

ANUARIO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Depósito legal: Z-451-1962
ISSN: 0570-4316
ISBN: 84-605-3211-9



12

1995

Imprime: Editor, S.A. - Hilarión Eslava, 58 - 28015 Madrid

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

SUMARIO

Ni el ANUARIO ni el IHLADI, del cual es órgano, se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de los Estudios y Ponencias, que se insertan a continuación, exponen en uso de la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.

Toda correspondencia, petición de envío, remisión de publicaciones, debe dirigirse a la Secretaría General del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Colegio Universitario "MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España). Telf. (34-1) 890 45 45 - Fax. (34-1) 890 66 09.

	Págs.
PONENCIAS DEL XVIII CONGRESO	9
<i>Nuevos enfoques relativos a las inversiones en la producción de materias primas y de su comercio internacional: incidencia en la evolución del Derecho internacional económico, por Rodrigo Díaz Albónico</i>	11
<i>Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: el "MERCOSUR" y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio, por José Roberto Franco da Fonseca</i>	29
<i>La regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas, por José Juste Ruiz</i>	57
<i>La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina, por Ernesto José Rey Caro</i>	99
COMUNICACIONES Y ESTUDIOS	163
<i>Las luces y las sombras del Derecho internacional, por Aldo Armando Cocca.</i>	165
<i>La cláusula de nación más favorecida y su adecuación al TLC en el marco de ALADI, por Rodolfo Cruz Miramontes</i>	173
<i>La propuesta del mar presencial: su vinculación con la Convención del mar, sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados en el mundo académico, por Mario Duvauchelle Rodríguez</i>	187
<i>Genética y derechos humanos. El anteproyecto de Declaración de la UNESCO sobre la Protección del Genoma Humano, por Héctor Gros Espiell</i>	203
<i>Competencia territorial del Estado y problemas de aplicación de Derecho del mar: práctica española, por Carlos Jiménez Piernas</i>	233

<i>Crisis de la limitación de la responsabilidad en el transporte aéreo</i> , por Enrique Mapelli López	279
<i>El Derecho como medio unificador del Mundo Hispano</i> , por Alfredo Martínez Moreno	295
<i>Los tratados de Derecho humanitario, los tratados sobre derechos humanos y el Derecho de los tratados</i> , por Alejandro Montiel Argüello	305
<i>Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: el "MERCOSUR" y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio</i> , por Alfredo H. Rizzo Romano	313
<i>Áreas marinas y submarinas que le corresponden a Venezuela por las leyes nacionales y convenciones internacionales ratificadas por la República, como paso previo a la protección de los recursos vivos en la Alta Mar</i> , por Rafael Sureda Delgado	355
<i>Derecho internacional, supranacionalidad e integración</i> , por Juan Vicente Ugarte del Pino	381
<i>Los mares presenciales: del dicho al hecho no hay tanto trecho</i> , por José Antonio de Yturriaga Barberán	389
NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS	441
NOTICIARIO DEL IHLADI	461
<i>Cuadro de Honor del IHLADI</i>	463
<i>Consejo Directivo del IHLADI</i>	465
<i>Breve crónica del XVIII Congreso del IHLADI</i>	467
<i>Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XVIII Congreso del IHLADI</i>	481
<i>In memoriam</i>	502

Con la publicación de los volúmenes X y XI del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional en 1993 y 1994 se conseguía superar el retraso entre la celebración de los últimos Congresos y la publicación de los correspondientes Anuarios.

La aparición del presente volumen al año siguiente de la celebración del XVIII Congreso en Santiago-Marbella (Chile), septiembre de 1994, se ajusta ya a los objetivos que nos propusimos en el XV Congreso de Santo Domingo (República Dominicana), celebrado en abril de 1989.

En este volumen se recogen las ponencias del XVIII Congreso, así como algunas de las comunicaciones presentadas al mismo junto con otros estudios enviados a la Secretaría General. También se publican una noticia bibliográfica de los libros recibidos y el noticiario del IHLADI. A todos los que han colaborado les expresamos nuestro más sincero agradecimiento.

San Lorenzo de El Escorial, a 4 de mayo de 1995

Festividad de Santa Mónica

PONENCIAS
DEL XVIII CONGRESO DEL IHLADI

NUEVOS ENFOQUES RELATIVOS A LAS INVERSIONES EN LA PRODUCCION DE MATERIAS PRIMAS Y DE SU COMERCIO INTERNACIONAL: INCIDENCIA EN LA EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

Rodrigo DIAZ ALBONICO
Asociado del I.H.L.A.D.I.

INTRODUCCION

Se puede definir un proceso de inversión extranjera; como el traslado de capital (en su sentido amplio), que ocurre cuando una persona natural o jurídica de una nacionalidad determinada lo transfiere al territorio de otro Estado con el objeto de crear o tomar el control de un "establecimiento", el que puede tener o no un carácter económico.

La inversión extranjera según el derecho comparado puede dividirse en inversión directa e inversión denominada de "portafolio". La diferencia, de acuerdo con algunas legislaciones, varía según sea el porcentaje de la propiedad que adquiere o controla el extranjero. En los Estados Unidos, para dar un ejemplo, basta con adquirir el 10% para caracterizar esa inversión como extranjera directa; cualquiera posesión o participación inferior a dicho porcentaje constituiría una inversión de "portafolio".

No cabe la menor duda que una de las áreas más sensibles de la economía internacional es aquella de la inversión extranjera directa: Esta sensibilidad ha variado en el tiempo; demostrando sus cambios tanto a nivel político interno como internacional y manifestándose también a través de cambios institucionales. Ciertos países industriales han regulado las inversiones extranjeras, -algunos alegan contra la discrecionalidad que se le otorga en esos casos a la administración nacional-, a fin de no perder el control de sus recursos naturales. Por otra parte, los países en vías de desarrollo fomentan la inversión extranjera directa no sin quejarse de los riesgos que esos hechos económicos suponen para la integración de la economía nacional o por la utilización o no de tecnologías de punta. En el plano institucional, y para señalar algunos ejemplos, tres agencias del

Banco de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Corporación Financiera Internacional (IFC), la Asociación Internacional de Fomento (IDA), y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), están ligadas con las inversiones promoviendo su actuar asociadas con inversionistas privados; cooperando con los países menos adelantados o directamente propiciando el flujo de inversiones para fines productivos en los países que forman parte de esa agencia.

Las inversiones directas de cierta importancia son un fenómeno relativamente reciente; con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial las inversiones llamadas de tipo "portafolio" fueron las más empleadas. Desde el año 1945, la inversión extranjera directa ha ganado ingente terreno. A modo de ejemplo, el total de este tipo de inversiones en los países miembros de OECD creció en la década de los años 60 a una tasa anual del 13%, porcentaje equivalente al crecimiento del comercio mundial. Pero curiosamente, entre los años 1967 y 1977, la inversión extranjera directa aumentó a una tasa aún mayor que aquella correspondiente al crecimiento del comercio mundial.

También han ocurrido cambios bastante visibles con respecto al carácter de la inversión extranjera así como a mediados de la década de los años 70, el modelo de inversión eran aquellas efectuadas por empresas transnacionales (norteamericanas) extractoras de materiales de tipo primario o de recursos naturales, como la "Aramco" en Arabia Saudita; "United Fruit Company" en América Central y "Kennecott" en Chile.

Hoy día la mayoría de la inversión directa está orientada hacia el sector de la manufactura, con una importante presencia en la industria de alta tecnología. Por su parte los países en vías de desarrollo han modificado sus políticas y legislaciones que se caracterizaban por gravar con fuertes impuestos las inversiones extranjeras, previendo siempre su posible nacionalización, por otras, agresivas, en cuando a la atracción de capital foráneo al cual se ofrece beneficios fiscales y reducciones de tipo impositivo.

Ahora bien, si se analiza el movimiento de capitales que fluye entre los países industrializados, especialmente el examen del caso típico entre los Estados Unidos y Europa las conclusiones son bien sugestivas. Afirmemos desde ya que los Estados Unidos han sido el mayor inversio-

nista en Europa. El flujo que existió entre el continente americano y Europa, durante las décadas de los años 60 y 70, fue apoyado por las grandes compañías americanas, quienes aprovecharon sus propias ventajas en materias tecnológicas como también sus avances en asuntos de gestión, particularmente en lo que se refiere a la administración de recursos. Posteriormente, el mercado de la Europa comunitaria fue liberalizado internamente y protegido frente a lo externo (producción "in situ"), situación que continuaría una mayor inversión directa extranjera, y que, en los hechos, determinó una preferencia frente a la posibilidad de importar productos desde los Estados Unidos. Con ello se eludía y/o evadía los fuertes aranceles externos europeos existentes en la época. Estas exportaciones de capital fueron promovidas en su tiempo por circunstancias tales como la solidez del dólar y la existencia de una balanza de pagos sin problemas.

Hoy día las causas o las razones porque se realizan determinadas inversiones han variado y se han diversificado. Así por ejemplo, y en relación con el aumento de las inversiones japonesas en Europa, algunos autores como Willen Molle (1), la explican por el temor frente a la posibilidad de un aumento del proteccionismo comercial por parte de la Unión Europea, que obligaría a una penetración de dicho mercado a través de la inversión directa.

Ya nos hemos referido a las formas de inversión; la inversión vía "portafolio", diversifica el riesgo. En la directa, el inversionista tiene por regla general dos alternativas: crea una entidad subsidiaria en el territorio del Estado receptor o asume en los hechos el control de la compañía existente, opción deseable pues permite un acceso directo al mercado sin incurrir en costos y gastos a fin de obtener entrada a un mercado hasta la fecha desconocido para el inversionista.

En cuanto a los fundamentos y resultados de la inversión extranjera en los países en vías de desarrollo habría que responder, hoy en día, en forma muy matizada y gradual. Es cierto que la inversión tipo "portafolio" ha sido la más usada; sin embargo, en países de estabilidad política y econó-

(1) Cf. Molle Willem, "The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy", Dartmouth, Aldershot, 1990, 547 páginas.

mica, la inversión extranjera directa aumenta rápidamente, olvidándose del riesgo o al menos sujetándolo, para posesionarse directamente de estos nuevos mercados o producir a partir de ellos.

Expresemos además que al interior de las macro-economías de cualquier país, la existencia de inversión o de un flujo constante de capitales es la base o el cimiento del crecimiento social y económico (hoy se habla de crecimiento integral); en el caso de países que carecen del recurso del capital, la inversión extranjera es un elemento esencial en el diseño de la política económica. La coyuntura que sucede en Chile es muy significativa al respecto.

La inversión extranjera ha sido un elemento muy importante en la estrategia del desarrollo chileno, alcanzando la cifra de US\$ 2.600 millones en 1993. Este año la inversión ha crecido un 30% respecto del año anterior.

Las inversiones mineras en Chile se elevarán a US\$ 5.223 millones durante el período 1994-98. De esta cifra prevista de inversiones en el sector, US\$ 4.856 millones corresponden a proyectos de cobre, US\$ 332 millones a oro y plata y otros US\$ 45 millones a proyectos de yodo.

Estudiar los desarrollos políticos, jurídicos y económicos que ha tenido la inversión extranjera y analizar las futuras probabilidades que se le asigna, aconsejan detenerse primeramente en el examen de los instrumentos jurídicos que tanto el derecho comparado como el derecho internacional nos ofrecen a fin de radicar la inversión extranjera en un determinado orden jurídico; obligan, en segundo lugar, a considerar los estímulos existentes para elevarla y por último, implica comentar las tendencias futuras y probables de este elemento fundamental en el desarrollo de las economías nacionales y mundial.

I. LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS UTILIZADOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE LA INVERSION

El derecho comparado y el derecho internacional nos presentan en general tres tipos de ofertas: acuerdos o tratados bilaterales; convenios o tratados de carácter multilateral y sistemas jurídicos de derecho interno. Es cierto que han existido variados intentos en el campo de las inversio-

nes por uniformar o unificar estos diferentes acuerdos o normativas en un solo cuerpo legal de derecho internacional. Estos esfuerzos, atribuibles en gran parte al Banco Mundial, han encontrado obstáculos de la naturaleza práctica y en algunos casos se ha estimado esta tendencia como contraproducente. En forma reciente otra organización internacional, la OECD, a través de un comité especial ha dado comienzo al estudio de un posible proyecto de acuerdo de protección de inversiones que obligaría a sus Estados miembros. El estudio realizado por esta organización ha sido quizás hasta la fecha el esfuerzo más serio, cuyo objetivo final es uniformar la legislación de los diferentes países miembros. No obstante los avances, todavía falta por terminar dicho examen y además un proyecto final requerirá que los Estados miembros depongan o al menos compatibilicen los múltiples y opuestos intereses nacionales en una materia tan sensible como la inversión extranjera (2). En cuanto a la idea de elaborar un documento jurídico único, ella tiene las limitaciones propias de la uniformidad al pretender incorporar en un solo instrumento una oferta múltiple de beneficios y lo cual, aún más difícil, es recoger en un mismo escrito los diversos ambientes favorables a la inversión extranjera que se infieren de cuerpos legales de alcance más restringido.

Con el objeto de superar las dificultades señaladas, el Banco Mundial propuso, en 1992, un conjunto de normas que las ha denominado "Guidelines for the treatment of foreign direct investment" (3). Como bien lo señala el profesor Patrick Juillard, estas "guidelines" (pautas o directriz en castellano), no pertenecen al "hard law"; ellas corresponden al "soft law"; estas pautas no se proponen obligar. Estamos frente a una situación donde la obligatoriedad es inversamente proporcional a la universalidad, y justamente los redactores han optado por la universalidad. Estas reflexiones nos deslizan cómodamente hacia una antigua querella a propósito de la inexistencia de obligatoriedad. ¿Podemos hablar en estas circunstancias que estamos frente al derecho? la respuesta a esta remota cuestión es substituída por un concepto generoso como "best practice" (la

(2) Véase los comentarios efectuados por Juillard (P.) en "Investissements", A.F.D. I, 1992, p. 779-807.

(3) El texto en lengua francesa (traducción no oficial) aparece inserto al final del artículo de Juillard, en las páginas 801 a 807.

mejor práctica), que según comentaristas abarcaría un catálogo de medidas estatales o interestatales cuyo objeto es estimular y no desanimar las inversiones extranjeras. Luego no hay en estas "guidelines" una síntesis o recopilación de principios generales de derecho internacional; más aún, el problema de la juridicidad se decidirá acudiendo a soluciones clásicas: incorporando estas pautas en instrumentos internacionales obligatorios o la transformación a través del tiempo de esas directrices en costumbres internacionales de alcance universal.

Las pautas o "guidelines", que tuvieron su origen en una proposición de Francia en el grupo de los 7, fue el producto del Comité de Desarrollo del Banco Mundial que estableció un mecanismo que aseguraba una extensa participación de Estados y organizaciones internacionales. El trabajo mismo, la elaboración material de estas pautas, corresponden a un grupo de trabajo que reunió a distintos Consejos jurídicos de organizaciones o agencias.

Como lo señala el preámbulo, estas pautas o directrices no representan normas absolutas, sino más bien ellas constituyen un paso importante en el enfoque de las normas internacionales generalmente aceptables, que vendrían a completar y no a reemplazar los tratados bilaterales sobre inversiones.

Ideas semejantes aparecen reproducidas en el punto I, denominado "campo de aplicación" (4) en donde se expresa que estas pautas complementan los tratados bilaterales o multilaterales, asignándole prioridad a estos últimos; o pueden inspirar la elaboración de leyes que reglamenten la inversión privada extranjera. Un aspecto interesante a rescatar en este mismo punto es la referencia a que nada en estas directrices puede permitir colegir que los inversionistas extranjeros deberán beneficiarse de un trato favorable que sería a su vez denegado a los inversionistas nacionales situados en iguales circunstancias.

Enseguida las pautas se refieren a la admisión (punto II), reconociendo libre competencia al Estado territorial. Interesa sin embargo destacar que este reconocimiento en cuanto a reglamentar la admisión y luego a aplicarla no debería incluir la imposición de obligaciones de resultado a

(4) Cf. Juillard, *idem*, pág. 786 y siguientes.

los inversionistas, pues la experiencia demuestra que los efectos son contrarios a los deseados y ese tipo de obligaciones disuaden a los inversionistas de realizarla o fomentan el fraude y la corrupción.

El punto III de estas pautas, denominado "trato" o "tratamiento", constituye un aspecto fundamental. Los redactores han distinguido los principios de las normas. Entre los primeros deben incluirse: el principio del trato justo y equitativo; aquél de la extensión del trato acordado al inversionista nacional de ciertos Estados miembros de uniones aduaneras o partes en un acuerdo de libre comercio; y por último, el principio de extensión del trato nacional al inversionista extranjero. En cuanto a normas, las directrices señalan aquellas relacionadas con transferencias o, en otra oportunidad, aquellas que se refieren al estatuto fiscal o social del inversionista. El profesor Guillard, al comentar la expresión "trato justo y equitativo", expresa que versa sobre un "standard de droit international", que incluye las fuentes de derecho internacional convencionales o no, sólo que en este último caso (referencia a normas consuetudinarias), debe tratarse de "normas bien establecidas" (5).

Posteriormente las "Guidelines" se preocupan de la expropiación y modificación o resciliación unilateral de contratos. Las directrices recogen ciertas prácticas y jurisprudencias en cuanto a obligar respetar los procedimientos jurídicos en vigor en el Estado que ejecuta dichos actos administrativos; exigir como objetivo, definido y perseguido de buena fe, la utilidad pública; la inexistencia de discriminación atendida la nacionalidad de la persona expropiada y, por último, una indemnización apropiada. Se entiende por "apropiada" aquella indemnización "adecuada, efectiva y rápida", entregando criterios objetivos para definir cada elemento que conforma el concepto de "apropiada".

El último punto de estas pautas está consagrado a la solución de controversias, donde se reconoce el principio de la libre elección de los medios, privilegiando la negociación, para terminar, según las circunstancias, en el CIADI, Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias en Inversiones. Como bien lo señalan las "guidelines", éstas no desconocen la existencia de otros instrumentos internacionales como también de

(5) *Idem*, pág. 792.

normas internas que regulan la presencia de inversiones extranjeras directas. A ello convendría agregar, en forma breve, algunas referencias a las más importantes resoluciones arbitrales en la materia.

A) Los acuerdos internacionales bilaterales.

Hasta el año 1991 se habían firmado más de 253 tratados o acuerdos bilaterales en materia de inversión. Estos involucraban a todos los países miembros de la OECD y más de 75 naciones en vías de desarrollo. Haciendo un estudio comparativo de estos tratados bilaterales la gran mayoría de ellos intenta regular cuatro aspectos considerados como fundamentales; el primero, el proceso de admisión del capital extranjero al país receptor; el segundo, el tratamiento o trato que se le otorgaría a dicha inversión una vez ingresada; el tercero, se refiere a la expropiación, y, el último, es el establecimiento de un marco legal para la solución de las controversias que puedan surgir entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.

En relación con el proceso de admisión del capital extranjero el principio rector ha sido facilitar dicho flujo, "desregularizándolo" y eliminando las trabas para su ingreso, e incluyendo como capital la tecnología y el "know how" extranjero. Este ha sido uno de los pilares de las políticas económicas actuales.

Respecto al trato o tratamiento, el principio ha sido el del "tratamiento nacional" y el principio "de la nación más favorecida". Se pretende atraer inversión dando un trato equitativo y de igualdad con respecto a los inversionistas extranjeros en relación con el estatuto de los nacionales; asegurar asimismo, que cualquier beneficio otorgado a inversionistas de terceros países se haría extensivo, en la misma medida, en base a la aplicación del principio de la "nación más favorecida". En materia de "tratamiento", también ha sido importante en dichos acuerdos bilaterales el hecho de la repatriación de los capitales invertidos, que es permitido casi sin mediar tiempo alguno desde el ingreso de la inversión o con plazos que no van más allá del año. Respecto a las utilidades, las restricciones de plazo desaparecen. Todo lo anterior se justifica por el objeto de incentivar el ingreso de capitales foráneos por parte de compañías extranjeras.

El tercer aspecto de los acuerdos bilaterales se refiere al proceso de

"expropiación". Con relación a esta materia se intenta tranquilizar a las grandes multinacionales asegurando que, en el caso que se repitieran los acontecimientos de la década de los años 70, éstas serán debidamente indemnizadas. El principio utilizado es que la expropiación sólo será válida cuando se fundamente en razones de seguridad nacional o fundamentos de ese orden y, además, que exista una indemnización proporcionada, justa y en tiempo. En este campo, los países del Tercer Mundo se encuentran en un proceso de abandono de sus antiguas aspiraciones nacionalistas con la finalidad de atraer mayores capitales extranjeros para satisfacer los requerimientos de sus economías.

El último punto, que generalmente tratan los acuerdos bilaterales, versa sobre la "solución de posibles controversias". En esta materia, la regla general, y más aceptada, es que en una primera instancia se deben resolver las controversias agotando los recursos internos; una vez agotados dichos recursos se podrá recurrir a los medios señalados en los acuerdos suscritos. El medio de solución más recurrido es el arbitraje. En un estudio comparado llevado a cabo por el Banco Mundial, se afirma que, de los acuerdos bilaterales existentes, más del 50% recurre a la institución conocida en inglés como "ICSID" o en francés como "CIRDI", (Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements), o en castellano CIADI, la cual depende del Banco Mundial y cuyo objeto es servir de "panel" para la solución de dichos conflictos, como también para la elaboración de estudios y proyectos relativos a la inversión extranjera.

B) Los instrumentos multilaterales.

En el campo multilateral, según estudios del Banco Mundial, existen más de 25 instrumentos que pretenden dar pautas generales en las mismas materias que los acuerdos bilaterales: admisión, tratamiento, expropiación y solución de controversias. Estos instrumentos multilaterales en el campo de la inversión extranjera incluyen convenciones de carácter universal y también regional; resoluciones relativas al GATT, códigos, declaraciones y resoluciones, incluyendo las preparadas por organismos de la ONU y un número de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, que podemos señalar, bajo la expresión general, como fuentes de principios generales del Derecho Internacional. En este campo, el

"Código de conducta de las Asociaciones Transnacionales" elaborado por la OECD es el mejor ejemplo de un instrumento multilateral.

Se puede concluir de la gran mayoría de estos instrumentos multilaterales, los siguientes principios rectores generales:

1) Es de la competencia de cada Estado, en conformidad con el principio de la soberanía nacional, la facultad de regular las materias referentes a la inversión extranjera, pero siempre con una gran finalidad: estimular la inversión;

2) A los inversionistas extranjeros se les otorga el tratamiento nacional, salvo excepciones bien justificadas y predeterminadas;

3) La legislación interna nacional que regula la repatriación o el retorno de capital, no puede en ningún caso, eliminar el derecho del inversionista a disponer de su propio capital;

4) El derecho a expropiar es reconocido bajo la ejecución de dos requisitos: primero, que exista pago de una indemnización, que se describe como "adecuada", "apropiada" o "justa" o que refleje el "justo valor del mercado"; segundo, el respeto de la legislación interna;

5) Finalmente, los conflictos se deben resolver amigablemente; en caso contrario, se deberán agotar los recursos internos del país receptor. Adicionalmente, si las partes así lo estipularan, puede utilizarse cualquier otro medio, incluyendo el arbitraje.

C) Principales normas de las legislaciones nacionales.

Según un estudio del Banco Mundial existían, solamente en países en desarrollo, hacia el año 1992, 48 códigos que regulaban la inversión extranjera: 26 en países africanos, 9 en países del Asia; 6 en Europa del Este y 7 en América latina y el Caribe. Estos códigos o regulaciones se refieren a los mismos temas que los acuerdos bilaterales y multilaterales como la admisión, expropiación, tratamiento y solución de controversias. Sin embargo, estos códigos constituyen sólo una parte del conjunto de normas que regulan las inversiones extranjeras en dichos países, ya que otros cuerpos legales internos o normas jurídicas se refieren a menudo a temas específicos que se relacionan con la inversión.

En relación con el "trato", los códigos nacionales aplican en mayor medida el principio del "tratamiento nacional" a diferencia de los acuerdos bilaterales, que usan la fórmula y expresión de "tratamiento justo y equitativo". También en cuanto a la repatriación o retorno del capital, las legislaciones nacionales la permiten sólo cuando se realice en concordancia con las regulaciones cambiarias internas. Pocos estatutos internos permiten sin restricción alguna, la transferencia del capital al exterior.

La mayoría de estos cuerpos legales nacionales incluyen "requisitos de rendimiento", como son las normas de contenido local: exigencias de personal local o metas o porcentajes de exportación, etc. La gran parte de estas exigencias son concedidas en contrapartida con ciertos beneficios de carácter tributario.

Varias de estas legislaciones nacionales tratan el tema de la expropiación, señalando que ésta sólo procederá en el caso de interés público y con la debida compensación. A pesar que la legislación interna nacional por regla general es más minuciosa y detallista que los acuerdos bilaterales, en materia de definir lo que se entiende por una compensación adecuada, los tratados bilaterales son, en este sentido, más informativos y explícitos, particularmente al describir con mayores detalles lo que se entiende por una compensación "justa" y "equitativa".

Las regulaciones nacionales en materia de solución de controversias, determinan y reafirman la aplicabilidad de la jurisdicción y de la competencia interna para la solución de cualquier litigio que surja entre el inversionista extranjero y el Estado receptor.

A este respecto, los acuerdos bilaterales recurren con mayor frecuencia a la idea de mencionar el uso del arbitraje y sobre todo a recurrir como árbitro o mediador, ante cualquier posible disputa, a instituciones financieras internacionales expertas en estas materias.

Haciendo un análisis comparativo de las diversas legislaciones nacionales existentes se puede concluir que los países desarrollados o industrializados tienden a no tener un código o cuerpo legal nacional que regule la inversión extranjera; prefieren los acuerdos de carácter bilateral o multilateral. A diferencia de lo anterior, los países en vías de desarrollo muestran una tendencia a contar con este tipo de legislaciones nacionales,

siendo éstas, mucho más atractivas para promover el capital foráneo, que las pocas legislaciones existentes, en esta materia, por parte de naciones industrializadas.

D) Resoluciones arbitrales y el derecho internacional económico.

Los archivos del Banco Mundial contienen información de más de 310 litigios, resueltos arbitrariamente y que se refieren a materia de inversión; un 60% de estos conflictos fueron originados con la caída del gobierno del Sha de Irán, pretendiendo resolver las disputas entre Irán y los Estados Unidos. En materia doctrinaria y jurisprudencial, la mayoría de los casos sólo analizan, y detalladamente, el aspecto de la expropiación; en forma escueta, y bajo un número reducido, se estudian también las demás materias que dicen relación con la inversión extranjera, como sería el caso de su admisión o el tratamiento.

Un gran porcentaje de la jurisprudencia se pronuncia porque toda expropiación, contraria a los tratados bilaterales o a la legislación nacional imperante, es ilegal. Esto se relaciona con la necesidad de que exista un interés nacional o público como fundamento de la expropiación; que concurra, además, una compensación "adecuada", "justa" y "oportuna". Las resoluciones arbitrales se explayan cuando tratan el tópico de la indemnización. Se puede concluir que dicha compensación no puede ser objeto de una fórmula aritmética única, pues las diversas situaciones y realidades la hacen variar. Generalmente, dicha compensación debe ser equivalente al valor real de la propiedad expropiada, valor que se enlaza con la fecha en que ocurrió el acto de expropiación.

Estas resoluciones tienen un enorme valor, en especial, cuando se intenta buscar un marco de referencia con la evaluación de la cantidad y con la oportunidad de lo que debe entenderse por una "indemnización debida".

Otro principio que se puede extraer de las resoluciones arbitrales, es la obligación, por parte del Estado receptor de la inversión, de otorgar, con la debida diligencia, la constante protección jurídica y policial al inversor extranjero, de la misma medida como la otorga a los nacionales de su propio Estado. Con relación al concepto de "Buena Fe", se desprende que, tanto el Estado como el inversionista extranjero, deben cumplir el contra-

to de inversión extranjera aplicando dicho principio.

Finalmente interesa cierta jurisprudencia que expresa que la cláusula arbitral de un contrato nulo, celebrado entre un inversionista extranjero y un Estado, permanece válida, a fin de poder recurrir a ella como medio legítimo para poner en movimiento un medio de solución de controversias.

Como se puede observar, estas resoluciones arbitrales han constituido, dentro de ciertos parámetros, una interesante fuente del Derecho Internacional Económico.

II. PRINCIPALES ESTIMULOS ECONOMICOS PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION

Durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, los sistemas de integración económica entre los diferentes países han aumentado significativamente. El rápido crecimiento del comercio mundial, de la inversión extranjera directa, el aumento de los acuerdos de cooperación entre las multinacionales, han mostrado constituirse como la causa y el resultado de la creciente interrelación e interdependencia entre las empresas y las naciones del mundo. Además de la presencia de una integración económica global y el cambio de papel que han jugado las grandes corporaciones, nos encontramos hoy en día frente a un constante aumento del comercio y de la inversión entre los países industrializados, en especial entre Japón, América del Norte y la Unión Europea. Dicho aumento del comercio y de la inversión estimulan la creación de ciclos económicos de interdependencia. Hoy en día las grandes corporaciones transnacionales son los mayores instrumentos del comercio y de la inversión extranjera directa.

Se puede señalar, según lo afirma "Industry Canada" en su publicación titulada "Multinationals and Foreign Direct Investment in North America", que por medio del comercio y de la inversión, las grandes empresas han contribuido a la integración de Norte América (6). Estas compañías dominan el mercado de las materias primas y son los pilares

(6) Cf. Knubley, Legout and Rao, "Multinationals and Foreign Direct Investment in North America", Industry Canada, p. 143 a 150.

fundamentales en la creación de nuevos ciclos productivos.

El destacado papel jugado por las multinacionales ha quedado en evidencia con el aumento sostenido en las últimas décadas de la inversión extranjera. El surgimiento de estas grandes compañías y el significativo aumento de su inversión son manifestaciones del fenómeno de la globalización que estamos viviendo en el mundo moderno.

El crecimiento de la inversión extranjera directa que observamos en las últimas décadas, ha producido un aumento de los lazos comerciales entre los diversos Estados. La inversión extranjera efectuada por las multinacionales se ha convertido en el motor del comercio entre los países, debido al positivo impacto que ha tenido el comercio que se lleva a cabo entre dichas transnacionales. A modo de ejemplo, un gran porcentaje del comercio entre Canadá y los Estados Unidos es "entre compañías", en especial si se estudia la industria automotriz. En forma similar el aumento del comercio entre los países de la Unión Europea encuentra su explicación en el comercio entre las grandes compañías, que se debe en gran medida, a las grandes vinculaciones de inversión creadas entre los países miembros de la Unión.

Otros factores, lo constituyen la significativa liberalización de la inversión extranjera en economías desarrolladas y en vías de desarrollo, implicando un crecimiento del flujo de capitales.

La tendencia mundial por mantener regímenes más liberales en materia de inversión, se refleja en el creciente consenso entre los políticos y economistas, al afirmar que las transnacionales son el mejor vehículo para la transferencia del capital, tecnología y administración eficiente. Como asimismo, el consenso surgido a raíz de la estimulación de la competencia entre estos grandes conglomerados han contribuido a mejorar el estándar y nivel de vida, tanto en el país receptor de la inversión como el país de origen.

El más notable desarrollo ha sido la transformación de los Estados Unidos; de una tradicional fuente de capital, al mayor receptor de inversión extranjera directa. En los años 1980, los Estados Unidos eran dueños del 42,5% del stock de inversión colocado internacionalmente y sólo recibían un 16,4% del total de la inversión mundial. En los años 1990, los

Estados Unidos sólo participaban del 25,9% del stock de inversión colocado internacionalmente, pero aumentaron a un 24,2% el total de inversión directa recibida.

Una segunda tendencia ha sido el aumento en la década de los 80 de Japón, que adquirió una posición muy importante como inversionista extranjero. Lo anterior ayudado por el excelente desempeño, en esa década, de las grandes corporaciones niponas, las conocidas "keiretsus". Alrededor de los años 1990, Japón era dueño del 12,2% de la inversión mundial. Un crecimiento cuantioso si se considera que diez años antes dicha cifra sólo alcanzaba al 3,8%.

III. TENDENCIAS FUTURAS Y PROBABLES DE LA INVERSION EXTRANJERA

Veinte años atrás, en un conocido artículo de Fred Bergsten titulado, "Coming Investment Wars?" (7), se planteó la tendencia existente en la época. En virtud de aquella disposición las diversas legislaciones nacionales sobre inversiones se endurecían, estableciendo fuertes requisitos para los inversionistas extranjeros con la finalidad de obtener la mayor cantidad de beneficios para los países receptores de inversión, evitando por otra parte, el menor beneficio que los inversionistas extranjeros pudieran repatriar. Esas normas se transformaron en los hechos en verdaderos "Códigos Draconianos", desincentivadores de todo tipo de inversión. A modo de ejemplo está el "FIRA" (Canada Foreign Investment Review Act) de los años sesenta.

En el escenario planteado por Bergsten, los países receptores establecerían fuertes requisitos a los inversionistas extranjeros; por otra parte, los Estados, desde donde provenían dichas inversiones, contratarían con legislaciones aun más drásticas.

Frente al escenario así descrito, muchos expertos llamaron la atención sobre la creación de un régimen internacional para las inversiones, similar al establecido para las materias de comercio en el GATT. La idea era establecer normas respetadas por todos, eludiendo futuros conflictos en el

(7) Cf. Bergsten (F.C.), *New Rules for International Investment*, p. 391 a 404.

siendo éstas, mucho más atractivas para promover el capital foráneo, que las pocas legislaciones existentes, en esta materia, por parte de naciones industrializadas.

D) Resoluciones arbitrales y el derecho internacional económico.

Los archivos del Banco Mundial contienen información de más de 310 litigios, resueltos arbitrariamente y que se refieren a materia de inversión; un 60% de estos conflictos fueron originados con la caída del gobierno del Sha de Irán, pretendiendo resolver las disputas entre Irán y los Estados Unidos. En materia doctrinaria y jurisprudencial, la mayoría de los casos sólo analizan, y detalladamente, el aspecto de la expropiación; en forma escueta, y bajo un número reducido, se estudian también las demás materias que dicen relación con la inversión extranjera, como sería el caso de su admisión o el tratamiento.

Un gran porcentaje de la jurisprudencia se pronuncia porque toda expropiación, contraria a los tratados bilaterales o a la legislación nacional imperante, es ilegal. Esto se relaciona con la necesidad de que exista un interés nacional o público como fundamento de la expropiación; que concorra, además, una compensación "adecuada", "justa" y "oportuna". Las resoluciones arbitrales se explayan cuando tratan el tópico de la indemnización. Se puede concluir que dicha compensación no puede ser objeto de una fórmula aritmética única, pues las diversas situaciones y realidades la hacen variar. Generalmente, dicha compensación debe ser equivalente al valor real de la propiedad expropiada, valor que se enlaza con la fecha en que ocurrió el acto de expropiación.

Estas resoluciones tienen un enorme valor, en especial, cuando se intenta buscar un marco de referencia con la evaluación de la cantidad y con la oportunidad de lo que debe entenderse por una "indemnización debida".

Otro principio que se puede extraer de las resoluciones arbitrales, es la obligación, por parte del Estado receptor de la inversión, de otorgar, con la debida diligencia, la constante protección jurídica y policial al inversor extranjero, de la misma medida como la otorga a los nacionales de su propio Estado. Con relación al concepto de "Buena Fe", se desprende que, tanto el Estado como el inversionista extranjero, deben cumplir el contra-

to de inversión extranjera aplicando dicho principio.

Finalmente interesa cierta jurisprudencia que expresa que la cláusula arbitral de un contrato nulo, celebrado entre un inversionista extranjero y un Estado, permanece válida, a fin de poder recurrir a ella como medio legítimo para poner en movimiento un medio de solución de controversias.

Como se puede observar, estas resoluciones arbitrales han constituido, dentro de ciertos parámetros, una interesante fuente del Derecho Internacional Económico.

II. PRINCIPALES ESTIMULOS ECONOMICOS PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION

Durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, los sistemas de integración económica entre los diferentes países han aumentado significativamente. El rápido crecimiento del comercio mundial, de la inversión extranjera directa, el aumento de los acuerdos de cooperación entre las multinacionales, han mostrado constituirse como la causa y el resultado de la creciente interrelación e interdependencia entre las empresas y las naciones del mundo. Además de la presencia de una integración económica global y el cambio de papel que han jugado las grandes corporaciones, nos encontramos hoy en día frente a un constante aumento del comercio y de la inversión entre los países industrializados, en especial entre Japón, América del Norte y la Unión Europea. Dicho aumento del comercio y de la inversión estimulan la creación de ciclos económicos de interdependencia. Hoy en día las grandes corporaciones transnacionales son los mayores instrumentos del comercio y de la inversión extranjera directa.

Se puede señalar, según lo afirma "Industry Canada" en su publicación titulada "Multinationals and Foreign Direct Investment in North America", que por medio del comercio y de la inversión, las grandes empresas han contribuido a la integración de Norte América (6). Estas compañías dominan el mercado de las materias primas y son los pilares

(6) Cf. Knubley, Legout and Rao, "Multinationals and Foreign Direct Investment in North America", Industry Canada, p. 143 a 150.

fundamentales en la creación de nuevos ciclos productivos.

El destacado papel jugado por las multinacionales ha quedado en evidencia con el aumento sostenido en las últimas décadas de la inversión extranjera. El surgimiento de estas grandes compañías y el significativo aumento de su inversión son manifestaciones del fenómeno de la globalización que estamos viviendo en el mundo moderno.

El crecimiento de la inversión extranjera directa que observamos en las últimas décadas, ha producido un aumento de los lazos comerciales entre los diversos Estados. La inversión extranjera efectuada por las multinacionales se ha convertido en el motor del comercio entre los países, debido al positivo impacto que ha tenido el comercio que se lleva a cabo entre dichas transnacionales. A modo de ejemplo, un gran porcentaje del comercio entre Canadá y los Estados Unidos es "entre compañías", en especial si se estudia la industria automotriz. En forma similar el aumento del comercio entre los países de la Unión Europea encuentra su explicación en el comercio entre las grandes compañías, que se debe en gran medida, a las grandes vinculaciones de inversión creadas entre los países miembros de la Unión.

Otros factores, lo constituyen la significativa liberalización de la inversión extranjera en economías desarrolladas y en vías de desarrollo, implicando un crecimiento del flujo de capitales.

La tendencia mundial por mantener regímenes más liberales en materia de inversión, se refleja en el creciente consenso entre los políticos y economistas, al afirmar que las transnacionales son el mejor vehículo para la transferencia del capital, tecnología y administración eficiente. Como asimismo, el consenso surgido a raíz de la estimulación de la competencia entre estos grandes conglomerados han contribuido a mejorar el estándar y nivel de vida, tanto en el país receptor de la inversión como el país de origen.

El más notable desarrollo ha sido la transformación de los Estados Unidos; de una tradicional fuente de capital, al mayor receptor de inversión extranjera directa. En los años 1980, los Estados Unidos eran dueños del 42,5% del stock de inversión colocado internacionalmente y sólo recibían un 16,4% del total de la inversión mundial. En los años 1990, los

Estados Unidos sólo participaban del 25,9% del stock de inversión colocado internacionalmente, pero aumentaron a un 24,2% el total de inversión directa recibida.

Una segunda tendencia ha sido el aumento en la década de los 80 de Japón, que adquirió una posición muy importante como inversionista extranjero. Lo anterior ayudado por el excelente desempeño, en esa década, de las grandes corporaciones niponas, las conocidas "keiretsus". Alrededor de los años 1990, Japón era dueño del 12,2% de la inversión mundial. Un crecimiento cuantioso si se considera que diez años antes dicha cifra sólo alcanzaba al 3,8%.

III. TENDENCIAS FUTURAS Y PROBABLES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Veinte años atrás, en un conocido artículo de Fred Bergsten titulado, "Coming Investment Wars?" (7), se planteó la tendencia existente en la época. En virtud de aquella disposición las diversas legislaciones nacionales sobre inversiones se endurecían, estableciendo fuertes requisitos para los inversionistas extranjeros con la finalidad de obtener la mayor cantidad de beneficios para los países receptores de inversión, evitando por otra parte, el menor beneficio que los inversionistas extranjeros pudieran repatriar. Esas normas se transformaron en los hechos en verdaderos "Códigos Draconianos", desincentivadores de todo tipo de inversión. A modo de ejemplo está el "FIRA" (Canada Foreign Investment Review Act) de los años sesenta.

En el escenario planteado por Bergsten, los países receptores establecerían fuertes requisitos a los inversionistas extranjeros; por otra parte, los Estados, desde donde provenían dichas inversiones, contratarían con legislaciones aun más drásticas.

Frente al escenario así descrito, muchos expertos llamaron la atención sobre la creación de un régimen internacional para las inversiones, similar al establecido para las materias de comercio en el GATT. La idea era establecer normas respetadas por todos, eludiendo futuros conflictos en el

(7) Cf. Bergsten (F.C.), *New Rules for International Investment*, p. 391 a 404.

área de la inversión extranjera.

Afortunadamente, las pesimistas predicciones de un futuro conflicto en el campo de las inversiones no se materializaron. Sin embargo, subsiste hoy en día la idea de crear o establecer un régimen internacional para las inversiones extranjeras. Este régimen, según los expertos, puede formar parte del actual sistema global del comercio, debido a que las decisiones entre el comercio y las inversiones se encuentran estrechamente interrelacionadas. No se pueden solucionar los problemas del comercio internacional sin tratar los problemas que dicen relación con las inversiones extranjeras.

En los últimos veinte años el mundo desarrolló una especie de "régimen" en el sector de las inversiones. Este así denominado "régimen" no se puede comparar con el establecido en el GATT; pero si se puede reconocerle la existencia de diversos niveles: multilateral, bilateral, regional y nacional. También no se debe olvidar que existe un Código sobre movimiento de capitales elaborado en el seno de la OECD, el cual ha sido fortalecido en la última década. Asimismo existe una Agencia Multilateral de Garantía de la Inversión (MIGA), la que trata con problemas relacionados con la inversión. En este "régimen" encontramos también una serie de tratados bilaterales y una red de acuerdos tributarios. Adicionalmente, se cuenta con acuerdos regionales que se refieren al tema de la inversión, como es el caso del NAFTA. Todo lo anterior es una descripción breve de este estatuto jurídico relativo a la inversión extranjera. Es cierto que no se habla de "régimen" ya que no estamos frente a una estructura única con un solo nivel, sino más bien frente a una múltiple, con diversos niveles como los ya explicados.

Una liberalización de los regímenes jurídicos de la inversión extranjera ha ocurrido a lo largo de las últimas décadas. Sin embargo, los Estados Unidos ha caminado en varias oportunidades en dirección opuesta a dicha tendencia. Los ejemplos están presentes en la enmienda EXON-FLORIO a la "Omnibus Trade and Competitiveness Act" de 1988, en la que por primera vez los Estados Unidos establecen un sistema mediante el cual se pueden colocar restricciones al ingreso del capital foráneo.

El régimen jurídico internacional sobre la inversión es descrito, según Murray Smith, como "un conjunto de piezas y pedazos".

El futuro régimen jurídico de la Inversión se encontrará, por razones obvias, ligado estrechamente al futuro del régimen jurídico internacional del comercio. Por ejemplo, en el caso de las "keiretsus" japonesas que implica prácticas restrictivas y problemas de monopolio, ese tipo de situaciones se resolverá no sólo con ingresar al mercado japonés con productos es decir con comercio sino también con inversión, decisión que a su vez se relaciona con una cuestión mayor, el de las políticas mundiales de la competitividad.

Ahora que concluyó la Ronda del Uruguay y que el GATT se estructuró en una Organización Internacional del Comercio, el problema de la inversión extranjera debería ascender a un primer plano de la discusión. La idea que parece primar, es la creación de un régimen internacional para la inversión fundado en un sistema de mayor desregularización y también algo más liberalizado; se instituiría un régimen jurídico más propicio para la inversión extranjera directa. El esquema podría acoger el proyecto del Banco Mundial en el sentido que el "guideline" sirva de modelo, a fin de uniformar los diversos niveles existentes en el régimen actual.

Se puede concluir que los factores que están propiciando un sistema más liberalizado y desregularizado son los siguientes:

- 1) Una situación externa próspera para un gran porcentaje de países, acompañados de una confianza recuperada en el sistema financiero internacional;
- 2) Los resultados sobre la eficiencia del uso de las regulaciones internas exhibieron conclusiones pobres. Los Gobiernos no se dieron cuenta que, restricciones al flujo de capitales en la gran mayoría de los casos, produce atrasos en las adaptaciones estructurales de las economías. Estos controles administrativos y jurídicos se presentaron en los hechos caros y difíciles de mantener.
- 3) Una tercera razón que justifica la actual tendencia hacia una liberalización, es la preferencia generalizada de desregularizar u ordenar los mercados financieros nacionales. Ello lleva a la conclusión que si aquello que es razonable a nivel nacional e interno lo es también a nivel externo e internacional. Los Estados, que aspiran a jugar un papel preponderante en los centros financieros internacionales, han descubierto que su mejor

herramienta para poder lograr dicho papel, es mediante la desregularización de los sistemas financieros y la utilización de otros mecanismos de control, como lo son las tasas de interés por ejemplo;

4) Finalmente, el último factor lo constituye la innovación tecnológica. La revolución de las telecomunicaciones ha afectado considerablemente al sector financiero: reduciendo los costos en información y transacciones. La información sobre el estado de los mercados internacionales se encuentra disponible y a un bajo costo. La estandarización de las transacciones electrónicas tienen un costo más bajo que las que involucran el uso del papel. Lo anterior conlleva a la necesidad de operaciones más expeditas, con lo cual se requieren sistemas menos reglamentados y desburocratizados.

Como se puede desprender del análisis de los cuatro factores recientemente mencionados la tendencia es desregularizar y facilitar el flujo de capitales entre las naciones, ayudando asimismo al crecimiento del comercio y al desarrollo social y político de los diversos países. Las normas jurídicas tanto internas como internacionales en esta materia no se pueden alejar de esta tendencia; la creación de un futuro régimen jurídico sobre el movimiento de capitales extranjeros deberá tener obligatoriamente en consideración lo expuesto.

LOS NUEVOS PROBLEMAS JURIDICOS E INSTITUCIONALES EN LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA: EL "MERCOSUR" Y EL MODELO DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

José Roberto FRANCO DA FONSECA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. INTRODUCCION

- 1.1.- Cooperación e integración.
- 1.2.- Interestatalidad y supraestatalidad.
- 1.3.- Precisiones terminológicas y metodológicas.

2. INTEGRACION POLITICA

- 2.1.- Estado Unitario.
- 2.2.- Confederación.
- 2.3.- Federación.

3. INTEGRACION ECONOMICA

- 3.1.- Zona de libre comercio.
- 3.2.- Unión aduanera.
- 3.3.- Mercado Común.

4. INTEGRACION POLITICO-ECONOMICA

5. INTEGRACION EN AMERICA LATINA: EXPERIENCIAS ANTERIORES

- 5.1.- La Alalc.
- 5.2.- La Aladi.
- 5.3.- Pacto Andino.
- 5.4.- El Mercado Común Centroamericano.

6. EL MERCOSUR

- 6.1.- La integración Brasil-Argentina.
- 6.2.- Tratado de Asunción y documentos complementarios.
- 6.3.- Estructura institucional.
- 6.4.- Sistema de solución de controversias.
- 6.5.- Estudio comparativo con la Comunidad Europea.

7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCION

1.1.- Cooperación e Integración

La evolución histórica de las organizaciones internacionales en sentido estricto (constituidas exclusiva o preponderantemente por Estados) presenta dos etapas distintas. Con el surgimiento de las primeras experiencias, lo que se pretendió, con la asociación de Estados, fue la reglamentación normativa de fenómenos de la vida (navegación del Reno, 1814 y 1815; navegación del Danubio, 1856) y novedades tecnológicas (Unión Telegráfica Universal, 1865; Unión Postal Universal, 1874) que imponían la reunión de esfuerzos de más de un Estado, teniendo en vista la propia naturaleza internacional de la actividad a reglamentar. A esa primera fase de la evolución de las organizaciones internacionales pertenecen también los grandes proyectos de "gobierno mundial" (1), desde la Santa Alianza (26 de Septiembre y 20 de Noviembre de 1815) hasta la Sociedad de las Naciones (con su Corte Permanente de Justicia Internacional) y la Organización de las Naciones Unidas (con las organizaciones especializadas a ella vinculadas y la nueva Corte Internacional de Justicia).

La característica fundamental de esa primera etapa, en la evolución de las organizaciones internacionales, está en la naturaleza jurídico-política de ellas: se trata de asociaciones de Estados, en que se tuvo la preocupación específica de preservar, enteramente, la soberanía de cada uno de los asociados. En ellas no se delegan competencias y la actuación de ellas se hace a través de la actuación de los propios Estados asociados. Esa es la razón por la cual se acostumbra tradicionalmente a denominarlas organizaciones *de cooperación*, para distinguirlas de las que surgen más adelante, en una segunda etapa o fase. En las organizaciones de cooperación el objetivo estratégico motivador de los Estados miembros es, o meramente técnico-pragmático, o político global. Hay gran preocupación en torno del clásico "dominio reservado" de las soberanías asociadas y, consecuentemente, no surge la necesidad de reformulaciones o adaptaciones de los sistemas normativos internos para su subsumpción al ordenamiento jurídico global.

(1) Expresión usada por Hans Morgenthau, *Politics among Nations*, New York, Knopf, 1967, parte 8, cap. 27.

Después de la Segunda Guerra, sin embargo, una segunda etapa se presenta en la evolución de las organizaciones internacionales, que adquieren ya una nueva faceta jurídico-política, en función de nuevos objetivos estratégicos. Tales nuevos objetivos son puestos en el plano infraestructural de la economía, como respuesta exigida por el mundo contemporáneo al conflicto dialéctico entre la globalización y la regionalización en la economía mundial (2). Las nuevas organizaciones entonces surgidas en Europa - CECA (Tratado de París, 1951), CEE y CEEN (Tratados de Roma, 1957) - traen en sí, características nuevas que las diferencian de las asociaciones clásicas. Se constituyen órganos supraestatales (como la Comisión), se delegan competencias (como la función legislativa, para determinadas materias; y la función de gerencia y administración) y, sobre todo, surge la sujeción obligatoria a la jurisdicción comunitaria (con abandono de la clásica fórmula de la "cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria", consagrada en el Art. 36, 2º, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Ocurre todavía, lo que es más importante (porque allí está la verdadera nota característica esencial de esas nuevas organizaciones, por eso llamadas *de integración*), la necesidad de reformulación y adaptación de los ordenamientos jurídicos internos para su subsumpción al cuadro normativo comunitario, en los casos en que esa reformulación y adaptación ya no se dé automática e inmediatamente en virtud de la entrada en vigor del Tratado constitutivo o de derecho comunitario derivado.

A partir de la experiencia europea, varias organizaciones internacionales se constituyeron, regional o subregionalmente, en otros continentes, inspirándose, en mayor o menor grado de integración de los Estados miembros, en el modelo europeo, teniendo en vista el nuevo macrosistema de las relaciones económicas internacionales. Tales organizaciones serán mencionadas en el n. 5 *infra*. En cuanto al proyecto reciente del Mercosur, será analizado en el n. 6 *infra*.

1.2.- Interestatalidad e Supraestatalidad

Una de las características específicas de los modelos europeos de orga-

(2) Paulo Roberto de Almeida, *O Mercosul no contexto regional e internacional*, São Paulo, Eds. Aduaneiras, 1993, Págs. 45-54.

nizaciones de integración es su supraestatalidad, que se muestra con más énfasis en tres sistemas institucionales: la función legislativa (que es ejercida, en régimen bicameral, por el Consejo de Ministros y por la Comisión, esta última integrada por personas prohibidas de solicitar o recibir instrucciones de cualquier Estado), la función administrativa de la misma Comisión y, finalmente, la jurisdicción inmediata y automáticamente obligatoria de la Corte de Justicia. A esa tríplice manifestación de la supraestatalidad (que será analizada en el n. 6.5. *infra*), algunos estudiosos agregan dos otros mecanismos institucionales: el derecho de legación (activo y pasivo) y la autonomía financiera, como características complementarias de la supraestatalidad.

Pero la supraestatalidad, para nosotros, no constituye característica esencial de una organización que pretenda ser *de integración*. Es sí característica esencial de uno de los tipos de organización de integración (n. 3 *infra*), no de todos. Así, puede una organización constituirse con la naturaleza de interestatal (también llamada de intergubernamental) y, no obstante, presentarse como una organización *de integración*.

Lo que realmente distingue a las organizaciones de integración de las de tipo clásico (de cooperación) es: a) el objetivo estratégico (que en las organizaciones de integración es la formación infraestructural de un bloque económico); b) la necesidad de reformulación o adecuación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para su subsumpción al cuadro normativo comunitario.

1.3.- Precisiones terminológicas y metodológicas

Se hace menester, por razón metodológica y para mejor precisión terminológica, que se determine la exacta comprensión y extensión del término *integración*. Como consecuencia de lo que fue anteriormente expuesto, en cuanto al objetivo estratégico de las organizaciones de integración, se verifica que la integración se sitúa en el plano infraestructural económico. Sin embargo, como mejor se demostrará en el n. 3 *infra*, los grados, fases o tipos de integración pueden llevar a los Estados miembros a finalmente constituir, en el plano supraestructural de las instituciones, una unión política.

En consecuencia de esa verificación, comenzaremos nuestro estudio por distinguir las dos acepciones del término *integración*: la política (n. 2 *infra*) y la económica (n. 3 *infra*).

2. INTEGRACION POLITICA

2.1.- Estado Unitario

El Estado moderno, surgido en Westfalia (1648), -según una versión clásica-, o, según moderna revisión, surgido en Iberia por lo menos un siglo antes, constituyó, él mismo, el producto de lento proceso de integración política, que, al final del feudalismo, operó la centralización del poder, con la fijación de fronteras y la afirmación del concepto de soberanía.

Entonces, la soberanía tenía una acepción vertical para el interior y para el exterior, así como una acepción horizontal. En el sentido vertical interior, soberanía significaba la centralización política excluyente de los poderes atomizados de los señores locales y consecuente extinción de la estructura feudal; en el sentido vertical exterior, la independencia en relación al Papa (en materia temporal) y en relación al Sacro-Imperio (que dejaba de existir). En el sentido horizontal, soberanía significaba la igualdad e independencia entre los Estados que surgían.

Aunque, en un primer momento, la afirmación de soberanía estatal pudiera parecer reposar sobre una idea centrífuga de aislamiento, lo cierto es que, en la sociedad internacional, todo se pasa de la misma manera que en los microsistemas de las sociedades internas, o sea: la sociabilidad (fuerza centrípeta) lleva a los Estados a aproximarse y, eventualmente, a asociarse, según modelos diversos de integración política, con mayor o menor grado de delegación de competencias (y, por lo tanto, de comprometimiento de la soberanía y de la personalidad internacional).

2.2.- Confederación

La Confederación, modelo de integración política regido, en regla, por tratado constitutivo, goza de personalidad internacional, paralelamente a

los Estados miembros soberanos que la componen. Los modelos históricos de Confederación han desaparecido, o por la transformación de ella en Federación, como ocurrió en el segundo año de existencia de los Estados Unidos de América, o como ocurrió con Suiza; o han desaparecido por la transformación centrífuga en Estados soberanos totalmente independientes, como ocurrió con América Central (1895-1897).

Contemporáneamente, en 08-12-1991, en Alma Ata, la Comunidad de los Estados Independientes (CEI), organización política embrionaria que hasta entonces contaba con Rusia, Ucrania y Bielorusia, ganó la adhesión de los nuevos Estados de la Asia Central (Armenia, Azerbaidján, Moldavia, Kazakstán, Turkmenistán, Uzbekistán, Tadjikistán y Kirghizistán). O sea, nació la CEI con once de las quince antiguas unidades integrantes de la federación soviética (los tres Estados bálticos excluyéronse, así como Georgia). Después, Azerbaidján se retiró, reduciéndose hoy los miembros de la confederación a diez Estados.

2.3.- Federación

El grado más profundo de integración política entre Estados se encuentra en el modelo federativo. En él, los Estados miembros le delegan a la Unión toda la soberanía (y, consecuentemente, la personalidad internacional), conservando meramente la autonomía (administrativa, legislativa y jurisdiccional).

El modelo federativo presupone, en su estructura institucional: a) la personalidad única de la Unión, en el sistema internacional; b) la prohibición de secesión de los miembros, so pena de intervención; c) mecanismos de control de constitucionalidad de los actos (administrativos, legislativos y jurisdiccionales) emanados de los miembros (y, consecuentemente, la existencia de una Corte Suprema). Esas tres notas distintivas lo diferencian del modelo confederativo.

El modelo federativo, a su vez, presenta categorías diversas: a) el modelo perfecto, como el norteamericano, en que en la distribución de las competencias y poderes entre la Unión y los Estados miembros, la autonomía de éstos es amplísima; b) el modelo imperfecto, como era la extinta Federación Soviética, en que había predominio de algunos miembros

en relación a los otros; c) el modelo más que imperfecto, como es el brasileño, en que toda la legislación substantiva es de competencia exclusiva de la Unión, constituyéndose, bajo ese aspecto legislativo, de hecho, en un Estado unitario, aunque nominalmente federativo.

3. INTEGRACION ECONOMICA

3.1.- Zonas de libre comercio

El primer modelo de integración económica es la zona de libre comercio (EFTA, ALALC). Según tal modelo, dos o más Estados se asocian y proceden a la abolición (gradual o inmediata) de las barreras aduaneras internas, con duplo objetivo: a) facilitar la circulación de mercaderías, ampliando de ese modo, el mercado; b) proteger la producción interna, ya que las tarifas aduaneras son mantenidas, para productos provenientes del exterior. En ese modelo, tales tarifas aduaneras externas son las que pre-existían a la constitución de la zona: por lo tanto, cada Estado mantiene para cada producto del exterior, una tarifa que no siempre es la cobrada, para la misma mercadería, por otro Estado miembro de la zona.

Este modelo presenta tal característica, que ha sido apuntada como imperfección. Según los críticos, suponiéndose que un productor extranjero de calzado quiera alcanzar el mercado consumidor del Estado A (que cobra tarifa 20), puede querer hacer con que el calzado entre en la zona por el Estado B (que cobra tarifa 10) y, una vez en el interior de la zona de libre circulación, el calzado alcanzaría, sin más acrecimiento en la frontera, el Estado A (que, si mantiene tarifa tan alta, es porque, o tiene mercado consumidor de alto poder adquisitivo, o porque tiene una industria naciente de calzados que requiere protección). Para obviar tal posible fraude son creados mecanismos administrativos y fiscales, de grado de complejidad variable (como los certificados de origen, los impuestos de compensación por la diferencia de las tarifas, la reglamentación del porcentaje de mano de obra y materia prima para que un producto pueda ser considerado fabricado en el interior de la zona, etc.). Tales mecanismos y complicaciones burocráticas, sin embargo, no siempre se revelan eficientes en el combate al posible fraude.

3.2.- Zona Aduanera

Para evitar las imperfecciones y obstáculos a la integración, propios de una zona de libre comercio, apuntados en el párrafo anterior, pueden los Estados miembros (A y B, del ejemplo anterior) sentarse en la mesa de negociaciones, para llegar al consenso sobre una única y misma tarifa externa común, para cada bien proveniente del exterior. Tal negociación es ardua y agotadora, pero el resultado aparta las imperfecciones del modelo, anteriormente anotadas. Benelux es el ejemplo clásico de este tipo de integración.

3.3.- Mercado Común

El modelo de integración económica denominado mercado común consiste en una zona aduanera, en la cual se instituyen cuatro libertades de circulación, no solo, por lo tanto, la libre circulación de mercaderías. Tales cuatro libertades de circulación son las siguientes: a) de personas (con la consecuente abolición de la exigencia de pasaportes y visas); b) de bienes (con la abolición, gradual o inmediata, de las tarifas aduaneras internas, manteniendo una tarifa externa común para cada mercadería proveniente del exterior); c) de capitales (dándosele tratamiento de capital nacional a la inversión proveniente de cualquiera de los Estados miembros del mercado, así como considerándose empresa nacional aquella constituida en cualquier Estado miembro); d) de servicios (en la acepción técnica y también genérica o amplia, que abarca el libre establecimiento comercial y el libre ejercicio de profesión técnico-científica o liberal, con la consecuente eliminación de exigencia de revalidaciones de diplomas o cursos).

4. INTEGRACION POLITICO-ECONOMICA

En el Tratado de Roma, que instituyó la CEE, se establecía cronograma de implantación para un mercado común, en un primer momento, y, en un momento final, para un modelo de integración, que se acostumbra denominar de comunidad político-económica o, simplemente, Unión Europea (como está consubstanciada en los objetivos del reciente Tratado de Maastricht, perfeccionador del Acta Unica de 1986).

Tal modelo presupone dos planos superpuestos horizontalmente. En un primer plano, infraestructural, hay un mercado común (como vimos, una zona aduanera más las cuatro libertades de circulación). En un segundo plano, sobreyacente o supraestructural, la creación de un sistema político-institucional y jurídico consistente en: a) legislación comunitaria, gestión central y jurisdicción uniformizadora de la interpretación del derecho comunitario; b) moneda única (el Ecu); c) formulación comunitaria de la política externa; d) derecho (activo y pasivo) de legación diplomática; e) uniformización legislativa o aproximación, en determinadas materias.

Ese es, sin duda, el grado más intenso y profundo de un proceso de integración entre Estados, pues presupone tal proceso envolviendo dos planos: el económico y el político.

Por eso, podemos pensar, en cuanto a la naturaleza jurídica de ese modelo, en un nuevo fenómeno institucional, "sui generis", en muchos puntos distinto de las cláusulas y tradicionales categorías de movimientos de integración política y económica.

5. INTEGRACION EN AMERICA LATINA: EXPERIENCIAS ANTERIORES

5.1.- La Alalc

Dos reuniones se realizaron, en 1958 y 1959, en Santiago de Chile, con los auspicios e inspiración de la Cepal de Raul Prebisch, cuando Argentina, Brasil, Chile y Uruguay decidieron constituir, en un primer proyecto, una zona de liberación progresiva de comercio recíproco, aprovechándose del permiso excepcional contenido en el Art. 24 del Gatt. En seguida, se sumaron Bolivia, Paraguay y Perú y, finalmente, en 1960, es celebrado el Tratado de Montevideo, constituyendo la Alalc, bien como incluyendo a Méjico.

Se acordaba el establecimiento, a través de negociación multilateral, de "listas comunes" y "listas nacionales" de cada producto, la disminución gradual de las tarifas aduaneras y la eliminación también gradual de restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías. Además de esos mecanismos, se convenían acuerdos de complementación, tratamiento

más favorable a los países de menor desarrollo relativo e instrumentos monetarios.

Se fijó un período transitorio de 12 años (1960-1972), dentro del cual se realizarían negociaciones anuales, obligándose a los Estados miembros a concederse reducciones graduales selectivas, que se irían ampliando a lo largo del referido período. Tales listas nacionales, teóricamente, alcanzarían, en 1972, una tal reducción media de tarifas, que prácticamente traerían como resultado la inexistencia de barreras aduaneras para el mayor volumen de comercio entre los países.

Al lado de ese sistema de "listas nacionales", que acabó demostrando no ser instrumento eficiente por las dificultades intrínsecas al proceso de negociación producto a producto, la Alalc instituyó otro mecanismo, el de la "lista común". Todo producto incluido en la lista común debería quedar exento de cualquier tipo de barreras, aduaneras o contingenciales (sin posibilidad de reconsideración y substitución por otro producto de resultado compensatorio equivalente, como se permitía en las listas nacionales).

En cuanto a los acuerdos de complementación industrial, consistían, básicamente, en la posibilidad de que dos o más Estados de la Asociación se hiciesen concesiones recíprocas (fuera de las listas nacionales), para concretizar la implantación de determinadas industrias.

Hasta el final del período de transición, los Estados miembros eran Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Cabe aquí una síntesis de las críticas que se formularon ante esa experiencia de integración de América Latina. En primer lugar, desde el punto de vista de la infraestructura física y macroeconómica, el espacio latinoamericano global, que la experiencia de la Alalc deseaba abarcar, no tenía nada en común o semejante con el espacio europeo cubierto por el modelo europeo: En América Latina prácticamente no existen ferrovías ni hidrovías; hay cadenas montañosas intransponibles y florestas inmensas y demográficamente vacías, lo que del punto de vista geopolítico son factores de disociación y desintegración; los puertos, o son inaprovechables (como Buenos Aires), o de operación costosa y desestimulante (como Río

y Santos); los sistemas de comunicación son precarios, sino inexistentes. En segundo lugar, desde el punto de vista cultural, la latinoamericanidad parece, para algunos, ser concepto totalmente artificial, impuesto por Europa para el continente americano, pues, en verdad, las relaciones económico-culturales de los Estados latinoamericanos siempre fueron dirigidas, más para los Estados Unidos y Europa que para el espacio intrazonal de vecindad puramente geográfica. En tercer lugar, hay autores (3) que ven en la ola de regímenes militares y autoritarios, que asumió el poder en América Latina a partir de la segunda mitad de la década de 60 hasta la década de 80, otro factor de enorme dificultad para la marcha de la integración regional; es por eso que tales regímenes "acostumbran manifestar una preferencia por regímenes económicos igualmente cerrados, con fuertes tendencias para la autosuficiencia y la autarquía". En cuarto lugar, finalmente, están los críticos para los cuales la propia inspiración doctrinario-política de la escuela económica de la Cepal, que estuvo presente en el origen de la experiencia de la Alalc, constituyó grave equívoco, dando lugar a los dañinos resultados del "desarrollismo nacionalista" y del gigantismo estatal (4).

El hecho es que hubo, también, resultados positivos. En primer lugar, llegó a ocurrir mayor aproximación entre empresarios y gobiernos de los Estados miembros (patrimonio importante después incorporado a la Aladi). En segundo lugar, se llegó a registrar un efecto benéfico en cuanto al aumento del volumen del comercio intrazonal (5).

5.2.- La Aladi

En 1980, ya se mostraba patente la inejecutabilidad de los objetivos ambiciosos y rígidos que se propusiera la Alalc. Sus Estados miembros celebran entonces, en Montevideo, nuevo Tratado, instituyendo la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi). Reestructúranse, en

(3) Paulo Roberto de Almeida, *Op. cit.*, Pág. 65.

(4) Guy Sormann, *La nueva riqueza de las naciones*, Buenos Aires, Atlántida, 1988, Trad. Cristina Sardoy.

(5) Ramón Tamames, *Estructura da Economía Internacional*, Lisboa, Ed. Dom Quixote, 1979, Trad. Pescada y Palmeirim, Pág. 209.

este instrumento, los objetivos y plazos; incorporándose, sin embargo, a la nueva organización, el llamado "patrimonio histórico" a la Alalc (o sea, las listas y acuerdos en el seno de ella ya negociados). Se crea, además, un "área de preferencias arancelarias", sin plazos rígidos para su implementación. "El sistema de preferencias arancelarias significaba que cualquier país podía ponerse de acuerdo con otro de la región, e intercambiar concesiones recíprocas en los niveles de tarifas aplicadas a la importación, sin ninguna obligación de extenderlas a los demás países de la Aladi" (6).

En cuanto a la estructura jurídico institucional, la Aladi adoptó el modelo anterior de la Alalc, con tres órganos políticos (Consejo de Ministros de las Relaciones Exteriores, Conferencia de Evaluación y Convergencia y Comité de Representantes), y uno técnico (Secretaría General).

Se debe notar que, tanto en el Tratado de 1960 como en el de 1980, no hay mención ni reglamentación de procesos de solución de litigios entre los miembros. Lo que había, en el seno de la Alalc, era un Protocolo para solución de controversias.

5.3.- Pacto Andino

El 26 de Mayo de 1969, fue celebrado el Acuerdo de Integración Subregional (en el ámbito de la Alalc), después conocido como de Cartagena, con la firma de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se adhirió en 1973 y Chile se retiró en 1976. El acuerdo original estipulaba dos órganos de dirección en la estructura institucional de la organización: la Comisión (con carácter político-normativo, constituida por representantes gubernamentales de los Estados miembros) y la Junta (con carácter técnico-ejecutivo y dotada de cierta supraestatalidad).

En esa primera fase, incumbirían a la Comisión las funciones de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación, para la solución de eventuales litigios, y, en la hipótesis de fracaso en esas funciones, la controversia sería sometida a la Alalc, conforme los términos del Protocolo

(6) Paulo Roberto de Almeida, *Op. cit.*, Pág. 66.

de esta organización, al cual se sometió el acuerdo de Cartagena.

El 26 de Mayo de 1979, se suscribió el Tratado instituyendo el Tribunal de Justicia. El Art. 1º de ese Tratado define el llamado "ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", a saber: a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) el Tratado de 28 de Mayo de 1979; c) las decisiones de la Comisión; d) las resoluciones de la Junta. O sea, derecho comunitario andino primario (a y b) y derivado (c y d). Al derecho primario y originario se le incorporó el Protocolo de Quito, de 12 de Mayo de 1987, que instituyó un cuarto órgano comunitario: el Parlamento Andino (7).

Es interesante notar que, en cuanto a las atribuciones del Tribunal de Justicia, el Pacto Andino se inspiró totalmente en la estructura y funciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Son los mismos los tipos de acción admisibles (acciones de nulidad o anulación, acciones por incumplimiento e acciones de indemnización). Y, lo que es muy importante, el Tribunal de Justicia andino incorporó dos principios fundamentales del modelo europeo de Luxemburgo: a) la legitimidad de las personas físicas (jurídicas individuales) o jurídicas (colectivas) para intentar acciones; b) el control jurisdiccional comunitario de la uniformidad de interpretación del ordenamiento andino, a través de la "cuestión prejudicial" interpretativa.

5.4.- El Mercado Común Centroamericano

Hasta 1821, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador integraban la misma unidad político-económica dentro de la Capitanía General de Guatemala, en el sistema colonial español. En 1821, con la independencia mejicana, abundaban en toda la región centroamericana las ideas de autonomía, y, después de unirse al imperio mejicano, proclamaron, en 1823, la constitución de una Asociación denominada "Provincias Unidas de Centroamérica", manteniendo cada una de ellas su independencia, y unidas todas por instituciones económicas comunes, de

(7) Para estudio, en profundidad, de la naturaleza jurídico-institucional del Pacto Andino, ver Francisco V. García-Amador, *El ordenamiento jurídico andino*, B. Aires, Depalma, 1977.

las cuales la más importante era el sistema monetario, basado en el peso centroamericano. Fuerzas federatistas centrípetas y separatistas centrífugas se agitaron y se contrapusieron, siempre, durante grande período hasta 1842, cuando los separatistas costarricenses imponen la derrota y la muerte al general hondureño Morazán, último baluarte de los federativistas. La Federación fué finalmente disuelta. Desde entonces, fueron varias las tentativas, sin éxito, de retorno a la unión, hasta que, en 1950, fue creada la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA), órgano político, que sin duda facilitó varias tentativas de aproximación económica, hechas a través de tratados bi o trilaterales, hasta que, finalmente, en 1960, se firmó, en Managua, el Tratado General de Integración Económica, que instituyó el Mercado Común Centroamericano.

Al lado de un Secretariado de Integración Centroamericana (SIECA), con sede en Guatemala, se constituyó en 1962 la Cámara Centroamericana de Compensación, y en 1964, el Consejo Monetario Centroamericano, con sede en San José de Costa Rica, con el objetivo de estructurar la unión monetaria entre los cinco países. Ya en 1960 se emplazaba en Tegucigalpa el Banco Centroamericano de Integración Económica, para financiamiento de proyectos industriales de interés comunitario.

Ese período, sin duda el más importante, termina en 1969, con la retirada de Honduras del Mercado Común, debido a la guerra con El Salvador. Comienza entonces, un nuevo período de integración económica (1970-1978), marcado por la ruptura interna del proyecto y por la acción de otros factores externos, como: la inflación mundial, las abruptas fluctuaciones de los precios, el déficit progresivo de las balanzas de pagos y el cambio del sistema internacional, lo cual encareció las importaciones y desvalorizó las reservas monetarias, debido a la desvalorización de la moneda de los Estados Unidos. No obstante, el comercio intraregional creció de 4% (1951) para 22% (1978), con un crecimiento real de 5% al año.

Los órganos institucionales creados por el Tratado General de 1960 eran, además de la Secretaría Permanente (SIECA) ya referida, el Consejo Económico de América Central y el Consejo Ejecutivo.

Cuando se estudian procesos de integración en América Central, no se

puede dejar de mencionar la experiencia primera del Tribunal Internacional de Justicia, constituido por los países de América Central en el inicio del siglo. En el seno de la Conferencia de Paz realizada en Washington en 1907, se celebró la Convención instituyendo ese Tribunal, con 28 artículos más un dispositivo transitorio y un protocolo adicional. En 25 de Mayo de 1908, se instaló el Tribunal en Cartago (Costa Rica), transfiriéndose, después, para San José, cuando su primera sede fue destruida por un terremoto. Lo constituían cinco jueces efectivos y diez suplentes, con mandato de cinco años, electos por los legislativos de los Estados miembros. El hecho más importante es que en la competencia de la Corte se incluía juzgar "las demandas de ciudadanos centroamericanos contra los gobiernos contratantes, después del agotamiento de los recursos internos del país demandado o cuando fuera comprobada la denegación de justicia". En 12 de Marzo de 1918, después de la denuncia de la Convención por Nicaragua, el Tribunal encerró sus funciones. En su corta existencia, conoció diez casos, habiendo tenido participación crucial en la cuestión de la construcción del canal interoceánico a través de Nicaragua.

6. EL MERCOSUR

6.1.- La Integración Brasil-Argentina

Las experiencias Alalc-Aladi son ampliamente modificadas, en nuestros días, a partir de las nuevas realidades regionales: va a ocurrir una "transformación del carácter del viejo proyecto integracionista, dilacerado durante muchos años entre una retórica política bolivariana y una práctica comercial proteccionista" (8).

La crisis de la deuda externa, por un lado, y, por otro, la imposición proteccionista de barreras en el macrosistema económico internacional, llevó a Brasil y Argentina, a partir de los años 80, a concentrar esfuerzos para la experiencia subregional de integración. Ambos empeñados en la búsqueda de caminos democráticos en dirección a una soñada justicia social, después de la deterioración de sus regímenes militares autocráti-

cos, los dos países firman, en 1985, la "Declaración de Iguazu", constituyendo una Comisión Mixta Binacional de Alto Nivel (con la dupla presidencia de los dos Ministros de Relaciones Exteriores), para acelerar el proceso de integración bilateral.

En 1986, ambos países firman el "Acta para la Integración Brasil-Argentina", con un cronograma de integración y cooperación económica de naturaleza "gradual, flexible y equilibrada", otorgándose tratamientos recíprocos preferenciales mediante la adopción estratégica de integración gradual por sectores complementarios, a ser contemplados en protocolos específicos. Así, a partir de entonces, fueron firmados 23 protocolos (sobre bienes de capital, trigo, abastecimiento alimenticio, comercio, empresas binacionales, asuntos financieros, fondos de inversión, energía, biotecnología, estudios económicos, cooperación nuclear, cooperación aeronáutica, siderurgia, transporte terrestre, transporte marítimo, comunicaciones, política nuclear, cooperación cultural, administración pública, moneda, industria automovilística, industria alimenticia e industria siderúrgica). El protocolo de número 24, de más difícil elaboración por razones obvias del lado brasileño, versaría sobre la armonización de las macroeconomías de los dos países.

El intercambio bilateral se intensificó significativamente, por la implementación paulatina y gradual de esos protocolos, hasta que, en 1988, se celebró el "Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo", en Buenos Aires, con apenas doce artículos, con el objetivo de "consolidación del proceso de integración y cooperación económica" (Art. 1º), entre los dos países. Es interesante notar, en cuanto a ese aspecto, que el Tratado surge como resultado de la experiencia, practicada a lo largo del tiempo a través de la implementación de los protocolos sectoriales, lo que no acostumbra ocurrir, histórica y teóricamente, en materia de tratados, como ese, de naturaleza constitucional.

Estableciase, en el Tratado, el plazo de diez años para la creación de un espacio económico común, a través de la negociación de protocolos adicionales al acuerdo de alcance parcial de renegociación de las preferencias otorgadas en el período 1962-1980 en el cuadro de la Aladi.

Como siguiente paso, en 6 de julio de 1990, los Jefes de Estado de Brasil y Argentina firman el "Acta de Buenos Aires", reduciendo el plazo

(8) Paulo Roberto de Almeida, *Op. cit.*, Pág. 68.

fijado por el Tratado de 1988 para anticiparlo hasta 31 de Diciembre de 1994. En ese documento constituyóse el denominado Grupo Mercado Común (binacional). En Diciembre de 1990 tales compromisos son formalizados, dentro del ámbito de la Aladi, a través del acuerdo de complementación económica de n° 14.

Uruguay y Paraguay, países de características especiales, que los tornan extremadamente sensibles a las alteraciones y transformaciones del cuadro económico o político que envuelven Brasil y Argentina, evidentemente preocupados con la formación de la nueva unidad, manifestaron su interés en ese proceso de integración (Uruguay ya lo acompañaba desde los primeros pasos en la calidad de observador). Por eso fue que, después de sucesivas reuniones de negociaciones, los Jefes de Estado de los cuatro países del cono sudamericano firmaron, el 26 de Marzo de 1991, el Tratado de Asunción, creando el Mercosur, a ser perfeccionado dentro de un período transitorio, de 1991 hasta 31 de Diciembre de 1994.

6.2.- Tratado de Asunción y documentos complementarios

El Tratado define como su objetivo, en el Art. 1°, la constitución, hasta 31 de Diciembre de 1994, de un mercado común, con las siguientes implicaciones: a) libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales; b) la adopción de tarifa externa y política comercial comunes, en relación a terceros; c) la coordinación de políticas y sectores entre los Estados-miembros; d) la armonización de sus legislaciones, en las áreas pertinentes.

El Art. 6° privilegia, con relación al ritmo de implementación del programa de liberación comercial, a Paraguay y Uruguay.

El Art. 19 dispone que el Tratado, de duración indefinida, entra en vigor 30 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, junto al gobierno de Paraguay.

El Art. 20 permite negociaciones para adhesión (que solo podrá ser aprobada por la unanimidad de las partes) de cualquier Estado miembro de la Aladi, decorridos cinco años de vigencia del Tratado; tratándose, sin embargo, de pedido formulado por miembro de la Aladi que no haga parte de esquemas de integración subregional o extrarregional, tal plazo podrá ser disminuido.

Los Arts. 21 y 22 admiten y regulan la denuncia por parte de cualquier Estado miembro.

En el Art. 3°, el Tratado dispone que durante el período de transición (desde la entrada en vigor hasta 31 de Diciembre de 1994), para facilitar la construcción del mercado común, los Estados-partes establecen un régimen general de origen (anexo II), un sistema de solución de controversias (anexo III) y cláusulas de salvaguarda (anexo IV). En el Art. 5°, se menciona el cronograma de liberación comercial (anexo I).

Comencemos por analizar el programa de liberación comercial (anexo I).

El Art. 1° fija la fecha límite del período de transición para la eliminación total de gravámenes y restricciones en su comercio recíproco, extendiéndose tal plazo por más de un año, en favor de Paraguay y Uruguay, en lo que se refiere a la eliminación de las listas de excepciones.

El Arto. 2° define "gravámenes" y "restricciones". Los artículos 3°, 4° y 5° establecen un cronograma de desgravación progresiva y anual. En el Art. 6°, sin embargo, permítese la exclusión del programa de desgravación de productos comprendidos en las listas de excepciones presentadas por cada uno de los Estados partes con las siguientes cantidades de ítems de la nomenclatura oficial de la Aladi: Argentina, 394; Brasil, 324; Paraguay, 439; y, Uruguay, 960. Tales listas serán reducidas anualmente, de acuerdo con un cronograma fijado en el Art. 7°, hasta 31 de Diciembre de 1994 para Argentina y Brasil, y 31 de Diciembre de 1995 para Paraguay y Uruguay. En cuanto a las restricciones no arancelarias, el Art. 10° prevé su completa eliminación hasta 31 de Diciembre de 1994.

Examinemos, ahora, el régimen general de origen (anexo II).

El anexo II, en su capítulo I ("Régimen General de Calificación de Origen"), disciplina, en diez artículos, la calidad de los productos considerados "originarios" de los Estados miembros y, por lo tanto, beneficiados por el derecho de libre circulación. En el capítulo II ("Declaración, Certificación y Comprobación"), en nueve artículos, establece las reglas sobre documentación del origen y los actos administrativos respectivos, a cargo de los Estados miembros.

En cuanto al sistema de solución de controversias (anexo III), será objeto de estudio más minucioso (ns. 6.4 y 6.5 *infra*).

El anexo IV, finalmente, regula el funcionamiento del sistema de cláusulas de salvaguarda, en siete artículos. Después de mencionar el carácter transitorio (hasta el final del período de transición) y excepcional de las exclusiones al programa de liberación comercial (Art. 1º), el anexo prevé las condiciones de admisibilidad del pedido (Art. 2º): "Si las importaciones de determinado producto causan daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia de un sensible aumento, en un corto período, de las importaciones de ese producto provenientes de los otros Estados partes". Los Arts. 3º y 4º establecen las reglas para determinar el alegado daño o amenaza de daño. En el Art. 5º, se establece el plazo máximo de un año (prorrogable por igual período) para la duración de la suspensión de importaciones, siempre, sin embargo, dentro del período de transición. El Art. 7º prevé otra situación excepcional: la de que un Estado parte, durante el período de transición, "se considere afectado por graves dificultades en sus actividades económicas", caso en que las autoridades comunitarias, una vez realizadas las consultas, pueden tomar "las medidas correctivas necesarias".

6.3.- Estructura institucional

El Tratado de Asunción, en su capítulo II, dispone sobre los órganos de administración y ejecución del Mercosur, a saber:

a) el Consejo del Mercado Común, órgano superior, que toma las decisiones políticas, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Economía de los Estados partes, que se reunirá siempre que sea necesario (una vez al año, por lo menos, con la participación de los Presidentes de los Estados partes), pudiendo invitar a otros Ministros o autoridades de nivel ministerial;

b) el Grupo Mercado Común, órgano ejecutivo, integrado por cuatro miembros titulares y cuatro suplentes por país (originarios o representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Economía o equivalente, y del Banco Central), con las funciones de velar por el cumplimiento del Tratado y de las decisiones adoptadas por el Consejo y fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común, pudiendo convocar otros órganos públicos y privados;

c) Secretaría Administrativa del Grupo Mercado Común, con sede en Montevideo, una de cuyas funciones es guardar los documentos y comunicaciones de actividades;

d) los Subgrupos de Trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del Grupo Mercado Común, constituidos además de los creados por el anexo V del Tratado (Subgrupo 1: Asuntos Comerciales; 2: Asuntos Aduaneros; 3: Normas Técnicas; 4: Política Fiscal y Monetaria Relacionadas al Comercio; 5: Transporte Terrestre; 6: Transporte Marítimo; 7: Política Industrial y Tecnológica; 8: Política Agrícola; 9: Política Energética; 10: Coordinación de Políticas Macroeconómicas), así como además del Subgrupo de Trabajo nº 11 (Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social), creado por la resolución Mercosur/GMC nº 11/1991 (I), modificada, en cuanto a la denominación, por la resolución Mercosur/GMC nº 11/1992.

En los órganos colegiados mencionados arriba, las deliberaciones exigen consenso. Además de esos órganos de deliberación y administración, el Tratado constituyó, también, un órgano político y un órgano arbitral.

El órgano político es la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, creada por el Art. 24 del Tratado, cuyo reglamento fue aprobado el 6 de Diciembre de 1992, en Montevideo, por las delegaciones parlamentarias de los Estados miembros, reunidas para ese fin.

La Comisión Parlamentaria Conjunta es integrada por hasta 64 parlamentarios de ambas cámaras (hasta 16 de cada Estado parte) e igual número de suplentes, designados por los respectivos Parlamentos nacionales, con mandato de duración fijada por los respectivos Parlamentos, no inferior a dos años, cesando la investidura cuando termine en el Estado de origen el mandato parlamentario. Se crean (Arts. IV y V del reglamento) Subcomisiones (en número de doce), con la presencia de dos parlamentarios y dos suplentes de cada Estado parte en cada Subcomisión, con la salvedad de que otras Subcomisiones pueden ser creadas, así como suprimidas algunas existentes.

La Comisión se reunirá, alternativamente, en cada uno de los Estados, por lo menos dos veces al año en carácter ordinario, y sus decisiones "serán tomadas por consenso de las delegaciones de todos los Estados

partes, expresadas por el voto de la mayoría de sus integrantes acreditados por los respectivos Parlamentos" (Art. XIII del reglamento).

Las funciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta se asemejan a las del Parlamento Europeo (de Estrasburgo) de antes de la edición del Acta Unica de 1986. Vale decir: que tal órgano es meramente político, sin carácter legiferante. De todas las atribuciones enumeradas en el Art. III del reglamento, la más relevante es la mencionada en la letra "e": "emitir recomendaciones sobre la conducción del proceso de integración y de la formación del Mercado Común, las cuales podrán ser encaminadas a los órganos institucionales del Mercosur". También merece destaque el papel, atribuido por la letra "f", de importante vehículo de comunicación entre la comunidad y los legislativos nacionales: "realizar los estudios necesarios a la armonización de las legislaciones de los Estados partes, proponer normas de derecho comunitario referentes al proceso de integración y llevar las conclusiones a los Parlamentos nacionales".

Una de las funciones atribuidas a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, mencionada en la letra "b" del comentado Art. III del reglamento, se enuncia así: "desarrollar las acciones necesarias para facilitar la futura instalación del Parlamento del Mercosur". Ahora, tal enunciado parece dejar claro el carácter transitorio de ese órgano político, hasta que, futuramente, se instale el Parlamento comunitario.

Como mencionamos, la estructura institucional del Mercosur creó un órgano deliberativo (el Consejo), un ejecutivo (el Grupo Mercado Común, sus Subgrupos de Trabajo y la Secretaría Administrativa), un órgano político (la Comisión Parlamentaria Conjunta) y un órgano arbitral. Este último merece estudio pormenorizado, que se hace a seguir.

6.4.- Sistema de solución de controversias

Como vimos, el anexo III del Tratado de Asunción estipula un sistema comunitario de solución de controversias y prescribe dos reglas al respecto. En primer lugar, dispone que las controversias entre los Estados partes serán resueltas mediante negociaciones directas y, en la hipótesis de no lograrse solución por esa vía, serán sometidas a la consideración del Grupo Mercado Común, que, después de evaluar la situación (pudiendo

para eso asesorarse de paneles de especialistas o grupos de peritos técnicos), formulará en el plazo de sesenta días, las recomendaciones pertinentes. Si aún así no fuera solucionada la controversia, ésta será elevada al Consejo del Mercado Común, para sus recomendaciones.

Esa es la primera regla, contenida en el anexo III del Tratado.

Como segunda regla, el anexo dispone que, dentro del plazo de 120 días a partir de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado común debería proponer a los gobiernos de los Estados partes un sistema de solución de controversias para vigorar durante el período de transición. Y todavía: dentro del período de transición (por lo tanto, hasta 31 de Diciembre de 1994), los Estados partes deberían adoptar un sistema, ahora de carácter permanente, de solución comunitaria de controversias.

En consecuencia de esa segunda regla (1ª parte) se editó el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias (Mercosur/CMC/Dec. n. 01/1991), firmado el 17 de Diciembre de 1991 por los Jefes de Estado y Ministros de las Relaciones Exteriores de los cuatro Estados miembros, instituyendo un sistema provisorio, hasta que entre en vigor el sistema permanente de solución de controversias.

En cuanto al ámbito de aplicación, el Protocolo se limita a las controversias que surjan entre los Estados partes sobre la interpretación, la aplicación o el no cumplimiento de las disposiciones de derecho originario (Tratado de Asunción) o derivado (acuerdos celebrados bajo su manto, bien como decisiones del Consejo del Mercado Común y resoluciones del Grupo Mercado Común), según se deduce del Art. 1º (Cap. I: "ámbito de aplicación"); y, además de eso, abarca también las reclamaciones efectuadas por particulares (personas físicas o jurídicas) en razón de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del derecho originario o derivado, conforme se deduce del Art. 25 (capítulo V: "Reclamaciones de particulares").

En el primer caso (litigio en que las partes son Estados miembros), la solución de controversia puede desdoblarse a través de tres fases sucesivas, que, en verdad, corresponden a tres de las fórmulas clásicas de solución de controversias internacionales: a) la negociación directa (de carác-

ter político), durante un plazo máximo de quince días, salvo un acuerdo en contrario, manteniéndose siempre informado al Grupo Mercado Común sobre las gestiones y los resultados de ella (capítulo II, Arts. 2 y 3); b) la intervención, mediante conciliación, del Grupo Mercado Común (de carácter diplomático), por plazo no superior a treinta días, terminando el procedimiento con la formulación de recomendaciones a los Estados partes, objetivando la solución del litigio (capítulo II, Arts. 4, 5 y 6); c) el procedimiento arbitral (de carácter jurídico), que será analizado adelante más detalladamente, por ser alternativa común final en los dos casos que estamos estudiando.

En el segundo caso (litigio en que las partes son, por un lado, un Estado miembro, y, como titular de la pretensión, por otro lado, una persona física o jurídica) el procedimiento va a seguir dos fases sucesivas: a) en un primer momento, deducida la pretensión del particular ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado miembro donde tenga residencia habitual o la sede de sus negocios, este órgano colegiado interno examinará, ante los elementos ofrecidos, "la veracidad de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio" (Art. 26). A partir de ese juicio administrativo, la Sección Nacional puede optar por una de dos facultades: o entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte a que se atribuyó la violación, con la finalidad de buscar una solución inmediata a la cuestión; o elevar la reclamación, sin más exámen, al Grupo Mercado Común; b) en un segundo momento, planteado el interés del particular por la Sección Nacional ante el Grupo Mercado Común (ejercicio de protección diplomática), este órgano colegiado deberá proceder a la investigación, apoyándose en tres especialistas (integrantes de una lista de 24, 6 de cada Estado miembro), oyendo a las partes y, finalmente, si en el parecer de los especialistas se verifica la procedencia de la reclamación formulada contra el Estado parte, cualquier otro Estado parte podrá requerir al Grupo Mercado Común la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas y, si el requerimiento no prospera en el plazo de 15 días, el Estado parte que lo efectuó podrá utilizar directamente el procedimiento arbitral.

En lo que respecta al Tribunal Arbitral, previsto, pues, tanto para el caso de litigios entre los Estados como para el caso de reclamación origi-

nalmente particular, él es compuesto, "ad hoc", por tres árbitros, entre los integrantes de una lista de 40 nombres, 10 de cada Estado, siendo que cada parte nombrará 1 árbitro y respectivo suplente, debiendo el presidente, tercer árbitro, ser nacional de un tercer Estado y ser escogido de común acuerdo o, no habiendo acuerdo, por sorteo de una lista de 16 nombres (4 de cada Estado) elaborada por el Grupo Mercado Común. El Tribunal fijará, en cada caso, su sede en alguno de los Estados partes y adoptará sus reglas de procedimiento, garantizadas la contradictoriedad, amplia producción de pruebas y razones, y forma expedita. En el plazo de 60 días, prorrogables por más 30, a partir de la designación de su presidente, el Tribunal se pronunciará por escrito, debiendo el laudo ser fundamentado, adoptado por mayoría; no obstante, la votación será secreta y los tres árbitros firmarán el laudo, que no comporta votos disidentes. Dispone el Art. 8° que los Estados partes del Tratado de Asunción "reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya" y el Art. 21, del Protocolo ahora examinado, dispone que "los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia" "y tendrán relativamente a ellos fuerza de *res judicata*", debiendo ser cumplidos en un plazo de 15 días, si el Tribunal no fija otro, so pena de que, pasados 30 días, los otros Estados partes en la controversia, adopten "medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes" (Art. 23).

6.5.- Estudio comparativo con la Comunidad Europea

a) Estructura institucional

En la teoría de las organizaciones internacionales, el surgimiento de la CECA (Tratado de París, 1951), de la CEE y de la CEEN (Tratados de Roma, 1957) trajo, por lo menos, dos originalidades. Una de ellas fue la institución de procesos integrativos, en que no se dá la mera cooperación clásica (con eventual armonización de la legislación en algunas materias) mas, por lo contrario, donde ocurre la necesidad de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos al cuadro normativo de la organización, bien como a la legislación comunitaria derivada. Otra originalidad fue la constitución de órganos dotados de supranacionalidad o supraesta-

talidad (en oposición a los órganos intergubernamentales clásicos): la Comisión, el Parlamento, la Corte de Justicia.

Tal no ocurre en el Mercosur, cuyo tratado constitutivo prefirió usar los modelos clásicos para trazar el perfil del futuro mercado común, a completarse al final del período transitorio.

b) El sistema de solución de controversias.

En el Tribunal comunitario europeo, se introdujeron también algunas originalidades. En primer lugar, la obligatoriedad de su jurisdicción (diferentemente del sistema clásico de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora, en las cuales prevalece el sistema de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria). En segundo lugar, la legitimidad "ad processum" conferida a personas físicas y jurídicas de naturaleza privada. En tercer lugar, el ingenioso sistema de la "cuestión prejudicial interpretativa", que posibilita dos efectos: la uniformidad de la aplicación jurisdiccional del derecho comunitario en todo su territorio y la cooperación integrativa de las jurisdicciones nacionales con la jurisdicción comunitaria.

El Tratado constitutivo del Mercosur y su anexo III prefirieron no crear un órgano semejante. Se limitó el anexo III a instituir una fase previa obligatoria de negociaciones directas seguidas de conciliación (sucesivamente por el Grupo Mercado Común y por el Consejo del Mercado Común) para, en cuanto a la fase judicial propiamente dicha, delegar a los gobiernos de los Estados partes la elaboración de dos sistemas: el transitorio y el permanente. El Protocolo de Brasilia adoptó, para el período transitorio, el sistema de arbitraje a ser utilizado en la 2ª fase del procedimiento, encima referida. Por ahora, no existe nada todavía en relación al sistema a ser implantado después del término del período transitorio.

7. CONCLUSIONES

7.1.- El Tratado constitutivo del Mercosur prefirió no crear en la estructura institucional del futuro mercado común, por lo menos durante el período transitorio, cualquier órgano de dirección o jurisdicción dotado de supranacionalidad o supraestatalidad, habiendo adoptado así el modelo intergubernamental.

7.2.- Para la solución de controversias, el sistema adoptado (negociaciones directas, conciliación y, finalmente, arbitraje) no tiene la misma agilidad y seguridad que tendría la adopción de un sistema judicial permanente, lo que sin embargo aún podría hacerse, para vigorar después del término del período de transición.

7.3.- Pero el hecho de que el Mercosur no cuente, en su estructura administrativa-legislativa, con ningún órgano supraestatal no le retira la naturaleza jurídica de organización de integración, pues ésta se caracteriza por la necesidad de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos al cuadro normativo instituido por el tratado constitutivo.

LA REGULACION INTERNACIONAL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS Y OTRAS MATERIAS PELIGROSAS

José JUSTE RUIZ
Miembro del IHLADI

SUMARIO

INTRODUCCION.

I.- EL CONVENIO DE BASILEA DE 22 DE MARZO DE 1989 SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACION.

1. Aspectos generales.

- a) Antecedentes y gestación.
- b) Objeto específico y relación con otros Convenios.
- c) Gestión ambientalmente racional de los desechos.

2. Régimen de los movimientos transfronterizos.

- a) Información y consentimiento previo.
- b) Movimientos transfronterizos prohibidos y permitidos.
- c) Reimportación de los desechos y represión del tráfico ilícito.

3. Aplicación del Convenio.

- a) Aspectos institucionales.
- b) Restricción adicional de los movimientos transfronterizos.
- c) Responsabilidad internacional.

II.- LA REGLAMENTACION DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE OTROS DERECHOS, MATERIALES Y PRODUCTOS PELIGROSOS.

1. Reglamentación del tráfico de material radiactivo.

- a) Movimiento transfronterizo de desechos radiactivos.
- b) Transporte marítimo de material altamente radiactivo.

2. Reglamentación del tráfico de productos peligrosos.

- a) Movimiento transfronterizo de productos peligrosos.
- b) Transporte marítimo de productos peligrosos.

III.- LOS DERECHOS DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE TRANSITO.

- 1. Las reglas del Convenio de Basilea de 1989.
- 2. Las reglas del Convenio de Jamaica de 1982.
- 3. Observaciones complementarias.

CONCLUSION.

INTRODUCCION

El fenómeno denominado "movimiento transfronterizo de desechos peligrosos" posee una identidad específica que le distingue de otras situaciones afines.

Las reglas internacionales establecidas en esta materia, motivadas por una coyuntura histórica caracterizada por el descubrimiento de un tráfico internacional creciente (y a menudo clandestino) de desechos peligrosos (1), tienden esencialmente a definir en qué condiciones tales desechos pueden enviarse de un Estado exportador a otro Estado importador por cualquier medio de transporte. Se trata así de disciplinar un sector particularmente esquivo del comercio internacional, desde una perspectiva fundamentalmente ecológica.

Las cuestiones relativas a los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos presentan múltiples facetas e interconexiones (2) y su tratamiento requiere una correcta ponderación de sus dimensiones éticas, económicas, políticas y jurídicas. En el plano del Derecho internacional, que es el que nos interesa especialmente, el tema presenta unos perfiles

(1) El problema se reveló con creciente intensidad a lo largo de la década de los 80 produciendo una gran conmoción internacional, principalmente entre los países en desarrollo. Una serie de incidentes y nombres conocidos, jalonan la historia de este tráfico velado de desechos peligrosos: las dioxinas itinerantes de Seveso, el transporte de las cenizas de la incineradora de Filadelfia por el buque Khian Sea (luego rebautizado como Felicia), el descubrimiento del vertedero del puerto nigeriano de Koko (cuyos desechos tóxicos fueron luego transportados por los buques italianos Karen B y Deepsea Carrier), el viaje del buque Pro Americana, que llevó al puerto de Rotterdam los desechos tóxicos belgas, daneses e italianos que habían sido rechazados por Brasil... Un inventario completo de estos datos puede verse en VALLETTE and SPALDING (Eds), *The international Trade in Wastes: A Greenpeace Inventory*, Washington D.C., 5ª ed. 1990.

(2) Bárbara KWIATROWSKA y Alfred H.A. SOONS incluyen en el amplio espectro de cuestiones íntimamente interrelacionadas con el tema, las relativas a la definición de los desechos peligrosos, la gestión de los mismos y su evacuación en tierra, en las aguas dulces y en las aguas marinas, el transporte en todas sus modalidades, el movimiento transfronterizo de productos químicos y material radiactivo, el comportamiento de las empresas transnacionales, la protección de la salud, la represión del tráfico ilícito, la responsabilidad y la reparación por daños, los accidentes con impacto transfronterizo y otros problemas. Ver: Bárbara KWIATKOWSKA y Alfred H.A. SOONS, "Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal: Emerging Global and Regional Regulation", *Annuaire de La Haye de Droit International*, 1992, p. 69.

relativamente novedosos y une a su complejidad intrínseca la dificultad de incidir sobre un área particularmente sensible de las relaciones internacionales.

La verdadera magnitud de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos no ha sido todavía suficientemente determinada, pero los datos ya conocidos permiten concluir sin temor a error que se trata de un tráfico que ha adquirido una envergadura considerable (3). Aunque las víctimas propiciatorias del mismo sean, una vez más, los países en desarrollo, el movimiento transfronterizo de desechos no se limita al tráfico Norte-Sur, sino que se proyecta en dirección de todos los puntos cardinales. Hay así movimientos transfronterizos entre países industrializados (N-N), entre países industrializados y países en transición (OE-E), entre países desarrollados y países en desarrollo (N-S) y aún entre los propios países en desarrollo (S-S) (4).

El descubrimiento de las dimensiones ocultas de este tráfico de desechos peligrosos produjo inicialmente una profunda reacción de inquietud y de condena; pero pronto se hizo patente que la exportación e importación de desechos presentaba también una dimensión económica y comercial que era necesario considerar. La complejidad del tema y la contrariedad de los intereses en presencia condujo a la conclusión de que la solución a los problemas planteados no podría consistir en una prohibición indiscriminada de los movimientos transfronterizos de desechos, sino en una regulación de este tráfico peligroso que intentara al menos su control y, en la medida de lo posible, su disminución.

(3) La generalidad de las estimaciones cifran en alrededor de 3.5 millones de toneladas los traslados de desechos peligrosos realizados entre 1986 y 1988 desde los países desarrollados a los países en desarrollo. Los destinos más usuales eran Antigua y Barbuda, Benin, Guinea-Bissau, Panamá, Perú y Surinam. Ver: SEBEK, V. "International Legal Regulation of Trade on Toxic Waste, its Transport and Disposal", en POSTIGLIONE, A. (Ed), *Per un Tribunale internazionale dell'ambiente*, Milano (Giuffrè) 1990, pp. 286-287. Actualmente, también los países del Este de Europa se han convertido en destino para la exportación de desechos peligrosos; ver: diario El País de 19 de diciembre de 1993, "Albania, un basurero tóxico".

(4) KWIATKOWSKA, B y SOONS, A.H.A., op. cit., p. 71. Un examen más detallado de estos datos en MURPHY, S.D., "Prospective Liability Regimes for the Transboundary Movement of Hazardous Wastes", *American Journal of International Law* (en adelante AJIL), 1994/1, pp. 29-32.

La reglamentación internacional establecida tiene su piedra angular en el Convenio de Basilea de 1989 sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación. Pero hoy en día esa reglamentación no se limita exclusivamente a los desechos peligrosos que constituyen el objeto del Convenio de Basilea, sino que abarca también varios instrumentos que regulan los movimientos transfronterizos de otros materiales peligrosos y las condiciones del transporte de los mismos. Ambos temas serán examinados separadamente a continuación.

I.- EL CONVENIO DE BASILEA DE 22 DE MARZO DE 1989 SOBRE EL CONTROL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS PELIGROSOS Y SU ELIMINACION.

1. Aspectos generales.

a) Antecedentes y gestación.

Los primeros pasos en esta materia fueron dados por la OCDE a partir de 1974, mediante el establecimiento de un grupo de trabajo denominado "Special Waste Management Policy Group", y sus hitos más relevantes consistieron en la adopción de una recomendación sobre política de gestión integral de los desechos en 1976 (5) y en la adopción de sendas resoluciones sobre movimientos transfronterizos de desechos en los años 1984 (6) y 1986 (7).

El tema se incorporó a la agenda del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante PNUMA) a partir de su Conferencia de Montevideo de 1981. La persistencia de los incidentes relativos al

(5) OECD Council Recommendation C (76) 155.

(6) OECD Council Decision and Recommendation C (83) 180 (Final), relativa a los movimientos transfronterizos en el seno de la OCDE, que establece el principio de previa notificación.

(7) OECD Council Decision and Recommendation C (86) 64 (Final), relativa a los movimientos transfronterizos hacia países no miembros de la OCDE, que establece las condiciones de consentimiento previo y existencia de instalaciones adecuadas en el país de destino.

movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y la creciente sensibilización de los países en desarrollo llevó al Consejo de Administración del PNUMA a establecer en 1984 un grupo de trabajo que elaboró las denominadas Directrices y principios de El Cairo para el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos (8), adoptadas en el año 1987 mediante la Decisión 14/30. Esta misma decisión autorizó al Director Ejecutivo a convocar un grupo de expertos técnicos y jurídicos, encargado de elaborar un Convenio internacional sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, siguiendo las directrices de El Cairo. El grupo de expertos mantuvo seis reuniones de trabajo entre 1987 y 1989, en las que participaron representantes de 96 Estados y 50 organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, y llevó a buen fin los preparativos del Convenio, de acuerdo con su mandato (9).

La Conferencia de plenipotenciarios se reunió del 20 al 22 de marzo de 1989 con la participación de 116 Estados y, pese a las profundas divisiones que se manifestaron en su seno (10), culminó con la adopción del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (11). El Acta Final recoge, además del texto del Convenio y sus seis anexos, nueve resoluciones aprobadas por la Conferencia así como diez y nueve declaraciones individuales y conjuntas de los Estados negociadores.

El Convenio de Basilea ha sido firmado por 105 Estados así como por la Comunidad Económica Europea y entró en vigor el 5 de mayo de 1992. En la actualidad son partes en el mismo 52 Estados (12).

(8) UNEP, *Environmental Law Guidelines and Principles* N° 8, 1987.

(9) Ver RUMMEL-BULSKA, I., "The Basel Convention: A Global Approach for the Management of Hazardous Wastes", *Environmental Policy and Law*, 24/1 (1994) pp. 13-14.

(10) Ver: BACCAR, H., "Conventions mondiales sur le controle des mouvements transfrontières des déchets toxiques et relations Nord-Sud", *La protection juridique de l'environnement*. Colloque de Tunis, 11-13 mai 1989, Tunis, 1989, pp. 253-259 y BOE, 22 sept. 94.

(11) Texto inglés en *International Legal Materials* (en adelante ILM) 28 (1989), pp. 649-651. Texto español en *Boletín de Derecho del Mar*, n° 14, diciembre 1989, pp. 39-85 y B.O.E., 22 de septiembre de 1994.

(12) UNEP. Basel Convention. Secretariat. Status of Signatures and Ratifications (as of 4 Novembre 1993). Entre los Estados partes en el Convenio figuran Argentina, Brasil,

b) Objeto específico y relación con otros Convenios.

El Convenio de Basilea tiene por objeto específico la regulación del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, para evitar que causen daño a la salud humana y al medio ambiente. La regulación establecida se aplica así a los traslados de éstos desechos que afectan a dos Estados por lo menos y cuyo destino es su "eliminación" mediante cualquiera de las operaciones enumeradas en el Anexo IV (13); entre éstas se incluyen tanto operaciones que no pueden conducir a la recuperación, reciclado, regeneración, reutilización u otros usos de los mismos (sección A) como operaciones que sí pueden hacerlo (sección B).

El concepto de "movimiento transfronterizo" viene definido en el artículo 2 párrafo 3, que dice:

"Por "movimiento transfronterizo" se entiende todo movimiento de desechos peligrosos y otros desechos procedentes de una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y destinado a una zona sometida a la jurisdicción nacional de otro Estado, o a través de esta zona, o a una zona no sometida a la jurisdicción nacional de ningún Estado, o a través de esta zona, siempre que el movimiento afecte a dos Estados por lo menos" (14).

Por "desechos" hay que entender las sustancias u objetos cuya eliminación se contempla (15), considerándose "peligrosos" aquellos que son

of 4 Novembre 1993). Entre los Estados partes en el Convenio figuran Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, México, Panamá y Uruguay. De entre los países desarrollados, únicamente son partes Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Finlandia, Francia, Liechtenstein y Noruega. En 1992 el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea adoptó la decisión de que la Comisión y los Estados miembros ratificaran el Convenio al menos tres meses antes de la segunda Conferencia de las Partes en noviembre de 1993. También en 1992, el Senado de los Estados Unidos expresó su parecer favorable (*advice and consent*) a la ratificación del Convenio de Basilea.

(13) Art. 2, pár. 4.

(14) Pese a la amplitud de los términos empleados, el texto parece dejar todavía una fisura ya que no quedan cubiertos por el Convenio los traslados de desechos realizados por un Estado cuyo destino final es su vertimiento en el alta mar, sin atravesar ninguna zona sometida a la jurisdicción de otro Estado.

(15) Ver: Artículo 2, pár. 1.

definidos como tales en virtud de las disposiciones del Convenio o por la legislación interna de los Estados de exportación, de importación o de tránsito (16). El Convenio se aplica también a los movimientos transfronterizos de los "otros desechos" (17) pertenecientes a las categorías que requieren una atención especial conforme al Anexo II (desechos recogidos en los hogares y residuos resultantes de la incineración de desechos en los hogares).

Los movimientos transfronterizos de los demás desechos, que no poseen la consideración de "peligrosos" u "otros desechos", de acuerdo con la definición del Convenio, escapan a la regulación establecida. Quedan también expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Convenio los desechos radiactivos y los desechos derivados de las operaciones normales de los buques, regulados por otros instrumentos internacionales (18). La exclusión de los movimientos de desechos derivados de operaciones normales de los buques, cubiertos por el Convenio MARPOL 73/78, parece razonable y plausible. Pero la exclusión de los movimientos de desechos radiactivos, que en la época de la adopción del Convenio de Basilea constituía todavía una cuestión sin resolver en los diversos foros internacionales, obedece más a razones políticas que a justificaciones estrictamente jurídicas.

El problema de las relaciones del Convenio de Basilea con otros instrumentos convencionales se ha planteado sobre todo en relación con el Convenio de Londres sobre vertimiento de 1972 (19). El solapamiento

(16) Art. 1, párr. 1: "Serán "desechos peligrosos" a los efectos del presente Convenio los siguientes desechos que sean objeto de movimientos transfronterizos:

a) los desechos que pertenecen a cualquiera de las (47) categorías enumeradas en el anexo I, a menos que no tengan ninguna de las características peligrosas descritas (sic) en el Anexo III; y

b) los desechos no incluidos en el apartado a) pero definidos o considerados como peligrosos por la legislación interna de la Parte que sea Estado de exportación, de importación o de tránsito". (Ver también Art. 3).

(17) Art. 1, párr. 2.

(18) Artículo 1, párr. 3 y párr. 4.

(19) Ver YTURRIAGA BARBERAN, J.A., "Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias", *Anuario IHLADI*, vol. 4, 1973, pp. 343-434.

potencial entre ambos convenios aparece con claridad si se considera que el Convenio de Basilea comprende en su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la eliminación de los desechos (incluida la evacuación marina por vertimiento) (20), que constituye el objeto específico del Convenio de Londres.

El Acta final de la Conferencia de Basilea había ya anticipado los problemas que podrían presentarse en este punto al adoptar una Resolución 2 cuyo objeto era la "relación entre el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación con el Convenio de Londres sobre el vertimiento". De acuerdo con esta resolución, las Partes en el Convenio de Londres debían llevar a cabo un examen de las normas, reglamentos y prácticas relativas al vertimiento de desechos en el mar a la luz del Convenio de Basilea con el fin de recomendar cualquier medida adicional que resultase necesaria.

El debate mantenido en el seno del Convenio de Londres sólo puede comprenderse con claridad si se tiene presente que, en lo que afecta al movimiento transfronterizo de desechos para su vertimiento en el mar, el régimen establecido por el Convenio de Basilea resulta en varios aspectos más severo que el previsto en el Convenio de Londres: tal sucede en lo que respecta al régimen de notificación y consentimiento previo, a las garantías de los Estados de tránsito, a la obligación de reimportar, a la represión del tráfico ilícito y a la prohibición de los movimientos transfronterizos con Estados no parte (21). A ello hay que añadir que el artículo 11 del Convenio de Basilea ofrece a las Partes la posibilidad de man-

(20) Art. 2, párr. 4 en relación con el Anexo IV que incluye entre las operaciones de eliminación el "vertido en mares y océanos, inclusive la inserción en el lecho marino" (Anexo IV, A, D8) así como la "incineración en el mar" (Anexo IV, A, D11).

(21) En el marco del Convenio de Londres, la cuestión de la importación y exportación de desechos para fines de su eliminación en el mar había sido ya tratada desde la X Reunión Consultiva (13-17 de octubre de 1986), que adoptó una muy tímida resolución en la materia. La XII Reunión Consultiva (30 de octubre a 3 de noviembre de 1989) prestó especial atención al transporte transfronterizo de desechos, examinando un estudio comparativo elaborado por la Secretaría, acogiendo con interés un proyecto de resolución presentado por México y remitiendo la cuestión para su estudio al Grupo ad hoc de expertos jurídicos. En la XIII Reunión Consultiva (29 de octubre a 2 de noviembre de 1990) se adoptó la propuesta de resolución mejicana, revisada por los Países Bajos y el Grupo de expertos jurídicos, que entre otras cosas exhorta a las Partes a que "prohiban

tener o concertar acuerdos bilaterales, multilaterales o regionales con otras Partes o con Estados que no sean Partes, afirmando en su párrafo 2 *in fine* que:

“Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los movimientos transfronterizos que se efectúan en cumplimiento de tales acuerdos, siempre que estos acuerdos sean compatibles con la gestión ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el presente Convenio” (22).

La interpretación de este texto dió origen a un largo debate en el marco del Convenio de Londres sobre vertimiento, que algunos Estados parte deseaban presentar como un acuerdo multilateral substitutorio del Convenio de Basilea en lo que respecta a los movimientos transfronterizos de desechos para su evacuación en el mar. Durante la XIII Reunión Consultiva (29 de octubre-2 de noviembre de 1990), las divergencias entre algunas grandes potencias industrializadas, tales como los Estados Unidos y Japón, y otros Estados partes y organismos gubernamentales (PNUMA) (23) y no gubernamentales (*Greenpeace international*), llevaron el debate a una vía muerta que ni siquiera el Grupo ad hoc de exper-

o no permitan la exportación de desechos destinados a ser vertidos en el mar” a países que no son Partes en el Convenio. (Resolución LDC.42 (13), Cuestiones relacionadas con el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación IMO. LDC 13/15 *Informe correspondiente a la decimotercera reunión consultiva*, Anexo 8).

(22) Esta disposición constituye una de las más importantes fisuras potenciales del Convenio de Basilea, porque ofrece una vía para circunvenir las obligaciones y prohibiciones establecidas en el mismo, mediante la concertación de otros acuerdos menos exigentes pero que pudieran estimarse compatibles con la “gestión ambientalmente racional de los desechos”. Teniendo en cuenta que la noción de gestión ambientalmente racional es un concepto jurídico relativamente indeterminado y, sobre todo, que no se estipula la instancia competente para determinar la compatibilidad requerida, la conclusión de acuerdos con otros Estados puede ser utilizada fácilmente para establecer un régimen convencional alternativo más manejable. Michael BOTHE, ve en esta disposición a *major loophole* del Convenio: “International Regulation of Transboundary Movement of Hazardous Waste”, *German YIL*, 1990, pp. 424-425.

(23) El PNUMA expresó su opinión mediante el documento LDC13/8/3 y reafirmó ante el plenario su convicción de que “el Convenio de Londres sobre vertimiento no corresponde a las excepciones que se reconocen en el artículo 11 2) del Convenio de Basilea”. OMI LDC 13/15, *Informe correspondiente a la decimotercera reunión consultiva*, p. 23.

tos jurídicos del Convenio de Londres fue capaz de superar (24). En definitiva, ante la persistencia de las discrepancias en el seno del Grupo de expertos jurídicos, la XIV Reunión Consultiva (25 a 29 de noviembre de 1991) adoptó la resolución LDC.45 (14), sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos para su eliminación en el mar, que, tras considerar que los casos de superposición de ambos convenios no son frecuentes y lo serán cada vez menos en el futuro, estima que:

“el régimen de eliminación en el mar consagrado por el Convenio de Londres sobre vertimiento y sus anexos, así como por las resoluciones, reglas y directrices adoptadas por las Partes Contratantes con objeto de implantar el Convenio, garantizan el control y la prevención de los vertimientos de desechos peligrosos en el mar y constituyen el régimen mundial de gestión de desechos relativo a los vertimientos en el mar” (25).

Esta afirmación estimativa, que parece a primera vista dar satisfacción a las grandes potencias industriales, no pasa de ser un mero truismo que no zanja formalmente la cuestión de fondo planteada; a saber, si el régimen más permisivo del Convenio de Londres constituye un acuerdo multilateral substitutorio del Convenio de Basilea en lo que respecta a los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos para su vertimiento en el mar (26). En realidad, la armonización entre los dos Convenios se operará progresivamente mediante la limitación de los vertimientos autorizados por el Convenio de Londres, mediante el desarrollo de las directrices técnicas para el manejo ambientalmente racional de los desechos objeto del Convenio de Basilea y mediante el progreso de la cooperación mutua.

(24) OMI LDC 13/15, *Informe correspondiente a la decimotercera reunión consultiva*, pp. 42-43.

(25) OMI. LDC 14/16 *Informe correspondiente a la decimocuarta reunión consultiva*, Anexo IV. Ver los debates sobre este punto *ibid*, pp. 18-19.

(26) Si tal conclusión se impusiera, los Estados que son parte en ambos convenios podrían aplicar el Convenio de Londres para eludir las obligaciones impuestas por el Convenio de Basilea, en particular en lo que respecta a la información y consentimiento previo de los Estados de tránsito y de exportación y a la prohibición de exportar desechos a Estados terceros para su vertimiento en el mar.

c) *Gestión ecológicamente racional de los desechos.*

La reglamentación establecida por el Convenio de Basilea pretende constituir un elemento importante de un sistema general ordenado al logro de una gestión ecológicamente racional de los desechos y, en particular, de los desechos peligrosos. Este diseño general se basa en la reducción de la generación de desechos, en la limitación de sus movimientos transfronterizos y en la cooperación internacional en la materia.

El objetivo último del sistema consiste en contribuir a la reducción progresiva de la generación de desechos y a la minimización de sus condiciones de peligrosidad. El preámbulo del Convenio afirma así en su párrafo tercero que:

“la manera más eficaz de proteger la salud humana y el medio ambiente contra los daños que entrañan (los) desechos consiste en reducir su generación al mínimo desde el punto de vista de la cantidad y los peligros potenciales”.

Ello se conseguirá, según se recoge en el propio preámbulo del Convenio, “desarrollando y aplicando tecnologías ambientalmente racionales que generen escasos desechos, medidas de reciclado y buenos sistemas de administración y de manejo que permitan reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos” (27).

Asumiendo que la reducción de la generación de desechos constituye un *desideratum* cuyos resultados solamente se mostrarán a largo plazo, el Convenio de Basilea persigue en todo caso la minimización de los movimientos transfronterizos, formulando el criterio de proximidad o eliminación en la fuente (28) y permitiendo los movimientos transfronterizos de desechos “solamente cuando se realicen en condiciones que no representen peligro para la salud humana y el medio ambiente, y en condiciones que se ajusten a lo dispuesto en el presente convenio” (29). En particular, el Artículo 4 exige que las Partes adopten las medidas apropiadas para:

“no permitir” (párrafo e) *in fine*) e “impedir” (párrafo g)) la exportación de desechos peligrosos y otros desechos si se tienen razones

(27) Preámbulo, pár. 16.

(28) Preámbulo, pár. 8.

(29) Preámbulo, pár. 9.

para creer que tales desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional”.

El diseño general de un sistema de gestión racional de los desechos se completa con otros elementos importantes tales como la transparencia informativa, la vigilancia internacional, la transferencia de tecnología y de conocimientos en la gestión de desechos y la cooperación internacional, principalmente con los países en desarrollo.

Aunque es cierto que estas disposiciones tienen en algunos casos un carácter meramente prospectivo, no es menos cierto que las mismas diseñan un marco general particularmente adaptado a las más modernas tendencias en la materia y constituyen un importante elemento de interpretación jurídica, vinculado a la consideración del “objeto y fin” del Convenio.

2. Régimen de los movimientos transfronterizos.

Los principios que inspiran el régimen de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos establecido por el Convenio de Basilea son esencialmente los de información y consentimiento previo de los Estados interesados, prohibición de determinados traslados transfronterizos, sumisión a los procedimientos establecidos, reimportación de los desechos cuya eliminación de manera ambientalmente racional ha resultado inviable y represión del tráfico ilícito.

a) *Información y consentimiento previo.*

Los principios de información y consentimiento previo constituyen el punto de partida del sistema establecido.

Las obligaciones relativas a la información pretenden dotar al proceso de la necesaria transparencia, garantizando que los Estados interesados tendrán un conocimiento cabal de los movimientos proyectados. Las exigencias en materia de información, evocadas ya en el preámbulo del Convenio (30), se concretan en diversos artículos del mismo (31), así como en su Anexo V A.

(30) En el párrafo 11 del Preámbulo, las Partes se declaran “(c)onvencidas de que los Estados deben adoptar medidas para el adecuado intercambio de información sobre los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y otros desechos que salen de

Las disposiciones que exigen el consentimiento previo garantizan por su parte el respeto de la soberanía de los Estados interesados, haciendo depender de su sola voluntad la realización de cualquier movimiento transfronterizo que les afecte. Así, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 4, párrafo 1, del Convenio, los desechos peligrosos u otros desechos no podrán enviarse en ningún caso a los Estados que hayan comunicado haber prohibido este tráfico o, en ausencia de tal prohibición general, a los Estados que no hayan dado su consentimiento por escrito a un movimiento transfronterizo concreto. El párrafo final de la disposición de referencia resume así el alcance del principio al afirmar que:

“Las Partes prohibirán o no permitirán la exportación de desechos peligrosos y otros desechos si el Estado de importación no da su consentimiento por escrito a la importación de que se trate, siempre que dicho Estado de importación no haya prohibido la importación de tales desechos”.

La misma garantía se ofrece a los Estados de tránsito al afirmarse que “(e)l Estado de exportación no permitirá que comience el movimiento transfronterizo hasta que haya recibido el consentimiento escrito del Estado de tránsito”, en los términos previstos en el Artículo 6, párrafo 4.

b) Movimientos transfronterizos prohibidos y permitidos.

Al margen de los movimientos que hayan sido prohibidos o no autorizados por los Estados interesados, determinados traslados transfronterizos de desechos están prohibidos en todo caso.

Así sucede en lo que respecta a las exportaciones o importaciones a y desde Estados no partes (32), a las exportaciones a países en los que se tienen razones para creer que los desechos no serán sometidos a un manejo ambientalmente racional (33) y a las exportaciones a la zona situada al sur de los 60° de latitud sur (Antártida), “sean o no esos desechos objeto de un movimiento transfronterizo” (34).

esos Estados o entran en ellos, y para el adecuado control de tales movimientos”.

(31) Artículo 4, 1, f) y h); artículo 10, 2, a); artículo 13.

(32) Artículo 4, pár. 5.

(33) Artículo 4, pár. 2 e).

(34) Artículo 4, pár. 6. Ello implica que la prohibición de los movimientos trans-

Los movimientos transfronterizos se permiten únicamente entre las Partes siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones básicas y se respeten las reglas de procedimiento establecidas. Las condiciones en cuestión vienen fijadas en el artículo 4, párrafo 9:

“Las Partes tomarán las medidas apropiadas para que sólo se permita el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos si:

a) el Estado de exportación no dispone de la capacidad técnica ni de los servicios requeridos o de lugares de eliminación adecuados a fin de eliminar los desechos de que se trate de manera ambientalmente racional y eficiente; o

b) los desechos de que se trate son necesarios como materias primas para las industrias de reciclado o recuperación en el Estado de importación; o

c) el movimiento transfronterizo de que se trate se efectúa de conformidad con otros criterios que puedan decidir las Partes, a condición de que esos criterios no contradigan los objetivos de este Convenio”.

fronterizos de desechos hacia la Antártida se configura como una prohibición absoluta, que afecta incluso a los Estados que mantienen reivindicaciones de soberanía en la zona. En lo que respecta a los desechos radiactivos, excluidos del Convenio de Basilea, la misma prohibición deriva del artículo 5 del Tratado Antártico, generalizado por la Recomendación VIII-12 de 1975.

Los movimientos transfronterizos de desechos provenientes de la Antártida están contemplados en el Anexo III del Protocolo al Tratado Antártico sobre la protección del medio ambiente, cuyo Artículo 1, párrafo 1, afirma en su apartado 4 que:

“En la mayor medida posible, los residuos removidos (sic) del área del Tratado Antártico serán devueltos al país desde donde se organizaron las actividades que generaron los residuos o a cualquier otro país donde se hayan alcanzado entendimientos para la eliminación de dichos residuos de conformidad con los acuerdos internacionales pertinentes”.

Un último aspecto de la cuestión afecta al régimen de los traslados de desechos de un sector a otro de la Antártida. Aunque la cuestión puede presentar mayores dificultades, en principio parece poderse afirmar que el régimen establecido en el Tratado Antártico (Artículo 4) y en su Protocolo sobre protección mediambiental (Arts. 2 y 4) tienden a eliminar la premisa de los movimientos transfronterizos en el interior del Continente y configuran un régimen autocontenido de protección medioambiental que excluye la aplicación del Convenio de Basilea.

Por lo que respecta al procedimiento, los artículos 6 y 7 definen un esquema muy detallado que puede resumirse así. Todo movimiento transfronterizo será previamente notificado por escrito a los Estados interesados (inclusive a los Estados de tránsito que no sean partes), incluyendo toda la información requerida en el Anexo V A (en el idioma del Estado de importación). El Estado de importación y los Estados de tránsito responderán por escrito al notificador consintiendo el movimiento con o sin condiciones, rechazando el movimiento o pidiendo más información. El Estado de exportación no permitirá que se inicie el movimiento transfronterizo hasta que haya recibido confirmación por escrito del consentimiento del Estado de importación y de la existencia de un contrato entre el exportador y el eliminador en el que se estipule que se deberá proceder a un manejo ambientalmente racional de los desechos en cuestión. Las Partes exigirán que toda persona que participe en un movimiento transfronterizo firme el documento correspondiente en el momento de la entrega o de la recepción y que se informe tanto al exportador como a la autoridad competente del Estado de exportación de que se han recibido los desechos y, a su debido tiempo, de que ha concluido la eliminación de conformidad con lo indicado en la notificación.

c) Obligación de reimportar y represión del tráfico ilícito.

El artículo 8 configura la obligación de reimportar en los términos siguientes:

“Cuando un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos o de otros desechos para el que los Estados interesados hayan dado su consentimiento no se pueda llevar a término de conformidad con las condiciones del contrato, el Estado de exportación velará por que los desechos peligrosos en cuestión sean devueltos al Estado de exportación por el exportador, si no se pueden adoptar otras disposiciones para eliminarlos de manera ambientalmente racional dentro de un plazo de 90 días a partir del momento en que el Estado de importación haya informado al Estado de exportación y a la Secretaría, o dentro del plazo en que convengan los Estados interesados. Con este fin, ninguna Parte que sea Estado de tránsito ni el Estado de exportación se opondrán a la devolución de tales desechos al Estado de exportación, ni la obstaculizarán o impedirán”.

Se considerará como tráfico ilícito, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9, párrafo 1, todo movimiento transfronterizo realizado en contravención de las disposiciones relevantes del Convenio y, en su caso, de los principios generales del Derecho internacional.

Las medidas operativas a adoptar en los supuestos de tráfico ilícito vienen establecidas en los párrafos 2 a 4 del propio Artículo 9 y pueden resumirse del modo siguiente: el Estado de exportación responsable velará porque los desechos sean devueltos o eliminados de conformidad con el Convenio en el plazo de 30 días; si el responsable es el Estado de importación, será él el que deberá velar por su eliminación de manera ambientalmente racional, pudiendo el plazo de 30 días extenderse a cualquier plazo que convengan los Estados interesados; cuando la responsabilidad no pueda atribuirse a ninguno de los dos Estados, las partes cooperarán para garantizar que los desechos se eliminen de manera ambientalmente racional lo antes posible.

Al margen de ello, los Estados Partes deben considerar que el tráfico ilícito es delictivo y deben adoptar todas las medidas necesarias para su prevención y represión. Por ello, el Artículo 9 establece en su párrafo 4 que:

“Cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito. Las Partes contratantes cooperarán para alcanzar los objetivos de este artículo”.

3. Aplicación del Convenio.

a) Aspectos normativos e institucionales.

Siguiendo una pauta bastante común en el ámbito de derecho internacional medioambiental, el convenio de Basilea constituye un instrumento jurídico evolutivo; se trata de un “tratado institucionalizado”, dotado de un aparato aplicativo propio, que aparece como un “acuerdo marco” susceptible de ulterior desarrollo.

El artículo 15 del Convenio establece una Conferencia de las Partes entre cuyas misiones principales se cuenta la de velar por la mejor aplicación del mismo, adoptando las enmiendas pertinentes y concluyendo los Protocolos adicionales según proceda, así como adoptando las medidas necesarias para la consecución de los fines del Convenio.

El Artículo 16 del Convenio establece y define detalladamente las funciones de la Secretaría (35) cuyo desempeño se encomienda con carácter provisional al PNUMA (36). La Primera Conferencia de las Partes estableció con carácter definitivo la Secretaría del Convenio, con sede en Ginebra.

El aparato institucional del Convenio se ha desarrollado ulteriormente mediante la creación de otros grupos de naturaleza diversa. Así, siguiendo las indicaciones de la Resolución 1 de la Conferencia de Basilea, el Director General del PNUMA estableció un Grupo de Trabajo *ad hoc* de expertos jurídicos y técnicos con el fin de examinar la necesidad de crear mecanismos para la aplicación del Convenio; este grupo de trabajo dió paso a un Comité *ad hoc* de carácter abierto (en el que pueden participar expertos jurídicos y técnicos de todos los Estados Partes) que se reúne entre las Conferencias de las Partes. También se ha establecido, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 3 de la Conferencia, un Grupo de trabajo *ad hoc* de expertos jurídicos y técnicos encargados de preparar un protocolo sobre responsabilidad e indemnización de daños (37). Y, de acuerdo con la Resolución 8 de la Conferencia, se ha creado un Grupo de trabajo técnico encargado de elaborar directrices técnicas para el manejo ambientalmente racional de los desechos regulados por el Convenio de Basilea. Tras diversas reuniones preparatorias, el Grupo ha presentado varios proyectos de directrices técnicas que han sido adoptados por la Primera Conferencia de las Partes que se celebró en Piriápolis (Uruguay) del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992 (38).

b) Restricción adicional de los movimientos transfronterizos.

Siguiendo una tendencia apuntada ya en diversos foros internacionales,

(35) Estas funciones se resumen en: recopilar y difundir la información proporcionada por las Partes, asegurar la cooperación entre éstas y procurarles asistencia en la aplicación del Convenio. Ver: RUMMEL-BULSKA, L. *op. cit.*, p. 15.

(36) La resolución 6 de la Conferencia previó los arreglos financieros e institucionales necesarios para la puesta en aplicación del Convenio y, en particular, para el inicio de las actividades de la Secretaría.

(37) Ver *infra* pp.

(38) Ver: UNEP/CHW.1/24, *Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention*, Decision 1-19, Annex II, pp. 34-36.

les, el Grupo de los 77 (en adelante G-77) adoptó a finales de los años 80 una posición común favorable a la prohibición de todos los movimientos transfronterizos de desechos desde países miembros de la OCDE a países no miembros de esta Organización.

Esta posición común, que significaba prácticamente una prohibición general de las exportaciones de desechos peligrosos de los países desarrollados a los países en desarrollo, fue presentada formalmente por el G-77 a la primera Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea. Aunque la propuesta de resolución contaba con el apoyo masivo de los países en desarrollo, así como de Polonia y otros países de Europa central y del Este, su adopción por la Conferencia resultó obstaculizada por la oposición irreductible de las grandes potencias industriales que argumentaron, principalmente, que los movimientos transfronterizos de desechos constituían una actividad conveniente para su recuperación y reciclado. Al final, la Conferencia adoptó una posición de compromiso consistente en establecer un Grupo técnico de trabajo sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos (39) destinados a operaciones de recuperación y en adoptar una decisión (40) provisional cuyos términos esenciales eran los siguientes:

- Solicitar a los países en desarrollo que prohíban la importación de desechos de los países industrializados.
- Solicitar a los países desarrollados que prohíban los movimientos transfronterizos de desechos para su evacuación en los países en desarrollo.
- Tomar nota de que, mientras se tomen las medidas adecuadas al respecto, los movimientos transfronterizos de desechos destinados a su recuperación o reciclado se realicen de acuerdo con las disposiciones del Convenio.

De acuerdo con esta línea de acción el Grupo de trabajo técnico pre-

(39) Decision I/16 Transboundary Movements of Hazardous Wastes Destined for Recovery Operations. UNEP/CHW.1/24, 5 december 1992, *Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention*, Annex II, p. 12.

(40) Decision I/22 UNEP/CHW.1/24, 5 december 1992, *Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention*, Annex II, pp. 37-38.

sentó sus conclusiones a la segunda Conferencia de las Partes celebrada en Ginebra del 21 al 25 de marzo de 1994. A la luz de este documento, los debates sobre el fondo del asunto se reprodujeron con renovada intensidad, adoptándose finalmente una decisión que formula la prohibición de exportar desechos peligrosos de los países miembros de la OCDE a los países no miembros de la misma, con carácter inmediato, si los desechos se destinan a su evacuación final, y, a partir del 31 de diciembre de 1977, si se destinan a operaciones de reciclado o recuperación (41).

c) Responsabilidad internacional.

El Artículo 12 del Convenio de Basilea, titulado "consultas sobre la responsabilidad", afirma:

"Las Partes cooperarán con miras a adoptar cuanto antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos".

Asimismo, la Resolución 3 de la Conferencia pidió al Director Ejecutivo del PNUMA el establecimiento de un grupo de trabajo *ad hoc* de expertos jurídicos y técnicos en la materia. El Grupo *ad hoc* se reunió en dos ocasiones y redactó los elementos de un protocolo, que fueron recopilados en forma de proyecto de artículos por la Secretaría interina del Convenio y presentados a la primera Conferencia de las Partes.

Como cabía esperar, tratándose de un tema que constituye uno de los más difíciles obstáculos en el actual Derecho internacional del medio ambiente, el proyecto de artículos da fe de importantes desacuerdos sobre el posible contenido del Protocolo sobre responsabilidad. En la primera Conferencia de las Partes, además del proyecto de artículos, se presentaron diversos documentos, entre los que se encontraba una nota del Director Ejecutivo de la UNEP sobre el establecimiento de un fondo internacional de compensación de daños resultantes de movimientos transfronterizos (42). Sin embargo, el tema de la responsabilidad y la

(41) Ver: diario El País de 26 de marzo de 1994.

(42) UNEP/CHW.1/11 Note of the executive Director on the establishment of an international fund for compensation from damage resulting from transboundary movements of hazardous wastes and their disposal.

reparación se mostró, una vez más, intratable y no fué debatido en profundidad durante el transcurso de la Conferencia de las Partes. Pese a las exigencias expresas del Convenio, el Protocolo sobre responsabilidad tendrá aún que esperar (43).

II.- LA REGLAMENTACION DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE OTROS DESECHOS, MATERIALES Y PRODUCTOS PELIGROSOS.

Una vez examinadas las disposiciones relativas a los movimientos transfronterizos que afectan a los desechos peligrosos, regulados por el Convenio de Basilea, se hace necesario examinar en qué medida existe una disciplina similar de los movimientos transfronterizos de los restantes desechos, así como de los materiales y productos peligrosos que no poseen jurídicamente la consideración de tales.

En el momento presente esta reglamentación es todavía fragmentaria y dispersa y carece de la necesaria unidad y rigor, por lo que su examen resulta particularmente difícil (44). Pese a todo, puede observarse ya la existencia de una regulación incipiente que afecta, por un lado, al tráfico de material radiactivo y, por otro, al de otros productos peligrosos (principalmente químicos de naturaleza tóxica).

1. Reglamentación del tráfico de material radiactivo.

El tráfico de material radiactivo, pese a la particular peligrosidad del objeto del mismo, ha escapado grandemente a la regulación internacional establecida. Pero hoy en día esta situación ha sido parcialmente paliada, por un lado, por la adopción de una reglamentación de los movimientos transfronterizos de los desechos de esta naturaleza y, de otro, por la adopción de disposiciones que regulan el transporte marítimo de material altamente radiactivo.

(43) MURPHY, S.D., "Prospective Liability Regimes for the Transboundary Movement of Hazardous Wastes", *American Journal of International Law*, AJIL, 1994/1, pp. 25-75.

(44) Ver las ponencias presentadas al seminario, organizado por ACOPS sobre *Maritime Transport, Control and Disposal of Hazardous Waste*, en *Marine Policy*, Vol. 14, n° 3, may 1990.

a) Movimiento transfronterizo de desechos radiactivos.

Como ya sabemos, el régimen del movimiento transfronterizo de los desechos radiactivos fue formalmente excluido del Convenio de Basilea, por razones más políticas que jurídicas (45).

Sin embargo, mientras los trabajos preparatorios del Convenio de Basilea seguían su curso, el Organismo Internacional de la Energía Atómica adoptó a instancias del Grupo de países africanos diversas resoluciones sobre el vertido de desechos radiactivos (46) y sobre el reforzamiento de la cooperación internacional en materias de seguridad nuclear y protección radiológica (47). Como consecuencia de esta acción, se estableció un grupo de expertos que se encargó de la preparación de un Código de prácticas sobre transacciones internacionales concernientes a substancias nucleares (48).

Este importante instrumento fue finalmente adoptado por la Conferencia General del Organismo, mediante la resolución GC (XXXIV)/RES/530 de 21 de septiembre de 1990, con el nombre de Código de prácticas sobre movimiento transfronterizo de desechos radiac-

(45) Las razones alegadas para justificar esta monumental laguna no pueden ser recordadas sin un cierto sonrojo, pues desvelan todo el cinismo de ciertos argumentos pseudojurídicos al uso. En realidad, bajo del brillante ropaje de la retórica diplomática, las grandes potencias nucleares trataban de esquivar un tratamiento riguroso en una conferencia universal a la que los países en desarrollo habían acudido particularmente sensibilizados, proponiendo una regulación ulterior en otros foros más controlados (como la OMI) o menos radicalizados (como la AIEA).

(46) Resolution GC (XXXII)/RES/490 on Dumping of Nuclear Wastes of 23 september 1988; Resolution GC (XXXIII)/RES/509 on Dumping of Nuclear Wastes of 29 september 1989.

(47) Resolution GC (XXXIII)/S/508 on Measures to Strengthen International Cooperation in Matters Relating to Nuclear Safety and Radiological Protection of 29 september 1989; Resolution GC (XXXIV)/RES/529 on Measures to Strengthen International Cooperation in Matters Relating to Nuclear Safety and Radiological Protection of 21 september 1990; Resolution GC (XXXIV)/RES/553 on Measures to Strengthen International Cooperation in Matters Relating to Nuclear Safety and Radiological Protection of 20 september 1991.

(48) Ver el Informe del Presidente del Grupo de Expertos en KWIATOWSKA, B. and SOONS, A., *Op. cit.*, pp. 363-392.

tivos (49). El Código de prácticas del OIEA sigue de cerca las prescripciones del Convenio de Basilea (50), confirmando los principios fundamentales relativos a la posibilidad de prohibir los movimientos transfronterizos de desechos radiactivos así como a la previa notificación y consentimiento de los Estados exportador, importador y de tránsito. También se afirma que los movimientos transfronterizos deben realizarse de acuerdo con los estándares de seguridad internacionalmente establecidos, y que los desechos radiactivos no deben enviarse ni ser recibidos por países que carezcan de la capacidad técnica y administrativa para gestionar los desechos con arreglo a dichos estándares. En caso de imposibilidad de cumplir con las exigencias establecidas, el Estado exportador debe readmitir los desechos radiactivos en su territorio, a menos que pueda encontrarse un arreglo alternativo igualmente seguro.

Las disposiciones del Código de prácticas del OIEA son, sin embargo, menos rigurosas y completas que las contenidas en el Convenio de Basilea. Al margen del carácter formalmente no obligatorio del propio Código, las prescripciones establecidas presentan generalmente una configuración exhortatoria y una orientación esencialmente incitativa. Asimismo, ciertos elementos importantes del Convenio de Basilea, tales como los relativos al tráfico ilícito, brillan por su ausencia en el Código de prácticas del OIEA.

Los esfuerzos para convertir el Código de prácticas en un instrumento convencional obligatorio no fructificaron durante la Conferencia General del Organismo en 1990, ante la oposición radical de las potencias nucleares. Sin embargo, en 1991 se adoptó una orientación transaccional que permitirá que el Código pueda convertirse en su día en un Protocolo adicional del Convenio marco sobre seguridad nuclear que prepara actualmente el OIEA.

b) Transporte marítimo de material altamente radiactivo.

Las insuficiencias de la reglamentación de los movimientos transfronterizos de desechos radiactivos encuentran su contrapartida en el desarro-

(49) Code of Practice on the International Transboundary Movement of Radioactive Waste. Texto en KWIATOWSKA, B. and SOONS, A., *Op. cit.*, pp. 69-75.

(50) JANKOWISTCH, "A Code of Practice on the International Transboundary Movement of Radioactive Waste", 32 *IAEA Bulletin* 1990/4, pp. 28-31.

llo de la regulación del transporte de los desechos y materiales de esta naturaleza, adoptadas tanto en el marco del OIEA (51) (transporte en general) como en el marco de la OMI (transporte marítimo).

La Organización Marítima Internacional, uno de cuyos objetivos principales es la seguridad del tráfico marítimo y la prevención de la contaminación marina, ha desplegado una extensa actividad reguladora en la materia que se ha concretado en la adopción de instrumentos dirigidos específicamente a reglamentar el transporte marítimo de material radiactivo de alta actividad, así como los desechos de esta naturaleza.

La labor desarrollada en este campo en los últimos años se ha visto sin duda determinada por las dificultades que rodearon el largo viaje del buque *Akatsuki Maru* que, cargado de plutonio se dirigió desde Francia a Japón en noviembre de 1992 (52). A la vista de las controversias que suscitó este envío, los países particularmente interesados en el desarrollo (y abaratamiento) del transporte marítimo de combustible nuclear, tomaron la iniciativa para el establecimiento en el marco de la OMI de un código de prácticas de seguridad en la materia.

El Comité de seguridad marítima (en adelante CSM) en su 60º período de sesiones (6 a 10 de abril de 1992) estableció un grupo mixto de trabajo OIEA/OMI/PNUMA sobre el transporte por vía marítima de combustible nuclear irradiado. El Grupo Mixto se reunió en Londres en 1992

(51) En el marco del Organismo Internacional de Energía Atómica, hay que referirse en primer lugar al Convenio sobre seguridad en el transporte de material radiactivo adoptado en 1982, aplicable tanto a los desechos como a las restantes materias de esta naturaleza. La importancia práctica de este Convenio ha sido, sin embargo escasa, dado el reducido número de Estados que la han ratificado (Texto en BURHENNE, W.E. (Editor), *International Environmental Law-Multilateral Agreements*, vol. IV, Berlin, 1974, p. 980, 18). Al margen de este resultado relativamente fallido, la contribución de la AIEA en materia de seguridad del transporte de material radiactivo se concreta en la adopción de diversos textos que contienen disposiciones no vinculantes relativas a los aspectos científicos y administrativos del problema. Entre estos instrumentos cabe destacar por su importancia las *Regulations for the Safe Transport of Radiative Materials* (Safety Series nº 6, Vienna, IAEA, 1990).

(52) El buque, cargado con 1,5 toneladas de plutonio (capaz para fabricar más de 100 bombas atómicas) partió del puerto francés de Cherburgo el 7 de noviembre de 1992, envuelto en una gran polémica. Ver diario *Le Monde*, París, 8-9-10 de noviembre de 1992.

y en Viena en 1993 y elaboró un proyecto de código de prácticas para el transporte sin riesgos de combustible nuclear irradiado, plutonio y desechos de alta actividad en cofres a bordo de buques. Este proyecto fue aprobado por el CSM en su 62º período de sesiones con las reservas de Chile, República Democrática Popular de Corea e Islas Salomón (53).

El Comité de protección del medio marino (en adelante CPMM) examinó el texto del proyecto durante su 34º período de sesiones en julio de 1993 y escuchó las opiniones críticas de Chile, de las Islas Salomón y de *Greenpeace International*, así como las reservas de Bélgica, Corea, Malasia y Singapur. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones consideraron que el Código constituía una aportación positiva, por lo que el CPMM aprobó su presentación a la 18ª Asamblea de la OMI para su adopción (54).

La Comisión técnica de la Asamblea examinó las notas presentadas por *Greenpeace International* (55), Islas Salomón (56), Bélgica (57) e Islandia (58), subrayando las deficiencias que en sus respectivas opiniones presentaba el Código, y tomó nota de la postura de la delegación de la República Popular Democrática de Corea reiterando su oposición a todo tipo de transporte de material radiactivo de alta actividad y declarando que "su país no reconocerá en absoluto el proyecto de código, aunque entre en vigor" (59). Sin embargo, la mayoría de la Comisión estimó que el proyecto de código debía considerarse como un avance importante y recomendó su aprobación por la Asamblea (60), adoptando un proyecto de resolución en el que se aprueba el mismo (parte A) y se recono-

(53) IMO. MSC 62/25, *Report of the Maritime Safety Committee on its Sixty-Second Session*, pp. 38-39. Ver también OMI. A 18/11, Asamblea, *Examen de los Informes y recomendaciones del Comité de Seguridad Marítima, Nota del Secretario General*, pp. 11-12 y Anexo 1, p. 26.

(54) IMO. MEPC 34/23, *Report of the Marine Environment Protection Committee on its Thirty-Forth Session*, pp. 14-17.

(55) OMI. A 18/11/4.

(56) OMI. A 18/11/8.

(57) OMI. A 18/11/11.

(58) OMI. A 18/11/10.

(59) OMI. A 18/5 (b)/2, Informes de otras Comisiones, Informe de la Comisión Técnica al Pleno, p. 13.

(60) *Ibid.*, p. 15.

ce la necesidad de realizar una labor adicional con miras a su ampliación o mejora (parte B) (61).

El Código para la seguridad del transporte de combustible nuclear irradiado, plutonio y desechos de alta actividad en cofres a bordo de los buques, finalmente adoptado por la Asamblea, constituye un instrumento controvertido y, sin duda, insuficiente. Entre las críticas que se han planteado al mismo destacan las que conciernen a la falta de rigor de sus disposiciones, que permiten incluso el transporte de tan peligrosas sustancias a bordo de buques de pasaje y sin la identificación de su naturaleza, y que suponen una rebaja de las prácticas preexistentes, con un previsible aumento del transporte de estas materias en condiciones preocupantes. No cabe duda, en todo caso, acerca de que el Código constituye una obra inacabada que reclama ser completada en diversos puntos de vital trascendencia: a saber, aspectos de seguridad, respuesta en situaciones de emergencia y cuestiones jurídicas (en particular problemas de responsabilidad) (62). El Código es también un instrumento relativamente descentrado, ya que se fija más en los aspectos de seguridad del transporte que en los relativos a la protección del medio ambiente marino, que constituyen una dimensión esencial del problema. Por último, el Código carece de carácter vinculante y aparece sobre todo como un marco de referencia técnico que los Gobiernos están invitados a implantar lo antes posible, sometiendo a examen la necesidad de establecer una cooperación internacional para su aplicación (63).

Para terminar hay que referirse al Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, elaborado en el marco de la OMI y adoptado en Bruselas el 17 de diciembre de 1971, y cuyo objeto principal es exonerar la responsabilidad del transportista en los casos en los que resulten aplicables los Convenios de París

(61) *Ibid.*, Anexo 1, p. 25-26.

(62) Ver MEPC 34/23, p. 17.

(63) Ver el texto de la Resolución (doc. cit. supra, nota (59), Anexo 1, p. 24-25 A, 2 y Bc).

(64) o Viena (65) o cuando el empresario de la instalación nuclear resulte responsable de los daños y perjuicios en virtud de una norma de derecho nacional. El Convenio de Bruselas de 1971 entró en vigor el 15 de julio de 1975, pero hasta hoy ha sido ratificado únicamente por 12 Estados (66).

2. Reglamentación del tráfico de productos peligrosos.

Los mismos objetivos de armonización y globalización que habían conducido a extender la aplicación de los principios del Convenio de Basilea a los desechos radiactivos, impulsaron a abordar la reglamentación de los movimientos transfronterizos de otros productos peligrosos. La acción normativa desarrollada en este campo brilla más por el número de disposiciones adoptadas que por su contundencia formal y material, centrándose en la búsqueda de la represión del tráfico ilícito; pero las deficiencias subsistentes en lo que respecta a la regulación de los movimientos transfronterizos de estos productos peligrosos, han tratado de ser compensadas por una mejor regulación del transporte de los mismos.

a) *Movimiento transfronterizo de productos peligrosos.*

Ya en la década de los 80, las Naciones Unidas habían iniciado una acción en la materia que fue desarrollada por varios de sus órganos.

La Asamblea General adoptó en 1987 las resoluciones 42/183 y 42/184 cuyo objetivo era el control internacional del tráfico de productos y desechos tóxicos y peligrosos y las cuestiones relacionadas con la represión

(64) Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear. Convenio complementario de Bruselas de 31 de enero de 1963, enmendado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964. Estos convenios, elaborados bajo los auspicios de la OCDE, han sido ratificados por poco más de una quinceña de Estados europeos, pero no por los EEUU ni por las potencias nucleares que no pertenecen a la Organización.

(65) Convenio de Viena de 21 de mayo de 1963 sobre responsabilidad civil en materia de daños nucleares. Este Convenio, elaborado bajo los auspicios del OIEA, no ha entrado en vigor, a falta del número de ratificaciones requerido.

(66) Ver texto en: ARROYO, I., *Convenios internacionales marítimos*, vol. III, Barcelona (Bosch) 1986, pp. 2054-2076.

del tráfico ilícito. Estas dos preocupaciones fundamentales fueron también objeto de reiterada consideración en los Informes anuales del Secretario General durante estos años. En 1988, la Asamblea General, mediante su resolución 43/212 de 1988 solicitó a los Estados que aplicaran el principio de información y consentimiento previo que sería más tarde incluido en el Convenio de Basilea.

Los trabajos del ECOSOC durante esta época, siguiendo la orientación marcada por el Secretario General en sus informes, se centraron sobre todo en la consideración de la conducta medioambiental de las empresas multinacionales, en particular en lo que respecta a las conductas que podrían constituir un delito contra el medio ambiente de los países huéspedes, principalmente países en desarrollo. En su resolución 1989/25, el ECOSOC solicitó al Secretario General la adopción de medidas en la materia que dieron como primer fruto la realización del llamado *Benchmark Survey* una de cuyas conclusiones reclamaba la aplicación en los países en desarrollo de las mismas reglas para el manejo de los productos tóxicos que están vigentes en los países desarrollados originarios de las multinacionales. La insatisfacción del ECOSOC con el estado de la situación y su insistencia en la necesidad de elaborar principios para la prevención de delitos contra el medio ambiente, queda bien patente en su resolución 1989/62 y en su Decisión 11/104 de 1990.

La propia Comisión de Derechos Humanos de la ONU, mediante sus resoluciones 1989/42, 1990/43 y 1991/47 ha subrayado que el movimiento transfronterizo y la evacuación de productos y desechos tóxicos y peligrosos en los países en desarrollo, ponen en peligro derechos humanos básicos tales como el derecho a la vida y al más alto nivel de salud posible, inclusive la salud medioambiental. Consiguientemente, la Comisión de Derechos Humanos ha solicitado la abrogación de los acuerdos existentes que permiten tales prácticas.

Pero la acción principal para acometer la regulación de los movimientos transfronterizos de productos peligrosos fue obra del PNUMA que concentró su acción en lo relativo a los productos químicos de naturaleza tóxica. Sobre la base de otras acciones anteriores, el PNUMA modificó en 1989 sus denominadas *London Guidelines for the Exchange of Information on Chemicals in International Trade*, incorporando el princi-

pio de información y consentimiento previo en lo que respecta a los movimientos transfronterizos de productos químicos tóxicos. En su Decisión 16/35 de 1991, el Consejo Ejecutivo del PNUMA recomendó intensificar las consultas con los organismos internacionales competentes, en vistas a mejorar la aplicación de las directrices de Londres y preparar un "código ético sobre el comercio internacional de productos químicos". La posibilidad de elaborar un Convenio internacional en la materia, que estableciera la obligación de información y consentimiento previo, fue considerada tanto en la reunión de Río de 1991 como en la de Nairobi en 1992, pero no se ha concretado positivamente hasta la fecha.

Otros organismos internacionales, tales como la FAO, la OIT y el GATT, han adoptado medidas y acciones encaminadas a disciplinar el uso y el comercio de productos químicos de naturaleza tóxica. Entre éstas iniciativas merece particular atención el proyecto de decisión preparado en 1991 por el Grupo de trabajo del GATT sobre la exportación de bienes y otras sustancias peligrosas prohibidas para uso nacional. El sistema previsto por esta decisión incluye un mecanismo de información sobre todos los productos peligrosos (no solamente químicos y tóxicos) cuya venta está prohibida o severamente restringida en el mercado nacional, sin que estas mismas prohibiciones o restricciones se apliquen a la exportación, y la consiguiente notificación por parte de la Secretaría del GATT a los Estados miembros.

La Conferencia de las Naciones sobre medio ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 dedicó también su atención a estos problemas, que fueron objeto de tratamiento en el denominado Programa 21. El capítulo 19 de dicho Programa se ocupa, en particular, de la gestión ecológicamente racional de los productos químicos tóxicos, incluida la prevención del tráfico internacional ilícito de productos tóxicos y peligrosos. Las disposiciones consagradas a éstos últimos productos (67), toman nota de la inexistencia de un convenio internacional mundial sobre el tráfico de productos tóxicos y peligrosos y de la necesidad de fortalecer la cooperación internacional y regional para

(67) "(P)roductos tóxicos y peligrosos son los que están prohibidos, considerablemente limitados, retirados o no aprobados para su uso y venta por los gobiernos a fin de proteger la salud pública y el medio ambiente". Programa 21, Cap. 19, 19.66.

impedir el movimiento transfronterizo ilícito de productos tóxicos y peligrosos (68). Los objetivos del Programa 21 se centran en la mejora de la información y detección del tráfico ilícito de productos tóxicos y peligrosos, afirmándose en particular que:

“Los gobiernos, según la capacidad y los recursos de que dispongan y con la cooperación de las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, según proceda, deberían:

a) Adoptar, de ser necesario, y aplicar legislación para impedir la importación y exportación ilícitas de productos tóxicos y peligrosos.

b) Formular programas nacionales apropiados de represión a fin de vigilar el cumplimiento de dicha legislación y descubrir y reprimir las transgresiones mediante sanciones adecuadas” (69).

Asimismo la Conferencia de Río ha establecido un Grupo intergubernamental para la seguridad de los productos químicos que debe desarrollar las seis áreas de programas descritos por el Programa 21 (70), entre las que se incluye la “prevención del tráfico internacional ilícito de productos tóxicos y peligrosos”.

b) Transporte marítimo de productos peligrosos.

Las cuestiones relativas al transporte de productos peligrosos han sido abordadas por el ECOSOC por medio del Comité de Expertos sobre el transporte de mercancías peligrosas. Las principales recomendaciones de este Comité, contenidas en el llamado libro naranja, han sido aplicadas al transporte marítimo por la OMI, no solamente mediante los convenios relativos a la seguridad de la navegación y el transporte marítimo, sino también a través del Código marítimo internacional de mercancías peligrosas (IMDG Code).

(68) Programa 21, Capítulo 19, 19.66-19.67. Habría que entender por tráfico internacionalmente ilícito aquel que se realiza “en contravención de la legislación nacional y de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes” (Programa 21, Cap. 19, 19.68 a) *in fine*).

(69) Programa 21, Cap. 19, 19.69.

(70) Ver Programa 21, Cap. 19.

Entre los Convenios de la OMI que se ocupan con carácter general de los aspectos relativos a la seguridad del transporte marítimo, destacan los siguientes:

- el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar de 1 de noviembre de 1974 (SOLAS 74) cuyo Capítulo VII se ocupa del “transporte de mercancías peligrosas” (71).

- el Protocolo relativo al Convenio internacional para la prevención de la contaminación por buques de 17 de febrero de 1978 (72) (MARPOL 73/78) cuyo Anexo II se refiere a sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (73) y cuyo Anexo III se refiere a las sustancias perjudiciales transportadas por vía marítima en paquetes, contenedores, tanques portátiles y camiones-cisterna o vagones-tanque (74).

- el proyecto de Convenio sobre responsabilidad civil derivada del transporte de mercancías peligrosas y nocivas (H&S DRAFT CONVENTION).

Pero, más allá de estos convenios generales, la OMI ha propiciado también la adopción de un Código Internacional de transporte de mercancías peligrosas (IMDG Code) (75) que, aunque no posee un carácter convencional ni es jurídicamente obligatorio, constituye un importante marco general de referencia en la materia. En los últimos años, el Código ha sido objeto de diversas readaptaciones realizadas tanto por el CSM como por el CPMM, para armonizar sus disposiciones con las del Convenio de Basilea.

(71) El Convenio SOLAS 74 entró en vigor el 25 de mayo de 1980 y ha sido ulteriormente objeto de diversas enmiendas. Texto en: MENENDEZ MENENDEZ, A. y IGLESIAS PRADA, J.L., *Código de las Leyes Marítimas*, Madrid (BOE) 1980, pp. 2001 y ss.

(72) El Protocolo de 1978 relativo al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (que nunca entró en vigor), entró en vigor 2 de octubre de 1983 y ha sido ulteriormente objeto de diversas enmiendas.

(73) El Anexo II entró en vigor el 6 de abril de 1987.

(74) El Anexo III entró en vigor el 1 de julio de 1992.

(75) El Código, sus anexos y protocolos fueron aprobados mediante las Resoluciones A.81 (IV), A.120 (V) y A.230 (VII).

La Asamblea de la OMI en su resolución A.716 (17) de 6 de noviembre de 1991, tras tomar nota del incremento continuo del transporte de materiales peligrosos y de la necesidad de unificar las reglas nacionales, regionales e internacionales en la materia,

“URGES Governments which have not hitherto implemented the IMDG Code to adopt it as the basis of their national regulations on this matter in order to ensure safe and unobstructed international transport of dangerous, hazardous and harmful cargoes, including environmentally hazardous substances (marine pollutants) and wastes, by sea” (76).

Asimismo, en su resolución A.717 (17), de 6 de noviembre de 1991 (77), la Asamblea de la OMI tomó nota del desarrollo de otros instrumentos relativos a los productos peligrosos y sustancias químicas y solicitó a los Estados que coordinaran los trabajos para evitar conflictos con las disposiciones existentes en materia de transporte marítimo de mercancías peligrosas.

III.- DERECHOS DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS DE TRANSITO.

La determinación de los derechos de los Estados de tránsito, con respecto al tráfico de buques que transportan mercancías y desechos peligrosos, constituye una cuestión controvertida.

1. Las reglas del Convenio de Basilea de 1989.

Las disposiciones del Convenio de Basilea parecen, en principio, tutelar suficientemente la situación de los países de tránsito que se consideran “Estados interesados” tanto si son Partes como si no lo son (78). La

(76) Assembly Resolution A.716 (17) on the International Maritime Dangerous Goods Code (IMDG CODE). Texto en KWIATKOWSKA, B & SOONS, A.H.A., *Op. cit.*, p. 396.

(77) Assembly Resolution A.717 (17) on Coordination in Matters Relating to Dangerous Goods and Hazardous Substances. Texto en KWIATKOWSKA, B & SOONS, A.H.A., *Op. cit.*, p. 397.

(78) El Art. 2, pár. 7 afirma que “(p)or “estados interesados” se entienden las Partes que sean Estados de exportación o Estados de importación y los Estados de tránsito, sean o no Partes”.

noción de “Estado de tránsito”, viene precisada en el Artículo 2, párrafo 12, que dice textualmente:

“Por “Estado de tránsito” se entiende todo Estado, distinto del Estado de exportación o del Estado de importación, a través del cual se proyecte efectuar o se efectúe un movimiento de desechos peligrosos o de otros desechos”.

Los derechos de notificación y consentimiento previo, que constituyen la condición de todo movimiento transfronterizo de desechos, se extienden a los Estados de tránsito en las condiciones previstas en el propio Convenio. Así, la notificación escrita a la que se refiere el Artículo 6, párrafo 1, deberá dirigirse también a los Estados de tránsito que son Partes en el Convenio y esta misma obligación se aplicará *mutatis mutandis* al movimiento transfronterizo de los desechos peligrosos “a través de un Estado o Estados que no sean Partes” (79). Por lo que respecta al consentimiento previo, el Artículo 6, párrafo 4, afirma que “el Estado de exportación no permitirá que comience el movimiento transfronterizo hasta que haya recibido el consentimiento escrito del Estado de tránsito”. Solamente en los casos de reimportación de los desechos, previstos en el Artículo 8, se establece que, al igual que el propio Estado de exportación “ninguna Parte que sea Estado de tránsito” se opondrá a la devolución de tales desechos, ni la obstaculizará o impedirá.

La cuestión que se plantea no es pues la del alcance de los derechos de los Estados de tránsito (que es, como hemos visto suficientemente amplio) sino la de saber si los Estados ribereños poseen la condición de tales en lo que respecta al tránsito de buques que transportan desechos peligrosos a través de sus aguas. Para resolver las dudas que a este respecto se plantearon durante la fase final de la Conferencia de Basilea (80), se adoptó el actual Artículo 4, párrafo 12, que afirma:

(79) Art. 7.

(80) La cuestión consiste en saber si, al emplear las palabras “a través del cual”, el Art. 2, par. 12, incluye o no el movimiento transfronterizo a través de las zonas marinas sometidas a la jurisdicción nacional del Estado ribereño. Pese a que ésta parecería la interpretación más lógica a primera vista, hay que reconocer que la lectura conjunta de los párrafos 3, 9 y 12 del Convenio no resuelve con claridad el problema.

“Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará de manera alguna a la soberanía de los Estados sobre su mar territorial establecida de conformidad con el derecho internacional, ni a los derechos soberanos y la jurisdicción que poseen los Estados en sus zonas económicas exclusivas y en sus plataformas continentales de conformidad con el derecho internacional, ni al ejercicio, por parte de los buques y las aeronaves de todos los Estados, de los derechos y libertades de navegación previstos en el derecho internacional y reflejados en los instrumentos internacionales pertinentes”.

Esta disposición de compromiso, que a fuer de tanto pretender abarcar acaba por resultar ambigua y desafortunada, propició interpretaciones divergentes de los Estados durante la Conferencia de Basilea y determinó la formulación de declaraciones contradictorias al adoptarse el Convenio o en el momento de la firma. Así, frente a las declaraciones de Estados como Alemania, el Reino Unido o Japón, que excluyeron expresamente las obligaciones de información y (sobre todo) de consentimiento previo, las realizadas por Portugal, Ecuador, Colombia, México, Uruguay o Venezuela expresaron, explícita o implícitamente, la posición contraria. La cuestión ha ido ya tan lejos que la propia Italia, en su condición de depositaria del Convenio de Basilea, ha notificado a la Secretaría General de las Naciones Unidas su objeción frente a las declaraciones favorables a la notificación y consentimiento previos, afirmando que:

“... un Etat Partie n'est pas tenu à donner notification à n'importe quel autre Etat, ou à en obtenir l'autorisation, pour le simple passage par la mer territoriale ou l'exercice de la liberté de navigation dans la zone économique exclusive par un navire arborant son pavillon et portant une cargaison de déchets dangereux” (81).

Hay que hacer constar, sin embargo, que la idea del reforzamiento de la situación de los Estados ribereños en lo que concierne al tráfico de desechos peligrosos a través de sus aguas se manifiesta cada vez con más fuerza en las Conferencias de las Partes del Convenio de Basilea. Así, en

(81) Ver al respecto PINESHI, L., “The Transit of Ships Carrying Hazardous Wastes Through Foreign Coastal Zones” en FRANCIONI, F. y SCOVAZZI, T., *International Responsibility for Environmental Harm*, UK, USA (Graham & Trotman) 1991, p. 304.

la I Conferencia de las Partes, celebrada en Piriápolis, varios Estados insistieron en la necesidad de clarificar estos aspectos del Convenio de Basilea y solicitaron a la Secretaría “considerar más a fondo los requisitos de previa notificación y consentimiento de todos los Estados de tránsito” (82).

2. Las reglas del Convenio de Jamaica de 1982.

A tenor de lo dispuesto en el propio Artículo 2, párrafo 12 del Convenio de Basilea, las dificultades que plantea la determinación de los derechos respectivos de los Estados ribereños y de los Estados de pabellón, en lo que respecta al tránsito de buques que transportan desechos y materias peligrosas, deben resolverse conforme a las reglas del Derecho internacional y a los instrumentos internacionales pertinentes. El principal de estos instrumentos es, sin duda, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptado en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

Las disposiciones genéricas sobre protección y preservación del medio marino establecidas en la Parte XII del Convenio (83), son poco explícitas en lo que respecta al tema que nos ocupa, y en particular, a las obligaciones de notificación (84) y consentimiento previo (85). Por lo que respecta al tránsito por el mar territorial, el Artículo 211, relativo a la contaminación causada por buques, afirma en su párrafo 4 que:

“Los Estados ribereños podrán, en el ejercicio de su soberanía en el mar territorial, dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y

(82) Cuatro países se manifestaron en este sentido, entre ellos Finlandia y Australia, que recordó el llamado “episodio del María Laura”. Ver UNEP/CHW.1/24, *Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention*, p. 9.

(83) Especialmente en los artículos 194, 2 y 194, 3 b).

(84) La obligación de notificación inmediata, sólo se establece expresamente en el Artículo 198 en los casos “en los que el medio marino se halle en peligro inminente de sufrir daños de contaminación o los haya sufrido ya”.

(85) Las disposiciones específicas relativas a la contaminación causada por buques (Arts. 211, 217-220) remiten básicamente a las reglas y estándares internacionales que los Estados establecerán actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general.

controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros, incluidos los buques que ejerzan el derecho de paso inocente. De conformidad con la sección 3 de la Parte II, tales leyes y reglamentos no deberán obstaculizar el paso inocente de buques extranjeros”.

Las disposiciones de la sección 3 de la Parte II, no hacen mención expresa de la obligación de pronta notificación y, aunque confieren al Estado ribereño poderes específicos en materia de protección medioambiental, dejan escaso margen para suponer que dicho paso deje de ser inocente y pueda ser impedido cuando el buque considerado transporta desechos o materiales peligrosos.

En efecto, el Artículo 21, 1, f), afirma que el Estado ribereño puede dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial para “la preservación de su medio ambiente y la prevención, reducción y control de la contaminación” (86) y el propio Artículo 21, 4, añade que “(l)os buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente por el mar territorial deberán observar tales leyes y reglamentos”. Por su parte, los Artículos 22, 2 y 23 del Convenio establecen exigencias y condicionamientos específicos para el tránsito de buques que transporten “sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos”. Sin embargo, no parece que estos poderes, exigencias y condicionamientos puedan llegar a impedir el derecho de paso inocente de los buques en cuestión, que sólo dejará de existir cuando se produzca la situación límite prevista en el Artículo 19, 2, h, a saber:

“cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención”.

En definitiva, las disposiciones relevantes del Convenio, parecen permitir conducir a la conclusión de que los derechos del Estado ribereño en relación con el paso inocente por el mar territorial se limitan a:

- recabar la previa notificación del paso de buques que transportan desechos y sustancias peligrosas (condición implícita pero *sine qua non*)

(86) El artículo advierte que dichas leyes y reglamentos podrán dictarse “de conformidad con las disposiciones de esta Convención y otras normas del Derecho internacional”.

- exigir que los buques cisterna, los de propulsión nuclear y los que transporten sustancias y materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos limiten su paso a las vías marítimas establecidas (Artículo 22, 2)

- solicitar que, al ejercer el derecho de paso inocente, los buques extranjeros de propulsión nuclear y los buques que transporten sustancias nucleares u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas, tengan a bordo los documentos y observen las medidas especiales de precaución que para tales buques se hayan establecido en acuerdos internacionales (Artículo 23) (87).

Las disposiciones de la Parte V del Convenio, relativas a la zona económica exclusiva, son todavía más evasivas que las correspondientes al mar territorial en lo que respecta a los derechos del Estado ribereño sobre el tránsito de buques que transportan mercancías y desechos peligrosos y, en especial, a las obligaciones de notificación y consentimiento previo.

En efecto, aunque de acuerdo con el Artículo 56, 1, b) iii) en la ZEE el Estado ribereño tiene “jurisdicción con respecto a la protección y preservación del medio marino” (88), el párrafo 2 de este mismo artículo afirma expresamente que al ejercer dicha jurisdicción debe tener debidamente en cuenta “los derechos de los demás Estados”, entre los que destaca el derecho de libertad de navegación previsto en el Artículo 58. Los poderes que, en materia de protección del medio marino, corresponden al Estado ribereño en la Zona Económica Exclusiva han sido precisados en el Artículo 211 del Convenio, que afirma en su párrafo 5:

“Para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, a los efectos de la ejecución prevista en la sección 6, los Estados ribereños podrán dictar, respecto de sus zonas económicas exclusivas, leyes y reglamentos que sean conformes y den efecto a

(87) Estas exigencias mínimas son todavía menores en lo que se refiere al régimen de paso inocente (Art. 45) y, sobre todo, al régimen de paso en tránsito (Arts. 39, b); 42, 1. b); 43 y 44) por los estrechos utilizados para la navegación internacional. La delegación española en la Conferencia NUDM intentó sin éxito introducir diversas enmiendas para dar mayor rigor a estos textos: DE YTURRIAGA, J.A., *Straits Used for International Navigation. A Spanish Perspective*, Nijhoff, 1991, pp. 174-176.

(88) Art. 56, 1. b) iii).

las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados y establecidos por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general".

El párrafo 6 de este mismo artículo prevé que, cuando las reglas y estándares internacionales sean inadecuados para hacer frente a circunstancias especiales en un área particular y claramente definida de la zona económica exclusiva y, cuando los Estados ribereños tengan motivos y razones para creer que se requiere "la adopción de medidas obligatorias especiales para prevenir la contaminación causada por buques", y tras seguir los procedimientos previstos:

"Si la organización (internacional competente) así lo determina, los Estados ribereños podrán dictar para esa área leyes y reglamentos destinados a prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, aplicando las reglas y estándares o prácticas de navegación internacionales que, por conducto de la organización se hayan hecho aplicables a las áreas especiales. Esas leyes y reglamentos no entrarán en vigor para los buques extranjeros hasta quince meses después de haberse presentado la comunicación a la organización".

La capacidad reglamentaria y ejecutiva del Estado ribereño que establecen los textos precedentes, depende pues esencialmente del desarrollo de las reglas y estándares internacionalmente establecidos. Y, como quiera que dichas reglas y estándares no han experimentado todavía un desarrollo suficiente, el resultado final es que los poderes de los Estados de tránsito no gozan todavía de un alcance y un respaldo satisfactorios, en lo que respecta al tránsito por la ZEE de buques que transportan materia peligrosas.

En definitiva, las disposiciones del Convenio de Montego Bay relativos a la prevención, reducción y control de la contaminación en la ZEE, parecen dejar escaso margen para la fundamentación de las obligaciones de notificación y consentimiento previo y solo afirman expresamente el derecho de los Estados ribereños a tomar y hacer cumplir medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos más allá del mar territorial (89) o, en su caso, a la puesta en marcha de los mecanismos de la responsabilidad internacional a los que hubiere lugar (90).

3. Observaciones complementarias.

La correcta apreciación del estado del Derecho internacional en la materia, requiere quizás realizar ciertas observaciones complementarias.

En primer lugar, para tratar de conciliar debidamente las exigencias de los convenios de Montego Bay de 1982 y de Basilea de 1989, conviene no perder de vista la referencia histórica que traduce, precisamente, la fecha de su adopción. Al margen de que el segundo posee en gran medida el carácter de una *lex specialis* y sin entrar en las cuestiones relativas a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia (91), el dato importante es que el movimiento transfronterizo de sustancias peligrosas constituía un fenómeno esencialmente ignorado en la época de la elaboración del Convenio de Montego Bay y que no recibió, por lo tanto, la necesaria consideración y tratamiento.

En segundo lugar, una interpretación reduccionista de las disposiciones del Convenio de Montego Bay, que no tuviera en cuenta la evolución de las pautas de comportamiento de los Estados en la materia, sería contraria no solamente a las reglas generales de interpretación, sino también a las propias disposiciones del Convenio que se refieren expresamente a los "estándares" generalmente aceptados (92). Aunque el grado de generalidad y aceptación de estos nuevos estándares puede a su vez ser objeto de apreciaciones divergentes, no cabe duda de que la práctica estatal y aún la práctica convencional recientes se orientan definitivamente hacia una potenciación de los poderes del Estado ribereño ante los atentados potenciales al medio ambiente marino en las aguas sometidas a su soberanía (mar territorial) o a su jurisdicción y control (zona económica exclusiva) (93).

(89) Art. 221.

(90) Art. 235.

(91) Ver Art. 30 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en relación con el Artículo 311 del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, sobre "(r)elación con otras convenciones y acuerdos" internacionales.

(92) Art. 211, 5.

(93) Por lo que hace a la práctica española un ejemplo de esta tendencia, es la orden de 17 de abril de 1991 por la que se regula el fondeo de buques-tanque en aguas jurisdiccionales o en la zona económica exclusiva española. Algunos aspectos de ésta orden han sido criticados con razón por la profesora ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, M.P., en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1991/1, pp. 265-268.

Así, hasta los autores menos proclives a admitir la legitimidad de las limitaciones impuestas por los Estados ribereños al libre tránsito de buques que transportan mercancías y desechos peligrosos, reconocen al menos la pertinencia de la obligación de notificación previa, no solamente en el mar territorial sino también en la zona económica exclusiva:

"In the specific case of the transboundary movement of hazardous wastes, the principle of the maximum freedom of trade -when it can be properly claimed- cannot override environmental interests; if both States behave in good faith, notification does not cause any unjustified hindrance to navigation but aims only at eliminating secrecy, thus preventing the risk of accidents and inducing the operator (shipowners, charterers, forwarding-agents, captains) to comply with existing regulations. The current trend does not consist of an absolute prohibition, but in requiring prior notification. Notification can facilitate control from the coastal State. If secrecy is a comprehensible requirement for military activities, there are no reasons why it should be accepted in relation to commercial activities concerning wastes" (94).

CONCLUSION

Los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas constituyen una realidad diaria en nuestro ya pequeño mundo; los problemas que este tráfico suscita y los riesgos que supone para el medio ambiente han comenzado a ser controlados por medio de nuevos instrumentos jurídicos, tanto de naturaleza convencional como de carácter recomendatorio, pero resulta necesario reconocer que la situación dista todavía mucho de ser satisfactoria.

Entre las razones que han sido alegadas para explicar este inquietante fenómeno, unas resultan más justificables que otras, pero todas parecen afectadas por un mismo propósito indeseable, al menos en el caso de los desechos: a saber, la "exportación de la contaminación" (95). El movi-

(94) PINESCHI, L., *op. cit.*, p. 314.

(95) KISS, A., *Droit international de l'environnement*. París Pédone, 1989, p. 287.

miento transfronterizo de los desechos peligrosos responde así, según los casos, al deseo de evitar una reglamentación nacional más severa, al coste más económico de la eliminación en el extranjero, a la inexistencia de instalaciones adecuadas en el propio territorio, a la existencia de una sucursal especializada en el tratamiento de los desechos, situada en otro país, a la exportación para su reciclado o reutilización... Desde el lado de los países destinatarios de los desechos, cuando no se trata de tráfico ilícito puro y duro, las razones más usuales de la importación son la posesión de instalaciones de recuperación o lugares de evacuación adecuados o, simplemente, el deseo de obtener una remuneración para contribuir a su propio desarrollo (96).

En el caso de las materias peligrosas que no poseen la consideración jurídica de desechos, las exigencias de la libertad de comercio no deben hacernos olvidar los riesgos que los movimientos transfronterizos pueden entrañar para la salud humana y el medio ambiente, en especial en lo que respecta a los accidentes que afectan a productos tóxicos y peligrosos. La moderación con la que hay que abordar las limitaciones a las restricciones al movimiento transfronterizo de estos materiales utilizables en los procesos productivos, deben compensarse con la firmeza en el desarrollo de las medidas de regulación y control del transporte de los mismos.

Por ello se impone continuar la reflexión sobre estos problemas desde una óptica que resulte compatible con los nuevos principios que deben regir el desarrollo duradero y la gestión racional de los desechos peligrosos. El principio de "precaución o cautela", el principio de que "quien contamina paga", el principio de "producción limpia", deben conducir a una progresiva reducción de los movimientos transfronterizos de los desechos y otros productos peligrosos y, mientras este tráfico resulte inevitable, a una más severa regulación del mismo. Se hace necesario así, afianzar la eficacia reguladora del Convenio de Basilea, tanto mediante su más

(96) "Sometimes dangerous waste is brought into Third World countries illegally, clandestinely, without appropriate declaration. But this is not the only problem. There is also the problem of temptation. It might seem attractive for a heavily indebted country to "earn a quick dollar" by admitting waste onto its territory for disposal, in spite of the fact that this involves an incalculable risk for the country's environment and the health of its citizens". BOTHE, M., *op. cit.*, p. 422.

amplia ratificación por parte de los Estados, cuanto mediante la progresiva cobertura de las lagunas que aún le afectan. Igualmente, se hace necesario extender las reglas ya establecidas para los desechos a los movimientos transfronterizos de otras materias y productos peligrosos, mediante la adopción de instrumentos convencionales que refuercen y completen los actuales instrumentos de *soft law*. En especial, resulta ya clamorosa la exigencia de consolidar los derechos de los Estados ribereños de tránsito y la de desarrollar los instrumentos jurídicos necesarios en materia de responsabilidad y reparación de daños.

En definitiva se trata de progresar en la elaboración de una regulación internacional que dé respuesta completa a los problemas que resultan de los movimientos transfronterizos de desechos y materias peligrosas, conciliando las exigencias del comercio y del desarrollo con las de la protección de la salud humana y el medio ambiente. Como ha afirmado el Principio 14 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo:

“Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana”.

LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS VIVOS EN LA ALTA MAR Y LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA LEGISLACION EN AMERICA LATINA

Ernesto José REY CARO
Director del IHLADI

SUMARIO

I.- Introducción.

II.- Particularidades de algunos actos legislativos nacionales recientes.

III.- La problemática hasta la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

1. El aporte americano.
2. Las conferencias de Ginebra de 1958 y 1960.
3. La Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en la Alta Mar, de 1958.

IV.- La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

1. Normas pertinentes de la Zona Económica Exclusiva.
2. Normas pertinentes de la Alta Mar.
3. Observaciones sobre el régimen de la Convención.

V.- Las cuestiones pendientes y las posibles vías de solución.

1. La problemática de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias.

VI.- Reflexiones finales.

I.- INTRODUCCION

Pocas ramas del Derecho Internacional han experimentado tan profundas modificaciones en la segunda mitad del presente siglo como el otrora Derecho Internacional Marítimo, hoy Derecho del Mar.

La relativa simplicidad que caracterizó la distribución de los espacios marítimos durante varios siglos, sintetizada en la dicotomía "mar territorial-alta mar", que condensaba la problemática que emergía del ejercicio de derechos por parte de los Estados costeros como por los demás Estados de la comunidad internacional sobre vastas extensiones del planeta, cedió ante el impulso de nuevas concepciones que comenzarían a esbozarse en los primeros años de la década del 40 y que se traducirían fundamentalmente en la reclamación de los Estados ribereños de "derechos" o "competencias" sobre áreas marítimas tradicionalmente comprendidas en la alta mar o que formaban parte de ella.

Aunque los intereses políticos, económicos, sociales y estratégicos siempre estuvieron presentes en las reivindicaciones estatales desde el momento mismo en que comenzaran a manifestarse las pretensiones de dominio sobre las aguas adyacentes, o en la determinación de los derechos y libertades reconocidos en los grandes océanos y mares sustraídos a las jurisdicciones nacionales, ellos y en particular los económicos nunca tuvieron tanta gravitación como en las últimas décadas, en que se constituyeron en la fuerza motriz que impulsaría las transformaciones experimentadas en esta área de las relaciones jurídicas internacionales (1).

(1) Dupuy-Vignes: *A Handbook on the New Law of the Sea*, Hague Academy of International Law, 1991, Vol. 1, pp. 19-28; Quéneudec, J.P., "La remise en cause du Droit de la Mer", Société Française pour le Droit International, Colloque de Montpellier: actualités du droit de la mer, Paris, 1973, pp. 9-33; Golmayo Cifuentes, E. "Los factores estratégicos en el proceso de revisión del Derecho del Mar", en *La Actual Revisión del Derecho del Mar: Una perspectiva Española*, Vol. I, Primera parte, pp. 113-154; Pérez Vera E., "Los factores económicos en el proceso de revisión del Derecho del Mar", *ibidem*, pp. 71-111; Pérez González, M. "La ordenación jurídica del mar: factores en presencia", en *Temas Marítimos*, Santiago de Compostela, 1981, pp. 10 y ss.; Castillo Daudí, M. "Notas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y el Derecho del Mar", en *Estudios de Derecho Internacional*. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, Madrid, 1979, Vol. II, pp. 654-657; Caubet, Christian "Fundamentos político-económicos da apropiação dos fundos marinhos", Florianópolis, UFSC, 1977, etc.

Los conceptos de "plataforma submarina" o "plataforma continental", de "zona de pesca", de "mar epicontinental", de "mar patrimonial", de "zona económica", de "zona de derechos preferenciales", etc., se desarrollarían bajo dicho signo, que continuaría condicionando las posturas e intereses de los Estados en las grandes reuniones o conferencias, regionales o mundiales, en que se debatiría esta cada vez mas compleja problemática. Las conferencias de Ginebra de 1958 y 1960 y la más reciente inaugurada en Caracas, en 1974, constituyen un ejemplo más que ilustrativo de la confrontación de tales intereses. La Convención adoptada en 1982 exhibe un equilibrio, no pocas veces frágil y precario, de los tantos y tan variados intereses que se evidenciaron y se enfrentaron en casi ocho años de deliberaciones.

No obstante, este trascendental instrumento que entrará en vigor en noviembre de 1994 (2), al mismo tiempo que establece normas que pareciera habrán de regir con cierta permanencia los derechos de los Estados en relación a las múltiples situaciones e instituciones allí reguladas y que pueden constituir la expresión de auténticas normas consuetudinarias, presenta aspectos que ya están en pleno proceso de revisión y otros que por la naturaleza de las normas incorporadas -no pocas de carácter programático- exigen una reglamentación o un desarrollo convencional que aseguren su efectividad o precisen los derechos y obligaciones de las Partes. En algunos casos, las previsiones normativas incorporadas en la Convención no han sido seguidas en la práctica y legislación nacional con el mismo grado de precisión o exactitud. Ello se ha manifestado especialmente en el régimen de la pesca y conservación de los recursos vivos en la zona económica exclusiva (3).

(2) El 16 de noviembre de 1993, se depositó el sexagésimo instrumento de ratificación. De conformidad con el art. 308, la Convención entrará en vigor doce meses después de producido este hecho.

(3) Orrego Vicuña, F.: "Toward an Effective Management of High Seas Fisheries and the Settlement of the Pending Issues of the Law of the Sea", en *Ocean Development and International Law*, Vol. 24, pp. 82-83. "The regime on fishing and conservation of living resources in the Exclusive Economic Zone offers a clear example of this last dichotomy. While there is no discrepancy about the basic clauses on coastal state sovereignty over the living resources of the Exclusive Economic Zone, the Convention's specific mechanisms for the conservation and utilization of the living resources are not generally found in national laws and practice, except in a rather loose manner. Concepts such as total allowable catch or access to the surpluses have not been generally implemented, and it would appear that some of these concepts do not meet with a favorable reaction in state practice".

Sin prejuizar sobre el grado de aplicabilidad y efectividad que podrá tener la Convención por el hecho de que muchos de los Estados económicamente más desarrollados no la han firmado y otros no la han ratificado aún (4) y de las dudas -muy fundadas- sobre la real vigencia de algunas de sus partes, no descartándose la posibilidad de que sea necesario la adopción de algunas modificaciones mediante un protocolo adicional o la firma de un tratado diferente (5), no puede ignorarse que en los años transcurridos desde la firma de este instrumento, las actitudes asumidas por los Estados en no pocos casos se han ido acomodando a las nuevas y mutantes situaciones que ofrece la realidad internacional. La incertidumbre en torno a la posibilidad de que la Convención entrara en vigor y la falta de convenios expresos en determinadas materias, ha condicionado la acción de muchos Estados cuyos nacionales tradicionalmente han practicado la pesca y la explotación de otros recursos de la alta mar y han despertado el temor de los Estados costeros de que la ausencia de una reglamentación internacional efectiva ponga en peligro su legítimo derecho de explotar dichos recursos en las zonas sometidas a su soberanía o jurisdicción. Ello ha contribuido al desarrollo de ciertas teorías y políticas estatales y a la adopción de reglamentaciones nacionales cuya legitimidad internacional han sido controvertidas y que han servido para poner en evidencia la extraordinaria "movilidad" o "fluidez" de las instituciones del Derecho del Mar. Es innegable que desde 1982 se han originado nuevos problemas y se han magnificado otros, entre ellos los vinculados con la conservación y administración de los recursos del mar y que muchas situaciones no fueron previstas expresamente en la Convención.

Estas observaciones permiten entrever que en algunos aspectos este instrumento, distante de constituir la expresión de coincidencias definitivas y permanentes, sólo recogió entendimientos mínimos o básicos que han quedado expuestos a las cambiantes circunstancias que caracterizan

(4) Los Estados Unidos de Norte América, Alemania y el Reino Unido no la han firmado y Japón, Francia y Rusia no la han ratificado. Por otra parte, los 60 Estados que han ratificado la Convención, sobre la base de la escala de contribuciones de las Naciones Unidas, sólo proveen el 4,29 por ciento de los costos de la Convención.

(5) Platzoder, R.: "Substantive Changes in a Multilateral Treaty Before its Entry into Force: The Case of the 1982 United Nations Convention of the Law of the Sea", en *European Journal of International Law*, Vol. 4, N° 3, 1993, pp. 390-402.

las relaciones internacionales en nuestros días. Dichos acuerdos podrán consolidarse en la medida que las normas complementarias conduzcan a una justa composición de los variados intereses estatales en juego, o cederán ante el peso de los hechos que pondrán en descubierto su falta de viabilidad para dar una solución satisfactoria a situaciones concretas en las que se enfrentan intereses carentes de homogeneidad.

II.- PARTICULARIDADES DE ALGUNOS ACTOS LEGISLATIVOS NACIONALES RECIENTES

Dentro de una problemática tan amplia y multifacética como la que ofrece el nuevo Derecho del Mar, estas reflexiones están encaminadas a examinar las características y proyección de algunos conceptos desarrollados explícita o implícitamente en recientes actos legislativos de algunos países latinoamericanos, a la luz de la realidad jurídico internacional contemporánea.

Quizá por la resonancia internacional, cabe privilegiar el análisis del concepto de "mar presencial", desarrollado originariamente en la doctrina chilena y luego incorporado en la legislación del mismo país.

Concepto algo difuso e impreciso, implica según su mentor "estar y permanecer en la alta mar existente entre la zona económica del continente y la del borde exterior de la plataforma continental de la isla de Pascua e isla de Sala y Gómez, con el propósito de cautelar los intereses nacionales y, a la vez, realizar actividades económicas que contribuyan al desarrollo de la nación" (6). Posteriormente, al examinar la situación

(6) Martínez Busch, J.: "La gran tarea de esta generación es la ocupación efectiva de nuestro mar", en *Mes del Mar*, Viña del Mar, 4 de mayo de 1990, pp. 14. El término mar presencial, sostiene, requiere una explicación. "A este respecto, debe señalarse que incide en la necesidad de estar en esta alta mar, observando y participando en las mismas actividades que en ella desarrollan otros Estados y que, actuando dentro del estatus jurídico de la alta mar establecido por la Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, constituyan para el Estado de Chile una forma de cautelar los intereses nacionales y de contrarrestar amenazas directas o indirectas a su desarrollo y, por lo tanto, a su seguridad. Dicho concepto no significa el desconocimiento de la alta mar como tal, sino que reconocer una continuidad espacial entre el territorio continental y antártico y la isla de Pascua, derivada de la necesidad de ejercer acciones que resguarden nuestra soberanía y, mediante éstas, dar seguridad a la zona económica exclusiva y al mar territorial".

internacional anterior y posterior a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los "desafíos" que debería afrontar Chile, Martínez Bush se refiere a la necesidad de "generar una relación de uso económico del Mar Presencial", que encerraría la idea de una explotación racional de los recursos evitando su depredación y la ruptura del equilibrio natural del ámbito que se explota, el desarrollo de flotas pesqueras y las investigaciones científicas relativas al comportamiento y ciclos de los recursos por explotar, de su localización y de los volúmenes explotables. Asimismo, reivindica la necesidad de establecer mecanismos de control y de fiscalización de las actividades pesqueras a través de acuerdos internacionales de alcance general o subregional con la finalidad de establecer un régimen de administración de los recursos, conservando las especies y protegiendo el medio ambiente contra cualquier clase de contaminación.

En el capítulo de las definiciones, el marino chileno define al mar presencial como "aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo de Arica (Hito N° 1) hasta el Polo Sur" (7).

Esta delimitación espacial del llamado "mar presencial", se encuentra reproducida con ligeras modificaciones en la Ley General de Pesca y Acuicultura, adoptada por Chile (8). No obstante, no se encuentra en este ordenamiento legal otra referencia al "mar presencial", ni especificación alguna de derechos que pudieran reivindicarse en dicha zona marítima, ello sin perjuicio de que el art. 1 destaca que quedará sometida a la ley en consideración la preservación de los recursos hidrobiológicos y toda actividad pesquera extractiva de acuicultura, de investigación y deportiva que

(7) "El mar presencial. Actualidad, desafíos y futuro", en *Mes del Mar*, Viña del Mar, 1991, pp. 12-13 y 40.

(8) *Diario Oficial de la República de Chile*, 21 de enero de 1992, pp. 4. En el ap. 25 del Art. 3, se define el mar presencial: "es aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo del Hito N° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile y Perú, hasta el Polo Sur".

se realice en aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva de la República "y en áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales". De conformidad con esta última parte del texto, en razón de que se requiere que la jurisdicción nacional se ajuste a los acuerdos o leyes internacionales, surge el interrogante si puede o podrá incluirse el "mar presencial".

Por su parte, el artículo 124 de la Ley 19080, faculta al Gobierno chileno para "establecer normas de conservación y manejo sobre aquellas poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la zona económica o regularse el desembarque de capturas o productos derivados de éstas, cuando éstas se hayan obtenido contraviniendo dichas normas", las que pueden hacerse extensivas respecto de las especies altamente migratorias, a las poblaciones anádromas y mamíferos marinos (9).

Otro Estado latinoamericano, la República Argentina, actualizó su legislación marítima en 1991. La Ley 23968 (10), entre otras materias, fija las extensiones del mar territorial, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental y las pautas para la medición de tales espacios. El art. 5 *-in fine-*, prescribe que "Las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las doscientas (200) millas, sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina".

Como ya lo señaláramos, esta norma pareciera apoyarse en disposiciones de la Convención de 1982, sobre derechos y obligaciones de los Estados ribereños en relación a ciertas especies en un área más allá de la zona económica exclusiva, aunque la Convención establece algunos condicionamientos y limitaciones (11).

(9) *Boletín Oficial de la República de Chile*, 6 de septiembre de 1991. El mismo artículo permite "prohibir el desembarque, abastecimiento y cualquier tipo de servicios directos o indirectos a embarcaciones en puertos de la República y en toda la zona económica exclusiva y mar territorial, cuando existan antecedentes que hagan presumir fundadamente que la actividad pesquera extractiva que realicen esas naves afecta los recursos pesqueros o su explotación por naves nacionales en la zona económica exclusiva".

(10) *Boletín Oficial de la República Argentina*, 5 de diciembre de 1991.

(11) "Los espacios marítimos argentinos en la Ley 23968", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. IV, 1990-1991, p. 239.

Tal disposición se compatibilizaba con el Proyecto de Ley sobre Régimen Nacional de Pesca del mismo año que en el art. 5, al tiempo de declarar el dominio y jurisdicción exclusiva de la Nación los recursos vivos existentes en las aguas de la zona económica exclusiva y en la plataforma continental argentina (12), establece que "La jurisdicción nacional se extiende más allá del límite exterior de la Zona Económica Exclusiva sobre los recursos migratorios o que pertenezcan a una misma población o a poblaciones de especies asociadas a la Zona Económica Exclusiva argentina", y el art. 6, que fija el ámbito de aplicación a la ley, en el inciso "e", incluye la regulación de la pesca en la zona adyacente a la Zona Económica Exclusiva argentina respecto a tales recursos.

Conviene destacar que "las normas nacionales sobre conservación de los recursos" a que alude el art. 5 de la Ley 23.968, no han sido dictadas aún, razón por la cual la citada previsión legal carece de efectos prácticos y el proyecto de ley de pesca, no ha completado el trámite legislativo.

La posibilidad de que en virtud de los actos legislativos examinados se pudiera ejercer además jurisdicción sobre los barcos de pabellón extranjero en materia de pesca más allá de la zona económica exclusiva, como así también ciertos derechos reivindicados por Estados costeros en las reuniones internacionales desarrolladas en época reciente sobre pesca en alta mar de determinadas especies, han provocado múltiples inquietudes y reacciones, particularmente de Estados de pesca a distancia, de los que carecen de litoral marítimo y de los que se encuentran en una situación geográfica desventajosa.

Pastor Ridruejo, analizando estos hechos, y la ley irlandesa de 24 de marzo de 1992 que regula el derecho de pesca en la zona económica exclusiva de ese país, que prohíbe a los buques extranjeros el desembarque de especies capturadas más allá de la zona económica exclusiva si Irlanda no ha negociado un acuerdo previo con el Estado del pabellón, destaca que desde una perspectiva de *lege ferenda* "existe una tendencia por parte de Estados poseedores de grandes fachadas marítimas a ampliar sus competencias en materia de pesca más allá de las 200 millas de la

(12) Cámara de Diputados de la Nación, Trámite Parlamentario N° 162, 20 de diciembre de 1991, p. 4590.

zona económica exclusiva, esto es, a áreas de alta mar". Examinando los precedentes -en particular otros actos reivindicatorios de la década del 50-, justifica la preocupación generada en algunos Estados que eventualmente pudieran sentirse perjudicados o afectados (13).

Estas tendencias, que estarían indicando la posibilidad de que los Estados ribereños pudieran ejercer competencias o facultades para prevenir acciones que consideren lesivas a sus intereses en una zona adyacente a sus zonas económicas exclusivas en materia de conservación y administración de los recursos naturales, ha inducido a Frida Armas a preguntarse si sólo se trata de avances que ponen de manifiesto la necesidad de una más exigente cooperación para la conservación de los recursos vivos o se estaría gestando una nueva zona marítima, en la que el Estado ribereño pretendería el ejercicio de cierta jurisdicción (14).

A pesar de que esta búsqueda de nuevas alternativas pudiera interpretarse que encubre una nueva reclamación de jurisdicción de los Estados costeros más allá de las 200 millas, se ha negado tal propósito, afirmándose que su fundamento radica en que, como los océanos constituyen un ecosistema integrado, la intensa interacción existente entre la alta mar y las zonas que se encuentran bajo las jurisdicciones nacionales han inducido a los Estados ribereños a interesarse en forma cada vez más creciente en las actividades que se desarrollan en alta mar. "Se trata en todo caso -sostiene Orrego Vicuña- de formas de jurisdicción funcional, muchas de las cuales ya han sido reconocidas por el derecho internacional y la práctica estatal a la luz de las exigencias de una política ambiental sostenida y de la necesidad de tomar en cuenta todos los intereses involucrados" (15).

(13) "La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar", en la obra *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo*. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco, Madrid, 1993, p. 525.

(14) "Más allá de la Zona Económica Exclusiva", en *Communitas*, Bs.As., Diciembre de 1992, N° 2, p. 111.

(15) "De Vitoria a las nuevas políticas de conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar", en *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Salamanca, 1993, p. 145 (tn. "Toward an Effective Management of High Seas Fisheries and the Settlement of the Pending Issues of the Law of the Sea", *op. cit.*, p. 84).

Tales expresiones de jurisdicción nacional, según este mismo autor, están referidas a aspectos muy puntuales como es la aplicación de los derechos del Estado ribereño o el control de las actividades ilegales de pesca, habiéndose evitado que aparezcan elementos de territorialización de los nuevos espacios marítimos (16).

En el caso del "mar presencial", dicho concepto se explica a la luz de la evolución experimentada en los últimos años en el Derecho del Mar, correspondiendo al interés especial del Estado ribereño en las especies marítimas, sin que implique reclamaciones de orden jurisdiccional en sentido especial. Aspira a una participación del Estado ribereño en las actividades que se lleven a cabo en las zonas de alta mar que son de su interés, para asegurar una "presencia económica competitiva" que puede llevar a la necesidad de reglamentar medidas de conservación apropiadas entre los Estados participantes, refiriéndose también el concepto a aspectos de seguridad nacional (17).

No obstante la advertencia de la doctrina y la diplomacia chilena de que en los hechos la noción de "mar presencial" no importa un reclamo de jurisdicción en la alta mar y de que se ajusta a los términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, algunos gobiernos europeos -Francia, Bélgica y España-, han puesto en tela de juicio esta afirmación, alegando que aquel concepto, además de no tener sustento en las normas de la Convención, pone en peligro el régimen legal de los océanos, impugnación esta que también comparte la Comunidad Económica (18).

También se ha dicho que el concepto de "mar presencial" puede ser interpretado como un punto de partida de una nueva expansión de las pretensiones de los Estados costeros sobre el mar (19).

(16) *Ibidem*, p. 146.

(17) *Ibidem*, p. 152.

(18) Kwiatkowska, B. "The High Seas Fisheries Regime: at a Point of No Return?", en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 8, N° 3, 1993, p. 341.

(19) Treves T.: "Codification du droit international et pratique des états dans le droit de la mer", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, 1990, p. 235. "La mer présentielle", sostiene este jurista, "n'est, certes, pas encore une réalité au Chili. Ses contours sont d'ailleurs assez vagues et il pourrait bien s'agir d'un concept de géopolitique (ou de "océanopolitique", comme le définit son initiateur) sans conséquen-

Sin duda, el primer gran interrogante que abren estos actos legislativos nacionales examinados, es si ellos son compatibles con las normas del Derecho del Mar contemporáneo. Cabría preguntarse también si de conformidad con este ordenamiento jurídico, es admisible que el Estado ribereño pueda ejercer derechos, jurisdicción o competencias más allá de la zona económica exclusiva, y en su caso cual sería el alcance de tales facultades o, si se tratara de "intereses", cual sería la medida en que ellos pueden proyectarse o ser tutelados.

Las respuestas a estos interrogantes no deja de ofrecer las dificultades propias de una temática controvertida, que se acrecientan por el carácter impreciso y genérico de las reivindicaciones estatales.

Surge con claridad que las competencias reclamadas están vinculadas fundamentalmente con la protección y conservación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva de los Estados ribereños, en particular de las pesquerías, y en algunos casos, con los derechos, deberes e intereses reconocidos en relación a especies asociadas y compartidas, especies altamente migratorias, mamíferos marinos y especies anádromas y catádro-mas.

La cuestión, como surge de las consideraciones efectuadas, guarda una estrecha relación con disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, instrumento este que introdujo normas particulares cuya operatividad o complementación quizá pueda esclarecer en el futuro esta singular problemática.

III.- LA PROBLEMÁTICA HASTA LA TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

En orden a arrojar algunos destellos de luz sobre esta cuestión y sin pretender realizar un exámen general del problema de las pesquerías en el Derecho internacional de nuestros días, hemos creído de utilidad destacar algunos antecedentes que fueron marcando hitos en la evolución de esta

ces juridiques. Il est toutefois important de le signaler comme indice du caractère non interchangeable des limites de la haute mer et des pressions dont fait l'objet la liberté de la haute mer".

materia y examinar la normatividad incorporada en la citada Convención y el desarrollo posterior.

No será nuestro propósito igualmente, profundizar el concepto y contenido de la zona económica exclusiva, espacio marítimo estrechamente vinculado con el tema y que ha tenido una innegable trascendencia como recipientario de las reivindicaciones estatales que se habrán de reseñar (20), pero que no constituye la materia específica de estas reflexiones.

No obstante, justo es poner de relieve que la incorporación de la zona económica exclusiva entre las principales instituciones del Derecho del Mar ha tenido una amplia repercusión en las relaciones interestatales tradicionales, difícil de mensurar. Un aspecto de este proceso, sostiene María Teresa Infante, ha sido la necesidad de ajustar los acuerdos de pesca existentes, implantar nuevos tipos de relaciones con los países ribereños y asignar un papel antes ignoto al concepto de "excedente", derivando la vinculación de la zona económica exclusiva con la alta mar de la propia naturaleza, en este caso -v.g.- de las especies altamente migratorias, las especies compartidas y asociadas y otras, que exigen un enfoque particular (21).

Con habitualidad se ha remarcado la influencia que han ejercido en la evolución del Derecho del Mar y en particular del problema de las pes-

(20) Martínez Puñal, A., "La Zona Económica Exclusiva: Valoración de sus razones de oportunidad (con consideración particular del caso Azoriano)", en *Anuario de Derecho Marítimo*, Escuela de Administración Marítima, Gobierno Vasco, Vol. VIII, p. 273 "La idea de la Zona Económica Exclusiva vendría, pues, a ser una noción de combate, y habría sido introducida por los países en vías de desarrollo para intentar terminar con aquella libertad formal que permitía a las potencias pesqueras faenar en las zonas adyacentes a sus mares territoriales, mientras que ellos no sólo eran incapaces, en la gran mayoría de los casos, de beneficiarse de dicha libertad desplazándose a zonas distantes de sus costas, sino que incluso, a causa de sus precarias condiciones económicas, no disponían de capacidad financiera suficiente para aviar unas adecuadas flotas de pesca, a fin de faenar frente a sus costas, ni por sus dificultades económico-estructurales, de una infraestructura mínima (transporte, industrias congeladoras, etcétera) para promocionar un habitat alimenticio con participación de productos pesqueros, el cual sería de gran utilidad para atender sus necesidades proteínicas".

(21) "La explotación de los recursos pesqueros en Alta Mar", *La Pesca en Chile*, Valparaíso, 1986, p. 26.

querías los actos unilaterales o los instrumentos multilaterales emanados de Estados del continente americano (22).

1. El aporte americano.

Una de las proclamas del Presidente Truman, de septiembre de 1945, estaba referida a la "Política de los Estados Unidos con respecto a la pesca costera en ciertas áreas de alta mar". Ella afirmaba la facultad del gobierno estadounidense para establecer "zonas de conservación" en áreas de alta mar adyacentes a sus costas, fundadas en el interés económico que proporcionaban los recursos para el Estado y en la falta de protección adecuada de las pesquerías (23). Se ha sostenido que tal acto legislativo dio origen a una nueva tesis en relación al ejercicio del derecho de pesca en alta mar, habida cuenta que aquel país reivindicaba el derecho de reglamentar unilateralmente las pesquerías donde fuere necesario, tratándose de la conservación de tales recursos (24). La doctrina ha destacado las características y la influencia ejercida por aquella proclama y la que reivindicara la plataforma submarina, como precursoras de los cambios que se producirían con posterioridad (25).

(22) Zacklin, R. "Latin America and the development of the Law of the Sea: an overview", en *The changing law of the sea, western hemisphere perspectives*, Leiden, 1974, pp. 59-78.

(23) Azcárraga, J.L., *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional*, Madrid, 1952, pp. 248-249.

(24) Queneudec, J.P., *op. cit.*, pp. 34-35.

(25) Sánchez Rodríguez, L.I., *La Zona Exclusiva de Pesca en el Nuevo Derecho del Mar*, Oviedo, 1977, p. 83. "En definitiva, la ruptura con las categorías existentes tiene un origen claramente americano. El movimiento tiene origen en la legislación norteamericana, donde se crean dos nuevos espacios que la evolución posterior se encargará de traducir en los conceptos de zona de pesca y plataforma continental. La técnica empleada se caracteriza por individualizar jurídicamente la regulación de los recursos del lecho y subsuelo marinos, con relación a los existentes en la columna de agua suprayacente.

Algunos de los instrumentos legislativos de Estados del continente que reivindicaron con posterioridad la soberanía sobre la plataforma submarina o continental, incluyeron reclamaciones de competencias, de variada naturaleza, sobre las aguas adyacentes. El Decreto 14.708 de octubre de 1946, de la República Argentina (26), declaró perteneciente "a la soberanía de la Nación, el Mar Epicontinental y el Zócalo Continental Argentino". En los fundamentos se destacaba que "las aguas que cubren la plataforma submarina constituyen los mares epicontinentales, en los que el desarrollo biológico es extraordinario, por la influencia de la luz solar, estimulando la vida de vegetales (algas, musgos, etc.) y de infinidad de especies animales, susceptibles de aprovechamiento industrial".

Similares reivindicaciones, con mayor o menor amplitud, se encuentran en la Declaración Oficial del Presidente Chileno de junio de 1947

Se consigue una regulación que abarca desde el fondo a la superficie por medio de dos instrumentos legales separados, quedando indeterminada la extensión de ambos espacios. Cuando el proceso descende hacia Centro y Sudamérica, cambia el signo del mismo al establecerse zonas nacionales únicas, para el aprovechamiento y conservación de todo tipo de recursos, con una anchura común de 200 millas. Su característica de base es que en ellas se verifica una regulación unidimensional de todo tipo de recursos. Su efecto respecto a las categorías jurídicas existentes en aquellos momentos en el Derecho del Mar también es de impugnación, puesto que sancionan un espacio de características peculiares respecto a los operantes".

(26) *Boletín Oficial de la República Argentina*, 5 de diciembre de 1946. El gobierno de los Estados Unidos en una nota de julio de 1948 dirigida al gobierno argentino, señalaba que a pesar de haberse invocado el precedente estadounidense, el Decreto argentino había reivindicado la soberanía sobre las aguas contiguas al litoral argentino más allá de los límites generalmente aceptados como mar territorial, y que en relación a la pesca, dicho decreto no reconocía los derechos e intereses de los Estados Unidos sobre la alta mar a lo largo de las costas argentinas, efectuando la correspondiente reserva de derechos, que también se extendía a los actos legislativos de Chile y Perú (Azcárraga, J.L., *op. cit.*, pp. 105-106 y 283).

(27), en el Decreto de agosto del mismo año del Gobierno peruano (28) y en los Decretos de julio de 1948 y noviembre de 1949 del Gobierno de Costa Rica (29).

Sin embargo, a pesar del alcance de estos actos legislativos, que indudablemente implicaban introducir una profunda cuña en la tradicional estructura de los espacios marítimos, y que alguno de ellos -v.g., la Constitución de El Salvador (30)- avanzaron en forma realmente revolucionaria para la época, fue la Declaración de Santiago, de 1952, la que habría de tener una mayor repercusión, no solo por haber sido un acto tripartito -Chile, Perú y Ecuador-, sino por la peculiaridad de los funda-

(27) Ver texto en Orrego Vicuña, F., *Chile y el Derecho del Mar*, Santiago de Chile, 1972, p. 33. La Declaración expresaba: "El Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera que sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza que sobre dichos mares y en ellos y bajo ellos se encuentren, sometiendo a la vigilancia del Gobierno, especialmente, las faenas de pesca y caza marítimas, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sea explotada en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del Continente americano".

(28) El ap. 2 del Decreto, afirmaba "La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional, cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o bajo de dicho mar se encuentren".

(29) El segundo de ellos, en los fundamentos, expresaba: "Que el consenso internacional reconoce el derecho y la obligación de un Estado costero de fomentar la conservación de la pesca en alta mar contigua a sus costas, de acuerdo con las condiciones peculiares de cada región y en armonía con los derechos e intereses privativos de cualquier otro Estado", y "Que para llenar los fines anteriores, es indispensable que el Estado proclame una política relacionada con las pesquerías costeras en ciertas áreas de alta mar y sus derechos en las riquezas bajo el zócalo submarino".

(30) Artículo 7 de la Constitución de 1950; "El territorio de la República, dentro de sus actuales límites, es irreductible, comprende el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas marinas, contadas desde la línea de la más baja marea y abarca, el espacio aéreo, el subsuelo y el zócalo continental correspondiente. Lo previsto en el inciso anterior, no afecta la libertad de navegación conforme a los principios aceptados por el derecho internacional".

mentos científicos en que se sustentaban las reivindicaciones (31).

En ellos se destacaba que era obligación de los gobiernos asegurar la conservación de los recursos naturales y reglamentar, e incluso impedir, toda explotación que pusiera en peligro su existencia o su integridad, aún fuera de su jurisdicción, extendiendo la soberanía o jurisdicción sobre el mar, el suelo y el subsuelo hasta las doscientas millas marítimas y se arguía la insuficiencia de las extensiones del mar territorial y de la zona contigua para preservar adecuadamente la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y la flora marítimas. Se ha destacado, en este instrumento, un fundamento científico basado en los conceptos de ecosistema y bioma de los que podían deducirse la existencia de una perfecta unidad e interdependencia entre las comunidades que viven en el mar, el medio que los sustenta y las necesidades del poblador costero que necesita de ellos para su subsistencia (32).

La conservación y preservación de los recursos naturales y en particular de la riqueza ictícola, constituyeron igualmente, el *leit motiv* de las modificaciones que se introdujeron en las legislaciones sobre espacios marítimos de varios Estados latinoamericanos en los años 60 y 70 que con sus peculiaridades -que han merecido exhaustivos estudios críticos (33)-,

(31) El alcance de la Declaración ha merecido varias interpretaciones, pero resulta difícil admitir que se trataba de una zona exclusiva de conservación o de pesca. Cf. *American Journal of International Law*, Vol. 68, 1974, p. 36; Zacklin, R., op. cit., pp. 62-63; Hoeffel, J.M. "La zone maritime peruvienne de souveraineté et de juridiction nationales", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1975, pp. 436-444; Rey Caro, E.J. "América y la evolución del Derecho del Mar", en *Estudios Internacionales*, Sociedad de Estudios Internacionales, Madrid, 1984, pp. 92-96. Sobre las reacciones internacionales que produjo la Declaración, puede consultarse Ferrero Costa, E. *El Nuevo Derecho del Mar. El Perú y las 200 millas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1979, pp. 61-72.

(32) Armas Pfluter, F., *El Derecho Internacional de Pesquerías y su aplicación al problema de la pesca en el Frente Marítimo del Río de la Plata*, Tesis Doctoral, Bs.As., 1992, pp. 30-31.

(33) Thibaut, F., "L'Amérique Latine et l'évolution du droit international de la mer", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1971, N° 3, pp. 754-758; Castañeda, J., "Les positions des Etats Latino-Américains", en *Actualités du Droit de la Mer*, op. cit., pp. 158-163; Orrego Vicuña, F., *Tendencias del Derecho del Mar Contemporáneo*, Bs.As., 1974, pp. 26-38; de la Colina, F., *Evolución del Derecho del Mar en América*.

extendieron la jurisdicción sobre los mares adyacentes hasta las 200 millas marítimas (34).

Además de estos actos legislativos unilaterales, se destacan también diversas declaraciones conjuntas que se elaboraron en reuniones que fijarían posiciones comunes ante la eventualidad de la convocatoria de una conferencia para tratar la problemática del Derecho del Mar.

Los nueve países de América Latina reclamantes de soberanía o jurisdicción sobre los mares costeros hasta las 200 millas, se reunieron en Montevideo, en mayo de 1970, proclamando los llamados "Principios Básicos de Derecho del Mar" (35), que reflejaban una filosofía común, proclamando, *inter alios*, el derecho de los Estados ribereños de disponer de los recursos naturales de los mares adyacentes a sus costas para promover "el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos" y de establecer los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas de conformidad "con los factores que condicionan la existencia de los recursos marinos y la necesidad de su racional aprovechamiento".

Contribución Latinoamericana, México, 1974, pp. 37-80; García Amador, F., op. cit., pp. 33-50; Sánchez Rodríguez, L.I., op. cit., pp. 115 y 153.

(34) En 1965, Nicaragua, adoptó por Decreto Supremo de 5 de abril, una "zona pesquera nacional" que se extendía hasta las 200 millas para la conservación y explotación racional de sus recursos pesqueros. A fines de 1966, la República Argentina aprobó la ley 17094, por la que se extendió la soberanía sobre el mar adyacente a su territorio hasta las doscientas millas marinas y en 1973, por la ley 20136 se reservó la explotación de los recursos vivos en toda la zona de doscientas millas a embarcaciones de pabellón nacional. En 1967, Panamá también extendió su soberanía "más allá de su territorio continental e insular, a una zona de mar territorial de doscientas (200) millas de ancho, al lecho y subsuelo de dicha zona y al espacio aéreo que la cubre". Uruguay, en diciembre de 1969, fijó su mar territorial en 200 millas de ancho, estableciendo un doble régimen jurídico en ellas. Brasil, en marzo de 1970, fijó la extensión de su mar territorial en 200 millas, etc. Si bien todas estas reivindicaciones tenían un denominador común, cual era la reclamación de soberanía o jurisdicción hasta las 200 millas extensión, el alcance de estos actos legislativos era muy variado, lo que dio origen a una multiplicidad de interpretaciones (Cf. nuestro trabajo "América y la evolución del Derecho del Mar", op. cit., pp. 96-98).

(35) Ver texto en Orrego Vicuña, F., *Chile y el Derecho del Mar*, op. cit., pp. 122-124.

Similares fundamentos exhibe la "Declaración de Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar", suscripta en Lima, en agosto del mismo año (36). La Declaración de Santo Domingo, aprobada en la Conferencia Especializada de los Países del Caribe sobre problemas del Mar, de junio de 1972, enunció el concepto de "mar patrimonial", precedente inmediato de la zona económica exclusiva, inspirado en los numerosos precedentes registrados en el continente americano (37).

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, en 1956 el Consejo Interamericano de Jurisconsultos se pronunció sobre las reivindicaciones de muchos Estados del continente. La Resolución XIII, llamada "Principios de México sobre Régimen Jurídico del Mar" al tiempo que declaraba en relación al mar territorial que la regla de las tres millas no constituía una "norma general de Derecho internacional", sostenía que todo Estado tenía competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables "atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos, así como a las necesidades económicas de sus poblaciones y a su seguridad y defensa". En cuanto a la plataforma continental -concepto este que estaba en pleno proceso de cristalización-, los derechos de los Estados ribereños podían extenderse a todas "las especies marinas, animales y

(36) *Ibidem*, pp. 127-128. Entre los principios comunes, se pueden señalar: "1. El derecho inherente del Estado ribereño a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacentes a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, así como de la plataforma continental y su subsuelo, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos; 2. El derecho del Estado ribereño a establecer los límites de su soberanía o jurisdicción marítimas de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus características geográficas, geológicas y biológicas, y a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos".

(37) La noción de "mar patrimonial" ya había sido desarrollada en la doctrina y explicitada en el Comité Jurídico Interamericano, en 1970. El jurista chileno Vargas Carreño, lo define como "el espacio marítimo en el cual el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo a explorar, conservar, y explotar los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, así como de la plataforma continental y su subsuelo hasta el límite que dicho Estado determine de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus características geográficas, geológicas y biológicas, y a las necesidades del racional de sus recursos" (Orrego Vicuña, F., *Chile y el Derecho del Mar*, op. cit., p. 149).

vegetales, que viven en constante relación física y biológica con la plataforma, sin excluir las especies bentónicas" (38).

Otro importante documento emanó del Comité Jurídico Interamericano, en febrero de 1973 (39), que trató de compatibilizar las reclamaciones de soberanía o jurisdicción ya referidas, con los derechos de terceros Estados, en particular el derecho de libre navegación y sobrevuelo. En la zona comprendida entre las 12 y las 200 millas -que no era calificada, pero sobre la que se destacaba que más allá de ella se encontraba la alta mar-, los Estados ribereños tendrían como objetivo "el máximo desarrollo de sus economías y la elevación de los niveles de vida de sus pueblos", enunciándose numerosas facultades como la de reglamentar y ejercer la explotación del mar y reservar para sus nacionales esas actividades, y de adoptar medidas para evitar los efectos nocivos para el sistema ecológico del medio marino, los recursos vivos, la salud humana y otros intereses de sus poblaciones (40).

Del examen de estos instrumentos se desprende que el problema específico de la pesca se enmarcaba en un ámbito mucho más global, cual era

(38) Unión Panamericana. *Acta Final de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, 1956, p. 33.

(39) Ver texto en *Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e Informes*, 1967-1973, Vol. X, 1978, pp. 568-569. Un análisis de la resolución, sus antecedentes y las opiniones de los miembros del Comité puede consultarse en Aja Espil, J., *El Derecho del Mar. Las nuevas cuestiones del Derecho Internacional Marítimo*, Bogotá, 1973, pp. 99-113.

(40) La doctrina ha destacado el objetivo y trascendencia de las medidas unilaterales de los Estados. E. Pérez Vera, sostiene "En efecto, el Estado ribereño propenderá a configurar la conservación de los recursos vivos del mar como un interés propio en cuya defensa le es lícito adoptar medidas unilaterales que, sobre todo en el caso de los países subdesarrollados o excepcionalmente tributarios del mar, pueden llegar a la exclusión de los pescadores extranjeros de la zona. Fenómeno al que sin duda favorece la falta de acuerdo general sobre la distancia a que debe fijarse el límite exterior del mar territorial, al permitir la calificación de los espacios afectados como parte del mismo" [...] "Pronto, sin embargo, al sistematizar las razones que justifican la adopción de medidas unilaterales, los Estados tomarán conciencia de la importancia de los recursos marinos para su propio desarrollo económico e irán progresivamente transformando sus aspiraciones en la reclamación de ciertos privilegios de explotación que, pese a todo, no pueden asimilarse al derecho indiscriminado de exclusión de que goza en el mar territorial" (*Op. cit.*, pp. 84 y 86).

la ampliación de la jurisdicción marítima de los Estados costeros -que reconocía múltiples fundamentos-, frente a la distribución tradicional de los espacios marítimos, que limitaba sustancialmente la posibilidad de que tales Estados pudieran ejercer competencias más allá de las 3,6 o 12 millas marinas para la preservación de los recursos naturales, vivos y no vivos, protegiéndose así de la depredación o sobreexplotación de que eran objeto por parte de Estados tecnológicamente más desarrollados que podían usufructuar ilimitadamente de las libertades reconocidas en la alta mar (41). La libertad tradicional de los mares -sostiene Martínez Puñal- se mostraba como algo formal y sin contenido para los países del Tercer Mundo. "Razones de justicia económica internacional apuntaban, por consiguiente, a la necesidad de la formalización de una libertad material dotada de un contenido positivo al servicio de todos los países y no de las grandes potencias marítimas" (42). Tampoco estuvo ausente el propósito de reservar la pesca para los nacionales (43). No obstante, no existió un tratamiento particular de las pesquerías.

Las nuevas tendencias surgidas del continente americano tuvieron una amplia repercusión en África. En 1973, el Consejo de Ministros de la Organización de Unidad Africana, reunido en Addis Abeba, aprobó una resolución que al tiempo de reconocer el derecho de los Estados ribereños a establecer una zona económica exclusiva hasta una distancia de 200 millas y del derecho de ejercer soberanía permanente sobre todos los recursos vivos y minerales de tal zona, afirmaba "Que los Estados africanos reconocen que las actividades pesqueras en la alta mar tienen efectos directos sobre la pesca en el mar territorial y en la zona económica. En consecuencia, tales actividades deben regularse teniendo especialmente

(41) Dupuy - Vignes: *op. cit.*, pp. 1014-1015. "Clearly, the national interests of the coastal State and of its fishery population will usually have been the dominant cause of its decisions to extend jurisdiction to 12 or 200 nautical miles. And national interests will often prevail in consideration as to management and distribution within the spheres of competence given by international law, including the general right to reserve resources to the domestic fishing industry up to the limits of its 'harvesting capacity'".

(42) "La Zona Económica Exclusiva: Valorización de sus razones de oportunidad (con consideración particular del caso Azoriano)", *op. cit.*, p. 263.

(43) Windley, D., "International practice regarding traditional fishing privileges of foreign fishermen in zones of extended maritime jurisdiction", en *American Journal of International Law*, 1969, N° 3, pp. 490 y 496-498.

en cuenta las especies oceánicas de peces eminentemente migratorias y anadrómicas. Los Estados africanos apoyan por ello el establecimiento de un régimen u organismo internacional de la pesca marítima dotado de poderes suficientes para hacer que los Estados respeten unos principios de ordenación de la pesca que gocen de amplia aceptación o, en su caso, que se refuercen las comisiones existentes de pesca de la FAO u otros organismos normativos de pesquerías a fin de que puedan formular reglamentos apropiados aplicables a todas las zonas de la alta mar" (44). Estas ideas habrían de tener amplia repercusión en las discusiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Cabe acotar que la zona contigua tradicional sólo permitía a los Estados costeros el ejercicio de cierta jurisdicción o competencia especializada, pero a otros efectos, como fiscales, sanitarios, aduaneros, control de migraciones (45). Las iniciativas que se presentaron en la Conferencia de La Haya, de 1930, para que se permitiera ejercer al Estado ribereño derechos de protección sobre las pesquerías, no tuvieron éxito (46).

(44) ONU, Asamblea General, Doc. A/A. 138/89, 2 de julio de 1973, *Declaración de la Organización de la Unidad Africana sobre las cuestiones del Derecho del Mar* (CM/ Res. 289) (XIX).

(45) Gidel, G., *Le Droit International Public de la Mer*, París, 1934, Tomo III, pp. 141 y ss.; Dupuy - Piquemal, "Les appropriations nationales des espaces maritimes", en *Actualités du Droit de la Mer*, Société Française pour le Droit International, pp. 148-149; Gros, A. *Entre deux conférences sur le droit de la mer*, Melanges Basdevant, 1960, p. 245.

(46) Gidel, G., *op. cit.*, p. 151. En la etapa de los trabajos preparatorios de la Conferencia, se resolvió consultar a los Gobiernos sobre la posibilidad de establecer en un acuerdo normas relativas a la explotación de los productos del mar. El informe elaborado por José León Suarez llegó a la conclusión de que era factible asegurar la explotación económica de los recursos del mar mediante una regulación adecuada; que la explotación incontrolada conduciría inevitablemente a la extinción de las principales especies; que los tratados existentes no tomaban en consideración los aspectos biológicos y económicos que eran esenciales; y que era necesario celebrar una conferencia con participación de expertos en zoología marina, industriales y juristas (ver texto en *American Journal of International Law*, Vol. 20, 1926, Special Supplement, pp. 231-240). En 1918, el citado jurista argentino Suarez, en una conferencia pronunciada en Brasil, expuso una tesis que ha sido considerada precursora del concepto de mar epicontinental. Suarez se planteó varios interrogantes, entre ellos si era suficiente la extensión del mar territorial para las necesidades de las industrias marítimas y si la

Los problemas del Derecho del Mar no fueron ajenos a las preocupaciones de las instituciones científicas. El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, los trató en reiteradas oportunidades. Sorprende que ya en el año 1953, al abordar en conjunto las "Cuestiones de Derecho Internacional Marítimo y Fluvial", en la resolución pertinente, en la parte dedicada al "Mar Complementario", se incluyera una conclusión realmente de vanguardia: "Los Estados que carezcan de plataforma submarina, tienen, con el mismo objeto especificado en el artículo anterior, el derecho de reglamentar y fiscalizar la pesca y la caza que se realicen en las zonas de alta mar adyacentes al mar territorial, hasta el límite de 200 millas marinas contadas desde la línea exterior de aquel". El artículo anterior mencionado, se refería a la plataforma submarina, y reconocía que la autoridad y jurisdicción del Estado ribereño comprendía las facultades de reglamentar y fiscalizar la pesca y la caza que se realizara en toda la extensión de las aguas que cubren la plataforma submarina, con el objeto de proteger los recursos naturales contra el exterminio, aunque sus habitantes no practiquen tales actividades en dicha zona (47). El Instituto se había adelantado en casi treinta años a los conceptos incorporados, con otras características y alcances, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

2. Las conferencias de Ginebra de 1958 y 1960.

En la Comisión de Derecho Internacional, al considerarse la cuestión de la extensión del mar territorial en la década del 50, se observó que éste

Humanidad por una previsión de interés común, no exigía la reglamentación uniforme y económica de la fauna marina aprovechable hasta donde lo impusiera la evolución biológica de la misma, y se pronunciaba por la conveniencia de efectuar un reajuste legal de los espacios marinos a través de factores económicos que la Humanidad debía controlar, primero nacionalmente y después conforme al Derecho Internacional (Cf. "El Mar Territorial y las Industrias Marítimas", *Diplomacia Universitaria Americana*, Bs.As., 1919, p. 155). Un examen de las propuestas y de los trabajos de la Conferencia, puede verse también en Unión Panamericana, *Dictamen sobre la anchura del mar territorial*, 1965, pp. 11-26; Ferrer Vieyra, E. "La extensión del mar territorial según la Conferencia de La Haya de 1930 y la de Ginebra de 1958", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, mayo-agosto de 1960, pp. 6-14.

(47) IHLADI, *Tabla General de Resoluciones y demás Acuerdos (1951-1977)*, elaborada por José Pérez Montero, Madrid, 1979, p. 54.

era un espacio jurídico y no biológico y que si sus límites se fijaban sin considerar las condiciones de vida y de reproducción de las especies, tales especies se veían privadas de protección más allá del mar territorial (48), reconociéndose que la protección de las especies marinas contra la depredación se fundaba en la necesidad de la conservación de los recursos alimenticios para toda la humanidad. Como posible solución, se insinuaba una mayor anchura para el mar territorial o que se reconociera al Estado ribereño un derecho a aplicar medidas de conservación tanto a nacionales como a extranjeros en una zona de alta mar contigua al mar territorial (49), pero se diferenciaba entre lo que podría ser una zona contigua para las pesquerías, que importaba admitir la existencia de derechos exclusivos del Estado ribereño sobre los recursos, de una zona de protección de los recursos del mar que excluía derechos preferenciales de pesca en beneficio del Estado ribereño (50). En definitiva, el texto del Proyecto de artículos aprobado en 1956 por la CDI, que luego se utilizaría como documento básico en la Conferencia de Ginebra, de 1958, reconocería el interés especial del Estado costero en la preservación de los recursos vivos en la parte de alta mar adyacente a su mar territorial y la posibilidad de que tal Estado pudiera adoptar ciertas medidas unilaterales de conservación de tales recursos, si las negociaciones con los Estados interesados hubieran fracasado o si se acreditaba la urgencia de ellas, a condición de no discriminar a los pescadores de otros Estados (51).

Ya desde el siglo XVIII, algunos Estados reclamaron el dominio o soberanía más allá de la extensión que reconocía el Derecho internacional clásico sobre el mar adyacente a sus costas, a los efectos de la pesca (52), pero tales reivindicaciones no superaban las doce millas de anchura. Esta tendencia también se manifestó con posterioridad en las legislaciones de algunas naciones americanas. La República Argentina, que en la primera norma del derecho patrio estableció un mar territorial de tres millas (art. 2340 del C. Civil), en el año 1907 extendió este espacio hasta las 10

(48) *Yearbook of the International Commission*, 1950, Vol. II, p. 83.

(49) *Ibidem*, pp. 82-83.

(50) *Yearbook of the International Commission*, 1951, Vol. II, pp. 88-89.

(51) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, Vol. II, pp. 258-259.

(52) Rey Caro, E.J., "La extensión del mar territorial", en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Tucumán, N° 22, 1972, pp. 76-78 y 85-89.

millas marinas a los efectos del ejercicio del derecho de pesca (53).

La conservación de los recursos vivos del mar mereció un tratamiento de nivel universal en la Conferencia Técnica de Roma, de 1955, la que no obstante, evitó pronunciarse sobre la cuestión de la jurisdicción de los Estados. Dicha Conferencia privilegió la obtención del máximo rendimiento sostenible entre los objetivos conducentes a la conservación de tales recursos, para lograr una mayor producción de alimentos, y el informe respectivo, admitió que al diseñarse un programa de conservación debía tenerse en consideración el interés especial del Estado ribereño en el mantenimiento de la productividad de los recursos de alta mar próximos a sus costas (54).

En la regulación internacional de la pesca, la Conferencia de Ginebra de 1958, marcó un hito muy importante. Acertadamente se ha dicho que es imposible entender la evolución de la práctica estatal y del derecho internacional en esta materia, sin examinar el rol que han jugado las conferencias internacionales, en particular aquellas patrocinadas por las Naciones Unidas. Ellas han servido para discutir y formular posibles nuevas soluciones para el futuro derecho del mar y para constatar la existencia de una *opinio juris* o de un consenso de la comunidad internacional en torno a ciertas instituciones (55). En la Conferencia de 1958 se reconoció la real interdependencia que existía entre las pesquerías y la extensión de la soberanía estatal sobre los mares adyacentes, aún cuando no se llegó a ningún acuerdo en cuanto a la anchura del mar territorial y de los límites de las pesquerías. Transferida esta cuestión a la segunda Conferencia, celebrada en 1960, tampoco se pudo arribar a un acuerdo general. Dos propuestas concitaron el mayor número de adherentes. Una reconocía al Estado ribereño el derecho de establecer un mar territorial de hasta doce millas y en caso de no llegar a esta anchura, podía dicho Estado reclamar una zona de pesca exclusiva hasta tal extensión. La otra, proponía un mar territorial de seis millas y una zona de pesca exclusiva contigua de seis

(53) *Ibidem*, pp. 167-168.

(54) ONU, Doc. A/Conf.10/6, *Informe de la Conferencia Técnica Internacional para la Conservación de los Recursos Vivos del Mar*, 18 de abril al 10 de mayo de 1955, Roma, Naciones Unidas, 1955, parágrafo 18.

(55) Dupuy - Vignes, *op. cit.*, p. 1017.

millas más. Ninguna obtuvo la mayoría necesaria (56). La problemática quedó abierta y en ausencia de un acuerdo general, en los años posteriores se precipitaron los actos unilaterales -que en relación al continente americano ya se examinaron- con el objeto de extender la soberanía, jurisdicción o derechos preferenciales del Estado ribereño para la explotación y conservación de los recursos pesqueros.

3. La convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar de 1958.

No obstante aquel vacío normativo, que recién habría de llenarse en 1982 pero en condiciones muy diferentes, la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar, de 1958, que aún se encuentra en vigor, introdujo limitaciones al principio tradicional de la libertad de pesca en tal espacio marítimo, reconociéndose los peligros de una sobreexplotación de los recursos vivos y privilegiando el principio de la cooperación internacional.

Aunque reitera el derecho de todos los Estados a que sus nacionales practiquen la pesca en alta mar, tal derecho queda supeditado al cumplimiento de las obligaciones convencionales y a los intereses y derechos de

(56) Un examen minucioso de las discusiones y propuestas estatales, particularmente americanas, puede encontrarse en Alvarez, A., *Los Nuevos Principios del Derecho del Mar*, Montevideo, 1969, pp. 98-117. En una enmienda argentina a la propuesta conjunta de E.E.U.U. y Canadá, se introdujo la noción de derechos preferentes de pesca, con alcance general. "El derecho preferente de pesca no significa que un Estado haya de impedir a otros que pesquen, sino que va a gozar de una parte preferente de la pesca y la explotación de las reservas de peces más allá del límite de doce millas, sobre todo cuando su desarrollo económico o la alimentación de su población depende de esa pesca. Los Estados ribereños tienen pleno derecho a explotar, en la mayor medida posible, las reservas de peces que existen en las zonas de la alta mar frente a sus costas. No hay nada que en principio impida a los demás Estados pescar también en esas aguas, pero la Conferencia debe reconocer por lo menos a los Estados ribereños un derecho preferente en las aguas donde éstos tengan un interés real o potencial". [...] "El principio del derecho preferente de

los Estados ribereños a pescar frente a sus propias costas no sólo debe servir de base a los reglamentos que dicten tales Estados, sino también a todo acuerdo que ellos concluyan con otros Estados y a cualquier decisión que adopten las comisiones de arbitraje especiales".

los Estados ribereños y a las disposiciones sobre conservación de los recursos vivos consagrados en la Convención (art. 1). Asimismo, se define el concepto de conservación como "el conjunto de medidas que permita obtener un rendimiento óptimo constante de estos recursos, de manera que aumente hasta el máximo el abastecimiento de alimentos y de otros productos marinos" (art. 2).

La Convención tiene la particularidad de reconocer el "interés especial" del Estado ribereño en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos de cualquier parte de la alta mar adyacente a su mar territorial y el derecho a participar en condiciones de igualdad en los estudios y sistemas de investigación o de reglamentación vinculados con la conservación de los recursos vivos de la alta mar en tal zona, aunque sus nacionales no se dediquen a la pesca en ella. Igualmente, se previó mecanismos de negociaciones para la adopción de medidas de conservación entre un Estado ribereño y el Estado cuyos nacionales se dediquen a la pesca en una zona cualquiera de alta mar adyacente al mar territorial de dicho ribereño (art. 6). Inclusive, en circunstancias puntuales -mantener la productividad de los recursos vivos del mar-, se reconoce al Estado ribereño la facultad de adoptar medidas unilaterales de conservación que deben reunir determinadas condiciones para que puedan surtir efectos en relación a otros Estados (art. 7). La Convención determinó hipótesis y procedimientos, dejando librada a las partes interesadas la adopción de acuerdos sobre las cuestiones de fondo, o sea sobre las medidas de conservación que debían adoptarse (57). La filosofía del sistema de conservación se apoyaba en dos premisas, la cooperación internacional entre los Estados que se dedicaban a la pesca y el "interés especial" del Estado ribereño, de naturaleza económico-social (58). Las disposiciones que consagran los referidos derechos de los Estados ribereños no pueden ser objeto de reservas (59).

(57) Azcárraga, J.L., *Los Convenios de Ginebra sobre el Derecho Marítimo*, Publicaciones de la Real Sociedad Geográfica, Madrid, 1959, pp. 95-97.

(58) Illanes Fernández, J., *El Derecho del Mar y sus problemas actuales*, Buenos Aires, 1974, p. 57; tn. Seyersted, F., "El régimen de las pesquerías en alta mar", en obra colectiva editada por Orrego Vicuña, Buenos Aires, pp. 64-65; Alvarez, A., *op. cit.*, pp. 442-446.

(59) Sobre las posibles interpretaciones del Art. 19.1 de la Convención puede consultarse Azcárraga, J.L., *Derecho Internacional Marítimo*, Barcelona, 1970, pp. 172-173.

El esquema de la Convención es muy simple y no pretende aplicarse a determinada pesquerías -se ha destacado-, siendo su propósito únicamente otorgar un marco adecuado para la negociación de acuerdos entre Estados con intereses comunes o para la compatibilización de intereses disímiles, aplicándose más allá del mar territorial dentro de la concepción imperante en 1958, siendo discutible si puede ser invocada más allá de lo que hoy constituye la zona económica exclusiva en la forma en que fue proyectada (60).

Pese a que en la Conferencia de 1958 no fueron receptadas las reivindicaciones de los Estados latinoamericanos, significó un avance, en particular en el reconocimiento de los "derechos especiales" de los países costeros (61).

La ausencia de una aceptación generalizada de las Convenciones de 1958, la falta de receptividad en particular en la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de las reclamaciones de un número bastante considerable de Estados ribereños para que se les reconociera ciertos derechos o competencias para la conservación y el aprovechamiento de los recursos vivos del mar en zonas más amplias de sus mares adyacentes -reivindicación a la que se sumarían gran parte de los nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización-, el alto nivel de tecnología alcanzado por las flotas pesqueras de los países cuyos nacionales practicaban la pesca en alta mar y en las zonas adyacentes a los mares territoriales de Estados de limitado desarrollo económico que veían peligrar sus posibilidades futuras de aprovechamiento de las pesquerías ante una explotación irracional, la carencia de una reglamentación internacional adecuada, entre tantos y tan variados factores, condujeron en los años siguientes a

(60) Infante Caffi, M.T., *op. cit.*, p. 29.

(61) Illanes Fernández, J., *op. cit.*, p. 21. La declaración conjunta de las delegaciones de Chile, Perú y Ecuador, formulada al concluir la primera conferencia de Ginebra, expresaba que los debates habidos y los diferentes acuerdos aprobados por Esta conferencia que, directa o indirectamente se relacionan con la conservación y el aprovechamiento de los recursos vivos del mar, demostraban el reconocimiento creciente del derecho especial del Estado ribereño inherente a su posición geográfica.

profundizar la crisis del Derecho Internacional Marítimo (62), llevando a las Naciones Unidas al comenzar la década del 70 a convocar una nueva conferencia (63). Los años transcurridos fueron claves en el desarrollo de la normatividad jurídica internacional en la materia y para la gestación de los "núcleos" de intereses estatales que con frecuencia se manifestarían en abierta contradicción en los ocho años de deliberaciones que culminarían en 1982.

IV.- LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Este trascendente instrumento contiene varios dispositivos relacionados con la pesca y con la problemática en consideración, unos en la Parte V, referida a la Zona Económica Exclusiva, y otros en la Parte VII, que establece la normatividad aplicable a la Alta Mar. Esta última respondió, en líneas generales, a la incluida en el primer proyecto de convención (Texto único oficioso para fines de negociación), sin experimentar durante los siete años de negociaciones cambios de importancia. No obstante,

(62) Carrillo Salcedo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1992, p. 91. El jurista español, examinando los resultados de la Conferencia de Ginebra, expresa "Esta tímida solución era manifiestamente insuficiente para los intereses de los Estados ribereños. Como por otra parte la Conferencia de Ginebra no logró adoptar, ni en 1958 ni posteriormente en 1960 [...] una regla generalmente aceptada respecto de la anchura del mar territorial, la consecuencia fue que un número creciente de Estados comenzó a reclamar el reconocimiento y la conformidad con el Derecho internacional de amplias zonas marítimas en las que pretendían ejercer jurisdicción exclusiva en materia de pesca y explotación de recursos, hasta un máximo de 200 millas. La falta de precisión respecto de la anchura del mar territorial y la insatisfactoria solución adoptada en 1958 en lo tocante a la regulación de la pesca y conservación de los recursos vivos del mar, junto con la progresiva relevancia de los factores económicos y científico-técnicos, desataron una verdadera revolución en el Derecho del Mar [...] que no terminará hasta la cristalización de un nuevo consenso de los Estados, alcanzado en el desarrollo de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y expresado en la noción de zona económica exclusiva, acogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 1982".

(63) Resolución 2750 (XXV), de 17 de diciembre de 1970. Entre las materias que se mencionaban serían objeto de estudio y discusión se encontraba la de la pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar.

se formularon algunas iniciativas para establecer un régimen de administración internacional de la pesca en alta mar, que se instrumentaría a través de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

Las discusiones se centrarían en el tratamiento del régimen jurídico de la Zona Económica Exclusiva, en particular la relación entre los derechos de los Estados ribereños dentro de la zona de 200 millas y los derechos en alta mar más allá de este límite. Se ha señalado que en la Conferencia no se trató fundamentalmente de determinar el régimen que debía aplicarse para la pesca en la alta mar, sino más bien qué superficie de alta mar quedaría después que se ampliara la jurisdicción de los Estados ribereños (64).

En lo que atañe a la pesca en alta mar, el Texto Unico Oficioso se inspiró en el marco normativo establecido en las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar y sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Alta Mar, aunque incorporó algunas cuestiones que no habían sido tratadas en esa época, como las de las poblaciones de especies que se encuentran a ambos lados del límite entre una zona económica exclusiva y la alta mar, las especies altamente migratorias y las especies anádromas y catádromas.

El régimen establecido por la Convención de 1982 sobre la pesca en alta mar, como se verá, no ha significado concluir con los problemas derivados de ciertas pretensiones estatales de ejercer derechos que son controvertidos y que se profundizan en razón de que las disposiciones pertinentes pueden ser objeto de disímiles interpretaciones.

Dichos problemas pueden ser abordados desde una doble óptica. La primera, permitiría examinar las reclamaciones fundadas en los intereses de la comunidad internacional que se contraponen con las reclamaciones apoyadas en los intereses de los Estados particulares, y la segunda, los problemas derivados de la confrontación de intereses contradictorios entre diversos Estados.

(64) Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias, Nueva York, 12 a 30 de julio de 1993, *Documento de Antecedentes preparado por la Secretaría* (Doc. A/Conf. 164/INF 5, 8 de julio de 1993), p. 9.

1. Normas pertinentes de la zona económica exclusiva.

Las principales disposiciones sobre la materia vinculada con la Zona Económica Exclusiva, están incorporadas en los arts. 63, 64, 65, 66 y 67 de la Convención.

El art. 63 se refiere a las poblaciones que se encuentren dentro de las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños (párr. 1), o tanto dentro de la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella (párr. 2) (straddling stocks). En la primera hipótesis, cuando se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el dispositivo en consideración impone a los Estados en forma directa o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales, la obligación de "acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de dichas poblaciones", procedimiento y obligación que también prescribe para el Estado ribereño y para los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente, para la conservación de éstas en dicha área.

El art. 64 considera el caso de las especies altamente migratorias, que se enumeran en el Anexo I de la Convención (65). En relación a ellas, se impone al Estado ribereño y a los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región, la obligación de cooperar, en forma directa o por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas para "asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva". Si no existieran tales organizaciones, se impone también al Estado ribereño y a los otros Estados cuyos nacionales capturen esas especies en la región, el deber de cooperar para establecerlas y de participar en sus trabajos.

Hubo Estados que se aferraron a la idea de que el régimen de zona económica exclusiva no era aplicable a las especies altamente migratorias y ello produjo encontradas interpretaciones del art. 64.

El artículo 65 aborda la cuestión de los mamíferos marinos. Reconoce al Estado ribereño y a las organizaciones internacionales competentes, el derecho de prohibir, limitar o reglamentar la explotación de tales especies en forma más estricta que la establecida en la Convención e instituye el deber de cooperar para su conservación y control. Las pautas de este artí-

(65) Entre ellas se encuentran diversas variedades de atún y cetáceos (ballena y focena).

culo se aplican para la conservación y administración de los mamíferos marinos en la alta mar (art. 120 de la Convención).

Según Carroz, el sentido de este artículo no es suficientemente claro, sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que los principales enunciados sobre la conservación y utilización de los recursos biológicos son aplicables y que los mamíferos marinos están ya comprendidos en el art. 64, en la medida que ellos figuran en la lista de grandes migradores, que es en particular el caso de los cetáceos (66).

Los artículos 66 y 67 regulan respectivamente la situación de las especies anádromas y catádromas. El primero consagra el principio de que los Estados de origen de las poblaciones anádromas (*), son los primeros interesados y los principales responsables de ellas, prescribiendo igualmente que dichas especies sólo pueden ser pescadas dentro de las zonas económicas exclusivas, excepto si puede acarrear una perturbación económica a un Estado distinto del Estado de origen. Para el caso de la pesca más allá de la zona económica exclusiva, se institucionaliza un sistema de consulta entre los Estados interesados.

El artículo 67, otorga la responsabilidad de la administración de las especies catádromas (**) al Estado costero en cuyas aguas dichas especies pasan la mayor parte de su existencia o ciclo vital. La captura sólo podrá realizarse en las aguas situadas en dirección a tierra a partir del límite exterior de las zonas económicas exclusivas. Cuando tales especies migren a través de la zona económica exclusiva de otro Estado, la administración y captura debe ser reglamentada por acuerdo entre los Estados interesados.

Se ha sostenido que difícilmente los regímenes incorporados en estos dos artículos pueden ser considerados la expresión de un derecho consuetudinario. