necesita el acuerdo del Senado para designar un juez, un almirante o un embajador (art. 86, incs. 5, 10 y 16). Igualmente, el Presidente requiere la autorización del Congreso para disponer del presupuesto (art. 67, inc. 7; art. 86, inc. 13). En estas hipótesis, el órgano que ha dado el acuerdo para que el otro órgano ejecute el acto, no puede volver sobre su consentimiento, su competencia se agota cuando da su acuerdo. Por ello, el Senado no podría revocar el acuerdo otorgado y exigir al Presidente que revoque las designaciones efectuadas. El Congreso no podría revocar la autorización dada respecto del presupuesto y exigir al Presidente que reintegre los fondos que gastó. Esto mismo ocurre con la aprobación de un tratado internacional (art. 67, inc. 19). La facultad del Congreso se agota al dar su aprobación y no puede volver válidamente sobre ella. Por esta razón, el Congreso no podría dictar ninguna ley que revoque el consentimiento otorgado para obligarse mediante un tratado o que "derogue" este último. Por otra parte, el Congreso tampoco podría tomar la iniciativa en la presunta ley "derogatoria" pues ello correspondería al Poder ejecutivo, que es quien tiene el manejo de las relaciones exteriores.

Por último, cabe hacer referencia también a una cuestión terminológica. La Corte Suprema habla en sus sentencias de la "derogación" de un tratado internacional por una ley posterior. La autoridad que "deroga" una norma, o sea, que suprime una norma del orden jurídico, es la misma que la ha creado. Cuando se trata de una autoridad de rango superior, se dice generalmente que "revoca" la norma. En el caso que nos ocupa, quienes crearon el tratado internacional son la Argentina y el otro Estado contratante. Por lo tanto, quienes serían competentes para "derogar" el tratado serían los dos Estados, pero no uno solo de ellos. El lenguaje utilizado por la Corte no parece, pues, acertado.

Las razones expuestas permiten llegar a la conclusión de que un tratado internacional no puede ser "derogado" por una ley posterior, o sea, que la Argentina no podría revocar unilateralmente el consentimiento otorgado para obligarse mediante un tratado.

ii) Si bien la Argentina no podría unilateralmente "derogar" un tratado internacional, tendría siempre la posibilidad de dictar una ley que prescriba disposiciones contradictorias con el tratado o que hagan imposible su cumplimiento. Supongamos, por ejemplo, que un tratado entre la Argentina y el Estado S autoriza a los buques de cada país a entrar a los puertos del otro contratante sin pagar ningún impuesto. Posteriormente, el Congreso podría dictar una ley que imponga una sanción a todo funcionario portuario que no cobre un impuesto determinado a todo buque del Estado S al entrar a puerto. El Estado argentino tendría competencia para dictar una ley semejante, la cual sería válida.

Esta segunda hipótesis es confundida por la Corte Suprema con la primera y estima que en ambos casos se produce una derogación del tratado por parte de la ley posterior. Al referirse al tratado internacional y a la ley, el Alto Tribunal afirma que "no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno".<sup>64</sup> Partiendo de esta proposición, la Corte llega a la conclusión de que ambos son normas de igual jerarquía, a las que se ha de aplicar la regla de que la norma posterior deroga la anterior. Ya se ha expuesto anteriormente que no puede haber aquí una "derogación" porque los únicos que podrían "derogar" el tratado internacional son quienes lo suscribieron, y no sólo uno de ellos. Pero, además el razonamiento de la Corte peca contra ciertos principios fundamentales en materia de ámbito de validez de las normas jurídicas, de incompatibilidad de normas pertenecientes a un mismo orden jurídico y sobre derogación de ellas. No es del caso detenerse aquí en estos temas de teoría general del derecho, pero sólo basta añadir que si se aceptara el criterio de la Corte Suprema, se podría afirmar, por ejemplo, que dado que no existe un fundamento para acordar prioridad entre un contrato de matrimonio y una resolución de la Dirección de Parques Nacionales, rige entre ambos el principio de que la norma posterior deroga la anterior.

En el presente caso, no se trata de una "derogación" del tratado por una ley posterior, sino de una hipótesis en que existen dos normas contradictorias. La cuestión consiste en decidir cuál de ellas debe ser aplicada.

Las sentencias de la Corte Suprema, según se ha expuesto más arriba, optan por aplicar la ley posterior y afirman que también en estos casos se produce la "derogación" del tratado.

---

<sup>64</sup> Fallos, t. 257, p. 102.

Corresponde ahora analizar en qué consiste eso que la Corte Suprema denomina *derogación*. En rigor de verdad, se trata simplemente del *incumplimiento* o de la *violación* de un tratado internacional. Cuando un Estado dicta una ley que implica modificar un tratado o hacer imposible su cumplimiento, comete un acto ilícito que compromete su responsabilidad internacional.<sup>65</sup> Violar un tratado no significa derogarlo. Esto rige tanto en el derecho público como en el privado: quien no da cumplimiento a un contrato, no puede expresar que lo anula o lo deroga, sino simplemente debe decir que no lo respeta o que lo transgrede. El lenguaje que utilizan las personas que realizan un acto jurídico para designar aquello que hacen, carece de relevancia jurídica.<sup>66</sup> Una persona que se apodera del dinero de su vecino, puede afirmar que se "cobra" la indemnización por los daños que éste le causó, cuando en realidad se trata de un "hurto". Una banda de delinquentes que mata a un hombre podrá afirmar que "ejecuta una sentencia" dictada contra él, cuando en realidad comete un "homicidio". Por ello, el jurista no puede aceptar el lenguaje de la Corte Suprema de que una ley "deroga" un tratado internacional. El lenguaje jurídico correcto para describir la realidad de las cosas consiste en afirmar que, en ese caso, el Estado "viola" o "transgrede" un tratado internacional.

Sin embargo, este vocabulario no es aceptado por la Corte Suprema y la razón de ello es porque se ha dejado llevar por cierta concepción a la que ya hicimos referencia en el parágrafo 2 de esta sección. La Corte Suprema y cierta parte de la doctrina parten de la idea de la existencia de dos tratados: uno en el orden internacional y otro en el orden jurídico interno. Este último tendría como fundamento de validez la ley que lo aprobó. Por lo tanto, este presunto tratado de derecho interno que fue introducido por una ley, podría también ser derogado por una ley posterior. Mientras tanto, el tratado internacional seguiría subsistiendo siempre en el plano del derecho de gentes.

Todo esto es una ficción que no concuerda con la realidad. El tratado internacional es uno solo y se trata de un acuerdo entre entidades soberanas. Una de las partes no puede derogarlo unilateralmente por una ley. El presunto tratado de derecho interno es algo que no existe. Quien dicta una ley contraria a un tratado, viola este último e incurre en responsabilidad internacional.

