

SI UN ESTADO PIERDE SU TERRITORIO, ¿DEJA DE EXISTIR? A PROPÓSITO DE LA INCLUSIÓN DEL TEMA “LA ELEVACIÓN DEL NIVEL DEL MAR EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL” EN EL PROGRAMA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

If a State loses its territory, does it cease to exist? Regarding the inclusion of the “Sea-level rise in relation to international law” topic in the United Nations International Law Commission programme of work

Autor: Alejandro José Velásquez Barrionuevo¹

RESUMEN

El presente artículo analiza las cuestiones relativas al ámbito de la condición de Estado del tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”, enumeradas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el informe de su septuagésima

1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, alumno egresado del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público, alumno de la Maestría en Derecho Internacional Económico de la misma casa de estudios, miembro asociado de la Asociación Civil “Ius Inter Gentes” y actualmente labora en la Dirección de Seguimiento y Evaluación de compromisos internacionales del Ministerio de Producción (Lima, Perú; correo electrónico: avelasquezb@pucp.edu.pe).

sesión. El artículo analiza la doctrina que busca responder a la interrogante sobre qué ocurre si un Estado insular queda inhabitable o completamente cubierto por el agua a causa del aumento en el nivel del mar producido por el cambio climático. Asimismo, se conjectura acerca del contenido de las cuestiones presentadas como posibles soluciones a la problemática identificada. Finalmente, se llega a conclusiones acerca de la viabilidad de las soluciones analizadas, tanto en un ámbito práctico como jurídico.

CONTENIDO

1. Introducción; 2. El tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional” y la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas; 3. Consideraciones relativas a la condición de Estado; 3.1. Las teorías doctrinarias respecto al efecto jurídico del reconocimiento de un Estado; 3.2. El territorio como elemento constitutivo del Estado; 4. Alternativas respecto a la continuidad de la existencia de los Estados que pierden su territorio; 4.1. La desaparición del Estado como sujeto de derecho internacional tras la pérdida de su territorio; 4.2. La continuidad de la condición de Estado del Estado que pierde su territorio; 4.3. La postura ecléctica o intermedia; 5. Posibles soluciones a la problemática planteadas preliminarmente por la CDI; 5.1. La fusión con otro Estado o la creación de una federación o asociación entre ambos; 5.2. La transferencia –ya sea con o sin transferencia de soberanía– de una franja o una parte de un territorio de un tercer Estado; 5.3. El refuerzo de islas con barreras o la construcción de islas artificiales; 5.4. La ficción jurídica según la cual, considerando la “congelación” de las líneas de base y el respeto de las fronteras establecidas por tratados, sentencias judiciales o laudos arbitrales, podría admitirse la continuidad de la condición de Estado en el caso de los Estados insulares en razón de la presencia de territorios marítimos establecidos por la existencia previa de territorios bajo su soberanía antes de que estos quedaran completamente cubiertos por el mar o resultaran inhabitables; 6. Conclusiones; 7. Referencias.

Palabras clave: cambio climático, Comisión de Derecho Internacional, condición de Estado, continuidad, derecho del mar, derecho internacional, Estado, extinción, nivel del mar, pequeños Estados insulares en desarrollo, sujeto de derecho internacional, territorio

ABSTRACT:

This article analyzes the issues related to the statehood area of the “Sea-level rise in relation to international law” topic listed by the United Nations International Law Commission in the report of its seventieth session. The article analyzes the doctrine that seeks to answer the question about what happens if an insular State becomes uninhabitable or completely covered by water due to the sea-level rise produced by climate change. Likewise, it is conjectured about the content of the issues presented as possible solutions to the identified problem. Finally, conclusions are reached about the viability of the analyzed solutions, both in practical and legal fields.

CONTENT

1. Introduction; 2. The topic “Sea-level rise in relation to international law” and the International Law Commission of the United Nations Organization; 3. Considerations regarding statehood; 3.1. Doctrinal theories regarding the legal effect of the recognition of a State; 3.2. The territory

as a constituent element of States; 4. Alternatives regarding the continuity of the existence of States that lose their territory; 4.1. The disappearance of a State as a subject of international law after the loss of its territory; 4.2. The continuity of the statehood of a State that loses its territory; 4.3. The eclectic or intermediate position; 5. Possible solutions to the problem raised preliminarily by the ILC; 5.1. The merger between the island developing State and another State or of the creation of a federation or association between them; 5.2. The transfer –either with or without transfer of sovereignty– of a strip or portion of territory of a third State; 5.3. The reinforcement of islands with barriers or the erection of artificial islands; 5.4. The legal fiction according to which, considering the freezing of baselines and the respect of the boundaries established by treaties, judicial judgments or arbitral awards, it could be admitted the continuity of statehood of the island States due to the maritime territory established as a result of territories under their sovereignty before the latter become completely covered by the sea or uninhabitable; 6. Conclusions; 7. References.

Keywords: climate change, International Law Commission, statehood, continuity, Law of the Sea, International Law, State, extinction, Sea-level, Small Island Developing States, subject of international law, territory

1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas, pretendemos abordar un tema que consideramos de muy alta importancia actual para el derecho internacional. A causa del cambio climático, el nivel del mar se encuentra cada vez más elevado, lo que ocasiona que determinados Estados insulares se vean bajo la amenaza de desaparecer una vez que sus territorios insulares se vean cubiertos por el agua del mar. La materia es de preocupación por su incidencia en las líneas de base y límites marítimos, la población y la condición de Estado de los Estados en riesgo, entre otros. Debido a ello, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la CDI) incluyó el tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional” en su programa de trabajo. La presente investigación pretende analizar de manera preliminar las cuestiones relativas a la condición de Estado presentadas por la CDI, cuyas conclusiones aún se encuentran pendientes de presentación conforme a lo programado.

La metodología de investigación utilizada fue la revisión de textos de especialistas en la materia estudiada, así como normas y jurisprudencia internacionales. Iniciaremos presentando brevemente la problemática identificada y la respuesta que tuvo la CDI al respecto. Seguidamente, presentaremos ciertas consideraciones relativas a la condición de Estado necesarias para comprender la materia correctamente. Con posterioridad a ello, revisaremos las principales teorías doctrinarias existentes que pretenden dar una respuesta a la interrogante formulada en el título del presente trabajo e identificaremos cuál de ellas resulta ser la más conveniente de sustentar. Seguidamente, realizaremos una especulación sobre las demás cuestiones a trabajar por parte de la CDI en relación con la condición de Estado, las cuales aparecen ser posibles soluciones a la problemática planteada, analizando los niveles de viabilidad tanto jurídica como práctica con las que cuentan. Finalmente, procederemos a presentar las conclusiones arribadas.

Ciertos Estados insulares con muy poca altura sobre el nivel del mar, principalmente en el océano Pacífico, que se encuentran en peligro de desaparecer

2. EL TEMA “LA ELEVACIÓN DEL NIVEL DEL MAR EN RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL” Y LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Actualmente, el cambio climático representa una de las amenazas más importantes para la comunidad internacional en su conjunto. Existen varios posibles efectos negativos que se pueden generar a partir de dicho fenómeno medioambiental, pero hay uno que es de particular preocupación para el derecho internacional hoy en día. Resulta que hay ciertos Estados insulares con muy poca altura sobre el nivel del mar, principalmente en el océano Pacífico, que se encuentran en peligro de desaparecer. Debido al aumento constante en el nivel del mar como producto del cambio climático, Estados como Tuvalu, Maldivas o las Islas Marshall, los cuales tienen, cuanto mucho, su punto más alto a diez metros sobre el nivel del mar, corren el riesgo de quedar sumergidos por completo bajo las aguas del mar para fines del presente siglo (Park, 2011, pp. 4-5).

Si bien los mencionados son los casos más evidentes, se calcula que habría alrededor de 40 Estados bajo riesgo. La gran mayoría de ellos pertenece al grupo denominado Pequeños Estados Insulares en Desarrollo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). El grupo fue reconocido en la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y constantemente ha participado en diversos foros multilaterales bajo la denominada Alianza de Pequeños Estados Insulares. Como grupo, en general, se lo considera en peligro, entre otros motivos, por el aumento en el nivel del mar a causa del cambio climático. Sin embargo, lo cierto es que es difícil encontrar un denominador común más allá de ello, ya que no todos son pequeños, islas, en desarrollo o, inclusive, Estados (Fry, 2005, p. 89). En ese sentido, solo son relevantes, para efectos del presente trabajo, aquellos que sí son Estados en riesgo, la mayoría de ellos pertenecientes a Oceanía, tales como Kiribati o Vanuatu.

Dada la gran preocupación que resulta de esta problemática a la luz del derecho internacional, en el año 2019, durante su septuagésima primera sesión, la CDI aprobó la inclusión del tema denominado “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional” a su programa de trabajo (CDI, 2019, p. 374). Dicho tema ya había sido aprobado en la sesión anterior como parte del programa de trabajo a largo plazo por un grupo de miembros de la CDI, entre los cuales se encuentra Juan José Ruda Santolaria, miembro peruano de dicho órgano (CDI, 2018, p. 10). El método de trabajo elegido ha sido constituir un grupo de estudio que será copresidido de manera rotativa, lo cual, según Galvão Teles, la integrante portuguesa de dicho grupo, responde a la necesidad de flexibilidad y a la complejidad y variedad del tema (2020, pp. 152-153).

Ante la situación descrita, surge la interrogante por parte del derecho internacional de qué ocurriría si llegara a darse el caso de que los territorios de dichos Estados, finalmente, llegaran a estar plenamente sumergidos bajo las aguas del mar. La pregunta abarca diversos ámbitos del derecho internacional, por lo que la CDI constituyó el grupo de estudio señalando a fin de analizar las distintas posibles repercusiones que podría tener la situación mencionada en relación al derecho del mar, a la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar y a la condición de Estado de dichos Estados (CDI, 2018, p. 359). Nuestro interés particular, para efectos del presente artículo, es el relativo a la continuidad de la condición de Estado de estos Estados una vez que sus territorios desaparezcan al sumergirse completamente bajo el mar.

El grupo de estudio originalmente dividió la presentación de lo trabajado entre el presente y el próximo año. Los aspectos relativos al derecho del mar se iban a desarrollar en la septuagésima segunda sesión, que iba a llevarse a cabo este año, mientras que los aspectos relativos a condición de Estado y protección de las personas afectadas por el nivel del mar serían presentados en la sesión del año 2021. En vista de esto, el grupo de trabajo solicitó a los Estados que envíen todo lo que pueda evidenciar tanto sus prácticas como las de otros sujetos de derecho internacional en materia de derecho del mar, pero también aceptó cualquier información sobre los otros aspectos (CDI, 2019, p. 9), aunque, hasta ahora, lo remitido se enmarca solo en el aspecto del derecho del mar. Lamentablemente, debido a la pandemia del COVID-19, la sesión programada para el 2020 fue pospuesta por la Asamblea General de la ONU mediante la decisión N° 74/559 del 23 de junio sin haber establecido una fecha de reprogramación.

En ese sentido, si bien la CDI ya se encuentra trabajando actualmente en el desarrollo de los aspectos relativos a la condición de Estado de los Estados insulares que se ven amenazados por la constante elevación del nivel del mar, lo cierto es que, por lo pronto, no tendremos acceso a sus avances en dicha materia. Dada esta situación, consideramos pertinente ir esbozando algunas ideas sobre lo que podría tratarse en relación con el aspecto de la elevación del nivel del mar y la condición de Estado.

3. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONDICIÓN DE ESTADO

Antes de iniciar el desarrollo de los posibles efectos de la pérdida del territorio de un Estado en relación a la condición de Estado, es necesario hacer hincapié en un par de aspectos relevantes que deben ser aclarados de manera previa. Estos son 1. el tema relativo a la teoría que seguiremos con respecto al efecto jurídico del reconocimiento de Estados y 2. la noción del territorio como elemento constitutivo del Estado para el derecho internacional. Una vez que tengamos claros estos aspectos previos, estaremos listos para proceder

Surge la interrogante por parte del derecho internacional de qué ocurriría si llegara a darse el caso de que los territorios de dichos Estados

La teoría que establece que el reconocimiento de dicho Estado por parte de la comunidad internacional tiene un carácter meramente declarativo

a desarrollar la problemática relativa a si la pérdida del territorio implicaría o no la pérdida de la condición de Estado y las alternativas posibles para dar solución a la problemática identificadas por la CDI.

3.1. Las teorías doctrinarias respecto al efecto jurídico del reconocimiento de un Estado

En primer lugar, es importante recalcar que, antes de que la doctrina se planteara cuáles son los elementos constitutivos de un Estado, la discusión principal se basaba en cuál sería el papel del reconocimiento de un ente como Estado por parte de la comunidad internacional con respecto a su condición de Estado para el derecho internacional. Así, clásicamente se diferencian dos teorías que abordan lo que al reconocimiento de Estado se refiere: la teoría declarativa y la teoría constitutiva. Precisar esto resulta importante, ya que plantearse la interrogante de cuáles son los elementos constitutivos de un Estado, en realidad, solo tiene sentido dentro de una de estas dos teorías.

La teoría declarativa establece precisamente que, para que un ente pueda ser considerado Estado a la luz del derecho internacional, debe reunir una serie de elementos constitutivos de dicha condición, los cuales son establecidos por el derecho internacional mismo. Así, exige que se cumpla con una serie de requisitos legales, quedando así el reconocimiento del ente como Estado por parte de los miembros de la comunidad internacional en un segundo plano jurídicamente hablando, ya que tendrá un efecto meramente declarativo. Por otra parte, la teoría constitutiva se centra en establecer que, para que un ente pueda ser considerado Estado en los términos del derecho internacional, es necesario que sea reconocido por un número significativo de miembros de la comunidad internacional. Siendo así, para esta teoría no resulta relevante el hecho de que un ente cumpla o no con ciertos requisitos jurídicamente establecidos para ser considerado Estado, sino que basta con que goce del reconocimiento suficiente por parte de la comunidad internacional (Aust, 2005, p. 17).

En ese sentido, nos resulta claro que la discusión sobre si un Estado mantiene su condición de Estado como sujeto de derecho internacional o no una vez que su territorio se encuentra totalmente sumergido bajo el agua solo puede tener cabida dentro de la teoría que establece que el reconocimiento de dicho Estado por parte de la comunidad internacional tiene un carácter meramente declarativo. Esto se debe a que, en caso de seguir la teoría que propugna que los Estados son tales en tanto sean reconocidos, la pérdida del territorio no resulta relevante para determinar si el Estado que la sufrió es o no un Estado, ya que lo que determinará eso es si sigue siendo reconocido como tal.

Crawford comenta que, hasta antes de mediados del siglo XVIII, era un entendimiento común el que la soberanía estatal, como poder supremo, provenía del Estado mismo y su existencia era independiente del reconocimiento externo. Sin embargo, se iniciaron dudas respecto a la necesidad de que un Estado reconozca a otro recién independizado de él como metrópoli tras una revolución. La doctrina del siglo XVIII mantuvo el criterio de entender que el reconocimiento era innecesario en estos casos e incluso una forma de intervención ilegal en tanto estos Estados existieran de facto. Sin embargo, ya hacia el siglo XIX, tomó fuerza una visión positivista según la cual el derecho internacional se basa en el consentimiento, por lo que la existencia de un nuevo Estado, que generaría derechos y obligaciones comunes con los demás, entonces debía ser reconocida por los demás Estados (2006, pp. 14-16). Estos serían los antecedentes de las dos teorías.

Sin embargo, actualmente debido a la falta de seguridad jurídica al dejarse a la suerte de apreciaciones políticas el mapa jurídico del mundo y a la incertidumbre sobre el número requerido de reconocimientos para constituirse como Estado, la teoría constitutiva ha quedado desfasada. Hoy en día, la teoría que prima en la doctrina sobre los efectos jurídicos del reconocimiento es la declarativa (Remiro Brotóns, Riquelme Cortado, Orihuela Calatayud, Diez-Hochleitner, y Pérez-Prat Durbán, 2010, p. 82). Siendo esto así, la discusión respecto a si la desaparición del territorio de un Estado conlleva el fin de su condición de Estado resulta relevante para efectos jurídicos, ya que se definirá al Estado por la presencia de sus elementos constitutivos y no por el reconocimiento que se le dé a ese Estado, el cual resulta irrelevante para dichos efectos.

3.2. El territorio como elemento constitutivo del Estado

Teniendo en claro, entonces, que es necesario que un ente cumpla con determinados elementos jurídicamente establecidos para que sea entendido como un Estado para el derecho internacional (independientemente del reconocimiento que se le dé a nivel de la comunidad internacional), es menester definir cuáles serían dichos elementos. Sin embargo, lamentablemente, no existe un consenso puro en la comunidad internacional acerca de cuáles son los elementos constitutivos de un Estado, ya que no hay norma convencional ni consuetudinaria probada que vincule a toda la comunidad internacional en su conjunto con respecto al tema, ni tampoco hay una sola postura doctrinaria al respecto.

Un primer referente a tomar en cuenta es el Tratado de Montevideo, un tratado regional americano que define al Estado estableciendo que sus elementos constitutivos son los siguientes: 1. Población permanente, 2. Territorio determinado, 3. Gobierno y 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados (1933,

**El número requerido
de reconocimientos
para constituirse
como Estado, la
teoría constitutiva
ha quedado
desfasada**

La definición de Estado presente en el Tratado de Montevideo no representa una postura jurídicamente vinculante para toda la comunidad internacional

Art. 1). Este referente es importante, ya que es el primero que pretende codificar la definición de Estado para el derecho internacional, el cual, además, surge como una iniciativa americana.

