

Patricia Galvão Teles:

Reflexiones de los problemas jurídicos y avances en el marco de la Comisión de Derecho Internacional^(*)

Dra. Patricia Galvão: Es actualmente miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Profesora Asociada de Derecho Internacional por la Universidad Autónoma de Lisboa y consultora jurídica de Derecho Internacional en el departamento jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Portugal. Asimismo, es miembro de la Corte Permanente de Arbitraje y del International Law Association.

Entrevistadora: *Josselyn Roca Calderón*

1.- **¿Cuáles considera usted que son los actuales retos para la Comisión de Derecho Internacional, dado la gran labor que realiza?**

Los retos para la Comisión de Derecho Internacional en este momento son, sobre todo, identificar temas relevantes para incluirlos en su agenda y trabajar en ello. Puesto que, muchos de los trabajos clásicos relativos a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional ya fueron abordados y desarrollados por campos más centrales del Derecho Internacional como lo son el Derecho de los Tratados, el Derecho de Responsabilidad Internacional, el Derecho de las Relaciones Diplomáticas y Consulares, entre otros. Sin embargo, existen nuevos retos que se presentan ante la comunidad internacional que deben ser atendidos. En ese sentido, considero que la Comisión de Derecho Internacional debe enfocarse, no solo en tratar temas más tradicionales, sino también procurar responder a los nuevos desafíos internacionales que se presentan como lo es, por ejemplo, la subida del nivel del mar en relación con el Derecho Internacional.

(*) Entrevista realizada el 16 de abril de 2021.

2.- ¿Dentro de la Comisión, la demanda que se presenta respecto a la codificación es mayor a la del desarrollo progresivo o viceversa?

En todos los temas que la Comisión de Derecho Internacional trabaja existe cierta codificación y desarrollo progresivo. Claramente existen algunas materias más clásicas que son preponderantemente codificación, como lo fue el Derecho de las Relaciones Diplomáticas y Consulares que se realizó en los años 50 que después resultó en la Convención de Viena del 61 y 63; puesto que, en la práctica de los Estados se encontraba desarrollada hace siglos. Aunque, es importante, considerar que cuando se codifica siempre se establecen contenidos y a su vez se desarrolla. Esto ocurrió también ante los temas de los Derechos de los Tratados o el Derecho de Responsabilidad Internacional, en los cuales la Comisión tenía como misión codificar las reglas que existían, en los cuales también había componentes de desarrollo progresivo. El caso más típico sobre ello es el desarrollo de la noción de *ius cogens* o de las normas imperativas del derecho internacional general en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.

En ese sentido, es complicado distinguir cuando la Comisión está realizando codificación o desarrollo progresivo; ya que, siempre ocurrirá ambos en cierta medida. Es por ello que la Comisión optó por una actitud prudente, a excepción de algunos casos, sobre la calificación de qué tipo de trabajo está realizando si uno de calificación o de desarrollo progresivo. Puesto que, a su vez,

es consciente que, si califica cierto artículo o parte de este como desarrollo progresivo, en el transcurso del tiempo tal vez ya no sea considerada como tal, sino como un artículo de codificación de la costumbre internacional.

3.- Comprendiendo que existen también otros órganos internos en las Naciones Unidas como externos a esta que estuvieron realizando codificación y desarrollo progresivo, ¿considera que el trabajo de estos órganos influye en la labor de la Comisión de Derecho Internacional?

Considero que siempre se encuentra presente relaciones de mucha sinergia entre instituciones que trabajan hacia un mismo objetivo. Si bien la Corte Internacional no realiza el trabajo de codificación y desarrollo progresivo, hace el trabajo de identificación de las normas aplicables, de interpretación de la aplicación de las normas. Claramente hay una relación de mucha sinergia entre los trabajos de la Comisión y de la Corte.

La comisión cita en sus comentarios, se inspira y busca siempre en los trabajos de la Corte, información sobre la eficiencia o no de una determinada norma. También vemos en los trabajos de la Corte, en las opiniones y decisiones consultivas, referencias también a los trabajos de la comisión. En otras instituciones que tienen un mismo tipo de mandato como por ejemplo asociaciones privadas, que no son asociaciones creadas por Estados como es el caso de la Comisión de Derecho Internacional, que fue creada por

los miembros de Naciones Unidas en el marco de la Asamblea General. Estoy hablando de asociaciones privadas que tienen también el objetivo de la codificación, el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, como es el caso la International Law Association. También pienso que hay una sinergia muy positiva entre los distintos tipos de instituciones, porque a veces tratamos los mismos temas o tratamos temas similares.

Claro que el trabajo de la Institute o de la International Law Association, no tiene el mismo vínculo con las posiciones de los Estados porque no hay ese diálogo constante que en la comisión se tiene con los estados en el marco de la sexta comisión de la Asamblea General, pero el trabajo puede ser muy importante como también un estudio hecho por los juristas o académicos más cualificados del derecho internacional y ese es el caso del tema de la subida del nivel del mar, donde la International Law Association tiene un comité, yo soy miembro de ese comité de la ILA sobre la subida del nivel del mar. Los trabajos están un poco más avanzados que en la CDI y claramente, del punto de vista de la Comisión, son una fuente de información e inspiración también muy útil.

Entonces, también pienso que cada uno tiene su rol, tiene su mandato, su posición específica, pero es muy interesante como trabajamos de una forma en relación de lo que pasa en los otros medios que trabajan los mismos temas. Pienso que hay sinergias muy positivas de tener distintas instituciones mirando el mismo tipo de gestiones.

4. **Respecto a su participación en el proyecto sobre las implicancias de la elevación del nivel del mar, ¿cuál sería su opinión respecto a los Estados insulares que están siendo afectados por este problema?**

Es un tema que en este momento me moviliza más porque soy una de las copresidentas del grupo de estudio, juntamente con Juan José Ruda Santolaria, y también algunos colegas más de Turquía, Rumania y Costa de Marfil. Estamos trabajando conjuntamente, cada uno tiene una responsabilidad y nos pareció muy útil, y fue un tema que mereció el apoyo muy fuerte también de los Estados miembros porque, de verdad, la elevación del nivel del mar es una de las consecuencias del cambio climático, aunque no es la única, pero esta es una de las consecuencias negativas del cambio climático que tiene el potencial de afectar el Estado en su conjunto, en la temática del territorio, sus espacios marítimos, los problemas que tiene que ver con la población que se tendría que desplazar a lo interno del Estado o salir del Estado.

Eso pasa no solamente en los Estados pequeños, Estados insulares o islas porque también puede pasar en otros estados que tienen unas zonas costeras más bajas, no muy elevadas y claro en el límite, sobre todo ahí estamos hablando de las pequeñas islas sobre todo en el Pacífico y el Índico, que por su naturaleza geográfica, por los impactos de la elevación del nivel del mar que pueden ser más fuertes en ciertos puntos del mundo, esos Estados tienen el riesgo de desaparecer o pueden tener el problema de que el

territorio cerca al mar sea tan difícil en condiciones de habitabilidad, que no se puede vivir ahí. Entonces es de verdad un problema que nunca pasó antes, es totalmente nuevo, es un sector nuevo para la comunidad internacional donde también los Estados más afectados son más vulnerables y, en algunos casos, los que menos contribuyen en el programa de cambio climático.

Por todas esas razones y porque había también un interés muy fuerte de la parte de la generalidad de los Estados, no solamente los directamente afectados, pero la generalidad de los Estados en la Asamblea General, que cada comisión de derecho internacional produjese un estudio; por lo que, es eso lo que estamos proponiendo, un estudio de los efectos legales de los impactos jurídicos en esas 3 dimensiones: la cuestión del derecho del mar, sobre el impacto de las poblaciones afectadas y sobre la posibilidad de ver la desaparición de la calidad de estado, territorio por causas naturales, que es algo que ahí seguramente estamos hablando de temas más, sobre todo, de desarrollo progresivo porque estamos en una área del derecho internacional no muy desarrollada, que en la práctica esta ahora empezando a desarrollarse porque estamos ante un gesto nuevo que hay que dar una respuesta.

El interés de la Comisión, lo nombres que se inscribieron a la propuesta, y la muy buena aceptación de la idea por parte de los Estados miembros de Naciones Unidas, que antes de que sea demasiado tarde se den orientaciones sobre los impactos jurídicos de esta cuestión.

5. En ese sentido, usted nos podría comentar ¿Cuál cree que sea la consecuencia jurídica de que un Estado pierda su territorio terrestre? ¿Continúa siendo Estado?

Esa es la cuestión que tenemos que tratar, puesto que la tenemos, pero todavía no poseemos la respuesta. Sobre todo, ese tema está a cargo del profesor Juan José Ruda Santolaria. Pienso que él mejor que yo podría contestar a esa pregunta, pero no tenemos la respuesta, estamos haciendo la pregunta porque puede haber distintas posibilidades porque no hay un modelo que podamos aplicar mutatis mutandis.

Podemos tener inspiración de entidades jurídicas, personas jurídicas que no tienen territorio o tienen un territorio muy pequeño como es el caso de La Santa Sede o La Orden de Malta; podemos pensar en ejemplos como en la Segunda Guerra mundial que teníamos los gobiernos en exilio que no estaban físicamente presentes en el territorio; podemos pensar que se puede crear una ficción de continuación de la personalidad jurídica del Estado; por ejemplo, para seguir la membresía de las Naciones Unidas, seguir como parte en tratados internacionales, siguiendo también con el vínculo de nacionalidad, pero son cuestiones (como decía hace poco) que no se ha producido antes; por eso, tenemos que buscar, no sé si vaya a haber solamente una respuesta, pienso que más bien vamos a examinar las distintas posibilidades y las implicaciones jurídicas de las posibilidades porque en ese momento no puedo decir que es completamente seguro que si el Estado desaparece no pueda seguir su personalidad jurídica.

Si miramos los criterios del Estado, los elementos de la convención de Montevideo, claro que el territorio es uno de esos elementos, pero pienso que hay que tener un poco más de flexibilidad porque esa circunstancia de desaparición de algunos elementos de una entidad que ya existe; entonces hay que mirar cuales son las posibilidades, las distintas implicaciones jurídicas de cada una de esas posibilidades, y después será seguramente una gestión a nivel político. La idea de la comisión es hacer un estudio sobre las cuestiones jurídicas, de las posibles soluciones y de sus implicaciones, pero seguramente después va a tener que haber algún tipo de consenso político sobre si hay o no continuidad del Estado y en qué condiciones. En este momento pienso que tenemos ideas de respuesta, pero no tenemos respuestas todavía.

6. Respecto a las líneas de base de los estados ribereños, cuyas costas se están sumergiendo debido al aumento del nivel del mar, ¿considera que se mantienen o que también se mueven junto con los cambios físicos?

Sí, esa también es una cuestión. Tenemos un primer informe sobre ese tema que salió el año pasado, 2020. Como no fue posible tener la reunión de la Comisión por motivo de la pandemia, vamos a discutir ese tema este año. El estudio que fue hecho también basado en la plática que ya está empezando sobre todo en las pequeñas islas del Pacífico. La idea es que de considerar que los efectos del cambio climático sobre las líneas de base no tienen un efec-

to en términos de pérdida de zonas marítimas, entonces la idea que están haciendo muchos Estados es depositar sus líneas actuales, de acuerdo con la Convención del Derecho del mar de Naciones Unidas, junto al secretario general y con una declaración en el sentido de que si hay un cambio natural causado por el cambio climático, las líneas no se van a alterar, se va a mantener una idea de congelar. Los efectos físicos tienen también implicaciones jurídicas. Eso es más complejo que esto, para explicarlo hay que leer el informe, que ya está disponible, preparado por los presidentes del grupo de trabajo que tiene el tema del derecho del mar a su cargo, y ahora va a tener que ser discutido en la Comisión y después también con los Estados miembros.

7. Enfocándonos en el lado humano ¿qué condición se les podría atribuir a las personas que viven en esos estados insulares que se encuentran en riesgo de verse sumergido su territorio por el aumento del nivel del mar? ¿siempre tendrían que ser considerados migrantes, apátridas?, ¿cree que hay una obligación de los estados en recibirlos al estar la vida de estas personas en riesgo?

Esos son precisamente los temas que yo voy a estudiar y voy a trabajar en un informe que va a salir en un año próximo. Las cuestiones básicas son de saber si hay un estatuto jurídico específico. A mí me parece que es claro que muchas veces llamamos estas personas refugiados climáticos o migrantes climáticos, pero si miramos en el derecho internacional, no existen esas categorías, entonces hay que mirar qué tipos

de protección podemos encontrar en los instrumentos que existen actualmente, además de derechos humanos, protección de migrantes, protección de refugiados.

Tenemos un trabajo muy interesante también hecho por la International Law Association la cual adoptó un conjunto de principios en el 2018, en la sesión de Sydney, sobre la protección de las personas desplazadas por la elevación del nivel del mar donde se afirman principios básicos como la necesidad de proteger los derechos humanos de esas personas, la responsabilidad principal del Estado donde están esas personas, de proteger a esas personas, la idea que si es posible de mantener a esas personas in situ en donde están a través de medidas de adaptación de construcción de protecciones de la cuesta porque muchas personas no quieren salir de sus hogares, sus tierras donde tienen su historia o su cultura.

También es necesario pensar que a veces no es posible mantenerlas en sus propias tierras, por lo que, habrá entonces hay que desplazarlas internamente, y tener claro que hay un conjunto de principios que deben proteger a esas personas en términos de mantener sus derechos humanos, garantizar su derecho de estar con su familia, de proteger su propiedad y también la cuestión de saber si las personas tienen que salir de sus países y salir a otros países, qué tipo de protección poseerían, ya que no pueden ser calificados como refugiados climáticos.

Existe una decisión muy importante del Comité de los Derechos Hu-

manos del año pasado aplicando el principio de non-refoulement a esas personas, cuando por cuestiones climáticas no hay condiciones de asegurar los derechos humanos básicos para su regreso. Entonces el Estado es obligado a aplicar el principio de non-refoulement para dar algún tipo de protección a esas personas, como una autorización de residencia para que las personas puedan quedarse en el ese país. Particularmente pienso también que hay un rol fundamental sobre el principio de cooperación internacional. Pienso que estas situaciones van a tener al Estado de la nacionalidad donde están pasado estas cuestiones de subida del nivel del mar y afectación de la población, como el principal responsable, pero en muchas situaciones no lo va a lograr del todo solo y va a tener que contar con la cooperación de otros países vecinos y países de la región, arreglándose acuerdos de cooperación regional para dar soluciones a esas situaciones y algún tipo de entendimiento a nivel global sobre la necesidad de encontrar ese tipo de soluciones a nivel bilateral, a nivel regional y de ser necesario a nivel más internacional. Entonces es ese tipo de cuestiones que estoy mirando para mi informe del año próximo.

7.1. ¿Cuáles son los requisitos que los Estados requieran de estas personas? ¿quedaría a completa discreción o existirían algunos parámetros que la CDI establecería?

Los parámetros más importantes son los de Derechos Humanos, todo ese tipo de decisiones respecto a la devolución de la persona a su

país deben respetar la dignidad de la persona humana, su vida, salud, familia. Tenemos un conjunto de derechos humanos de naturaleza civil, política, económica, social y cultural, que, si bien están en nuestros pactos, son parte del derecho consuetudinario. Esos son los parámetros más importantes respecto de los derechos humanos de la población más afectada.

8. ¿Considera un tema específico que actualmente deba ser añadido en la agenda de la CDI o que debería discutirse en otros foros?

La declaración de los nuevos temas es una de las cuestiones más importantes. En este momento estamos en el final del quinquenio y vamos a tener nuevos colegas a partir del próximo año, y estoy segura que van a llegar nuevos temas.

Existe un tema que considero importante y es la de la pandemia, no sé si se abordará desde la Comisión, ya que hay discusiones informales, pero también existen estas mismas en el marco de la Organización Mundial de la Salud sobre la necesidad de hacer un tratado sobre la pandemia, con medidas más claras

sobre el antes, durante y después; además de las obligaciones de los Estados sobre el control y la información y la importante cuestión sobre el acceso a las vacunas. Este es un gran tema que se va conocer en el Derecho Internacional, quizá la Comisión pueda contribuir en ello, pero pienso que eso se debe dar en el marco de la Organización Mundial de la Salud.

Este es uno de los temas en los que seguramente en el futuro se va a trabajar como un tratado. Pienso que ahí también puede haber sinergias entre distintos actores que piensan sobre estas cuestiones para ayudar a construir una arquitectura jurídica más fuerte, para una mejor protección en caso de pandemia. Sabemos que no es la primera pandemia, pero sí es la gran pandemia en un mundo globalizado porque afectó de una forma tan rápida e intensa a todos los países y, seguramente, hay mucho que podemos hacer para tener una arquitectura jurídica más robusta, así tener más protección a nivel internacional y más cooperación. En ese tipo de casos, un problema global necesita soluciones globales y, hasta que toda la gente esté protegida de la pandemia, no hay nada seguro. ◆