Dado que la Corte Suprema es el más alto Tribunal de la República y que sus sentencias son inapelables, las decisiones en el sentido de dar prioridad a la ley sobre un tratado internacional constituyen un acto ilícito internacional. El Poder judicial es un órgano del Estado y sus actos son atribuidos a éste. La conducta de la Corte Suprema origina la res-

---

65 VERDROSS - SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., Berlín, 1984, p. 856.

66 Cfr.: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960, p. 54.

ponsabilidad internacional del Estado. En este orden de ideas, conviene citar el siguiente pasaje de la decisión de la Comisión de Conciliación franco-italiana del 7 de diciembre de 1955:

La sentencia dictada por la autoridad judicial es una emanación de un órgano del Estado, al igual que la ley promulgada por la autoridad legislativa o la decisión tomada por la autoridad ejecutiva. La inobservancia de una regla internacional por parte de un tribunal crea la responsabilidad internacional de la colectividad de la cual el tribunal es órgano... 67

## 6. La reclamación entre Estados. La protección diplomática

Según se ha indicado anteriormente, la sentencia de la Corte Suprema que decide la prioridad de la ley posterior respecto del tratado no es recurrible ante ningún otro tribunal. Sin embargo, la Corte reconoce que sus decisiones pueden tener otras consecuencias y así lo ha expresado en el caso "S.A. Martín y Cía. Ltda.":

...la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos. Y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la Nación, sujetas a reclamo por las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esta Corte... 68

En efecto, en ciertos casos en que una parte litigante es extranjera, la decisión de la Corte Suprema puede ser objeto de una reclamación. La persona extranjera, física o jurídica, puede solicitar la protección diplomática al Estado del cual es nacional y éste puede hacer suya la causa y reclamar ante la Argentina la reparación correspondiente.

La protección diplomática es una institución de derecho internacional consuetudinario que autoriza a un Estado a reclamar por los daños que hubieren sufrido sus súbditos en el extranjero.<sup>69</sup> La jurisprudencia internacional, que es muy amplia en esta materia, ha establecido los requisitos que ha de reunir la reclamación para que la protección sea viable.

La Argentina ha ejercido la protección diplomática en favor de sus nacionales y también los Estados extranjeros la han planteado ante ese país por daños sufridos por sus súbditos.

En la práctica, el Estado extranjero que ejerce la protección diplomática inicia la gestión ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Debe acreditar, en principio, que se dan los tres requisitos fundamentales para que ella sea aceptable, a saber: la nacionalidad de la per-

67 *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII, p. 438

68 *Fallos*, t. 257, p. 102.

69 C.P.J.I., Série A, Nº 2, p. 12.

sona que sufrió el perjuicio, el agotamiento de las instancias jurídicas internas y el haber procedido con *clean hands*. La tramitación se lleva generalmente a través de la Consejería legal de la Cancillería.

Si resultan probados estos requisitos, el Estado admite la reclamación diplomática. A fin de evaluar la reparación, se realizan las pericias correspondientes.

La protección diplomática es un derecho del Estado y no del individuo. El Estado tiene la facultad discrecional de ejercerla o no. El individuo no tiene el derecho subjetivo de solicitar la protección diplomática del Estado del cual es nacional. Igualmente, el Estado reclamante puede aceptar la indemnización que el otro Estado le ofrece, aún cuando el particular interesado se oponga a la transacción.

Resulta interesante destacar que, en virtud de la protección diplomática, la autoridad administrativa argentina revisa, a veces, las consecuencias de las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. La protección diplomática es un recurso jurídico útil para que una persona extranjera pueda obtener reparación por las consecuencias de una sentencia judicial que ha hecho prevalecer una ley nacional frente a un tratado internacional.

La protección diplomática se da cuando un Estado extranjero es lesionado en la persona de uno de sus nacionales. Pero, cuando la lesión tiene lugar contra el Estado mismo, éste reclama directamente contra el Estado que ha ocasionado el perjuicio. Por ejemplo, cuando un Estado deja sin efecto unilateralmente un tratado internacional o cuando dicta una ley que hace imposible el cumplimiento de un tratado, el otro Estado contratante puede reclamar directamente ante aquél y solicitar que el estado de cosas vuelva al *statu quo ante* o, si ello resulta imposible, se le pague una indemnización por daños y perjuicios.

En virtud de esta reclamación, resulta posible a la autoridad administrativa argentina enmendar las consecuencias de una ley nacional que hubiere pretendido modificar o hacer imposible el cumplimiento de un tratado internacional.

### III. LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA POR PARTE DE LA ARGENTINA

#### 1. *La situación anterior a la entrada en vigor de la convención de Viena.*

En la sección anterior se ha descrito el régimen de concertación de los tratados internacionales y la jerarquía que ellos ocupan en el orden jurídico argentino. En este sentido, se ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la práctica de la Cancillería. De todo ello se puede deducir que es preciso distinguir dos situaciones en cuanto a la jerarquía de los tratados: a) aquellos casos en los que existe la reclamación

de un Estado extranjero, ya sea en forma pura y simple o a través del ejercicio de la protección diplomática, y *b*) aquellos otros en los que el demandante es un nacional argentino o un extranjero al que su Estado nacional no le ha dispensado la protección diplomática.

En la segunda hipótesis, la jerarquía del tratado internacional es determinada por el Poder judicial y la sentencia de su más alto tribunal es definitiva e irrecurable. Por el contrario, en la primera hipótesis, la jerarquía del tratado se determina mediante un procedimiento que tiene una suerte de dos fases o etapas.

La primera etapa sería aquella que se cumple dentro de la órbita del Poder judicial. En ella, el tratado internacional y la ley tendrían la misma jerarquía y la primacía estaría determinada sólo por la posterioridad en el tiempo. La segunda etapa, que se cumpliría en el ámbito del Poder ejecutivo, sería aquella en que la Argentina reconoce su responsabilidad internacional por el hecho de haber otorgado primacía a una ley frente a un tratado de fecha anterior. Esta responsabilidad tiene por fundamento la norma consuetudinaria que dispone que un Estado no puede prevalerse de su derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional.<sup>70</sup> Los únicos casos en que la responsabilidad del Estado no se presenta es cuando no hay reclamación de ningún Estado extranjero, ya sea porque la persona afectada en sus intereses es un argentino o porque el Estado de la nacionalidad del perjudicado no le ha otorgado la protección diplomática. En estos casos, los otros Estados de la comunidad internacional no tienen derecho a plantear una reclamación internacional porque no resultan perjudicados por la actitud argentina y, por lo tanto, carecen de acción para ello pues en derecho de gentes no hay lo que se da en llamar acción pública o acción popular.<sup>71</sup> Es decir, que la Argentina reconoce su responsabilidad internacional en la medida en que un Estado extranjero formula la correspondiente reclamación.

Esta es, en resumen, la situación que se presenta en la Argentina en cuanto a la jerarquía que ocupa el tratado internacional. Esta descripción es válida hasta el momento en que entró en vigor la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

## 2. *La ratificación de la convención y las reservas formuladas*

La convención de Viena fue aprobada por la ley 19865 y ratificada por el Presidente de la República. De acuerdo con su artículo 84, la convención entró en vigor el 27 de enero de 1980, fecha en que se cumplieron los treinta días posteriores al depósito del trigésimo quinto instrumento de ratificación.