Este hecho genera que buena parte de la doctrina en nuestra región se decante por seguir lo establecido en el Tratado de Montevideo para efectos de definir al Estado como sujeto de derecho internacional. Así, por ejemplo, el ya mencionado actual miembro de la CDI de nacionalidad peruana, Juan José Ruda Santolaria, define al Estado como sujeto de derecho internacional en los términos del referido tratado (1995, p. 33). Sin embargo, lo cierto es que el Tratado de Montevideo no es un tratado con vocación de universalidad y, de hecho, no todos los Estados americanos son partes de él. Por ello, la definición de Estado presente en el Tratado de Montevideo no representa una postura jurídicamente vinculante para toda la comunidad internacional, ni tampoco se refleja en la doctrina de manera unánime. Así, por ejemplo, otra buena parte de la doctrina regional puede no coincidir en la

totalidad de la terminología utilizada por el Tratado de Montevideo para definir al Estado. En algunos casos, se prefiere hablar de la soberanía como un elemento constitutivo del Estado adicional, teniendo en consideración que todo Estado la requiere (Novak Talavera y García-Corrochano Moyano, 2016, p. 46). Adicionalmente a esto, ya fuera de la región americana, una parte importante de la doctrina replica la mayoría de los elementos constitutivos presentes en el Tratado de Montevideo, pero, antes de referirse a la capacidad de entrar en relaciones con otros Estados, prefiere hablar de independencia, entendiéndola, además, como el criterio decisivo de la condición de Estado (Crawford, 2012, p. 130).

Estas variaciones en la concepción de los elementos constitutivos del Estado a nivel doctrinario han sido identificadas al momento de plantearse la situación relativa a la elevación del nivel del mar como un tema que debe tenerse en consideración para efectos de definir al Estado antes de cuestionar su continuidad ante un escenario determinado (Park, 2011, p. 10). Por todo ello, podemos concluir que no existe una sola y unánimemente aceptada definición de lo que es un Estado para el derecho internacional, por lo que no podemos remitirnos a una definición jurídicamente vinculante para toda la comunidad internacional, como sí ocurre, por ejemplo, en el caso de la definición consuetudinaria de lo que es un tratado (Villiger, 2009, p. 83).

Sin embargo, algo que sí podemos identificar es que, en la mayoría de definiciones propuestas por la doctrina (si es que no en todas), el territorio es un elemento presente. Por tanto, para efectos del presente artículo, nos basta identificar esto para asumir razonablemente que el territorio es un elemento constitutivo del Estado. Siendo ello así, debemos proce-

der a definir al territorio como elemento constitutivo del Estado.

En sus aproximaciones más clásicas, el territorio era entendido como la tierra estática y seca únicamente. No obstante, fueron los mismos Estados quienes reclamaron que sea posible ejercer soberanía sobre determinadas porciones del mar (Elden, 2017, p. 215). Tan es así que, hoy en día, el derecho del mar tanto convencional como consuetudinario reconoce dicha posibilidad a los llamados Estados ribereños, es decir, aquellos que cuentan con una salida soberana física al mar. En estos casos, esa porción de mar sobre la cual se puede ejercer soberanía se denomina mar territorial, el cual se proyecta desde las llamadas líneas de base, y además lleva consigo el adicional del espacio aéreo encima de dicho territorio marítimo (Diez de Velasco, 2013, p. 426).

Adicionalmente, hoy en día se entiende de que el territorio ya no solo abarca el suelo del área terrestre, sino también el subsuelo, las aguas interiores (ríos, lagos y lagunas, entre otros) y el espacio aéreo encima de las áreas mencionadas. En general, el territorio debe cumplir con ser un espacio en el cual el Estado ejerza control independientemente del tipo de terreno (montañoso, desértico, etc.) (Jones, 2016, p. 12). Es aquella característica la que da a entender que el Estado efectivamente ejerce soberanía sobre dicho espacio geográfico. No ocurre lo propio cuando un Estado cuenta con determinado acceso al espacio geográfico de otro, pero a partir de instituciones jurídicas que dan un traspaso limitado y funcional de los derechos soberanos de ese último, tales como cesiones administrativas, arrendamiento o servidumbre (Rojas Amandi, 2010, p. 46).

Inclusive si un Estado llega a tener fácticamente la posibilidad de ejercer control sobre un territorio de manera general e

ilimitada, pero no lo hace a título de soberanía sino a título de alguna otra institución jurídica distinta que haya sido permitida por el Estado que sí ejerce soberanía, dicha área técnicamente no califica como territorio del Estado que ejerce el control. Encontramos un ejemplo de esta posibilidad en el kilómetro cuadrado cedido por parte del Perú a Ecuador en Tiwinza. El Perú otorgó a Ecuador la propiedad privada de un terreno en territorio peruano para conmemorar a los combatientes ecuatorianos caídos en el último conflicto armado entre ambos Estados. No obstante, la soberanía de dicho espacio sigue siendo peruana (De Trazegnies Granda, 2013, p. 63). En esa línea, Crawford especifica que el territorio como elemento constitutivo del Estado se entiende de como el espacio geográfico donde el Estado ejerce su soberanía y no un simple espacio del cual el Estado puede ser propietario, pero no soberano (2006, p. 55).

Asimismo, Crawford nos brinda precisiones adicionales sobre el territorio que resultan de interés para nuestro caso. No es necesario contar con un mínimo cuantitativamente hablando de territorio, ya que el área que abarque puede ser pequeño. Este es el caso de los llamados microestados, los cuales cuentan

Hoy en día se entiende que el territorio ya no solo abarca el suelo del área terrestre, sino también el subsuelo

El territorio como elemento constitutivo de un Estado es el espacio geográfico en el cual se asienta la población de dicho Estado

con un territorio de poca extensión y, sin embargo, no dejan de ser considerados Estados (2012, pp. 128-129). Los Estados amenazados por la elevación del nivel del mar son de ese tipo. Por otro lado, también explica que la pérdida de territorio no afecta la continuidad de un Estado (2006, p. 673). No obstante, ello refiere a supuestos en que un Estado pierde una parte de su territorio, pero no la totalidad del mismo. En ese sentido, cabe realizar la precisión de que, cuando nos refiramos a la pérdida del territorio, hacemos referencia a la pérdida total de este.

Ruda Santolaria menciona otras características del territorio como elemento constitutivo del Estado en el derecho internacional, las cuales son que, para efectos físicos, puede ser continuo o discontinuo; que no es necesario que se encuentre totalmente delimitado ni exento de controversias sobre el mismo; y que su ocupación por parte de tropas extranjeras enemigas no supone per se que el Estado ocupado lo haya perdido (1995, pp. 38-39). Entonces, ya para finalmente por dar un alcance simplificado, si bien existen ciertos matices en cuanto a las definiciones disponibles por parte de la doctrina, en términos generales, pode-

mos considerar que el territorio como elemento constitutivo de un Estado es el espacio geográfico en el cual se asienta la población de dicho Estado y en que este ejerce sus funciones y competencias (González Campos, Sánchez Rodríguez, y Andrés Sáenz de Santa María, 2003, p. 543).

En lo que resta del artículo, desarrollaremos algunos aspectos adicionales referidos al territorio como elemento constitutivo del Estado. Sin embargo, hasta este punto, basta con haber dejado en claro que efectivamente el territorio cumple dicho rol. Ya teniendo claro, entonces, que el territorio es un elemento constitutivo del Estado como sujeto de derecho internacional, así como qué es dicho elemento, procederemos a desarrollar algunas de las posibilidades que se podrían derivar de la pérdida total del territorio de un Estado en relación a su condición de Estado a la luz del derecho internacional.

4. ALTERNATIVAS RESPECTO A LA CONTINUIDAD DE LA EXISTENCIA DE LOS ESTADOS QUE PIERDEN SU TERRITORIO

Ante la situación ya descrita del sumergimiento total en aguas marinas del territorio terrestre de determinados Estados insulares, cabe la duda sobre si dicha reducción en la totalidad del territorio terrestre de dichos Estados generaría o no la desaparición de los mismos como sujetos de derecho internacional. Esta duda surge debido a que, como ya mencionamos, la doctrina mayoritaria considera al territorio como uno de los elementos constitutivos del Estado como sujeto de derecho internacional y, al no contar más con dicho elemento, a primera vista resultaría lógico entender que dichos Estados ya no lo serían más, ni fáctica ni jurídicamente hablando. Sin embargo, también hay posiciones en la doctrina que podrían decantarse por lo contrario,

en tanto podrían no considerar como un requisito sine qua non la continuidad de su soberanía territorial.

Partiendo de esta problemática, si bien aún no tenemos acceso público a los avances sobre el aspecto relativo a la condición de Estado, sí podemos ver que, ya desde el informe de su septuagésima sesión, la CDI ha planteado como una primera cuestión a trabajar en relación a la materia el “Análisis de los posibles efectos jurídicos en la continuidad o la pérdida de la condición de Estado en casos en que el territorio de un Estado insular quede totalmente cubierto por el mar o resulte inhabitable” (2018, p. 360). Siendo así, resulta claro que el grupo de estudio va a discutir cuál será la aproximación doctrinaria más adecuada en relación a la continuidad o no de la condición de Estado en los casos mencionados, probablemente, analizando las dos posibilidades descritas.

Se hace la diferenciación entre el supuesto en que el territorio de un Estado queda totalmente cubierto por el mar y aquel en que resulta inhabitable por dar alcances sobre dos niveles distintos que supondrían etapas que ya implican la pérdida del territorio jurídicamente hablando. Sigue que, siguiendo la definición señalada anteriormente de territorio, antes de que una isla quede totalmente sumergida bajo el agua, dado que la misma no sería capaz de albergar población, incluso aunque haya aún un pedazo de tierra, este no sería apto para que se asiente su población y, por ello, sería tierra que no constituye territorio en el sentido jurídico del término. Grote Stoutenburg entiende que la definición de condición de Estado no contempla al territorio como un fin en sí mismo en ella, sino que este representa la base física que asegura que la población pueda vivir en comunidades organizadas (2013, p. 60). De igual manera, McAdam

menciona que la pérdida de la condición de Estado opera antes de la desaparición física (2010, p. 106).

Tal vez lo mismo podría alegarse en relación al gobierno como elemento de la definición de Estado (o el elemento que lo reemplace dentro de una definición no inspirada por la contenida en el Tratado de Montevideo). No obstante, lo cierto es que la práctica ha reconocido la posibilidad de que exista un gobierno en el exilio, es decir, un gobierno que no se encuentre físicamente dentro del territorio del Estado. Si bien parte de la doctrina considera que, para la validez de esta figura, se requiere el apoyo de la comunidad internacional, la práctica internacional muestra que ello no es necesario, tal como ocurrió con el gobierno en el exilio de Camboya, al cual el Secretario General de la ONU permitió autenticar diversos tratados multilaterales en representación de su Estado (Crawford y Rayfuse, 2012, p. 252).

El momento en que una isla ya no es capaz de ser habitada es también sancionada por el derecho del mar en tanto dicha isla procede a ser catalogada como una roca en los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, CONVEMAR) si es que además no es apta para mantener

**La práctica ha
reconocido la
posibilidad de que
exista un
gobierno en el
exilio**

La consecuencia jurídica de que una isla califique como una roca es que no proyectará zona económica exclusiva ni plataforma continental

vida económica propia. Esto es especificado en el artículo 121.3 de la CONVEMAR, el cual, conforme a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia, refleja la costumbre internacional en la materia (2012, párr. 139). La consecuencia jurídica de que una isla califique como una roca es que no proyectará zona económica exclusiva ni plataforma continental, ya que, conforme a Tanaka, se busca prevenir reivindicaciones excesivas de dichas zonas marítimas, aunque esta interpretación puede variar según cada Estado (2019, p. 78).

Incluso existiría una etapa intermedia entre que una isla se vuelva inhabitable y que quede completamente sumergida bajo el agua, la cual sería la correspondiente a las llamadas elevaciones en bajamar, que son aquellas porciones de tierra que emergen durante el nivel más bajo del mar, pero que quedan sumergidas en el nivel más alto, conocido como la pleamar. Esta institución es regulada en la CONVEMAR en su artículo 13, el cual, según la Corte Internacional de Justicia, refleja la costumbre internacional en la materia (2001, párr. 201), y permite que

se utilice como líneas de base para medir la anchura del mar territorial en el caso de que no se encuentre a mayor distancia que dicha anchura del territorio continental o insular del Estado. Sin embargo, ello requiere que el Estado sí cuente con territorio del cual generar zonas marítimas, ya que, por sí solas, conforme a Grote Stoutenburg, las elevaciones en bajamar no solo no constituyen territorio, sino que ni siquiera son consideradas como tierra (2013, p. 60).

Resulta evidente, entonces, que, si se trata del único territorio con el que cuenta un Estado insultar, los momentos en que este queda inhabitable, se convierte en una elevación en bajamar o queda sumergido totalmente por el agua son indistintos para efectos de analizar si se ha perdido o no el territorio, ya que son etapas que implican su pérdida. Dado ello, habrá que decidir qué postura de las dos previamente mencionadas aplicaría a cualquiera de los supuestos mencionados. Particularmente, consideramos que ambas posturas son perfectamente aceptables en el derecho internacional y que puede que cuenten cada una con suficientes fundamentos como para hacerlas viables.

En ese sentido, a continuación, desarrollaremos los argumentos que, creemos, sirven de mejor manera tanto a la postura de considerar la desaparición del Estado como sujeto de derecho internacional como a la de considerar la continuidad de la condición de Estado incluso una vez sumergido en su totalidad el territorio terrestre de dicho Estado. En adición, y como en prácticamente cualquier materia sometida a discusión doctrinaria en el derecho internacional, nos plantearemos una postura ecléctica o intermedia entre las dos: la pérdida de la condición de Estado, pero no de la subjetividad internacional.

4.1. La desaparición del Estado como sujeto de derecho internacional tras la pérdida de su territorio

Normalmente, la primera posibilidad que nos vendría a la mente respecto a la referida cuestión a estudiar por parte de la CDI sería que, si un Estado pierde su territorio, pierde también su condición de Estado desapareciendo como sujeto de derecho internacional. Esta es la postura más inmediatamente lógica y que requiere menos reflexión. Trata básicamente de que, siendo que el territorio es un elemento constitutivo del Estado, como ya definimos anteriormente, la pérdida del mismo implicaría que dicho Estado ya no cumpla con uno de los requisitos necesarios para ser considerado Estado conforme al derecho internacional. Por ese motivo, dicho Estado, al no contar más con uno de sus elementos constitutivos, no cumpliría con uno de los requisitos necesarios para seguir siendo considerado un Estado a la luz del derecho internacional y, por ende, perdería su condición de Estado y de sujeto de derecho internacional como tal.

En el derecho internacional, la institución por la cual un Estado pierde su subjetividad internacional estatal se conoce como la extinción del Estado. Dicha institución suele darse por la aplicación de figuras tales como la fusión, la absorción o incluso, históricamente, la anexión (hoy en día, ilícita), entre otras. Estos fueron los casos de los Estados de Yemen del Norte y del Sur cuando se fusionaron, de la República Democrática Alemana cuando fue absorbida por la República Federal de Alemania, las disoluciones de Checoslovaquia y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, entre muchos otros ejemplos. Lo cierto es que, finalmente, la extinción de un Estado resulta ser una cuestión de hecho (ya que el Estado que alguna vez existió no existe más), pero

que será regulada jurídicamente (Shaw, 2006, pp. 208-209). Siendo así, parecería que no podría darse una cuestión fáctica que evidenciara más que un Estado está extinto que la pérdida de uno de sus elementos más importantes: el territorio.

Asimismo, recordando la propia definición de territorio, ya que este es el espacio geográfico en que se asienta la población y sobre el cual el Estado ejerce su soberanía, aparentemente no es posible que un Estado no cuente con territorio, ya que dicha ausencia incidiría también en la necesaria ausencia de varios de sus demás elementos. En parte por esto es que se entiende que, en los términos del derecho internacional clásico, al menos, la tierra que se encuentra sumergida debajo del mar no puede ser calificada como territorio, ya que también se exige cierta habitabilidad y que el Estado efectivamente pueda ejercer su soberanía (Wannier y Gerrard, 2013, p. 620). En ese sentido, al no poder contar con territorio, un Estado es privado de casi todos (si no todos) sus elementos constitutivos, por lo cual la discusión ya no recae únicamente en el elemento territorio, sino también en lo relativo a la población y a la soberanía. No obstante ello, cabe resaltar que

**Al no poder
contar con territo-
rio, un Estado es
privado de casi
todos (si no
todos) sus elemen-
tos constitutivos**

En el caso de los Estados como instituciones jurídicas, como ya mencionamos líneas arriba, no existe una única definición certera y obligatoria para toda la comunidad internacional

nuestro análisis se limita solo al elemento territorio.

Sin embargo, incluso si el territorio fuese un elemento constitutivo independiente de los demás, cuya ausencia no afectara negativamente a los otros elementos, dado que se entiende que la lista de elementos no es optativa sino perentoria para que el derecho internacional considere Estado a un ente determinado, poco importaría que dicho ente sí cumpliera con los demás elementos. La sola ausencia de uno de dichos elementos tendría que ser suficiente para concebir que dicho ente perdió su categoría jurídica de Estado y, por consiguiente, también su subjetividad jurídica internacional. Esta postura tomaría fuerza en el entendido de que un Estado es una comunidad organizada en un territorio, el cual no puede encontrarse sumergido bajo el agua (Blanchard, 2015, p. 78).

Este mismo fenómeno ocurre con todas las instituciones del derecho internacio-

nal que exigen la conjunción de determinados elementos al mismo tiempo y sin exclusión de ninguno para configurarse jurídicamente, lo que no sucede con las instituciones en las que el derecho internacional no exige una serie de requisitos para configurarlas, sino que la doctrina ha enlistado ciertos elementos buscando dar aproximaciones no concebidas como obligatorias por el derecho internacional. Así, por ejemplo, si un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional con la capacidad para celebrar tratados no se encuentra regido por el derecho internacional, tal vez podrá ser un contrato o un instrumento de soft law, pero, simplemente, no será un tratado. Por otro lado, si una organización internacional no cuenta con una composición principalmente interestatal, no necesariamente tiene que dejar de ser considerada una organización internacional si así lo pactan sus miembros (Diez de Velasco, 2006, p. 43).

En el caso de los Estados como instituciones jurídicas, como ya mencionamos líneas arriba, no existe una única definición certera y obligatoria para toda la comunidad internacional, pero sí consideramos que es claro que el territorio es uno de los elementos que siempre se encuentran presentes en cualquier definición doctrinaria respetable. Por ese motivo, ya que consideramos que el derecho internacional sí exige que un Estado cuente con un territorio como requisito para ser catalogado jurídicamente como tal, la consecuencia jurídica lógica de la pérdida del mismo aparentemente tendría que ser la pérdida de la estatalidad. Si recurrimos a la doctrina más clásica, lo más probable es que arribe de forma casi unánime a la misma conclusión. Así, por ejemplo, Biscaretti equipara al territorio del Estado con el cuerpo de la persona humana y señala que, en caso de desaparecer, el Estado se extinguiría (citado por Ruda Santolaria, 1995, p. 38).

Por otra parte, los detractores de esta postura podrían alegar que, tal como vimos en la definición de territorio, dicho concepto no solo se limita al territorio terrestre propiamente, sino también al territorio marítimo. Al respecto, el derecho del mar reconoce que los Estados ribereños, es decir, aquellos con una salida física al mar, tienen derecho a reivindicar hasta un máximo de 12 millas marinas desde sus líneas de base como mar territorial, lo cual se encuentra establecido en el artículo 3 de la CONVEMAR reflejando el derecho consuetudinario en la materia (Tanaka, 2019, p. 103). Esta zona marítima sería la única en que el Estado ribereño ejerce soberanía plena y exclusiva, por lo que se entiende que constituye parte de su territorio, a diferencia de las demás zonas marítimas reivindicables, en las cuales el Estado no ejerce soberanía plena y exclusiva sino solo derechos de soberanía (como son la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental), por lo que no son considerables como territorio.

Los Estados insulares evidentemente cumplen con ser ribereños, por lo que puede surgir la objeción con respecto a que, si bien el Estado insular pierde su territorio terrestre, no tendría por qué perder también su territorio marítimo. No obstante, lo cierto es que, en el derecho del mar, rige un principio general de dicho régimen especializado denominado la tierra domina el mar, que básicamente implica que, para que un Estado pueda generar zonas marítimas, es necesario que estas sean proyectables desde un área geográfica terrestre con salida física al mar (Martínez Vargas y Vega Barbosa, 2016, p. 677-678). Esto fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia desde la sentencia de uno de sus primeros casos: el caso de Pesquerías (1951, p. 133). En ese sentido, siguiendo la doctrina clásica del derecho del mar, no resultaría

aceptable la tesis de que un Estado cuyo territorio terrestre estuviera sumergido completamente bajo el agua aún contara con su mar territorial, ya que no tendría tierra de donde proyectarse.

Ocurre lo mismo con el espacio aéreo territorial, ya que, por definición, es un área que se compone por una columna vertical de aire que requiere estar sobre los espacios territoriales terrestre o marítimo, por lo que no sería posible concebir válidamente que el territorio de un Estado se componga únicamente por espacio aéreo (Fernández Huertas, 1984, p. 36). Finalmente, de manera análoga podemos concluir que el subsuelo terrestre requiere también que se cuente con un suelo terrestre por el cual acceder, por lo que tampoco sería posible entender que un Estado cuente únicamente con subsuelo como territorio sin contar con suelo terrestre (de hecho, no parece lógico afirmar que exista subsuelo si no existe suelo, ya que el subsuelo, por definición, se encuentra debajo del suelo). Todo esto reforzaría la postura de la desaparición del Estado como sujeto de derecho internacional tras la pérdida de su territorio.

Si bien tenemos amplio respeto por las instituciones clásicas del derecho inter-

En el derecho del mar, rige un principio general de dicho régimen especializado denominado la tierra domina el mar

El derecho internacional no es estático, sino que se encuentra en constante cambio y evolución

nacional, personalmente, consideramos que, si bien su base es bastante sólida y se obtiene de la aplicación de la lógica jurídica más básica, esta postura tiende a ser demasiado rígida frente a una problemática actual importante que el derecho internacional, más que reducir con una aplicación legalista de la normativa existente, debería tratar de solucionar impulsando su propia evolución en la materia. Las formas clásicas de pérdida de la condición de Estado no prevén propiamente este supuesto, el cual es tan nuevo que aún ni siquiera ha ocurrido. Precisamente, el derecho internacional no es estático, sino que se encuentra en constante cambio y evolución, por lo que corresponderá a la comunidad internacional el lograr encontrar nuevas posibilidades que puedan satisfacerla en su conjunto de una mejor manera (Blanchard, 2015, p. 103).

Por último, también consideramos que la simple negación de la condición de Estado a los Estados insulares que vean cubiertos sus territorios terrestres con agua de manera permanente podría resultar peligrosa en cuanto a determinadas materias vinculadas a aspectos importantes como la estabilidad y la certeza en el derecho internacional, las cuales serán de-

sarrolladas en el siguiente punto. En todo caso, consideramos que la comunidad internacional debería realizar sus mejores esfuerzos para buscar y encontrar soluciones a la problemática planteada que no impliquen la simple salida facilista de negar por completo algo tan sensible como la subjetividad internacional a un Estado.

4.2. La continuidad de la condición de Estado del Estado que pierde su territorio

La postura contraria a la de la pérdida de la condición de Estado y, por ende, de la subjetividad internacional tras la pérdida del territorio sería aquella que propugna que los Estados que pierden su territorio mantienen su condición de Estado luego de que ello ocurre. Puede resultar un tanto complicado desvirtuar la tesis de que los Estados necesitan reunir la totalidad de sus elementos constitutivos para seguir siendo tales, pero lo cierto es que la doctrina ya ha tenido avances sobre la materia.

Con respecto a esto, un sector importante de la doctrina ha desarrollado el llamado principio de continuidad, que implica que un Estado, una vez que ya se ha constituido como tal por cumplir con reunir todos los elementos constitutivos necesarios para ello, no podrá perder dicha condición, por más que posteriormente pierda alguno de sus elementos constitutivos. La doctrina especializada en la materia es reacia a que simplemente se elimine la condición de Estado a un ente que ya reunió todos los elementos para ello y que, sin que medie su voluntad para ello, es despojado de alguno, como, por ejemplo, con la ocupación de un grupo beligerante (Rai, 2002, p. 67).

La aplicación práctica de este principio doctrinario, no obstante, se ha enfocado en el elemento de gobierno. Básicamen-

te, puede darse el caso de que determinados Estados pasen por períodos de transición, involuntarios al propio Estado, de acefalía política. Tal fue el caso de Somalia, un Estado que por un periodo aproximadamente de 20 años desde 1991 no contó con un grupo centralizado del poder en su territorio. Al existir anarquía en dicho Estado, se debería entender, entonces, que ese Estado no contó con uno de sus elementos constitutivos (gobierno), por lo que debió perder la condición de Estado. No obstante, la doctrina prefiere entender que el Estado de Somalia nunca desapareció como tal, sino que tan solo pasó por un periodo transitorio en el cual no reunía la totalidad de sus elementos constitutivos, pero sin perder la condición de Estado ni la de sujeto de derecho internacional. Precisamente, a esta situación se le da el nombre de Estado fallido (Reno, 2019, p. 54), asumiendo aún la estatalidad.

El problema con este tipo de supuestos es que, como se puede evidenciar, los supuestos de continuidad del Estado aparentemente implican un distanciamiento del Estado de alguno de sus elementos constitutivos, pero solamente de manera temporal (Crawford, 2006, p. 86). Justamente por ello, el principio de continuidad se entiende aplicable durante los períodos de vacío de alguno de los elementos constitutivos, que se dan entre dos períodos en que el Estado sí reúne la totalidad de los elementos. En el caso del gobierno, el Estado recupera su poder político centralizado en determinado momento y, en el caso de la población, esta regresa físicamente al territorio del Estado.^b

Sin embargo, en el caso del hundimiento del territorio desde el punto en el cual queda inhabitable, dado que la elevación del nivel del mar va in crescendo y no cuenta con una forma natural de ser mi-

tigada, lo más evidente en el caso de los Estados insulares que podrían ver perder su territorio terrestre es que la pérdida de dicho elemento no sería solo temporal, sino permanente. En ese sentido, resulta complicado aplicar el principio de continuidad del Estado en este supuesto en particular, ya que no se entendería de qué manera el Estado que perdió su territorio terrestre a causa del hundimiento derivado de la elevación del nivel del mar podría recuperarlo (Grote Stoutenburg, 2015, p. 296).

No obstante, como ya mencionamos, consideramos que el derecho internacional debe dar respuesta a los nuevos desafíos que se presenten en la comunidad internacional y no solo limitarse a aplicar la normativa vigente si es que esta no brinda una solución satisfactoria. En el caso en particular de los Estados que podrían perder su territorio por la elevación del nivel del mar, si es que la comunidad internacional les negara la condición de Estado a partir de dicha pérdida a secas, se generarían diversos escenarios que no se encuentran previstos por el derecho internacional en su totalidad, lo que, además, podría afectar en diversos niveles a la seguridad jurídica internacional.

El derecho internacional debe dar respuesta a los nuevos desafíos que se presenten en la comunidad internacional

La figura clásica que se genera ante la extinción de los Estados es la sucesión de Estados

En primer lugar, ante la extinción de un Estado, el derecho internacional clásico suele tener una respuesta sobre qué ocurrirá con los derechos y obligaciones de dicho Estado, así como sus bienes, sus archivos y sus límites, entre otros aspectos por regular. Esto responde a que la figura clásica que se genera ante la extinción de los Estados es la sucesión de Estados. Generalmente, la extinción de un Estado se corresponde con algún suceso de sucesión de Estados, en que el Estado que se extingue será el predecesor y los que reciban los activos y pasivos de dicho Estado serán los sucesores (Pastor Ridruejo, 2015, pp. 328-329). Ello implica que la consecuencia jurídica de aplicar la sucesión de Estados sea la transmisión de derechos y obligaciones internacionales correspondientes a tratados, representación en organizaciones internacionales, deudas y archivos, entre otros (Novak Talavera y García Corrochano-Moyano, 2016, p. 280).

Sin embargo, en el caso de la extinción de un Estado por el sumergimiento natural bajo el mar de su territorio terrestre de manera permanente, no existiría ningún Estado sucesor, debido a que lo que ocurría sería la simple desaparición del Estado sin que esta se relacione de alguna manera con otro. Siendo así, a menos que

el Estado que se extingue de esa manera haya previsto convencionalmente su sucesión, no existirían normas de sucesión aplicables específicamente para ese suceso. Esto ocurriría ya que no se contemplaría una práctica por parte de los Estados en esta materia al aún no haber precedentes, por lo que tampoco habría normativa consuetudinaria que aplicar y no se podría aplicar la sucesión del Estado ante ese vacío (Ziemele, 2015, p. 278).

Los efectos que un escenario así traería consigo podrían ser complicados, sobre todo teniendo en consideración el aspecto de las obligaciones que tenía vigentes el Estado extinto cuando aún existía. Así, las deudas que haya contraído dicho Estado quedarían impagadas, al igual que se perderían los bienes pertenecientes a otros sujetos de derecho internacional que hayan permanecido en el territorio de ese Estado bajo algún título. En relación al derecho del mar, podría generarse una gran inseguridad jurídica con respecto a las líneas de base y, de corresponder, a los límites marítimos que haya podido tener el Estado insular con Estados con costas vis a vis. Por otro lado, respecto a la responsabilidad internacional del Estado extinto por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, si bien no se admite su transferencia a un Estado sucesor, sí se admiten pretensiones por enriquecimiento sin causa del sucesor (Novak Talavera y García Corrochano-Moyano, 2016, pp. 298-299), pero no sería posible en este caso.

Entonces, precisamente para evitar ese tipo de situaciones difíciles de afrontar para el derecho internacional, es necesario que este mismo busque soluciones ex ante a dichos escenarios. Una solución bastante práctica podría ser que todos los Estados insulares que se encuentren actualmente amenazados por el incremento del nivel del mar pacten con otros

sujetos de derecho internacional lo relativo a su eventual sucesión. No obstante, el proceso de celebración de tratados suele ser engorroso y largo, y, eventualmente, puede que no llegue a concluirse. Siendo así, si bien esta sería una solución teórica efectiva, tal vez sería difícil de llevar a la práctica, más aun teniendo en cuenta que los Estados amenazados se encontrarían en desventaja al negociar dada su situación de vulnerabilidad. Sobre el particular, de Águeda Corleloup y Mol analizan las negociaciones de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo en su calidad de tales e identifican que no cuentan con poder estructural para negociar (2014, p. 293).

Es en esa línea que la doctrina más actualizada busca hoy en día sustentar la validez de la continuidad de la condición de Estado de los Estados insulares en peligro de desaparecer una vez que hayan perdido el elemento territorio. Las propuestas varían en la denominación que se les daría, tales como Estado hundido (MacAdam, 2010, p. 106), Estado desterritorializado (Crawford y Rayfuse, 2012, p. 250) o incluso Estado en el exilio haciendo una equiparación con los gobiernos en el exilio previamente explicados, con la idea de que, si es posible concebir la figura de los gobiernos en el exilio en el derecho internacional, que ya de por sí implica la separación de la soberanía y del territorio, entonces es también posible concebir una construcción teórica como la de los Estados en el exilio sin dominio de su territorio original debido a su pérdida por degradación física e inhabitabilidad (Crawford y Rayfuse, 2012, p. 253).

Esta última idea fue también propuesta por Burkett bajo el nombre de nación-ex situ, iniciativa que implicaría que el Estado continúe existiendo como tal independientemente de su desaparición física por la inundación de su territorio terrestre permitiendo que las zonas ma-

rítimas previamente reivindicadas sigan perteneciendo a dicho Estado y que las rentas de la explotación de las mismas sirvan para su conservación y gestión, así como para financiar la reubicación de su población (citada por Crawford y Rayfuse, 2012, p. 250). La posibilidad de mantener zonas marítimas explotables sería bastante importante debido a que, según comenta la misma autora, con la perdida progresiva del territorio de los Estados insulares en riesgo de desaparecer, también se va perdiendo progresivamente el financiamiento que se les otorgaba (2015, pp. 443-444). Por último, respecto a la administración de la nación-ex situ, propone un modelo de administración a cargo de la ONU en el cual la Comunidad Internacional podría apoyar (2013, p. 110).

Grote Stoutenburg brinda argumentos para entender que un Estado que ha perdido su territorio a causa del cambio cli-

La doctrina más actualizada busca hoy en día sustentar la validez de la continuidad de la condición de Estado de los Estados insulares en peligro de desaparecer una vez que hayan perdido el elemento territorio

En caso de contradicción entre los principios de efectividad y legalidad, debe primar este último

mático debería seguir siendo reconocido como tal a raíz del conflicto normativo que puede existir entre los principios de efectividad y legalidad. Al respecto, señala que el principio de efectividad se enfoca en lo fáctico para efectos de entender la existencia o no de un Estado. La aplicación de este principio fue lo que llevó a la superación de la teoría constitutiva del reconocimiento previamente explicada que permitía la exclusión de parte del mundo de la comunidad internacional. El principio de legalidad, por su parte, empezó a hacerse presente, para efectos de la condición de Estado, hacia la segunda mitad del siglo XX para evitar que la aplicación del principio de efectividad colisionara con los principios fundamentales del derecho internacional, lo cual originalmente fue de aplicación a la creación de nuevos Estados, pero entiende que, hoy en día, aplica también para la extinción de Estados existentes (2013, p. 58).

Es así que, conforme a la autora señalada, en caso de contradicción entre los principios de efectividad y legalidad, debe primar este último, tanto para efectos de la creación como de la extinción de Estados. Así, si fácticamente se crea un nuevo Estado violando normas imperativas del

derecho internacional, como por ejemplo ocurrió con la anexión de Kuwait por parte de Irak en 1990, la cual violó la norma imperativa de prohibición de uso de la fuerza, se crea la obligación en los demás Estados de no reconocer a ese ente como un nuevo Estado. Así, la condición de Estado no será obtenida por este ente y el Estado que fue anexado ilegalmente la mantendrá. En la misma línea, concluye que la extinción de un Estado existente sigue la misma regla y que la extinción de los Estados insulares a causa del cambio climático se daría en violación de normas imperativas tales como el derecho a la libre determinación y la soberanía permanente sobre los recursos (2013, p. 59). Siendo así, no correspondería que opere la extinción de estos Estados.

De manera adicional, un argumento que podría reforzar la propuesta de mantener la condición jurídica de Estado de los Estados insulares una vez que su territorio se pierda está en que no sería la primera vez, al menos jurídicamente hablando, en que el derecho internacional reconocearía la existencia de Estados sin territorio. Para ello, Crawford y Rayfuse se remiten al caso de la Santa Sede, la cual fue jurídicamente reconocida en el plano internacional como un Estado sin territorio desde que los Estados Pontificios fueron anexados por Italia en 1870 hasta la regularización de soberanía sobre la Ciudad del Vaticano con los Pactos de Letrán en 1929 (2012, pp. 252-253). El antecedente mencionado evidenciaría que, al menos históricamente, no ha existido impedimento para concebir la existencia de Estados sin territorio en el derecho internacional.

Podría cuestionarse lo mencionado en tanto hoy en día la Santa Sede no es considerada un sujeto de derecho internacional con la condición de Estado, sino que más bien los llamados Estados Pon-

tíficos fueron un Estado en que el Papa era el monarca que se extinguió en 1870 y, posteriormente, el Estado de la Ciudad del Vaticano fue creado con los Pactos de Letrán como un Estado sobre el cual Italia reconoció a la Santa Sede soberanía y propiedad, lo cual sirve como un medio para asegurar la independencia de la Iglesia Católica en el sentido de que el Papa no se encuentre sujeto a la soberanía de ningún Estado. La Santa Sede sería más bien un sujeto de derecho internacional que representa la estructura central de gobierno de la Iglesia Católica en el plano espiritual, el cual cuenta con derecho de legación activo y pasivo, capacidad para celebrar tratados y participación en solución de controversias internacionales (Ruda Santolaria, 2018). No obstante, no se le considera un Estado sino un sujeto de derecho internacional distinto.

Sin embargo, no hay que dejar de tomar en cuenta que, en la época en que se sitúa el caso mencionado, la comunidad internacional aún no concebía que existieran sujetos de derecho internacional que fuesen distintos a Estados. Puede verse un reflejo de esta concepción propia de la época en la sentencia sobre el caso Lotus resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional (1927, p. 18). A pesar de ello, tal como menciona Ruda Santolaria, la Santa Sede ha contado con actuación internacional ininterrumpida a lo largo de varios siglos, la cual se remonta a los tiempos del Imperio Bizantino. Esto incluye el periodo mencionado de 1870 a 1929, durante el cual la Santa Sede no dejó de ejercer su derecho de legación (2018). Por todo ello, resulta evidente que la Santa Sede ha sido reconocida como un sujeto de derecho internacional por la comunidad internacional desde hace siglos. Sin embargo, ya que no se concebían sujetos distintos a Estados en la época mencionada, era jurídicamente considerada como un Estado.

En ese sentido, encontramos diversos alcances doctrinarios a favor de la posibilidad de que un Estado que pierde su territorio conserve su condición de Estado. Particularmente nos adherimos a esta teoría por considerarla la mejor posibilidad de que los Estados en riesgo de perder su territorio no se vean afectados jurídicamente por todo lo que podría implicarles el perder su condición de Estado. Más adelante, al analizar la teoría ecléctica o intermedia, mencionaremos algunas consecuencias jurídicas que se derivarían de la pérdida de la condición de Estado, las cuales podemos adelantar que no son positivas. No obstante, somos conscientes de que esta postura va a encontrar resistencia, no solo por parte de la doctrina más clásica, sino también probablemente por buena parte de la comunidad internacional. Finalmente, más allá de la viabilidad teórica de la posición, la cual compartimos, será la práctica internacional la que demostrará si es que se aplica efectivamente o si se prefiere alguna otra posibilidad frente a la problemática vista.

Por ello, será muy importante que la doctrina más especializada, la cual incluye a

La comunidad internacional aún no concebía que existieran sujetos de derecho internacional que fuesen distintos a Estados

El espectro de subjetividad jurídica internacional se amplió al punto tal que hoy en día se reconoce la existencia de muchos otros tipos de sujetos

la CDI, busque soluciones no solo teóricamente viables sino también aceptables en la práctica. Independientemente de las propuestas, las soluciones normativas tendrán que llevarse a cabo por la propia comunidad internacional. Es probable que la CDI plantee más de una solución posible al momento de presentar su informe sobre la materia cuando tenga la oportunidad. Sin embargo, dependerá de la aceptación de dichas propuestas por parte de la comunidad internacional que las mismas se materialicen en normas jurídicas internacionales, sean convencionales o consuetudinarias. Asimismo, habrá que tener en cuenta la práctica que ya se encuentren llevando a cabo los distintos miembros de la comunidad internacional sobre la materia, ya que de ellas pueden surgir nuevas normas jurídicas o iniciativas de solución normativa. Más adelante revisaremos algunas de las respuestas posibles mencionadas por la CDI y analizaremos su viabilidad.

4.3. La postura ecléctica o intermedia

Como en casi todas las materias de discusión doctrinaria en el derecho, consideramos que es posible llegar a una po-

sición conciliadora entre las dos posturas extremas que ya hemos presentado. Al respecto, si una postura niega rotundamente a un Estado que pierde su territorio la continuidad de la condición de tal y, por tanto, su subjetividad internacional, y la otra, por su parte, plantea la continuidad de dicha condición, la postura que tendría que conciliar a ambas sería la que se decante porque el Estado no continúe con la condición de tal, pero que no por ello pierda su subjetividad internacional.

Sobre el particular, como mencionamos líneas arriba, clásicamente el Estado era el único sujeto de derecho internacional concebido por la comunidad internacional, lo cual eliminaba la posibilidad de contar con otro tipo de sujetos regulados por el ordenamiento jurídico internacional. No es sino hasta que la Corte Internacional de Justicia emite una opinión consultiva en la cual reconoce la personalidad jurídica internacional de la propia ONU (1949, p. 178) que la comunidad internacional se plantea una posibilidad distinta. Desde entonces, el espectro de subjetividad jurídica internacional se amplió al punto tal que hoy en día se reconoce la existencia de muchos otros tipos de sujetos, tales como organizaciones internacionales, individuos, movimientos de liberación nacional y grupos beligerantes entre otros (Monroy Cabra, 2011, pp. 244-246). Si bien la doctrina, sobre todo anglosajona, tanto vincula como distingue los conceptos de personalidad y subjetividad internacionales (Pentikäinen, 2012, p. 145), preferimos el último de ellos.

Como ocurre con muchas otras materias del derecho internacional, la definición de subjetividad internacional no es uniforme, sino que existen múltiples teorías doctrinarias con criterios diferentes para concluir qué es un sujeto de derecho internacional. Dichas teorías han tenido distintos grados de aceptación en las dis-

tintas épocas. Claros Abarca menciona algunas, tales como la teoría individualista de Lauterpacht, que propone que el derecho internacional tiene como destinatario final al individuo; la teoría funcional de Higgins, que plantea la irrelevancia de determinar al sujeto de derecho internacional y da énfasis a dilucidar el proceso de creación de la norma internacional cambiando el término sujeto por términos más flexibles como actor o participante; y la teoría formal, que sería la más aceptada, pero que cuenta con distintas aproximaciones, tales como la teoría pura del derecho de Kelsen, la teoría de la responsabilidad de Eustathiades y Wengler, y la teoría del destinatario directo y efectivo, que conjuga a las dos (2018).

El autor de esta última teoría es Barberis, quien, en su obra, presenta las dos primeras e identifica sus vaguedades, pero, a su vez, rescata sus elementos acertados y forma una propia con ellos. Así, comenta que la teoría pura del derecho considera que un ente es sujeto de derecho internacional si una norma jurídica internacional lo reconoce como su destinatario directo. La teoría de la responsabilidad, por su parte, reconoce a un ente como sujeto de derecho internacional si es capaz de hacer valer un derecho mediante una reclamación internacional o si es posible de ser sancionado internacionalmente por el incumplimiento de una obligación. De la primera, cuestiona la falta de claridad sobre si el sujeto debe contar con derechos y obligaciones o solo uno de ellos y que, en una norma, puede figurar como titular de un derecho un ente, pero hacerlo valer otro. De la segunda, critica que la sanción no regula al mismo tiempo la obligación por lo que un ente puede incumplir una obligación, pero ser el sancionado otro (1984, pp. 20-25).

Con todo ello presente, Barberis propone deducir la subjetividad internacional de

un ente si se ha previsto su conducta directa y efectivamente como parte de una obligación o de un derecho internacionales. Así, no bastará con que una norma jurídica internacional señale que un ente cuenta con un derecho si es que no puede hacerlo valer en el plano internacional efectivamente, ni tampoco con que un ente sea hecho responsable en el plano internacional si es que no está asumiendo efectivamente una obligación por ello. Esta teoría resulta relevante para efectos de excluir supuestos en que los miembros de un Estado federal cuentan con la facultad de contraer internacionalmente obligaciones o derechos, pero es el Estado federal quien hace valer los derechos o asume, en última instancia, las obligaciones, ya que, en tales casos, los miembros del Estado federal solo serán órganos del Estado federal, el cual será propiamente quien ostente subjetividad (1984, pp. 25-26). Nos adherimos a esta teoría por considerarla la más útil y adecuada.

En ese sentido, consideramos que, si un Estado pierde su territorio, pero continúa siendo el destinatario directo y efectivo de, cuando menos, un derecho u obligación internacional, puede seguir siendo

**No bastará con que
una norma jurídica in-
ternacional señale que
un ente cuenta con un
derecho si es que no
puede hacerlo valer en
el plano internacional
efectivamente**

Esta postura de dar un nuevo estatus a aquel ente que perdió su territorio, pero que mantiene su subjetividad internacional no es nueva

considerado un sujeto de derecho internacional. A partir de ello, puede surgir esta tercera teoría, con la cual conciliaríamos el interés asiduo de la primera postura en quitar la condición de Estado a aquel que pierde su territorio, junto con el interés de la segunda en que tal Estado no deje de existir a secas tras la desaparición permanente de su territorio. Que el Estado cambie de condición jurídica sin extinguirse y manteniendo su subjetividad internacional, solo que sin llevar la etiqueta propiamente de Estado, parecería ser la única manera de cubrir los intereses más importantes de las posturas contrapuestas ya explicadas. La idea, entonces, se centraría en encontrar una nueva categoría jurídica a ser aplicada a estos Estados una vez que pierdan su territorio (Martínez Vargas y Vega Barbosa, 2016, p. 1138).

Por un lado, la postura de que un ente no puede ser considerado un Estado si no reúne todos los elementos de la definición jurídica de Estado quedaría satisfecha al quitarle a dicho ente la condición de Estado. Dicha postura solamente se preocupa de que no se califique de forma indebida como Estado al ente que no cumple con los requisitos jurídicamente

establecidos para ello. Sin embargo, no es una postura contraria a la posibilidad de que a dicho ente se le otorgue otra condición distinta a la de Estado que también le otorgue subjetividad internacional, ya que existen otros sujetos de derecho internacional que no requieren contar con territorio para mantener su subjetividad. Una vez cumplido el formalismo jurídico, esta postura quedaría satisfecha.

Por el otro lado, la postura de que el Estado que pierde su territorio debe continuar con la condición de Estado, no se preocupa porque el ente que ahora no cumple con uno de los requisitos para ser considerado jurídicamente un Estado mantenga dicha etiqueta por mero formalismo, sino que le importa el efecto práctico de que dicho ente no sufra una extinción plena a causa de un suceso natural involuntario. Justamente por toda la inseguridad jurídica ya vista que puede generar el hecho de que un Estado simplemente deje de existir sin dejar sucesión alguna, la preocupación se puede salvar otorgándole al Estado cuyo territorio desaparece una nueva condición jurídica, distinta a la de un Estado, que preserve su subjetividad jurídica internacional.

Esta postura de dar un nuevo estatus a aquel ente que perdió su territorio, pero que mantiene su subjetividad internacional no es nueva. De hecho, de aplicarse finalmente en la práctica internacional, no sería la primera vez que ocurriría. Este fue el caso de la Soberana Orden de Malta, sujeto de derecho internacional que contó con soberanía reconocida sobre las islas de Rodas (1309-1522) y Malta (1530-1798), pero perdió su soberanía territorial finalmente. Sin embargo, en lugar de dejar de existir como sujeto de derecho internacional, mantuvo su subjetividad internacional bajo un modelo *sui generis* extraterritorial. Hoy la Soberana Orden de Malta aún existe y tiene distintos ámbitos

de actuación en la comunidad internacional (Johnson Theutenberg, 2003, pp. 8-9).

En ese sentido, y, si se quiere, siguiendo el modelo de la Soberana Orden de Malta, los Estados que pierdan su territorio debido a la elevación del nivel del mar que provoque la desaparición de su territorio podrían seguir existiendo, solo que bajo un nuevo modelo de subjetividad internacional. Así, aún podrían celebrar tratados, contaría con el derecho de legación, podrían acceder a medios de solución pacífica de controversias internacionales, entre otras atribuciones con las que ya contaban cuando aún eran jurídicamente Estados (Johnson Theutenberg, 2003, pp. 17-18). De hecho, Crawford y Rayfuse encuentran en la Soberana Orden de Malta un ejemplo que demuestra que es viable en el derecho internacional la separación de los conceptos de territorio y nación (entendemos la referencia al concepto de Estado) del de soberanía (2012, p. 251).

Hasta este punto, se puede evidenciar que la postura ecléctica o intermedia sería la que mejor concilia los intereses de las dos posturas contrapuestas, ofreciendo una solución salomónica con respecto a los intereses que pretenderían preservar estas. Es cierto que se solucionarían varios problemas derivados de la eventual desaparición del territorio de los Estados, tanto jurídicos como prácticos, al aplicar esta postura. Sin embargo, por más que luzca como una solución efectiva a toda la problemática existente, lo cierto es que existen algunos aspectos en que sí resultaría necesario que los Estados que pierdan su territorio mantengan la condición jurídica de tales a fin de evitar eventuales problemas prácticos derivados de la ausencia jurídica de dicha condición.

Así, por ejemplo, si bien el nuevo sujeto de derecho internacional no estatal podría contar aún con la capacidad para celebrar tratados, el rango de celebración de dichos

tratados sería, en realidad, más limitado que el que tenía el sujeto no estatal cuando era un Estado. Al respecto, el derecho internacional reconoce al Estado como un sujeto pleno de derecho internacional; prácticamente no cuenta con limitaciones al momento de delimitar su capacidad de acción en el ámbito internacional, pues es el sujeto primario y el único que cuenta con capacidad para celebrar cualquier tipo de tratado. Esto incluye a determinados tipos de tratados que solo pueden ser celebrados por Estados dada su naturaleza, tales como los tratados de límites o los tratados constitutivos de ciertas organizaciones internacionales que exigen la estatalidad como requisito para ingresar. Ello se deberá al carácter desterritorializado del nuevo sujeto de derecho internacional, ya que la idea principal no sería mantener la condición de Estado (Vidas, 2014, 84).

Con lo último, se tendría entonces también una limitación en cuanto a la capa-

Los Estados que pierden su territorio debido a la elevación del nivel del mar que provoque la desaparición de su territorio podrían seguir existiendo, solo que bajo un nuevo modelo de subjetividad internacional

Los Estados cuentan con una serie de derechos inherentes a su calidad de tales, los cuales podrían perderse una vez perdida la condición de Estado

ciudad de ser miembro de ciertas organizaciones internacionales. Precisamente, algunas de las organizaciones internacionales más importantes de la comunidad internacional limitan su participación a Estados. La propia ONU solo admite Estados como miembros plenos (1945, Art. 3 y 4). Ello quiere decir que, si algún Estado miembro de la ONU cambia su condición jurídica de Estado a sujeto de derecho internacional no estatal, en principio, ya no podría continuar siendo miembro pleno, lo cual implicaría efectos similares a la retirada o la expulsión, figuras explicadas por Caldugh Cavera (1991, pp. 225-228). Así, habría repercusiones en relación al pago de cuotas pendientes del Estado, a la composición de los órganos en los que haya estado participando, y a los procesos en los cuales haya venido siendo parte ante la Corte Internacional de Justicia, entre otros.

Otro aspecto importante que se perdería al cambiar la condición de Estado por la de sujeto de derecho internacional no estatal sería el elemento de los nacionales. Al perder la condición de Estado, los individuos que fueron nacionales del

Estado mientras este fue tal pasarían a ser apátridas al perderse el vínculo de nacionalidad, lo que implicaría, conforme a Oliver, la pérdida del único vínculo de los individuos con sus derechos y obligaciones internacionales, en tanto no habrá Estado responsable de ellos (2009, p. 2016). Siendo así, el nuevo sujeto de derecho internacional no estatal no contaría con facultades soberanas sobre los individuos que fueron sus nacionales al haberse perdido el vínculo de la nacionalidad, tal como la posibilidad de brindar protección diplomática, por ejemplo. De la mano con esto, el sujeto de derecho internacional no estatal puede que aún cuente con derecho de legación, pero, dado que no contaría con nacionales, no tendría más el derecho de consulado, no pudiendo establecer relaciones consulares.

Finalmente, los Estados cuentan con una serie de derechos inherentes a su calidad de tales, los cuales podrían perderse una vez perdida la condición de Estado siguiendo una interpretación restrictiva que no permita aplicarlos mutatis mutandis a un sujeto de derecho internacional no estatal. Uno de los más importantes es la llamada inmunidad de jurisdicción, que implica que los Estados no puedan ser libremente demandados en los tribunales internos de otros Estados, ya que lo contrario supondría una violación de su soberanía. Crawford presenta esta problemática en el caso en particular de la China Taipei o Taiwán, que, si bien resulta claro que cuenta con cierto grado de subjectividad internacional independiente de China continental, al no haber afirmado inequívocamente su separación de esta última y no contar con reconocimiento como Estado por parte de la mayoría de la Comunidad Internacional, ve negada su inmunidad de jurisdicción y, más bien, su capacidad para ser demandada es ampliamente aceptada (2006, p. 219).

Siendo así, se puede evidenciar que, si bien el otorgarle el estatus de sujeto de derecho internacional no estatal a aquel Estado que pierde su territorio puede que sirva como una salida con respecto a determinados aspectos, existen otros aspectos en que no se encuentra una solución en tanto pueden perderse facultades inherentes a la condición de Estado. Teniendo en cuenta esto, consideramos que la solución planteada por la teoría ecléctica o intermedia puede ser útil y, de hecho, más deseable que la simple negación de subjetividad internacional plena al Estado que perdió su territorio, pero es insuficiente. Por todo lo ya señalado, la postura que debe preferirse, a nuestro parecer, es la teoría de la continuidad de la condición de Estado, al ser la única que mantendrá el estatus jurídico actual de los Estados en riesgo como sujetos plenos del derecho internacional y dejará libres a dichos Estados de la múltiple problemática identificada.

5. POSIBLES SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADAS PRELIMINARMENTE POR LA CDI

Ya hemos identificado la preferencia de que los Estados que pierdan su territorio puedan continuar manteniendo la condición de Estado, pero también hemos identificado un problema conceptual para poder aplicar ciegamente el principio de continuidad del Estado en casos de pérdida permanente de un elemento constitutivo. Entonces, ahora corresponde buscar posibles soluciones que permitan la continuidad de dicha condición en el supuesto planteado. Podríamos pensar en múltiples posibilidades que bordearían lo creativo y lo forzado, pero, para estos efectos, si bien aún no ha hecho público su avance, la CDI planteó cuatro cuestiones a trabajar en relación a la materia, adicionales a la primera ya vista en

el informe de su septuagésima sesión, las cuales parecerían ser propuestas de posibles soluciones para la problemática. A continuación, analizaremos brevemente la viabilidad jurídica y práctica de dichas cuestiones y las presentaremos en el orden de la que consideramos menos adecuada a la que consideramos la mejor.

5.1. La fusión con otro Estado o la creación de una federación o asociación entre ambos

Iniciaremos el análisis de las cuestiones a trabajar por la CDI que aparentemente serían propuestas de solución a la problemática con la última de ellas. La quinta cuestión que la CDI se ha propuesto estudiar es el “Análisis de los posibles efectos jurídicos de una fusión con otro Estado de un Estado insular en desarrollo cuyo territorio corra el riesgo de quedar totalmente cubierto por el mar o de resultar inhabitable, o de la creación de una federación o asociación entre ambos para que el Estado insular pueda mantener la condición de Estado u otra forma de personalidad jurídica internacional” (2018, p. 361). Como se puede notar, esta es una cuestión compuesta por varias posibilidades para hacer frente a la pérdida del

La postura que debe preferirse, a nuestro parecer, es la teoría de la continuidad de la condición de Estado

Mediante la fusión, dos o más Estados se unen para jurídicamente dar lugar a un supuesto de sucesión de Estados por parte de algunos de ellos o de la totalidad

territorio por parte de un Estado insular, las cuales requieren en su totalidad de la unión con, por lo menos, algún otro Estado. Asimismo, de manera explícita, la CDI se plantea dos posibles fines distintos, los cuales serían continuar con la condición de Estado o mantener un tipo de subjetividad internacional no estatal.

Mediante la fusión, dos o más Estados se unen para jurídicamente dar lugar a un supuesto de sucesión de Estados por parte de algunos de ellos o de la totalidad. Esto ocurre ya que existen dos tipos posibles de fusión de Estados. Una de ellas implica que los Estados que se fusionan den vida a un nuevo Estado independiente, mientras que la otra implica que un Estado absorba a los demás. Es por ello que, en cualquiera de los dos casos, por lo menos alguno de los Estados que se fusionan tendrán necesariamente que extinguirse (Monroy Cabra, 2011, p. 240). En un plano más político, suele referirse a esta institución como unificación. Un buen ejemplo del primer tipo de fusión señalado es el que dio lugar a la actual República de Yemen, Estado que fue creado mediante la fusión de los Estados de Yemen del Norte y Yemen del Sur, los

cuales voluntariamente acordaron extinguirse para dar nacimiento a un nuevo sujeto de derecho internacional el 22 de abril de 1990, lo cual generó una doble sucesión (Crawford, 2006, pp. 705-706).

Por su parte, el ejemplo más típico del segundo tipo de fusión es el de la absorción de la República Democrática Alemania por parte de la República Federal de Alemania el 3 de octubre de 1990. Originalmente se previó que ambos Estados se extinguirían, al igual que en caso de Yemen, en virtud del artículo 146 de la Constitución de la República Federal de Alemania. Sin embargo, finalmente se invocó el artículo 23, el cual previó la accesión de la Alemania del este como un nuevo Länders de la República Federal de Alemania. En ese sentido, esta última conservó su condición de Estado, mientras que la República Democrática de Alemania se extinguío (Crawford, 2006, pp. 673-674). De más está resaltar que la absorción de un Estado por otro debe darse de manera voluntaria, es decir, por acuerdo, ya que, de lo contrario, se trataría de una anexión, la cual es contraria al derecho internacional, como el caso citado líneas arriba de Kuwait por parte de Irak. Este tipo de fusión suele ser referida también solo como absorción.

En ese sentido, en relación a este primer supuesto, aparentemente la CDI plantearía la posibilidad de que los Estados insulares en riesgo de desaparecer acuerden, de manera voluntaria, fusionarse con algún otro Estado antes de perder su territorio, lo cual puede darse en cualquiera de las dos modalidades revisadas. A nuestro parecer, un elemento positivo de aplicar la figura propuesta sería que se solucionaría el problema identificado líneas arriba relativo a la incertidumbre normativa en la sucesión de Estados una vez que pierdan su territorio. Así, la sucesión operaría jurídicamente de manera

regular al llevarse a cabo la fusión, lo cual podría generar como resultado que se mantengan las zonas marítimas preexistentes, que ahora pertenecerían al Estado sucesor, y que los intereses de la población del Estado que perdería su territorio se podrían ver satisfechos con su reubicación en el territorio del sucesor (Yamamoto y Esteban, 2014, p. 200).

Inclusive desde el punto de vista práctico, Yamamoto y Esteban reconocen que no sería implausible de llevarse a cabo esta posibilidad. Así, el Estado cuyo territorio esté en riesgo de desaparecer podría comprar la fusión cediendo sus zonas marítimas al Estado con el que pretenda fusionarse. Si bien se ha comentado que los Estados que podrían potencialmente recibir a la población a ser reubicada no estarían dispuestos a aceptar a la totalidad de esta necesariamente, lo cierto es que las poblaciones de los Estados cuyo territorio va a desaparecer son pequeñas en comparación con el beneficio que sus zonas marítimas generan. Este es el caso de Tuvalu, que cuenta con una población de aproximadamente 10,000 habitantes, pero una zona económica exclusiva alrededor de 757,000 km², por lo que no sería impensable que algún Estado esté dispuesto a ubicar a dicha población dentro de su territorio a cambio de las zonas marítimas (2014, p. 200).

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, existiría un problema considerable. Como ya explicamos, la fusión en cualquiera de sus modalidades implica necesariamente un supuesto de sucesión de Estados, por lo que lo más probable es que el Estado que va a perder su territorio finalmente termine por extinguirse. Lo más lógico en este supuesto sería que el Estado que acepte la fusión decida mantener su condición de Estado y que proceda a absorber al Estado cuyo territorio va a desaparecer, por lo que, en tal

caso, el Estado se extinguiría y perdería jurídicamente su condición de Estado. Otra opción, a nuestro parecer, menos probable, sería que el Estado que acepte la fusión acepte extinguirse también a fin de crear un nuevo Estado (Yamamoto y Esteban, 2014, p. 200). Sin embargo, esta posibilidad es lejana dado que no habría realmente un motivo por el que los Estados que acepten la fusión decidan alterar la continuidad de su condición de Estado y, por último, el Estado cuyo territorio desaparecería se extinguiría igual.

La única manera de que los Estados en riesgo mantengan su condición de Estado tras una fusión sería que el Estado que acepte fusionarse acepte ser absorbido por el Estado cuyo territorio va a perderse. Sin embargo, esto tendría menos sentido que la posibilidad anterior, por lo que sería prácticamente imposible. Tal vez, se podría pensar en figuras no tan encasilladas exclusivamente en un análisis jurídico del problema en términos de De La Puente Radbill, quien propuso a nombre del Perú a Chile y Bolivia un territorio con soberanía compartida en respuesta a la solicitud Chile de aceptación peruana de la propuesta por la cual se pretendía dar un acceso soberano al mar a Bolivia por Arica en 1976 (citado por Novak y Na-

**la fusión en
cualquiera de sus
modalidades
implica necesaria-
mente un supuesto
de sucesión de
Estados**

Jurídicamente se tendría el problema identificado de la extinción del Estado cuyo territorio corre el riesgo de perderse

mihas, 2013, pp. 105-106). Si se aplicara una institución no tan clásica del derecho internacional como la planteada entre los Estados que pierdan su territorio insular y aquellos que acepten fusionarse con ellos, se podría salvar la condición de Estado de los primeros. No obstante, esto parece muy lejano en la práctica.

En ese sentido, queda claro que, si bien con la fusión como solución a la problemática se podrían solucionar algunos aspectos de forma práctica, jurídicamente se tendría el problema identificado de la extinción del Estado cuyo territorio corre el riesgo de perderse. A nuestro parecer, por los beneficios prácticos que podría traer al Estado en riesgo, esta no sería una mala solución a varios de sus eventuales problemas. Sin embargo, como ya mencionamos previamente, somos de la opinión de que es preferible buscar mantener la condición de Estado de este tipo de Estados. Llevar a cabo una fusión, en el fondo, sería solo acelerar la extinción de los Estados en riesgo, al menos desde un punto de vista netamente jurídico. Consideramos, entonces, que esta debería ser la última opción a aplicar, solo en caso de no hallar una más favorable.

La federación, por su parte, es una forma compleja de organización de un Estado que, según Crawford, debe cumplir con cuatro criterios básicos propuestos por Bernier: división de poderes entre gobierno central y regional, cierto grado de independencia entre dichos gobiernos, acción directa sobre la población por parte de dichos gobiernos, y medios para preservar la división constitucional de poderes. A estos, añade un quinto criterio: los poderes del gobierno central deben incluir sustancialmente a todo el poder de los asuntos exteriores del Estado y a la autoridad autónoma sobre aspectos de los asuntos internos de los Estados locales. Es importante precisar esto último, ya que, en algunos casos, los Estados locales pueden contar con ciertas competencias externas menores, pero es el gobierno central quien cuenta con autoridad plena sobre asuntos exteriores. (2006, pp. 483-485). El Estado que cuenta con este tipo de organización suele denominarse Estado federal a efectos de diferenciarlo de sus Estados locales.

La cuestión literalmente plantea la creación de una federación con un tercer Estado, por lo cual parecería referirse únicamente al supuesto en que el Estado en riesgo y el tercero conforman un nuevo Estado federal. Sin embargo, no vemos motivo real para no incluir la posibilidad de que uno de los Estados se integre a la organización federal preexistente del otro. Así, consideramos que, por lógica, este supuesto debe incluir también el caso en que el Estado en riesgo se incorpora como un Estado local más de un Estado federal ya existente o incluso viceversa, como podría ser si el tercer Estado se incorpora como un nuevo Estado local de los Estados Federados de Micronesia (aunque esto último es improbable siguiendo el mismo razonamiento utilizado con respecto al supuesto de la fusión).

Sea cual sea el caso, este supuesto parece ser posible y válido jurídicamente. No obstante, realizando el análisis respectivo, podremos notar que resulta poco viable.

En primer lugar, para efectos de crear una organización federal que incluya a un Estado en riesgo y a un tercer Estado o para integrar al primero en la organización federal del segundo, debemos primero llegar al resultado de que ambos conformen jurídicamente un mismo Estado. Esto nos lleva a que, para estos efectos, necesariamente tengamos que pasar por el mismo proceso de fusión ya revisado, con todas las desventajas que conlleva tanto práctica como jurídicamente. Al final, la propuesta de crear una federación termina siendo, para efectos prácticos, similar a la de realizar una fusión, con la única salvedad de que, una vez creada, el Estado sucesor tendrá una estructura federal (lo cual además no se excluye en el supuesto de la fusión por sí solo). De más estaría repetir que, entonces, la consecuencia jurídica de esta creación de una federación, será que el Estado en riesgo pierda la condición de Estado y que, además, en la práctica, es difícil.

En segundo lugar, ya teniendo en consideración lo anterior, podríamos preguntarnos qué sería lo distinto de este supuesto para efectos de salvaguardar los intereses del Estado en riesgo de mejor manera en relación al de la fusión. Al respecto, el hecho de que el Estado sucesor vaya a tener una estructura federal puede implicar que el Estado en riesgo, ahora predecesor, se constituya como un Estado local del sucesor con cierta autonomía de actuar internacionalmente. Sin embargo, recordando la ya presentada teoría del destinatario directo y efectivo, incluso si se le diera participación en asuntos externos al Estado local, la organización federal implica, por regla gene-

ral, que el destinatario directo y efectivo sea el Estado federal, por lo que un Estado local no podría ser sujeto de derecho internacional bajo esa lógica. Fritzmaurice compartía esta postura al señalar que el Estado local de un Estado federal nunca podría ser internacionalmente un Estado ni, dado ello, ser parte de un tratado (citado por Crawford, 2006, p. 484).

Parecería ser entonces que este supuesto ni siquiera es útil para la otra proyección de la CDI respecto a esta cuestión: la posibilidad de que el Estado en riesgo mantenga un tipo distinto de personalidad jurídica internacional a la estatal. Sin embargo, es también posible que los Estados federales otorguen un grado mayor de autonomía a sus Estados locales, con lo cual podrían ser destinatarios directos y efectivos de obligaciones o derechos internacionales. Así, por ejemplo, Crawford menciona que algunos Estados locales de Estados Unidos, Canadá, Bélgica, Suiza y Alemania tienen capacidad para celebrar tratados, los cuales se presume que vinculan a todo el Estado federal, pero recalca que eso es solo una presunción. Menciona los casos de Bosnia y Herzegovina, que permite que sus Es-

**Es también
posible que los
Estados federales
otorguen un grado
mayor de autono-
mía a sus Estados
locales**

Puede cuestionarse que el derecho internacional presume que los Estados locales no cuentan con subjetividad internacional propia

tados locales tengan relaciones paralelas con Estados vecinos; y de Ucrania y Bielorrusia que llegaron a ser miembros de la ONU a pesar de ser Estados locales de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (2006, p. 487 y 489).

Ya con estos elementos presentes, podemos ver que este supuesto puede resultar más viable jurídicamente hablando que el anterior, ya que, si bien quedaría descartada la posibilidad de mantener la condición de Estado, sí permitiría que se establezca un nuevo régimen de subjetividad internacional a los Estados en riesgo, es decir, se podría aplicar la propuesta ecléctica o intermedia anteriormente presentada, que es mejor que la mera negación de subjetividad. Puede cuestionarse que el derecho internacional presume que los Estados locales no cuentan con subjetividad internacional propia, por lo que es difícil sostener esta posibilidad en la práctica. Sin embargo, esta presunción se rompe si se mencionan las atribuciones internacionales de los Estados locales claramente en la Constitución del Estado federal (Crawford, 2006, p. 489). Algo similar ocurre en China con su te-

rritorio de Hong Kong, al cual reconoce autonomía para efectos aduaneros, de inmigración, de comercio y de celebrar tratados entre otros (Crawford, 2006, p. 249).

Sin embargo, consideramos que este supuesto resulta poco viable tanto práctica como jurídicamente. Respecto a lo primero, nos remitimos a lo ya mencionado en el análisis del supuesto de la fusión, ya que resultaría muy difícil que el Estado con el que se dé la fusión necesaria para crear una federación acepte algo distinto a que el Estado en riesgo pierda su condición de Estado. Sobre lo segundo, como ya señalamos, consideramos que lo preferible es que los Estados permanezcan como tales por motivos prácticos y, en todo caso, la solución de que mantengan otro tipo de subjetividad internacional, al igual que en el caso de la fusión, debe quedar como residual. No obstante, queremos aprovechar para hacer una reflexión respecto a la subjetividad internacional no estatal aparentemente contemplada como una solución a la problemática por parte de la CDI.

Consideramos que sería posible que el otorgamiento de una subjetividad internacional distinta a la estatal a los Estados en riesgo una vez pierdan su territorio sea una salida idónea a esta problemática actual. Para ello, esta subjetividad internacional no estatal tendría que mantener todo lo inherente a la condición de Estado a pesar de que ya no se ostente esta última. Así, lo único que se perdería sería la denominación de Estado. Consideramos que esto no es imposible para algunos aspectos, ya que hay formas de cubrir los vacíos que ya hemos identificado que podrían existir. Por ejemplo, como ya vimos, respecto a la membresía de la ONU, ya se ha permitido que entes que no son propiamente Estados sean miembros (Crawford, 2006, pp. 178-182) o,

respecto a la inmunidad de jurisdicción, se reconoce que sujetos no estatales la tienen (Crawford, 2006, pp. 232-233). Sin embargo, no hemos podido pensar en la forma de cubrir el vacío respecto a las competencias territoriales; tal vez, la CDI presente una fórmula para ello.

Finalmente, el último supuesto englobado en esta cuestión es el de crear una asociación con otro Estado. Crawford relaciona el término al de libre asociación, una de las tres fórmulas reconocidas por la ONU para concluir que un territorio no autónomo alcanzó la plenitud de un gobierno propio como se define en la Resolución N° 1541(XV) de la Asamblea General, específicamente en los Principios VI.b y VII. Menciona que esta es una posibilidad importante para las comunidades con gobierno propio que son pequeñas como para ser económica y políticamente viables por sí solas, principalmente Estados insulares. Estos son los casos de Puerto Rico y de los Estados Asociados de las Indias Occidentales (2006, pp. 623-626). Siendo así, no parecería ser una institución, a primera vista, aplicable a los Estados en riesgo dado que son Estados independientes que, sin duda, ya cuentan con un gobierno propio e incluso cuentan con membresía en la ONU y la asociación parece, más bien, eliminar el carácter internacional del Estado asociado.

Sin embargo, conforme a Crawford, el estatus jurídico internacional del Estado asociado no se puede establecer a priori, sino que dependerá de los acuerdos con los que se haya establecido la asociación. Basta con cumplir los requisitos del principio VII de la Resolución antes mencionada, los cuales el autor interpreta como los siguientes: la asociación es libremente aceptada por la población del Estado asociado, sus términos son claros en un acuerdo vinculante, el territorio del Estado asociado tiene poder de gobierno

propio, los poderes del Estado metrópoli no involucran intervención en asuntos internos del Estado asociado y existe un procedimiento de terminación de la asociación fácilmente accesible para las partes de esta. Concluye así que esta figura se establece mediante un acuerdo vinculante que se rige por el derecho interno de la metrópoli, pero también por el derecho internacional, por lo que el Estado asociado tiene subjetividad jurídica internacional, a veces, incluso cercana a la de un Estado (2006, pp. 632-633).

En ese sentido, resulta claro que la asociación puede ser una vía para mantener cierto tipo de subjetividad internacional. Inclusive es cada vez más aceptado que los Estados asociados puedan ser miembros de organizaciones internacionales y comprometerse en espacios multilaterales (Crawford, 2006, p. 633). Sin embargo, queda la duda de si sería posible que los Estados, una vez asociados, mantengan su condición de Estado. La respuesta ya la dio Crawford al mencionar que el estatus jurídico internacional del Estado asociado dependerá del acuerdo de asociación. De hecho, identifica que tres de los Estados en riesgo (Palau, Islas Marshall y Estados Federados de Micronesia) tienen una asociación con Estados Unidos sin perder la condición de Estado ni

Resulta claro que la asociación puede ser una vía para mantener cierto tipo de subjetividad internacional

No parece existir impedimento en relación a la posibilidad de que se respete la condición de Estado de un Estado que pasa a tener la calidad de asociado de otro

la membresía en la ONU (2006, p. 492). En la misma línea, para Novak Talavera y García-Corrochano Moyano, los Estados asociados pueden haber surgido como parte de un proceso de descolonización alcanzando la independencia sin medios para mantenerla (2016, p. 68).

Teniendo presente esto último, entonces, no parece existir impedimento en relación a la posibilidad de que se respete la condición de Estado de un Estado que pasa a tener la calidad de asociado de otro. Esto dependerá del acuerdo al que se arribe con el Estado metrópoli. Por ello, consideramos que esta opción es jurídicamente viable y preferible sobre los otros dos supuestos ya vistos, en tanto sí contempla la posibilidad de que se mantenga la condición de Estado del Estado asociado. Además, específicamente como medio para hacer frente a la problemática planteada, existiría libertad para determinar las consecuencias jurídicas de la pérdida del territorio del Estado asociado, por lo que se podría pactar la más conveniente para este último. Sin embargo, ya desde un punto de vista más práctico, esta solución cuenta con los mismos vicios que

las dos anteriores, en tanto lamentablemente el Estado en riesgo requeriría el consentimiento de un tercer Estado para llevarla a cabo, lo cual es muy difícil que se dé en los términos buscados.

5.2. La transferencia —ya sea con o sin transferencia de soberanía— de una franja o una parte de un territorio de un tercer Estado

La siguiente cuestión a analizar es la cuarta planteada por la CDI para su estudio del tema en relación con la condición de Estado, la cual consiste en la “Evaluación de los posibles efectos jurídicos en relación con la transferencia —ya sea con o sin transferencia de soberanía— de una franja o una parte de un territorio de un tercer Estado en favor de un Estado insular cuyo territorio corra el riesgo de quedar totalmente cubierto por el mar o de resultar inhabitable, a fin de mantener su condición de Estado u otra forma de personalidad jurídica internacional” (2018, pp. 360-361). Esta cuestión implica el estudio de dos supuestos distintos, los cuales implican la transferencia (también llamada cesión) de un territorio a favor de los Estados en riesgo por parte de terceros Estados, con la diferencia de que uno de ellos implica soberanía y el otro no. Al igual que en el punto anterior, la CDI se plantea dos posibles fines distintos: continuar con la condición de Estado o mantener otro tipo de subjetividad internacional no estatal.

Iniciamos con el supuesto en que la cesión de territorio se da acompañada de soberanía. La figura es válida en el derecho internacional en tanto se realice convencionalmente; por lo ya mencionado previamente, una cesión en violación de normas imperativas del derecho internacional no sería válida. La cesión se puede dar a título oneroso o gratuito. Así, sobre la primera posibilidad, encontramos algunos ejemplos en las ventas de Alaska

por parte de Rusia en 1867 y de los territorios en las Indias Occidentales por parte de Dinamarca en 1916, ambos a Estados Unidos, así como también en la venta de España a Alemania de las Islas Carolinas en 1899. Sobre la segunda, Venecia fue cedida como un regalo por Austria a Francia, y posteriormente por Francia a Italia (Oliver, 2009, pp. 238-239). En todos estos casos, la cesión del territorio se da con la soberanía del mismo, es decir, dicho espacio deja de ser territorio de un Estado para pasar a ser parte de otro.

A diferencia de lo que ocurría en los supuestos anteriores, jurídicamente, esta institución sí sería efectiva para efectos de evitar que los Estados cuyos territorios van a perderse mantengan la condición de Estado. Si un tercer Estado cediera una pequeña porción de su territorio a un Estado cuyo territorio se encuentra próximo a desaparecer, mientras se realice dicha cesión antes de que el Estado receptor de la cesión pierda por completo su territorio original, ello bastaría para que jurídicamente el Estado que pierde su territorio original aún cuente formalmente con un territorio y, por tanto, no haya duda sobre la continuidad de su condición de Estado (Yamamoto y Esteban, 2014, p. 200). El énfasis estaría en dos puntos: la cesión tiene que ser necesariamente con soberanía, ya que, como ya se explicó, solo así el territorio cedido podrá ser considerado territorio del Estado que recibe; y debe hacerse necesariamente antes de que el Estado pierda su territorio original a fin de que no haya dudas de que mantuvo la condición de Estado.

La efectividad de esta institución para efectos de jurídicamente no perder la condición de Estado es tanta que, incluso siguiendo la teoría constitutiva del reconocimiento, no se necesitaría un reconocimiento posterior a la cesión y a la pérdida del territorio original si es que el Estado ya hubiera sido reconocido an-

tes, ya que nunca habría dejado de existir (Oliver, 2009, p. 238). Así, a diferencia de los supuestos anteriores que han visto poca o nula materialización en ideas concretas, Kiribati y Tuvalu ya han planteado la posibilidad de reubicar a su población en Australia o Nueva Zelanda mediante la cesión a favor de ellos de algún territorio de los Estados mencionados y el presidente de Maldivas anteriormente señaló que planeaba comprar tierras en India o Australia (McAdam, 2010, p. 122). Sin embargo, si bien, conforme a Oliver, esta es la solución preferible desde el punto de vista de los Estados que van a desaparecer y de sus habitantes, es también la más difícil de implementar (2009, p. 238).

Es así que la efectividad jurídica de esta solución se ve opacada con su ineffectividad práctica al ser muy difícil de llevar a cabo para los Estados en riesgo de desaparecer. En primer lugar, en relación con la cesión en calidad de donación, Oliver reconoce que esta dependería de la generosidad humanitaria del Estado donante, ya que no existe obligación jurídica en el derecho internacional de donar territorio a ningún Estado. Además, en caso de que algún Estado aceptase dar una

La efectividad jurídica de esta solución se ve opacada con su ineffectividad práctica al ser muy difícil de llevar a cabo para los Estados en riesgo de desaparecer

Ya de por sí es difícil que un Estado acepte ceder parte de su territorio de manera soberana a otro

donación, lo más lógico sería que implicara determinadas condiciones (2009, p. 238). Esta apreciación es compartida por Crawford y Rayfuse, quienes señalan que esta sería indudablemente una buena solución desde una perspectiva jurídica, pero que es difícil de imaginar desde una perspectiva más práctica que algún Estado acepte actualmente ceder una parte de su territorio a otro (2012, pp. 249-250).

Por otro lado, en relación a la cesión en calidad de compra, Oliver considera que la compra y venta de territorio pueden interpretarse como amenazas a la seguridad internacional, además de que, para los efectos buscados, pueden plantearse problemas fácticos tales como si el territorio que se pretende comprar se encuentra o no inhabitado y, en caso negativo, si se evacuarán o no a los habitantes, así como, en todo caso, qué Estado estaría dispuesto a vender y a qué precio, a lo que se suma la problemática del financiamiento de la compra en caso de ser aceptada (2009, pp. 214-215). Entonces, se evidencia que, por más que la solución sea idónea jurídicamente hablando, en la práctica será muy difícil de llevar a cabo. En primer lugar, ya de por sí es difícil que un Estado acepte ceder par-

te de su territorio de manera soberana a otro, pero, incluso de aceptarse, es claro que no sería a título gratuito, lo cual implicaría el problema de financiamiento de la compra, en vista de que los Estados en riesgo no son desarrollados.

Procederemos ahora a evaluar la opción de que se dé una cesión de territorio, pero sin la transferencia de soberanía. Se trataría del mismo caso ya revisado, solo que con la diferencia de que el Estado que cede el territorio mantendría la soberanía formalmente sobre el mismo. Las modalidades posibles para llegar a este fin son múltiples, entre las cuales también se encontrarían la donación y la venta de territorios vistas para el primer supuesto. Un ejemplo de la primera sería la cesión del Perú del kilómetro cuadrado en Tiwinza a Ecuador, mencionado líneas arriba. Un ejemplo de la segunda sería la compra por parte de China y los Estados del Golfo Pérsico de áreas en territorios extranjeros para agricultura, como también las compras de tierras de Corea del Sur a Sudán y de Arabia Saudita a Tanzania (Gray, 2012, pp. 226-227). Por otro lado, de manera más cercana a nuestro tema, sería posible una cesión en arrendamiento, tal como la que propuso el Ministerio de Marina de Indonesia sobre ciertas islas (McAdam, 2010, p. 122).

Desde un punto de vista práctico, el problema con esta segunda propuesta de cesión es el mismo que se presenta con la primera. Si bien, tal vez, la posibilidad puede verse menos lejana que en el caso de la cesión con transferencia de soberanía dado que, por ejemplo, en caso de ser onerosa, la falta de soberanía, en principio, implicaría un precio menor, lo cierto es que igual es una solución que depende de la voluntad de terceros Estados específicos y de las posibilidades económicas de los Estados en riesgo, ambos factores prácticamente inexistentes. A esto

podemos añadir, además, que cualquier proceso de negociación con terceros Estados para alcanzar este tipo de objetivos va a supeditar a los Estados en riesgo de perder su territorio a una relación asimétrica dada su condición de vulnerabilidad y la necesidad de obtener un espacio geográfico para poder reubicar a su población y, así, mantener una comunidad organizada de personas.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, para los efectos que buscamos, esta segunda propuesta de cesión cuenta con el mismo problema que los supuestos del punto anterior, es decir, no sería útil para efectos de evitar que los Estados que van a perder su territorio pierdan su condición de Estado. Resulta obvio que la CDI plantea esta opción en aras de que los Estados que pierdan su territorio mantengan otro tipo de subjetividad internacional, como se desprende del fraseo de la cuestión analizada. De hecho, siguiendo la teoría del destinatario puro y efectivo anteriormente mencionada, sí podría ser jurídicamente válido que estos Estados mantengan derechos de propiedad o arrendamiento, entre otros, una vez que se extingan como Estados, con lo cual podrían mantener subjetividad internacional. Sin embargo, como ya señalamos anteriormente, debe preferirse una opción que permita que mantengan la condición de Estado. En todo caso, esta podría ser una opción residual si no hay otra para mantener su subjetividad.

5.3. El refuerzo de islas con barreras o la construcción de islas artificiales

La segunda de las cuestiones que figura es la relativa a la "Evaluación jurídica del refuerzo de islas con barreras o la construcción de islas artificiales como medio de preservar la condición de Estado en el caso de los Estados insulares que corran el riesgo de que su territorio

quede totalmente cubierto por el mar o resulte inhabitable" (CDI, 2018, p. 360). De la revisión de dicha cuestión, podemos identificar que englobaría hasta dos supuestos distintos de posible solución a la problemática planteada: el refuerzo de islas con barreras y la construcción de islas artificiales. Por otro lado, podemos notar que dichos supuestos estarían dirigidos a que los Estados bajo riesgo mantengan la condición de Estado, posibilidad que, como ya mencionamos, es, a nuestro parecer, la más adecuada. En ese sentido, corresponderá a la CDI evaluar si es posible que se mantenga la condición de Estado mediante la aplicación de alguna de estas dos figuras.

Iniciaremos el análisis con el supuesto de construcción de islas artificiales. La institución no es ajena al derecho internacional. El derecho del mar permite su construcción a los Estados ribereños dentro de sus zonas marítimas. Solo se limita a especificar que estas no generan sus propias zonas marítimas ni pueden ser utilizadas como punto de partida para las líneas de base con las que se medirá el mar territorial debido a su origen no natural, lo cual es claro a partir de la lectura del artículo 60.8 de la CONVEMAR

**El derecho del
mar permite su
construcción a los
Estados ribereños
dentro de sus
zonas
marítimas**

(Tanaka, 2019, p. 76), que añade que no califican jurídicamente como islas. Ello es consecuente con la regulación de estas últimas en la CONVEMAR, prevista en el artículo 121, el cual permite que generen zonas marítimas (con excepción del caso de las rocas que, como vimos, no generan dos de ellas) (párrafo 2), siempre que sean, entre otros aspectos, extensiones naturales de tierra (párrafo 1). Esta regulación ha sido reconocida como consuetudinaria en la materia por la Corte Internacional de Justicia (2012, párr. 139).

Por otra parte, más allá de que la construcción de islas artificiales sea sancionada por la CONVEMAR negando la condición de islas a estas y, por ende, también la generación de zonas marítimas propias, el derecho internacional general no prohíbe que las islas artificiales puedan ser consideradas como parte del territorio de un Estado. Sobre el particular, Grote Stoutenburg comenta que el origen del reconocimiento de un régimen jurídico para las islas artificiales se encuentra entre la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 y el borrador de la Comisión de Derecho Internacional para la primera Conferencia del Derecho del Mar en 1958. Remitiéndonos a dicho contexto, se puede notar que las islas artificiales eran consideradas como símiles a las islas naturales para efectos de la determinación del territorio y que dicha concepción no se modificó, sino que simplemente se decidió eliminar la posibilidad de que las islas artificiales generasen zonas marítimas propias en las Convenciones de Ginebra de 1958 (2013, pp. 62-63).

Coincidimos con la apreciación esbozada en tanto consideramos que las consecuencias jurídicas de calificar un espacio como isla artificial dentro del derecho del mar son solo relevantes para efectos de dicho régimen especializado del derecho internacional. Por lo tanto, la regulación

específica del régimen de las islas artificiales en el derecho del mar es independiente a efectos de determinar si una isla artificial califica como territorio o no conforme al derecho internacional general. No hemos podido identificar una norma en el derecho internacional general que excluya a las islas artificiales de tal calificación. De hecho, como ya hemos podido evidenciar anteriormente, las definiciones doctrinarias de territorio son bastante amplias y suelen coincidir en requerir únicamente que se trate de un espacio geográfico apto para el establecimiento de una población, lo cual una isla artificial podría cubrir perfectamente. En consecuencia, de cumplir con estos requisitos, somos de la idea de que las islas artificiales pueden calificar como territorio del Estado.

A nuestro parecer, que un Estado construya islas artificiales mientras su territorio terrestre aún no se ha perdido es una solución bastante efectiva. Jurídicamente, es posible para los Estados insulares bajos el construir dichas islas dentro de las zonas marítimas proyectadas desde sus líneas de base mientras aún cuentan con sus territorios terrestres insulares. En ese sentido, en caso de que el territorio terrestre quede inhabitable o sumergido en su totalidad, las islas artificiales que continúen sobre el nivel del mar que sean habitables serán aún territorio de dichos Estados, eliminando así la incertidumbre respecto a la condición de Estado. Lo único que sería importante para efectos de que no exista incertidumbre acerca de la validez de la construcción de un nuevo territorio de este tipo sería que se realice antes de la pérdida del territorio del Estado insular, ya que, en un momento posterior, se generarán dudas acerca de si dicho Estado aún existiría jurídicamente para efectos de poder construir una isla artificial.

No obstante, un par de precisiones son necesarias para efectos de llevar a cabo esta solución a la problemática de la eventual pérdida del territorio de los Estados insulares de manera efectiva y sin dificultades técnico jurídicas. En primer lugar, el derecho del mar también otorga libertad para la construcción de islas artificiales en la zona marítima conocida como Alta Mar (ONU, 1982, art. 87.1.d), la cual fue añadida en la CONVEMAR como una libertad adicional a las clásicas en dicho espacio, el cual no es reclamable al ser considerado res communis (Klabbers, 2017, pp. 235 y 241). En ese sentido, no sería jurídicamente posible entender que una isla artificial construida en Alta Mar constituya territorio de dicho Estado al encontrarse en una zona no reivindicable soberanamente. Por ello, este tipo de islas artificiales no son útiles para los efectos buscados por más que eventualmente puedan constituir fácticamente espacios habitables.

En segundo lugar, debe diferenciarse a una isla artificial de una instalación artificial. Los dos conceptos suelen encontrarse referenciados a la vez en diversas disposiciones de la CONVEMAR (1982, arts. 11, 56.b.1, 60, 79.4, 80, 87.1.d y 246), pero, aunque se trate de la misma regulación, no son sinónimos. La isla artificial supone la existencia de un espacio con todas las características de una isla en los términos del artículo 121.1 con excepción del origen natural, es decir, es una extensión de tierra rodeada de agua sobre el nivel de esta en pleamar. Una instalación, por su parte, no necesariamente cuenta con dichas características, pudiendo estar, por ejemplo, flotando en el agua. Ejemplos típicos de estas instalaciones son faros, balizas, plataformas petrolíferas y torres de defensa (Tanaka, 2019, p. 79). El problema con instalaciones artificiales como podrían ser las islas flotantes en Japón en

las que Kiribati planeaba reubicar a su población es, según Grote Stoutenburg, que históricamente no han constituido territorio (2013, p. 63).

Por otro lado, la cuestión también plantea el supuesto de utilizar barreras para reforzar los territorios terrestres de los Estados insulares en peligro. Consideramos que la CDI hace referencia a la posibilidad de construir artificialmente determinadas estructuras que rodeen el territorio terrestre de los Estados insulares a fin de evitar el paso del agua del mar y, con ello, la inundación del Estado. Un buen ejemplo de este tipo de estructuras son los diques marinos de estilo holandés construidos específicamente para proteger la tierra de la erosión hídrica (Yamamoto y Esteban, 2014, p. 151). En efecto, los Países Bajos, como es bien conocido, conforman un Estado que se encuentra físicamente por debajo del nivel del mar, el cual, si bien no es insular, sí es ribereño y precisamente se encarga de que su territorio no se inunde a través de la utilización de este tipo de diques. Para el caso de las islas, podrían utilizarse rompeolas en las playas o elevar las islas de manera artificial con materiales del fondo del océano (Grote Stoutenburg, 2013, p. 62).

Puede quedar la duda sobre si el origen artificial de dichas estructuras implicaría que, una vez que la parte natural del te-

Debe diferenciarse a una isla artificial de una instalación artificial

La realidad de los Estados insulares cuyos territorios se encuentran amenazados por el aumento en el nivel del mar, son casi todos, si no todos, Estados no desarrollados con bajos recursos económicos

rritorio haya quedado sumergida bajo el agua del mar, por más que la población pueda continuar habitando la isla al estar protegida del agua, el Estado jurídicamente pierda su territorio, teniendo en cuenta que el territorio habría desaparecido si no fuera por la protección artificial. Grote Stoutenburg menciona que la protección artificial de una isla formada naturalmente no la convierte en una isla artificial, por lo cual inclusive podría seguir proyectando sus zonas marítimas, dado que el Estado no estaría intentando generar nuevas zonas sino mantener las que ya había generado, lo cual es, además, aceptado de manera general (2013, p. 62). Siendo así, podemos concluir que, jurídicamente hablando, el refuerzo de los territorios insulares en riesgo por medio de barreras artificiales es una solución viable e inclusive preferible a la de construir islas artificiales, en tanto los Estados podrían mantener sus zonas marítimas.

Ambos supuestos ofrecidos por la CDI en la cuestión presentada cuentan, ade-

más, con un nivel mucho mayor de viabilidad práctica que los que componen las dos cuestiones antes vistas. En primer lugar, estas medidas no dependerían de la voluntad de terceros Estados, lo cual facilitaría considerablemente su ejecución. Asimismo, no se generarían problemas en relación con la reubicación de la población de los Estados insulares en riesgo, ya que, en el caso de las islas artificiales, sería reubicada a un espacio libre de habitantes y, en el caso de barreras, se mantendría en el mismo lugar. De hecho, ya podemos encontrar cierta práctica por parte de estos Estados que implica la aplicación de este tipo de soluciones. Este es el caso de Hulhumalé, una isla artificial construida por Maldivas a 2.1 metros sobre el nivel del mar, es decir, 60 centímetros por encima del punto más alto del territorio insular natural, el cual es de solo 1.5 metros (Misión Permanente de la República de Maldivas en las Naciones Unidas, 2019, p. 8).

Sin embargo, analizando con mayor detenimiento la realidad de los Estados insulares cuyos territorios se encuentran amenazados por el aumento en el nivel del mar, son casi todos, si no todos, Estados no desarrollados con bajos recursos económicos y cada vez menos financiamiento externo, tal como se ha ido señalando líneas arriba. Es así que, para efectos prácticos, llevar a cabo este tipo de medidas resulta muy difícil para estos Estados, teniendo en cuenta además que son medidas considerablemente costosas que podrían terminar siendo inasumibles, como se tenía previsto desde los noventa (Aznar Gómez, 2013, p. 38). Al respecto, Japón ha gastado cerca de 29,300 millones de yenes en proteger dos rocas en Okinotorishima y se estima que un rompeolas para una sola de las islas de Islas Marshall podría costar 100 millones de dólares, es decir, más de dos veces la ganancia anual de

ese Estado (Yamamoto y Esteban, 2014, pp. 151-152).

En esa línea, la Misión Permanente de Maldivas en las Naciones Unidas, en respuesta a la solicitud de la CDI de envío de documentación que evidencie práctica internacional en la materia del tema de estudio, remitió el 31 de diciembre de 2019 a la Oficina de Asuntos Legales de la ONU la Nota Diplomática N° 2019/UN/N/50, en la cual anexó la documentación requerida. Al respecto, informó que, si bien ha realizado esfuerzos para aplicar medidas de protección, tales como la isla artificial antes mencionada y elevación de sus tierras, ya no le será factible seguir las aplicando dado el alto costo de las mismas. Maldivas estimó que solo proteger sus islas habitadas tendría un costo de 8,800 millones de dólares en 2016, pero su producto bruto interno en 2018 fue de solo 5,272 millones, es decir, menos de lo necesario. Además, indicó que, dada su geografía, las medidas pueden llegar a tener efectos negativos en algunas islas de coral o no ser aplicables, y que podría reducir el turismo, del cual su economía depende mucho (2019, pp. 16-17).

Al igual que Maldivas, la mayoría de los otros Estados que se encuentran en riesgo de perder su territorio a causa del cambio climático, si es que no la totalidad, se encuentra en una situación que imposibilita la aplicación efectiva de las soluciones propuestas en la cuestión a ser estudiada por la CDI. Es así que concluimos que, por más que tanto la construcción de islas artificiales como el refuerzo de los territorios insulares con barreras son medidas jurídicamente viables para efectos de mantener la condición de Estado de los Estados en riesgo de desaparecer, son prácticamente imposibles de aplicar en la realidad por parte de dichos Estados. El hecho de que se trate de medidas jurídicamente idóneas para la continuidad de

la condición de Estado es lo que nos lleva a situar a esta cuestión como la segunda mejor opción de las planteadas. Sin embargo, consideramos poco realista confiar en que ellas constituirán una solución efectiva a efectos prácticos.

5.4. La ficción jurídica según la cual, considerando la “congelación” de las líneas de base y el respeto de las fronteras establecidas por tratados, sentencias judiciales o laudos arbitrales, podría admitirse la continuidad de la condición de Estado en el caso de los Estados insulares en razón de la presencia de territorios marítimos establecidos por la existencia previa de territorios bajo su soberanía antes de que estos quedaran completamente cubiertos por el mar o resultaran inhabitables

Finalmente, abordaremos, de manera muy breve, la cuestión que consideramos que contiene la propuesta de solución a la problemática planteada más viable, tanto desde el punto de vista jurídico como del práctico. Se trata de la tercera cuestión a estudiar por la CDI, la cual refiere al “Análisis de la ficción jurídica según la cual, considerando la “congelación” de las líneas de base y el respeto de las fronte-

Maldivas estimó que solo proteger sus islas habitadas tendría un costo de 8,800 millones de dólares en 2016

Si bien se trata de un solo supuesto, la ficción estaría compuesta por dos elementos distintos: el congelamiento de las líneas de base y el respeto de los límites marítimos

ras establecidas por tratados, sentencias judiciales o laudos arbitrales, podría admitirse la continuidad de la condición de Estado en el caso de los Estados insulares en razón de la presencia de territorios marítimos establecidos por la existencia previa de territorios bajo su soberanía antes de que estos quedaran completamente cubiertos por el mar o resultaran inhabitables” (2018, p. 360). Podemos identificar que, de manera más sencilla que en el caso de las ya analizadas demás cuestiones, esta contiene solo una propuesta, dirigida únicamente a mantener la condición Daniel Barenboim de Estado, lo cual recibimos positivamente.

Se plantea, entonces, la aplicación de una ficción jurídica. El vocablo utilizado en inglés para referirse a esta institución es legal fiction, la cual es definida en el Diccionario de Derecho de Black como una suposición de que algo es cierto, inclusive cuando podría no serlo (Garner, 2004, p. 2617). En efecto, de asumir esta posibilidad planteada por la CDI nos encontraríamos ante una suposición que, al

menos desde la perspectiva del derecho internacional clásico, no resulta ser verdad. Si bien se trata de un solo supuesto, la ficción estaría compuesta por dos elementos distintos: el congelamiento de las líneas de base y el respeto de los límites marítimos, ambos con posterioridad al momento en que el Estado pierde su territorio terrestre. La consecuencia jurídica de aplicar la ficción será que el Estado, que ya no contará con territorio terrestre, aún contará con territorio marítimo, así como zonas marítimas no territoriales y un espacio aéreo sobre su mar territorial. Así, el Estado no perdería su territorio ni, por tanto, su condición de Estado.

Con relación al primer elemento, se plantea que las líneas de base actuales de los Estados insulares en riesgo de desaparecer queden congeladas en el sentido de que, por más que eventualmente el territorio terrestre desaparezca de forma física, los puntos de partida de proyección de las zonas marítimas se mantengan jurídicamente hablando. Como comentamos líneas arriba, desde las líneas de base se mide la anchura de las zonas marítimas y, además, se divide el mar territorial de las aguas interiores, lo cual es importante ya que se regulan de manera distinta (Tanaka, 2019, p. 53). Las líneas de base son hasta de cuatro tipos: normales, rectas, de cierre a través de desembocaduras de ríos y bahías, y archipiélagicas (Tanaka, 2019, p. 54). Lo más lógico sería que los Estados en riesgo tracen líneas de base archipiélagicas, como es el caso de Maldivas (Misión Permanente de la República de Maldivas en las Naciones Unidas, 2019, p. 5). No obstante, algunos Estados como Tuvalu y Kiribati no pueden (Tanaka, 2019, p. 134).

La Corte Internacional de Justicia reconoció desde sus inicios que las líneas de base las establece el Estado ribereño de manera unilateral (1951, p. 132). No obs-

tante, las líneas de base deben trazarse conforme al derecho internacional, ya que, de lo contrario, serán inválidas en relación a los Estados que se opongan a ellas (Tanaka, 2019, p. 61). En tal sentido, se deben respetar los criterios para el trazado de dichas líneas, los cuales se encuentran establecidos en diversos artículos de la CONVEMAR y podemos asumir que reflejan la costumbre internacional en la materia. Sin embargo, incluso si se cumplió con los criterios al momento de trazar las líneas de base, puede ocurrir que, por cambios en la geografía realizados naturalmente, las líneas de base, originalmente bien trazadas, hayan dejado de cumplir con los criterios, por lo que corresponderá ajustarlas.

El artículo 76.9 de la CONVEMAR permite que la jurisdicción de un Estado ribereño en su plataforma continental se vuelva permanente si su delimitación fue depositada ante el Secretario General de la ONU. No obstante, esta es la única permanencia geográfica en relación a las zonas marítimas, ya que las demás se mantendrán en movimiento dado que las líneas de base son ambulatorias, como se tenía previsto desde la Convención de Ginebra de 1958 predecesora (Powers y Stucko, 2013, p. 130). Dado este carácter, las líneas de base se mueven reflejando los cambios en la costa producto de la erosión y el aumento en el nivel del mar, aunque, precisa Tanaka, sería impráctico requerir a los Estados notificaciones en tiempo real del cambio de sus líneas de base, por lo que es razonable considerar a las líneas de base en cartas oficiales como actualizadas y a gran escala, y que la discrecionalidad es limitada al actualizar dichas cartas (2019, p. 55).

Siguiendo lo anterior, el problema respecto al carácter ambulatorio de las líneas de base es que, conforme las líneas de base se van moviendo, los límites exteriores de las zonas marítimas medidas

desde dichas líneas también se mueven. Esto afecta los derechos de todos los Estados ribereños, pero de algunos más que de otros. Así, la inundación permanente de elevaciones en bajamar o de arrecifes implica una gran pérdida en la amplitud de las zonas marítimas, que se subsumirían como zonas marítimas de Estados que hayan generado sus zonas en superposición o como aguas internacionales. Incluso para los Estados archipelágicos la consecuencia podría ser que ya no cumplan con los criterios para el trazado de líneas de base archipelágicas si las tuvieran (Rayfuse, 2012, p. 151). La consecuencia más grave se dará en los Estados en riesgo de perder su territorio, ya que llegará un momento en que lo perderán efectivamente y las líneas de base desaparecerán con él, con lo cual no tendrán de dónde generar zonas marítimas.

Es en este punto en donde cobra importancia la aplicación de la ficción jurídica señalada anteriormente. El congelar las líneas de base de estos Estados supondría modificar el carácter ambulatorio de estas, con lo cual se mantendrían a pesar del cambio físico en sus costas, el cual, como sabemos, eventualmente conllevaría la pérdida del territorio terrestre. La diferencia práctica estaría en que, dado que el Estado aún contaría con sus líneas de base, aún podría medir sus zonas ma-

El congelar las líneas de base de estos Estados supondría modificar el carácter ambulatorio de estas

La regla general seguiría siendo el carácter ambulatorio de las líneas de base

rítimas a partir de estas y, por tanto, aún contaría con zonas marítimas, incluyendo el mar territorial, con lo cual aún mantendría territorio y, por tanto, la condición de Estado, a pesar de que dicho territorio sería solo marítimo y aéreo, pero no terrestre cuando ya lo haya perdido. La forma de poder llegar a aplicar esta ficción jurídica es propuesta por Hayashi, quien plantea una enmienda a la CONVEMAR que permita a los Estados ribereños declarar sus líneas de base como permanentes tras mostrar sus cartas (citado por Yamamoto y Esteban, 2014, p. 143).

Es importante precisar que, incluso en el caso de contemplar la posibilidad de declarar la permanencia de las líneas de base expresamente como propone Hayashi, esta no dejaría de ser una ficción, ya que la regla general seguiría siendo el carácter ambulatorio de las líneas de base. Solo se permitiría aplicar esta excepción basada en una ficción de igual forma que se permite actualmente aplicar la que permite la permanencia de la plataforma continental prevista en el artículo 76.9 de la CONVEMAR. Aznar Gómez reconoce que también se aplica una ficción jurídica al asumir la anchura de la plataforma continental en 200 millas marinas si es que es más corta. Sin embargo, un problema que enfrenta la fic-

ción propuesta en el caso de los Estados que pierdan su territorio terrestre, es que, de mantenerse zonas marítimas, pero no terrestres se estaría yendo en contra de principio la tierra domina el mar previamente mencionado (2013, p. 43).

No obstante, también debe tenerse en cuenta que, si se congelan las líneas de base y, de manera posterior, el territorio terrestre del Estado ve cubierto su territorio terrestre bajo el agua, en realidad, esa zona detrás de las líneas de base ahora pasaría a formar jurídicamente parte de las llamadas aguas interiores, lo que implicará que ese espacio tenga una regulación jurídicamente similar a cuando era tierra (Rayfuse, 2013, p. 188). En ese sentido, podría aún discutirse jurídicamente si el Estado que fácticamente perdió su territorio a causa del aumento en el nivel del mar, en efecto, lo perdió jurídicamente. Es cierto que la aplicación de la ficción jurídica mencionada por la CDI no solucionaría asuntos prácticos tales como la reubicación de la población o la explotación de recursos naturales del territorio terrestre a desaparecer, pero consideramos que jurídicamente sí representa un gran avance al mantener la condición de Estado de los Estados en riesgo.

Respecto al segundo elemento de la ficción, es decir, el respeto de los límites marítimos previamente establecidos por tratados o decisiones de tribunales internacionales, no supone más que una consecuencia lógica del primero, en tanto, si las líneas de base no se mueven, no habrá motivo para tener que revisar los límites marítimos previamente establecidos. De hecho, ya de por sí, en el derecho de los tratados, no es de aplicación el principio *rebus sic stantibus* para la revisión de un límite, al excluirse la posibilidad de alegar un cambio fundamental en las circunstancias para terminar un tratado que fije un límite en el artículo 62.2.a de

la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual refleja la costumbre internacional en la materia (Aznar Gómez, 2013, p. 33). En parte, por ello, Schofield y Freestone concluyen que los límites establecidos por tratados ya se encuentran fijos (2013, p. 165). Sin embargo, no hay tal claridad sobre si los límites marítimos establecidos por otros medios seguirían la misma suerte.

Cabe hacer algunas precisiones respecto a este segundo elemento de la ficción. La CDI contempla dentro de su cuestión únicamente a límites pre establecidos por tratados y por decisiones de tribunales internacionales (judiciales o arbitrales). Sin embargo, no vemos motivo por el cual la presunción no se podría aplicar a límites establecidos por otras vías en tanto ello es perfectamente posible en el derecho internacional. El caso más cercano a nosotros es el acuerdo tácito que la Corte Internacional de Justicia reconoció que fijó un límite marítimo entre el Perú y Chile (2014, párr. 91). Salvo que la CDI equipare al acuerdo tácito con un tratado, no se estaría poniendo en este supuesto válido para el derecho internacional e, incluso si lo hiciera, no contemplaría otras posibilidades para fijar los límites como la costumbre internacional o la operación de la aquiescencia, por mencionar algunos. Precisamente, la ficción no vendría dada en función a la fuente que contiene el límite, sino en relación al hecho de que el Estado parecería ya no existir.

Plantear la posibilidad de que un límite internacional sobreviva a la extinción de uno de sus Estados en un supuesto en el cual no hay sucesión sería abrir una discusión que no acabaría rápido. Sin embargo, esta discusión queda zanjada al operar la ficción jurídica, ya que, desde su primer elemento, se salvaría la condición de Estado del Estado cuyo territorio terrestre se ve sumergido en el agua. Este

segundo elemento de la ficción ya no estaría destinado a mantener la condición de Estado sino los derechos anteriores. Varios Estados en riesgo cuentan con límites marítimos establecidos: Maldivas cuenta con dos tratados de límites marítimos (Misión Permanente de la República de Maldivas en las Naciones Unidas, 2019, p. 6); los Estados Federados de Micronesia, con cuatro (Misión Permanente de los Estados Federados de Micronesia en las Naciones Unidas, 2019); y varios miembros del Foro de Islas del Pacífico cuentan con tratados de límites marítimos con coordenadas (PIF con Misiones en las Naciones Unidas, 2019, p. 3).

Entonces, ya habiendo detallado el contenido de la ficción jurídica señalada por la CDI, consideramos que es claro por qué aparearía ser esta la cuestión que contiene la propuesta más viable de las presentadas en el informe ya varias veces mencionado. En primer lugar, desde un punto de vista jurídico, si bien es cierto que se trata de una ficción, de poder llevarse a la práctica a través de la materialización de una norma internacional, la

El caso más cercano a nosotros es el acuerdo tácito que la Corte Internacional de Justicia reconoció que fijó un límite marítimo entre el Perú y Chile

Solo se necesitaría la creación de una nueva norma jurídica internacional que permita aplicar la ficción jurídica en favor de los Estados en riesgo

consecuencia jurídica para los Estados en riesgo de perder su territorio sería que no pierdan dicho elemento y, por tanto, que mantengan su condición jurídica de Estado. De hecho, incluso sería argumentable que no solo conservarían su territorio marítimo y su espacio aéreo encima de él, sino también, jurídicamente hablando, su territorio terrestre bajo la forma de aguas interiores. Además, se protegerían los derechos previamente adquiridos en relación a los límites marítimos preexistentes. La ficción jurídicamente generaría lo que Aznar Gómez llama un nuevo *uti possidetis iuris náutico* (2013, p. 49).

Ahora bien, por el lado de vista práctico, podemos rescatar, en primer lugar, que es más viable que las anteriores cuestiones analizadas, en tanto no requiere de negociaciones asimétricas con otros Estados ni de inversiones significativas de dinero no obtenibles. Solo se necesitaría la creación de una nueva norma jurídica internacional que permita aplicar la ficción jurídica en favor de los Estados en riesgo. Este primer aspecto resulta importante para los Estados en riesgo; así, por ejemplo, Maldivas, resalta que, dado que re-

sulta imposible llevar a cabo soluciones técnicas costosas, el derecho internacional resulta ser una mejor herramienta para proteger los derechos marítimos de los Estados en riesgo (Misión Permanente de la República de Maldivas en las Naciones Unidas, 2019, p. 8). El único problema práctico que podemos identificar entonces es que, por más viable que sea esta propuesta teórica, va a requerir una respuesta positiva por parte de la Comunidad Internacional a fin de materializarse como realizable en la realidad.

Al respecto, si bien existen propuestas como la mencionada de Hayashi, resulta difícil en la práctica enmendar la CONVEMAR, por lo que tal vez podría pensarse en celebrar un nuevo tratado (Yamamoto y Esteban, 2014, p. 149). Sin embargo, como ya se señaló, el proceso de celebración de tratados es complicado, por lo que esta sería la opción más ambiciosa, además de que no se cuenta con un modelo claro de tratado a negociar (Schofield y Freestone, 2013, p. 162). Entonces, la otra opción posible es la creación de una nueva costumbre internacional en la materia. Esta se podría generar en virtud de la práctica de los Estados si se empieza a reconocer como obligatoria por la Comunidad Internacional. De todas maneras, las declaraciones de los Estados en riesgo relativas a que entienden que no deben revisar sus zonas marítimas (Misión Permanente de los Estados Federados de Micronesia en las Naciones Unidas, 2019; PIF con Misiones en las Naciones Unidas, 2019, p. 5) puede ser un buen inicio de costumbre internacional.

Probablemente se pueda pensar en que los Estados que no se encuentran en riesgo de perder su territorio no tendrían motivo para apoyar a los que sí. De hecho, Fry ya había identificado que, en el marco del grupo de los pequeños Estados insulares en desarrollo, no se había

podido lograr que los Estados desarrollados se comprometan jurídicamente con acciones concretas para reducir las desventajas de dicho grupo, sino que solo se pudo obtener la suscripción de instrumentos de soft law que finalmente no generaron la costumbre internacional esperada (2005, pp. 95-96). Sin embargo, en relación a este asunto en particular, consideramos que la mayoría de Estados ribereños debería tener interés en la posibilidad de congelar sus líneas de base, ya que el cambio climático, tal vez, no amenaza su condición de Estado, pero sí líneas de base igualmente importantes en costas continentales que pueden verse afectadas negativamente, incluyendo a varias en América y, entre ellas, algunas en Estados Unidos (Aznar Gómez, 2013, p. 36).

Por último, es verdad que esta propuesta de que se genere una costumbre internacional no estará exenta de críticas. Yamamoto y Esteban identifican problemas tales como que el derecho convencional no suele ser modificado tan fácilmente por el consuetudinario, que la generación de una costumbre internacional puede demorar significativamente al punto tal de dejar en grave peligro a los Estados en riesgo, y que una costumbre de este tipo requerirá la aceptación de muchos Estados. Sin embargo, también precisan que es posible que la costumbre a crear sea de alcance regional o local (2014, pp. 147-148). En todo caso, sea cual sea la posibilidad más viable para que la ficción jurídica se vuelva una norma internacional, no hay que olvidar que, finalmente, que ello ocurra dependerá de cómo la Comunidad Internacional haga interactuar el hecho de la pérdida del territorio con las necesidades jurídicas de los Estados que la sufren (Freestone, Vidas y Torres Camprubí, 2017, p. 28). Habrá que esperar a ver qué respuesta internacional se genera.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo, hemos podido identificar que, debido al cambio climático, el nivel del mar se encuentra en constante aumento, lo cual trae consigo que un grupo de Estados insulares se encuentre en riesgo de ver sumergido totalmente su territorio terrestre bajo el agua o, incluso antes de ello, que este quede inhabitable. Esta situación implicaría la pérdida del territorio del Estado, la cual, aplicando el derecho internacional clásico, implicaría a su vez la pérdida de la condición de Estado como tal. Dada esta y otras preocupaciones, la CDI aprobó la inclusión del tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional” en su programa de trabajo, en el cual viene trabajando actualmente a fin de buscar brindar respuestas a la problemática señalada.

Es verdad que el derecho internacional clásico traería como respuesta que la pérdida del territorio de un Estado conllevaría la pérdida de su condición de Estado, pero la discusión es compleja. Existen distintas posturas posibles con respecto a la materia, todas ellas con

**Es verdad que
esta propuesta de
que se genere
una costumbre
internacional no
estará exenta de
críticas**

buenos argumentos de sustento y con principal interés en aspectos distintos. Sin embargo, consideramos que, por razones prácticas de lo que implica ser un Estado para el derecho internacional, la postura idónea a seguir es aquella que propugna la continuidad de la condición de Estado de aquel que ha perdido su territorio. Como segunda opción, es aceptable el cambio hacia otro tipo de subjetividad jurídica internacional, siempre que se puedan mantener, en lo más posible, las características del Estado. Por último, no resultaría acertado eliminar la subjetividad internacional de los Estados que han perdido su territorio dada la serie de problemas que ello conllevaría.

Si bien la doctrina puede defender la continuidad de la condición de Estado o el cambio hacia un nuevo tipo de subjetividad jurídica internacional en el plano teórico con buenos argumentos, en realidad puede resultar difícil que dichas teorías resulten aceptadas por la Comunidad Internacional sin mayor cuestionamiento. Por ello, es importante buscar formas de sustentar, bajo el derecho internacional existente, la posibilidad de mantener la subjetividad jurídica internacional de los Estados en riesgo con actuaciones prácticas, si es posible, a fin de mantener la condición de Estado. La CDI ha planteado, entre las cuestiones a estudiar sobre la materia relativa a la condición de Estado, cuatro de estas cuestiones que parecerían ser posibles respuestas prácticas para mantener la condición de Estado o, en todo caso, otro tipo de subjetividad jurídica internacional de los Estados.

De la revisión y análisis preliminar de las cuestiones a trabajar por parte de la CDI sobre la condición de Estado, podemos concluir que la gran mayoría de las propuestas sufre de algún problema para los fines que se pretende alcanzar, ya sea en el ámbito jurídico o en el práctico. Así, resulta difícil contemplar a la fusión, la federación o la asociación con otro Estado; a la transferencia de una franja o una parte de un territorio de un tercer Estado; y al refuerzo de islas con barreras o la construcción de islas artificiales como soluciones realmente viables para dar una solución en la práctica a la problemática identificada sobre la condición de Estado. La opción más viable aparentemente sería la creación de una ficción jurídica por la cual se congelen las líneas de base y se respeten los límites marítimos de los Estados en riesgo una vez que pierdan su territorio terrestre.

Sin embargo, a pesar de que se pueden esbozar distintas soluciones a la problemática, finalmente, dependerá de la propia Comunidad Internacional cuál será la situación de los Estados en riesgo cuando sus territorios desaparezcan. Dado ello, será necesario prestar atención a la práctica que se genere a partir de la respuesta a casos concretos en que se refleje la problemática identificada. Por el momento, corresponderá continuar dando propuestas a la doctrina y seguir esperando a que la CDI presente sus informes sobre el aspecto de la condición de Estado cuando las circunstancias lo permitan. ♦

REFERENCIAS

- Aust, A. (2005). *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Aznar Gómez, M. J. (2013). El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, (26), 23-45.
- Barberis, J. A. (1984). *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid: Tecnos.
- Blanchard, C. (2015). Evolution or Revolution? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise. *The Canadian Yearbook of International Law*, (53), 66-118.
- Burkett, M. A. (2013). The Nation Ex-Situ. En M. B. Gerrard, & G. E. Wannier (Eds.), *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Burkett, M. (2015). A Justice Paradox: Climate Change, Small Island Developing States, and the Absence of International Legal Remedy. En S. Alam, S. Atapattu, C. G. Gonzalez, & J. Razzaque (Eds.), *International Environmental Law and the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Calduch Cervera, R. (1991). *Relaciones internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales.
- Claros Abarca, R. (2018). *La subjetividad internacional del inversionista: a propósito de la demanda reconvenencial en arbitrajes inversionista-Estado*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Recuperado de https://legal.un.org/avl/ls/Claros-AbarcaIEL_video_1.html.
- Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas [CDI]. (2018). Informe de la Comisión de Derecho Internacional (70º período de sesiones) - A/73/10.
- Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas [CDI]. (2019). Informe de la Comisión de Derecho Internacional (71º período de sesiones) - A/74/10.
- Corte Internacional de Justicia [CIJ]. (1949). Opinión consultiva del caso "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations".
- Corte Internacional de Justicia [CIJ]. (1951). Sentencia de fondo del caso "Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)".
- Corte Internacional de Justicia [CIJ]. (2001). Sentencia de fondo del caso "Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)".
- Corte Internacional de Justicia [CIJ]. (2012). Sentencia de fondo del caso "Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)".
- Corte Internacional de Justicia [CIJ]. (2014). Sentencia de fondo del caso "Maritime Dispute (Peru v. Chile)".
- Corte Permanente de Justicia Internacional [CPJI]. (1924). Sentencia del caso "The case of the S.S. "Lotus"". Crawford, E. & Rayfuse, R. (2012). Climate change and statehood. En R. Rayfuse, & S. V. Scott (Eds.), *International Law in the Era of Climate Change*. Chel-

- tenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Crawford, J. (2006). *The creation of States in International Law*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8a ed. Oxford: Oxford University Press.
- De Águeda Corleloup, I. & Mol, A. P. J. (2014). Small island developing states and international climate change negotiations: the power of moral "leadership". *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, (14), 281-297.
- De Trazegnies Granda, F. (2013). El camino de la paz. *Themis Revista de Derecho*, (63), 51-64.
- Diez de Velasco, M. (2006). *Las organizaciones internacionales*. 14a ed. Madrid: Tecnos.
- Diez de Velasco, M. (2013). *Instituciones del Derecho Internacional Público*. 18a ed. Madrid: Tecnos.
- Elden, S. (2017). Legal terrain—the political materiality of territory. *London Review of International Law*, (7), 199-224.
- Fernández Huertas, J. M. (1984). *Estudio jurídico de la frontera aérea del Estado*. (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho. Madrid, España).
- Foro de Islas del Pacífico con Misiones en las Naciones Unidas [PIF con Misiones en las Naciones Unidas] (2019). *Submission of the Members of the Pacific Islands Forum to the International Law Commission on the Topic of Sea-Level Rise in Relation to International Law*. Anexo de la nota diplomática S/N de 30 de diciembre de 2019 remitida al secretario de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.
- Freestone, D., Vidas, D., & Torres Campurí, A. (2017). Sea Level Rise and Impacts on Maritime Zones and Limits. *Korean Journal of International and Comparative Law*, (5), 5-35.
- Fry, I. (2005). Small Island Developing States: Beccalmed in a Sea of Soft Law. *Review of European Community & International Environmental Law*, (14), 89-99.
- Galvão Teles, P. (2020). Sea-Level Rise in Relation to International Law: A New Topic for the United Nations International Law Commission. En M. Chantal Ribeiro, F. Loureiro Bastos, & T. Henriksen (Eds.), *Global Challenges and the Law of the Sea*. Cham: Springer Nature Switzerland.
- Garner, B. A. (Ed.). (2004). *Black's Law Dictionary*. 8a ed. Saint Paul: West Group.
- González Campos, J., Sánchez Rodríguez, L., & Andrés Sáenz de Santa María, P. (2003). *Curso de Derecho Internacional Público*. 3a ed. Madrid: Thomson Civitas.
- Gray, C. (2012). Climate change and the law on the use of force. En R. Rayfuse, & S. V. Scott (Eds.), *International Law in the Era of Climate Change*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Grote Stoutenburg, J. (2013). When Do States Disappear? Thresholds of Effective Statehood and the Conti-

- nued Recognition of “Deterritorialized” Island States. En M. B. Gerrard, & G. E. Wannier (Eds.), *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Grote Stoutenburg, J. (2015). *Disappearing Island States in International Law*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Johnson Theutenberg, B. (2003). *The Holy See, the Order of Malta and International Law*. 2a ed. Skara: Johnny Hägberg and Skara stiftshistoriska sällskap.
- Jones, H. (2016). Lines in the ocean: thinking with the sea about territory and international law. *London Review of International Law*, (6), 1-37.
- Klabbers, J. (2017). *International Law*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martínez Vargas, J. R. & Vega Barbosa, G. (2016). *Tratado de Derecho del Mar*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- McAdam, J. (2010). ‘Disappearing States’, Statelessness and the Boundaries of International Law. En J. McAdam (Ed.), *Climate Change and Displacement Multidisciplinary Perspectives*. Oxford, Portland: Hart Publishing.
- Misión Permanente de la República de Maldivas en las Naciones Unidas (2019). *Information and examples of State practice on “Sea-level rise in relation to international law” A submission by the Republic of Maldives*. Anexo de la nota diplomática N° 2019/UN/N/50 de 31 de diciembre de 2019 remitida a la Oficina de Asuntos Legales de la Organización de las Naciones Unidas.
- Misión Permanente de los Estados Federados de Micronesia en las Naciones Unidas (2019). *Observations by the Federated States of Micronesia in connection with the official deposit of its charts and lists of geographical points of coordinates for maritime baselines and maritime zones in accordance with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*. Anexo de la nota diplomática N° FSMUN 058-2019 de 27 de diciembre de 2019 remitida a la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.
- Monroy Cabra, M. (2011). *Derecho Internacional Público*. 6a ed. Bogotá: Temis.
- Novak, F., & Namihas, S. (2013). *Las relaciones entre el Perú y Bolivia (1826-2013)*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Serie Política Exterior Peruana.
- Novak Talavera, F., & García-Corrochano Moyano, L. (2016). *Derecho Internacional Público*. 2a ed. Lima: Thomson Reuters. Tomo II: *Sujetos de Derecho Internacional*.
- Oliver, S. (2009). A New Challenge to International Law: The Disappearance of the Entire Territory of a State. *International Journal on Minority and Group Rights*, (16), 209-243.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1945). Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [Carta de la ONU].
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1982). Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar [CONVEMAR].

- Park, S. (2011). *El cambio climático y el riesgo de apatriadia: La situación de los Estados insulares bajos*. Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
- Pastor Ridruejo, J. (2015). *Curso de Derecho Internacional Público*. 19a ed. Madrid: Tecnos.
- Pentikäinen, M. (2012). Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law – Status of Corporations. *Utrecht Law Review*, (8), 145-154.
- Powers, A. & Stucko, C. (2013). Introducing the Law of the Sea and the Legal Implications of Rising Sea Levels. En M. B. Gerrard, & G. E. Wannier (Eds.), *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Raic, D. (2002). *Statehood and the Law of Self-Determination*. The Hague: Kluwer Law International. Colección *Developments in International Law* [Vol. 43].
- Rayfuse, R. (2012). Climate change and the law of the sea. En R. Rayfuse, & S. V. Scott (Eds.), *International Law in the Era of Climate Change*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Rayfuse, R. (2013). Sea Level Rise and Maritime Zones: Preserving the Maritime Entitlements of "Disappearing" States. En M. B. Gerrard, & G. E. Wannier (Eds.), *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Remiro Brotóns, A., Riquelme Cortado, R., Orihuela Calatayud, E., Diez-Hochleitner, J., & Pérez-Prat Durbán, L. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reno, W. (2019). The Dilemmas of Security Assistance to a Failed State: Lessons from Somalia. En T. Clack, & R. Johnson (Eds.), *Before Military Intervention. Upstream Stabilisation in Theory and Practice*. Gewerbestrasse, Cham: Palgrave Macmillan.
- Rojas Amandi, V. M. (2010). *Derecho Internacional Público*. México D.F.: Nostra Ediciones.
- Ruda Santolaria, J. J. (1995). *Los Sujetos de Derecho Internacional. El Caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruda Santolaria, J. J. (2018). *La Santa Sede y el Estado Vaticano a la luz del derecho internacional*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Recuperado de https://legal.un.org/avl/ls/RudaSantolaria_IL_video_1.html.
- Schofield, C. & Freestone, D. (2013). Options to Protect Coastlines and Secure Maritime Jurisdictional Claims in the Face of Global Sea Level Rise. En M. B. Gerrard, & G. E. Wannier (Eds.), *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Séptima Conferencia Internacional Americana. (1933). Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados [Tratado de Montevideo].
- Shaw, M. (2006). *International Law*. 6a ed. Cambridge: Cambridge University Press.

- Tanaka, Y. (2019). *The International Law of the Sea*. 3a ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vidas, D. (2014). Sea-Level Rise and International Law: At the Convergence of Two Epochs. *Climate Law*, (4), 70-84.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Wannier, G. E., & Gerrard, M. B. (2013). Disappearing States: Harnessing International Law to Preserve Cultures and Society. En O. Ruppel, C. Roschmann, & K. Ruppel-Schlichting (Eds.), *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Yamamoto, L. & Esteban, M. (2014). *Ato-ll Island States and International Law: Climate Change Displacement and Sovereignty*. Heidelberg: Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- Ziemele, I. (2015). Room for 'State continuity' in international law? A constitutionalist perspective. En C. Chinkin, & F. Baetens (Eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility. Essays in Honour of James Crawford*. Cambridge: Cambridge University Press.

Recibido: 10/03/2020

Aprobado: 23/06/2020