---

<sup>70</sup> Ver *supra*, sección I, párrafo 2, nota 11.

<sup>71</sup> C.I.J., Recueil 1966, pp. 47 y 51.

La Argentina formuló reservas a los artículos 45, inciso b), y 62 que se refieren a cuestiones ajenas al objeto del presente estudio.<sup>72</sup>

En la sección I, parágrafo 2, se han expuesto ya las disposiciones de la convención que se refieren de alguna manera al derecho estatal en lo relativo a la capacidad del representante del Estado, a la forma de manifestar el consentimiento y al contenido del tratado internacional.

Sólo conviene añadir aquí una reflexión sobre el tema del contenido del tratado internacional y su relación con el derecho interno. En cuanto a esta cuestión, el artículo 27 establece:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Se trata de un principio fundamental del derecho de los tratados.<sup>73</sup> En efecto, resulta difícil concebir una regulación jurídica de los convenios internacionales que disponga en una de sus cláusulas que una parte puede derogar o modificar unilateralmente un tratado. Una disposición semejante haría ilusoria cualquier regulación jurídica.

### 3. *La constitucionalidad de la convención*

Una vez que la convención ha entrado en vigor para la Argentina, existe la posibilidad de que el Poder judicial examine si aquélla es compatible con la Constitución. En el caso de que así no fuere, la convención podría ser declarada inconstitucional.

La Constitución contiene disposiciones referentes a la forma de manifestar el consentimiento y al contenido de los tratados. Corresponde, pues, analizar si las disposiciones de la convención de Viena sobre estos dos temas son compatibles o no con la Constitución.

i) En cuanto a la forma de manifestar el consentimiento, la Constitución dispone que el tratado, una vez firmado, debe ser aprobado por el Congreso (art. 67, inc. 19) y ratificado por el Presidente de la República (art. 86, inc. 14).

La convención de Viena, por el contrario, prevé la celebración de tratados mediante la sola firma del plenipotenciario (art. 12).

La celebración de acuerdos en forma simplificada, mediante la sola firma, es una práctica internacional universalmente admitida. Esta prác-

---

72 Sobre este tema, ver REY CARO, "Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre el Derecho de los Tratados. El 'estoppel' y la cláusula 'rebus sic stantibus'", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), t. II, 1975, p. 229 y ss.

73 DE LA GUARDIA Y DELPECH afirman que el art. 27 "hace al fundamento mismo del derecho internacional" (ob. cit., p. 286).

tica se inició con posterioridad a la sanción de la Constitución argentina, pero nuestro país la ha adoptado desde hace largo tiempo y puede decirse que actualmente el número de acuerdos en forma simplificada que la Argentina celebra es mayor que el de tratados solemnes.

Dado que la convención de Viena permite la celebración de acuerdos en forma simplificada y que la Constitución sólo prevé la concertación de tratados solemnes, es posible preguntarse si los acuerdos en forma simplificada son constitucionales y también si lo es la convención de Viena que los permite.

La Constitución argentina sólo puede ser modificada por el procedimiento especial previsto en ella (art. 30). No obstante ello, la Constitución ha sido modificada desde 1853 hasta ahora a través de ciertas prácticas constantes que han dado origen a normas consuetudinarias. Estas costumbres han derogado o modificado ciertas disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, puede afirmarse que una costumbre ha derogado el artículo 86, inciso 21, que obliga al Presidente a solicitar autorización al Congreso para salir de la Capital Federal. Para hacer referencia a este fenómeno de modificación de la Constitución a través de ciertas prácticas consuetudinarias se suele hablar de la *Constitución real*, que es la que efectivamente está en vigor. Igualmente, la práctica constante del Poder ejecutivo de celebrar acuerdos en forma simplificada ha dado origen a una costumbre que ha modificado el artículo 67, inciso 19, de la Constitución. En esta práctica han participado el Poder ejecutivo que celebra los acuerdos en forma simplificada y el Poder legislativo que ha dado aquiescencia a ello al no haber formulado ninguna reclamación al respecto.

ii) En cuanto al contenido de los tratados, la convención de Viena hace referencia a esta cuestión en sus artículos 27 y 46. El artículo 27, según se expresó más arriba, establece la regla fundamental según la cual un Estado no puede prevalerse de su derecho interno para no cumplir un tratado internacional. Esta regla, sin embargo, contiene una limitación que aparece en el artículo 46. Este dispone que un Estado sólo puede alegar que su consentimiento ha sido dado en violación de una norma de su derecho interno cuando esa violación es manifiesta y afecta una norma de importancia fundamental. La convención especifica que la violación es manifiesta si resulta evidente "para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

Por su parte, la Constitución dispone en su artículo 27 que el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con los Estados extranjeros por medio de tratados que estén en conformidad con los *principios de derecho público* establecidos en ella. Además, la Constitución argentina es una Constitución rígida y sólo puede ser modificada por un procedimiento especial (art. 30). De estas disposiciones surge, como consecuencia, la supremacía de la Constitución respec-

to de los tratados internacionales y, por lo tanto, la posibilidad de que un tratado sea declarado inconstitucional.

Corresponde ahora analizar si los regímenes establecidos en la convención de Viena y en la Constitución son compatibles entre sí.

La Constitución consagra su supremacía respecto de los tratados internacionales. Como consecuencia de ello, un tratado puede ser declarado inconstitucional si no está en conformidad con los *principios de derecho público* contenidos en ella. La convención de Viena, por su parte, sólo permite a un Estado alegar su derecho interno como argumento para no cumplir un tratado internacional si se trata de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental.

Si se efectúa la comparación de ambos regímenes se llega a la conclusión de que son compatibles entre sí. En efecto, los casos en que un tratado puede ser declarado inconstitucional según la Constitución argentina son los casos en que, según la convención de Viena, se ha violado manifiestamente una norma de importancia fundamental. Cuando un Estado va a celebrar un tratado y analiza el orden jurídico de su contratante, examina principalmente la Constitución y los principios que ella consagra. Por lo tanto, si este análisis se realiza según la práctica usual y de buena fe, el Estado podrá conocer las normas principales de derecho público de su cocontratante.<sup>74</sup> Esto significa que los casos en que un tratado puede ser declarado inconstitucional coinciden con aquéllos en que un Estado puede invocar la violación de su derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional.

El único caso en que un tratado ha sido declarado inconstitucional en la Argentina permite comprobar lo aquí expuesto.<sup>75</sup> En efecto, ese tratado violaba una cláusula fundamental de la Constitución, como es su artículo 18, que garantiza a todo habitante de la Nación el acceso a un juez para dirimir un litigio. En este caso, el Estado argentino podría haber invocado los artículos 27 y 46 de la convención de Viena para dejar de cumplir el tratado y admitir la demanda interpuesta contra la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande.

Las razones expuestas en este párrafo permiten llegar a la conclusión de que la convención de Viena es compatible con la Constitución argentina.

---

<sup>74</sup> Cfr., en el sentido de que el art. 46 de la convención de Viena se refiere a las normas de derecho público contenidas en la Constitución, incluso la declaración de derechos y garantías: VERDROSS - SIMMA ob. cit., p. 446. Ver también CAHIER, "La violation du droit interne relatif à la compétence pour conclure des traités comme cause de nullité des traités", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1971, p. 242.

<sup>75</sup> Ver *supra*, sección II, párrafo 5, a).

#### 4. *Los tratados internacionales y la ley nacional*

En el párrafo 5, b), de la sección anterior y en el párrafo 1 de la presente se ha expuesto la cuestión acerca de la relación entre el tratado internacional y la ley. Esta relación no está regulada por la Constitución, la que solamente prevé su supremacía respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico y la supremacía del derecho federal respecto de los ordenamientos provinciales. El tema de la jerarquía de los tratados internacionales respecto de las leyes es una cuestión que se presenta en el plano legislativo y jurisprudencial, pero no en el plano constitucional.

La ratificación de la convención de Viena introduce, a nuestro modo de ver, una modificación sustancial en la jerarquía normativa establecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El Poder judicial deberá aplicar en adelante la convención, que dispone la primacía del tratado internacional sobre la ley interna. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte en los casos "S.A. Martín y Cia. Ltda." y "S.A. Petrolera Argentina Esso" deberá ser modificada. De esta manera, quedará eliminada también una causa de responsabilidad internacional del Estado por los actos realizados por el Poder judicial.

#### IV. CONCLUSIONES

El estudio realizado permite llegar a las conclusiones siguientes:

1. La convención de Viena sobre el derecho de los tratados es compatible con la Constitución argentina.
2. Los casos en que, según la Constitución, podría declararse la inconstitucionalidad de un tratado internacional coinciden con aquellos en los que, según la convención de Viena, el Estado puede invocar una violación manifiesta de una norma fundamental de su derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional.
3. La convención de Viena establece la primacía del tratado internacional sobre la ley y sus disposiciones en este sentido deben ser aplicadas por el Poder judicial argentino.

JULIO A. BARBERIS  
*Universidad Católica Argentina*

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAM, MARGARITA SUSANA. "Hierarchy of Treaties in the Argentine System through the Supreme Court Decisions", *International Law and Municipal Law* (German-Argentinian Constitutional Law Colloquium), Berlín, 1982, pp. 141-144.
- ARMAS BAREA CALIXTO A. "The Hierarchy of International Treaties and Municipal Law", *International Law and Municipal Law* (German-Argentinian Constitutional Law Colloquium), Berlín, 1982, pp. 129-139.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. "La incorporación del derecho internacional al derecho interno" *La Ley*, t. 118 (Abril-Junio 1965), pp. 1048-1065.  
 —"Crítica a dos aspectos de la sentencia de la Corte", *La Ley*, t. 131 (Julio-Septiembre 1968), pp. 771-774.  
 —"Reflexiones sobre la rigidez y la supremacía de la Constitución frente a los Tratados internacionales", *Jurisprudencia Argentina - Doctrina*, 1970, pp. 547-549.  
 —"Inmunidad total de jurisdicción de entes internacionales y privación de justicia en sede interna e internacional (Derecho constitucional y 'jus cogens')". *El Derecho*, t. 91, (1981), pp. 194-200.  
 —"Un importante fallo de la Corte: derecho internacional, inmunidad de jurisdicción y derecho a la jurisdicción", *El Derecho*, t. 107 (1984), pp. 613-617.
- BIocca, STELLA MARIS - ARGÜELLO, ISAURO PONCIANO. *Ley y tratado - Modificación del tratado por ley posterior*. Informe. Asociación Argentina de Derecho Internacional, Primer Congreso (Mendoza, 1970).
- BOGGIANO, ANTONIO. "Conflictos de jurisdicción internacional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *El Derecho*, t. 62 (1975), pp. 619-628.
- DÍAZ ULLOQUE, FERNANDO J. "La problemática de los tratados internacionales y de los tratados interprovinciales en la Constitución Nacional", *El Derecho*, t. 110 (1985), pp. 911-915.
- El régimen de los tratados en el derecho argentino, *El Derecho*, t. 27 (1969), pp. 784-795.
- FRIÁS ALURRALDE, BENJAMÍN. *Derecho internacional público y derecho nacional - Monismo y dualismo - Solución constitucional argentina*, Tucumán, 1980.
- GNECCO, JORGE. "Los tratados internacionales frente a la Constitución y las leyes", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, t. X, Nº 19 (Julio-Diciembre 1967), pp. 123-155.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, "Derecho internacional y derecho interno argentino". *El Derecho*, t. 7 (1964), pp. 784-795.  
 —"De nuevo: Derecho internacional y derecho argentino", *El Derecho*, t. 23 (1968), p. 423.  
 —"Los tratados como fuente del derecho internacional público y del derecho interno argentino", *El Derecho*, t. 110 (1985), pp. 955-962.
- LOZADA, SALVADOR MARÍA. "Validez de los tratados internacionales no ratificados por ley", *El Derecho*, t. 1 (1961), pp. 757-759.
- RAMELLA, PABLO A. "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Nacional", *El Régimen Constitucional Argentino*, Mendoza, 1977, pp. 87-98.
- REINA, ANA MARÍA, "El régimen jurídico de los tratados internacionales en la República Argentina", en la obra del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, 1986, pp. 333-370.
- Repertorio de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre Derecho de Gentes (1863-1940), *Anales del Instituto de Derecho de Gentes*, (Universidad Nacional del Litoral), vol. único (1937-1941), pp. 265-413.
- REY CARO, ERNESTO J. "Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre el Derecho de los Tratados. El 'estoppel' y la cláusula 'rebus sic stantibus'", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), t. II, 1975, pp. 229-250.
- RODRÍGUEZ ARAYA, RAÚL. *El derecho internacional interpretado por la Corte Suprema de la Nación (1863-1956)*, Rosario, 1958.

RUIZ MORENO, ISIDORO (H.). "Los tratados internacionales y su ratificación", *La Ley*, t. 41 (Enero-Marzo 1946), pp. 923-926.

—*El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*, 2ª ed., Buenos Aires, 1970.

SANTA PINTER, JOSÉ JULIO. "Legislación nacional argentina versus tratados internacionales" *Revista Española de Derecho Internacional*, 1958, pp. 587-597.

—"Jerarquía e interpretación de tratados internacionales", *Jurisprudencia Argentina*, 1960-II, pp. 344-347.

VANOSI, JORGE REINALDO A. *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, 1969.

## DOCUMENTOS

### LA DECIMATERZA

#### *Suave festividad*

[1] Por décimatercera vez<sup>1</sup> la gracia del Eterno y Sumo Sacerdote nos concede, con motivo de la fiesta de Navidad, dirigir nuestra palabra al mundo católico desde esta augusta Sede. Una tan suave festividad nos ofrece cada año la ocasión de expresar a todos los fieles del mundo nuestro paternal saludo con el sentimiento profundo del vínculo misterioso, que, a los pies de la cuna del Salvador recién nacido, une entre sí en la fe, en la esperanza y en el amor a los redimidos por Cristo.

[2] Ante el derrumbamiento de tantas instituciones terrenas, ante el fracaso de tantos programas caducos, el Espíritu de Dios sostiene a su Esposa, la Iglesia; la colma con una plenitud de la vida, con el vigor de una juventud incesantemente renovada, cuyas manifestaciones cada vez más luminosas revelan su carácter sobrenatural: consuelo inefable para todo creyente, indescifrable enigma para los enemigos de la fe.

[3] Y, sin embargo, por grande que pueda ser nuestra alegría al volver a encontrarnos en este nuevo contacto navideño, unidos con los fieles de todos los continentes —y también con cuantos están unidos a Nos por la fe en Dios—, la dura realidad de la hora presente arroja sobre tan alegre fiesta la sombra entristecedora de esas nubes que gravitan todavía amenazadoras sobre el mundo.

#### *La aportación de la Iglesia a la causa de la paz*

[4] Bien sabemos Nos con qué íntima satisfacción y con qué incondicional docilidad nuestros fieles hijos escuchan siempre la voz del Padre común; pero no ignoramos, sin embargo, con qué ansia esperan de nuevo una palabra suya sobre el *gran tema de la paz*, que conmueve y agita a los corazones; una palabra precisa y concreta especialmente sobre la aportación de la Iglesia a la causa de la misma paz; es decir, en qué no puede consistir tal aportación; en qué puede y debe consistir; en qué consiste

---

<sup>1</sup> Pío XII, radiomensaje dirigido al episcopado y fieles católicos de todo el mundo, 24 de diciembre de 1951; AAS 44 (1952) 5-15. Texto original en italiano.

realmente. ¡Dígnese el Padre celestial, que en el nacimiento de su Hijo divino envió coros de ángeles a cantar la paz sobre la tierra, inspirar nuestras palabras! <sup>2</sup>

I. EN QUÉ NO PUEDE CONSISTIR LA APÓRTACION DE LA IGLESIA  
A LA CAUSA DE LA PAZ

*La supuesta neutralidad política de la Iglesia*

[5] La situación exige de Nos un juicio sobre los hechos franco y sincero. Pero estos hechos han llegado a tal punto de gravedad que nos obligan a ver el mundo dividido en dos carnívoros opuestos, la humanidad misma dividida en dos grupos tan netamente separados, que difícilmente permiten a alguien o en alguna manera la libertad de mantener entre las partes adversarias una actitud de neutralidad política.

[6] Ahora bien, quienes equivocadamente consideran a la Iglesia casi como una potencia terrena cualquiera, como una especie de imperio mundial, fácilmente se ven inducidos a exigir también de ella, como de los demás, la renuncia a la neutralidad, la opción definitiva en favor de una u otra parte. Sin embargo, en el caso de la Iglesia no se puede tratar de renunciar a una neutralidad política, por la sencilla razón de que la Iglesia no puede ponerse al servicio de intereses meramente políticos.

[7] No se piense que sea esto un puro juego de palabras y de conceptos. Basta tener una noción elemental del fundamento en que la Iglesia como sociedad descansa, para que se nos comprenda sin necesidad de explicaciones más amplias. El divino Redentor ha fundado la Iglesia para comunicar por medio de ella a la humanidad su verdad y su gracia hasta el fin de los tiempos. La Iglesia es su "cuerpo místico". Ella es toda de Cristo, y Cristo es de Dios. <sup>3</sup>

[8] Los hombres políticos, y a veces incluso hombres de Iglesia, que intentasen hacer de la Esposa de Cristo su aliada o instrumento de sus combinaciones políticas nacionales o internacionales, lesionarían la esencia misma de la Iglesia, dañarían a la propia vida de ésta; en una palabra, la rebajarían al mismo plano en que se debaten los conflictos de inte-

---

<sup>2</sup> Durante el año 1950, Pío XII publicó tres encíclicas sobre la paz: la *Anni Sacri*, de 12 de marzo, haciendo un llamamiento a la reforma cristiana de las costumbres: AAS 42 (1950) 217-222; la *Summi moeroris*, de 19 de julio, con motivo de la agravación de la situación internacional: AAS 42 (1950) 513-517, y la *Mirabile illud*, de 6 de diciembre, ante la amenaza de extenderse el conflicto armado del Extremo Oriente: AAS 42 (1950) 797-800.

<sup>3</sup> Cfr. 1 Cor. 3.23.

reses temporales. Y esto es y continúa siendo verdad aunque se haga por razones e intereses en sí mismos legítimos.

[9] Quien quisiera, pues, separar a la Iglesia de su supuesta neutralidad, o hacer presión sobre ella en la cuestión de la paz o menoscabar su derecho a determinar libremente si y cuándo y cómo ha de tomar posición en los varios conflictos, no facilitaría su cooperación a la obra de la paz, porque una tal toma de posición por parte de la Iglesia, aun en los asuntos políticos, nunca puede ser una actuación puramente política, sino que debe ser siempre una *sub specie aeternitatis*, a la luz de la ley divina, de su orden, de sus valores y de sus normas.

[10] No es raro el caso en que potencias e instituciones puramente terrenas salen de su neutralidad, para formar hoy en un campo, mañana tal vez en otro. Es un juego de combinaciones que puede explicarse por el incesante fluctuar de los intereses temporales. Pero la Iglesia se mantiene alejada de semejantes combinaciones mudables. Si juzga, no es para salir de una neutralidad observada hasta entonces, porque Dios jamás es neutral ante las cosas humanas ni ante el curso de la historia, y por eso tampoco puede serlo la Iglesia. Si habla, es en virtud de su misión divina, querida por Dios. Si habla y juzga sobre los problemas del día, es con la clara conciencia de anticipar, por la virtud del Espíritu Santo, la sentencia que al final de los tiempos confirmará y sancionará su Señor y Cabeza, Juez del universo.

[11] Tal es la función propia y sobrehumana de la Iglesia con relación a los asuntos políticos. ¿Qué quiere decir, pues, esa frase vacía de una neutralidad a la que la Iglesia debería renunciar?

*La Iglesia no juzga según criterios exclusivamente políticos*

[12] Otros, por el contrario, quieren la neutralidad de la Iglesia en bien de la paz. Pero tampoco éstos tienen una idea justa del puesto que la Iglesia ocupa en el curso de los grandes acontecimientos mundiales.

[13] La Iglesia no puede bajar de la alta esfera sobrenatural que desconoce la neutralidad política —en el sentido en que este concepto se aplica a las potencias terrenas—; lo cual no excluye, antes bien consolida profundamente, la parte que ella toma en las angustias y en los sufrimientos de sus miembros divididos entre uno y otro campo, y la inquietud que experimenta por la oposición de opiniones y de deseos dentro de sus propias filas. La Iglesia no puede avenirse a juzgar con criterios exclusivamente políticos; no puede ligar los intereses de la religión a conductas determinadas por motivos puramente terrenos; no puede exponerse al peligro de que se dude fundamentalmente de su carácter religioso; no puede olvidar, ni siquiera por un momento, que su cualidad de representante de Dios sobre la tierra no le permite permanecer indiferente, ni un solo instante, entre el “bien” y el “mal” en las cosas humanas. Si le pidiesen esto, ella debería

negarse, y los fieles de ambos bandos deberían, en virtud de su fe y esperanza sobrenaturales, comprender y respetar esa actitud suya<sup>4</sup>

## II. EN QUÉ CONSISTE LA APORTACIÓN QUE LA IGLESIA PUEDE Y DEBE DAR A LA CAUSA DE LA PAZ

[14] Finalmente, si esta aportación no puede ser exclusivamente política, si la Iglesia no tiene su puesto normal y su misión esencial allí donde los Estados, amigos, adversarios o neutrales, se encuentran continuamente, llevando consigo sus ideas y sus tendencias políticas concretas, ¿cuál deberá ser su aportación a la paz? ¿Cuál será el título jurídico, cuál la naturaleza particular de esa aportación?

### *El título jurídico y la naturaleza de la misión pacificadora de la Iglesia*

[15] ¿Su título jurídico? Mirad: en ningún lugar lo encontraréis tan claro y casi palpable como ante la cuna de Belén. El Niño que allí yace es el Hijo eterno de Dios hecho hombre, y su nombre es *Princeps pacis*, Príncipe de la paz. Príncipe y fundador de la paz: tal es el carácter del Salvador y Redentor de todo el género humano. Su alta misión divina es la de establecer la paz entre cada uno de los hombres y Dios, entre los hombres mismos y entre los pueblos.

[16] Pero esta misión y esta voluntad de paz no nacen de la pusilanimidad y de la debilidad, propias sólo para oponer al mal y a los malvados resignación y paciencia. Aun en la debilidad del Niño de Belén está oculta la majestad y contenida la fuerza que sólo el amor refrena, para dar a los corazones de los hombres la capacidad de hacer germinar y mantener la paz, y el vigor para vencer y disipar todo cuanto podría comprometer su seguridad.

[17] Mas el Salvador divino es también cabeza invisible de la Iglesia; por esto su misión de paz continúa subsistiendo y valiendo en la Iglesia. Cada año el retorno de la Navidad reaviva en ella la íntima conciencia de su título para contribuir a la obra de la paz, título único, que trasciende a toda realidad terrena y que deriva inmediatamente de Dios, elemento esencial de su naturaleza y de su potestad religiosa.

---

<sup>4</sup> Sobre el tema de la *política cristiana* véanse el discurso dirigido a una peregrinación suiza con motivo de la canonización de San Nicolás de Flüe, 16 de mayo de 1947: AAS 39 (1947) 364-372; E 7 (1947) I, 593-595, y el radiomensaje al LXXIII Congreso de los católicos alemanes en Paderborn, 4 de septiembre de 1949: AAS 41 (1949) 458-462. Véase también el discurso dirigido al nuevo embajador del Ecuador, 18 de junio de 1931: AAS 43 (1951) 550-552.

[18] También este año la Iglesia se postra ante el pesebre, y del divino Niño asume la misión del Príncipe de la paz. Junto a Él respira el aliento de la verdadera humanidad, verdadera en el más pleno sentido de la palabra, porque es la humanidad misma de Dios, su Creador, su Redentor y su Restaurador. Con los ojos amorosamente fijos en el rostro del Príncipe infinitamente amable de la paz, siente los latidos de su corazón, que proclama aquel amor que abraza a todos los hombres, y se inflama en ardiente celo por la misión pacificadora de su Señor y Cabeza, que es también la suya.

[19] Siempre viva y eficazmente operante se ha manifestado en la Iglesia, y singularmente en los Romanos Pontífices, sus cabezas visibles, la conciencia de esta misión de paz; por este motivo, con todo derecho nuestro gran predecesor León XIII recordó a los pueblos esta acción pacificadora de los papas cuando en 1899, en vísperas de la primera conferencia de la paz, pronunciaba estas palabras: "Y lo que movió (a los Romanos Pontífices) fue la conciencia de un ministerio altísimo, fue el impulso de una paternidad espiritual que hermana y salva".<sup>5</sup> Y también hoy sucede lo mismo, como ya hemos dicho.

[20] Pero cuando de la dulce intimidad, pacífica y cálida para el corazón, del Niño de Belén la Iglesia y su Pastor supremo pasan al mundo que vive alejado de Cristo, se sienten como golpeados por una corriente de aire glacial. Ese mundo no habla más que de paz, pero no tiene paz; reivindica para sí todos los títulos jurídicos e imposibles para establecer la paz, pero no conoce y no reconoce aquella misión de paz de la autoridad religiosa de la Iglesia.

[21] ¡Pobres miopes, cuyo estrecho campo visual no se extiende más allá de las posibilidades tangibles del momento presente, más allá de las cifras de los poderes militares y económicos! ¡Cómo podrían formarse la más mínima idea del peso y de la importancia de la autoridad religiosa para la solución del problema de la paz? Espíritus superficiales, incapaces de ver en toda su realidad y amplitud el valor y la fuerza creadora del cristianismo, ¿cómo podrían no permanecer escépticos y despectivos hacia la potencia pacificadora de la Iglesia? Pero los otros —¡y quiera Dios que sean la mayoría!— se darán cuenta, más o menos conscientemente, de que, al sustraer a la autoridad religiosa de la Iglesia los presupuestos necesarios para una actuación eficaz en pro de la paz, se ha hecho más profunda la trágica situación del perturbado mundo moderno.

[22] A este casi intolerable exceso ha llevado la defección de no pocos de la fe cristiana. Y al delito del alejamiento de Cristo diríase que Dios

---

<sup>5</sup> León XIII, alocución al Sacro Colegio, 11 de abril de 1899, AL 19, 271.

ha respondido con el flagelo de una amenaza permanente a la paz y de la angustiosa pesadilla de la guerra.

[23] Incomparable como su título jurídico para la obra de la paz es también el valor de la aportación que la Iglesia le presta.

### *Relaciones de la Iglesia con los Estados*

[24] La Iglesia no es una sociedad política, sino religiosa; pero esto no le impide mantener con los Estados relaciones no sólo externas, sino también internas y vitales. La Iglesia, de hecho, ha sido fundada por Cristo como sociedad visible, y, como tal, se encuentra con los Estados en un mismo territorio, abraza con su solicitud a los mismos hombres, y en múltiples formas y bajo variados aspectos usa los mismos bienes y las mismas instituciones.

[25] A estas relaciones externas y casi naturales por causa de la convivencia humana se añaden otras, internas y vitales, que tienen su principio y su origen en la persona de Jesucristo, en cuanto es Cabeza de la Iglesia. Porque el Hijo de Dios, al hacerse hombre, y verdadero hombre, entró por esto mismo en una nueva relación verdaderamente vital con el cuerpo social de la humanidad, con el género humano en su unidad, que implica la igual dignidad personal de todos los hombres, y en las múltiples sociedades particulares, sobre todo en aquellas que, en el seno de esa unidad, son necesarias para asegurar el orden externo y la buena organización o al menos le dan un mayor perfeccionamiento natural.

### *La Sociedad de los Estados*

[26] A estas sociedades pertenecen en primer lugar la familia, el Estado y también la Sociedad de los Estados, porque el bien común, fin esencial de cada uno de ellos, no pueden ni existir ni ser concebido sin su relación intrínseca con la unidad del género humano. Bajo este aspecto, la unión indisoluble de los Estados es un postulado natural, es un hecho que se les impone y al cual ellos, aunque a veces con vacilaciones, se someten como a la voz de la naturaleza, esforzándose también por dar a su unión una regulación exterior estable, una organización.

[27] El Estado, la Sociedad de los Estados, con su organización, son, consiguientemente —por su naturaleza, según la índole social del hombre y a pesar de todas las sombras, como atestigua la experiencia histórica—, formas de la unidad y del orden entre los hombres, necesarias para la vida humana y parte activa en su perfeccionamiento. Su mismo concepto dice tranquilidad en el orden, aquella *tranquillitas ordinis*, que es la definición que San Agustín da de la paz: son esencialmente una ordenación de la paz.

[28] Con esas sociedades, como ordenación de paz, Jesucristo, Príncipe de la paz —y con él la Iglesia, en la cual continúa viviendo—, ha entrado en una nueva e íntima relación de elevación y confirmación vital. Tal es el fundamento de la singular aportación que la Iglesia da a la paz por su propia naturaleza, es decir, cuando su existencia y su acción entre los hombres ocupan el puesto que les corresponde.

[29] ¿Y cómo se realiza todo esto sino mediante el continuo iluminador y confortante influjo de la gracia de Cristo en la inteligencia y en la voluntad de los ciudadanos y de sus gobernantes, a fin de que éstos reconozcan y procuren los fines señalados por el Creador en todos los campos de la convivencia humana, se afanen por dirigir hacia estos fines la colaboración de los individuos y de los pueblos y ejerciten la justicia y la caridad social en el interior de los Estados y en las mutuas relaciones de éstos?

[30] Si la humanidad, conformándose con la voluntad divina, aplica aquel seguro medio de salvación que es el perfecto orden cristiano en el mundo, muy pronto verá desvanecerse prácticamente hasta la posibilidad de la misma guerra justa, que ya no tendrá razón alguna de ser desde el momento en que se halle garantizada la actividad de la sociedad de los Estados como genuina ordenación de paz.

### III. CUÁL ES LA APORTACIÓN PRÁCTICA QUE LA IGLESIA DA A LA CAUSA DE LA PAZ

#### *El orden cristiano fundamento y garantía de la paz*

[31] Nuestras últimas palabras demuestran claramente nuestro pensamiento sobre este problema. También hoy, como en otras ocasiones, ante el pesebre del divino Príncipe de la paz, nos vemos en la necesidad de declarar: el mundo está muy lejos de aquel orden querido por Dios en Cristo, que garantiza una paz real y duradera. Se dirá tal vez que en este caso no valía la pena trazar las grandes líneas de ese orden y poner en ello la aportación fundamental de la Iglesia a la obra de la paz. Se objetará que de ese modo Nos no hacemos sino estimular el cinismo de los escépticos y agravar el desaliento de los amigos de la paz, si ésta sólo puede ser defendida recurriendo a los valores eternos del hombre y de la humanidad. Se nos opondrá, finalmente, que damos de hecho la razón a quienes en la “paz armada” ven la última y definitiva palabra en la causa de la paz; por consiguiente, en una solución deprimente para las fuerzas económicas de los pueblos y apta para mantener en tensión sus nervios.

[32] Nos estimamos, sin embargo, indispensable fijar la atención en el orden cristiano, hoy demasiado perdido de vista por muchos, si se quiere ver el nudo del problema tal como hoy se presenta; si se quiere no sólo teórica, sino también prácticamente, darse cuenta de la aportación que todos,

y en primer lugar la Iglesia, pueden verdaderamente prestar, incluso en circunstancias desfavorables y a pesar de los escépticos y de los pesimistas.

[33] Ante todo, esta mirada convencerá a cualquier observador imparcial de que el nudo del problema de la paz es actualmente de orden espiritual, es una falta o defecto espiritual. Es demasiado escáso en el mundo de hoy el sentido profundamente cristiano; son demasiado pocos los verdaderos y perfectos cristianos. De esta manera, los hombres mismos ponen obstáculos a la realización del orden querido por Dios.

[34] Es necesario que cada uno se persuada de este carácter espiritual inherente al peligro de la guerra. Inspirar tal persuasión es, en primer lugar, deber de la Iglesia, y hoy su principal aportación a la paz.

### *Las armas modernas*

[35] También Nos —y más que otro cualquiera— deploramos la monstruosa crueldad de las armas modernas. La deploramos y no cesamos de rogar para que nunca lleguen a ser empleadas. Pero, por otra parte, ¿no es quizás una especie de materialismo práctico, de sentimentalismo superficial, considerar en el problema de la paz únicamente o principalmente la existencia y la amenaza de esas armas, mientras no se da valor alguno a la ausencia del orden cristiano, que es la verdadera garantía de la paz?

[36] De aquí, entre otros motivos, las discrepancias y aun las inexactitudes sobre la licitud o ilicitud de la guerra moderna; de aquí igualmente la ilusión de algunos políticos que dan una importancia excesiva a la existencia o a la desaparición de dichas armas. El terror que éstas inspiran va perdiendo con el tiempo su eficacia, como cualquier otra causa de miedo; o por lo menos no bastaría, llegado el caso, para frenar el desencadenamiento de una guerra, especialmente donde los sentimientos de los ciudadanos no tienen influjo suficiente en las determinaciones de sus gobiernos.

### *El desarme*

[37] Por otra parte, el desarme, o sea la reducción simultánea y recíproca de los armamentos, por Nos siempre deseada y defendida, es una garantía poco sólida de paz duradera si no se halla acompañada por la abolición de las armas del odio, de la codicia y del inmoderado deseo de prestigio. En otros términos, quien une demasiado estrechamente la cuestión de las armas materiales con la cuestión de la paz, comete el error de descuidar el aspecto primario y espiritual de todo peligro de guerra. Su mirada no va más allá de las cifras, y queda necesariamente limitada en el momento en que el conflicto amenaza ya estallar. Es amigo de la paz, pero llegará demasiado tarde para salvarla.

[38] Si de veras se quiere impedir la guerra, se debe ante todo procurar socorrer la anemia espiritual de los pueblos, la inconsciencia de la propia responsabilidad ante Dios y ante los hombres por la falta del orden cristiano, único que puede asegurar la paz. A esto van encaminados ahora los esfuerzos de la Iglesia.

### *El orden cristiano, orden de libertad*

[39] Pero la Iglesia tropieza aquí con una dificultad particular, debida a la forma de las presentes circunstancias sociales; su exhortación en favor del orden cristiano, como factor principal de pacificación, es, al mismo tiempo, un estímulo para el justo concepto de la verdadera libertad. Porque, en definitiva, el orden cristiano, en cuanto ordenamiento de paz, es esencialmente un orden de libertad. El orden cristiano es el concurso solidario de los hombres y de los pueblos libres para la progresiva realización, en todos los campos de la vida, de los fines señalados por Dios a la humanidad. Pero es un hecho doloroso que hoy no se estima o no se posee ya la verdadera libertad. En estas condiciones, la convivencia humana, como ordenamiento de la paz, se halla interiormente enervada y exangüe, exteriormente expuesta a peligros en todo momento.

[40] Aquellos, por ejemplo, que en el campo económico o social quieren que todo recaiga sobre la sociedad, incluso la dirección y la seguridad de su propia existencia, o que esperan hoy su único alimento espiritual diario cada vez menos de sí mismos, es decir, de sus propias convicciones y conocimientos, y cada vez más, ya preparado, de la prensa, de la radio, del cine y de la televisión, ¿cómo podrán concebir la verdadera libertad, cómo podrán estimarla y desearla, si esa libertad no tiene puesto alguno en su vida?

[41] Así, esos hombres no son ya más que simples ruedas en los diversos organismos sociales; no son ya hombres libres, capaces de asumir y aceptar una parte de responsabilidad en las cosas públicas. Por ello, cuando hoy gritan: ¡No más guerra!, ¿cómo será posible fiarse de ellos? No es en realidad su voz, es la voz anónima del grupo social en que se hallan comprometidos.<sup>6</sup>

[42] Esta es la situación dolorosa con la que tropieza también la Iglesia en sus esfuerzos por la paz, en sus llamamientos a la conciencia de la verdadera libertad humana, elemento indispensable, según la con-

---

<sup>6</sup> Véase la carta de 14 de julio de 1945 dirigida a Mr. Charles Flory, presidente de las Semanas Sociales de Francia: AAS 37 (1945) 210-211. Cfr. también sobre el mismo tema de la libertad y de la dignidad de la persona humana el radiomensaje dirigido al Congreso de los católicos suizos, 4 de septiembre de 1949: AAS 41 (1949) 454-458; y el discurso al embajador de Gran Bretaña de 23 de junio de 1951: AAS 43 (1951) 552-553.

cepelón cristiana, del orden social, considerado como organización de paz. En vano multiplicarla la Iglesia sus invitaciones a hombres privados de esa conciencia, y más inútilmente aún los dirigiría a una sociedad reducida a un puro automatismo.

[43] Tal es, sin embargo, la debilidad demasiado extendida de un mundo que con énfasis gusta llamarse "el mundo libre". O se engaña o no se conoce a sí mismo: su fuerza no se apoya en la verdadera libertad. Es un nuevo peligro que amenaza a la paz, y que es preciso denunciar a la luz del orden social cristiano. De aquí proviene también, en no pocos hombres autorizados del llamado "mundo libre", una aversión contra la Iglesia, contra esta amonestación importuna de algo que no se tiene, pero que se pretende tener, y que, por una rara inversión de ideas, se le niega con injusticia precisamente a ella: nos referimos a la estima y el respeto de la genuina libertad.

[44] Pero la invitación de la Iglesia encuentra todavía menor resonancia en el campo opuesto. Aquí es donde se pretende estar en posesión de la verdadera libertad, porque la vida social no fluctúa ya apoyada sobre la inconsistente quimera del individuo autónomo ni hace al orden público lo más indiferente posible a los valores presentados como absolutos, sino que todo se halla completamente ligado y dirigido a la existencia y al desarrollo de una determinada colectividad.

[45] No obstante, el resultado del sistema de que ahora hablamos no ha sido feliz ni ha hecho tampoco más fácil la acción de la Iglesia, porque aquí se halla menos tutelado aún el verdadero concepto de la libertad y de la responsabilidad personal. Y ¿cómo podría ser de otra manera, cuando Dios no tiene allí su puesto soberano, ni la vida y actividad del mundo gravitan en torno a Él, ni tienen en Él su centro? La sociedad no es más que una enorme máquina, cuyo orden es meramente aparente, porque ya no es el orden de la vida, del espíritu, de la libertad, de la paz. Como en una máquina, su actividad se ejercita materialmente, destruyendo así la dignidad y la libertad humana.

[46] En una sociedad semejante, la aportación de la Iglesia a la paz y su exhortación al orden verdadero en la verdadera libertad se encuentran en circunstancias muy desfavorables. Los pretendidos valores sociales absolutos pueden, sin embargo, entusiasmar a una cierta juventud en un momento importante de la vida, mientras que, en el otro campo, no rara vez otra juventud prematuramente desengañada por las amargas experiencias se hace escéptica, cansada e incapaz de interesarse por la vida pública y social.

*Los buenos oficios de la Santa Sede para la pacífica  
solución de los conflictos*

[47] La paz —como hemos dicho— no puede estar asegurada si Dios no reina en el orden del universo por Él establecido, en la sociedad debidamente organizada de los Estados, en la que cada uno de éstos realice en el interior la ordenación de paz de los hombres libres y de sus familias, y en el exterior la ordenación de paz de los pueblos, de la que la Iglesia, en su campo de acción y según su oficio, se hace fiadora. Tal ha sido siempre el deseo de los hombres grandes y sabios, incluso de fuera de la Iglesia, y últimamente todavía con ocasión del concilio Vaticano.<sup>7</sup>

[48] Entretanto, la Iglesia aporta su contribución a la paz despertando y estimulando la inteligencia práctica del nudo espiritual del problema; fiel al espíritu de su divino Fundador y a su misión de caridad, procura, según sus posibilidades, ofrecer sus buenos oficios doquiera ve surgir una amenaza de conflicto entre los pueblos. Esta Sede Apostólica, sobre todo, no se ha sustraído nunca, ni jamás se sustraerá, a semejante deber.

*La "Iglesia del silencio"*

[49] Nos sabemos muy bien y deploramos con corazón profundamente afligido que nuestra invitación a la paz, en vastas regiones del mundo, no llega sino amortiguada a una "Iglesia del silencio". Millones de hombres no pueden profesar abiertamente su responsabilidad delante de Dios en favor de la paz. En sus mismos hogares, en sus iglesias, hasta la antigua tradición de los belenes, tan íntima y tan familiar, ha sido exterminada por el despótico arbitrio de los dominadores. Millones de hombres no pueden ya ejercer su influjo cristiano en favor de la libertad moral, en favor de la paz, porque estas palabras —libertad y paz— se han convertido en monopolio usurpado por los perturbadores de profesión y por los adoradores de la fuerza.

[50] A pesar de todo, aun con los brazos atados, con los labios cerrados, la "Iglesia del silencio" responde excelsamente a nuestra invitación. Señala con su mirada los sepulcros todavía recientes de sus mártires, las cadenas de sus confesores, con la esperanza de que su mudo holocausto y sus sufrimientos habrán de ser el más eficaz subsidio para la causa de la paz, porque son la más alta invocación y el más poderoso título para obtener del Príncipe divino de la paz gracia y misericordia en el cumplimiento de su misión; *Da pacem, Domine, in diebus nostris!*

---

<sup>7</sup> Conc. Vat. *Postulata Patrum, de re militari et bello Coll. Lac.* t. 7, 9, pp. 861-866.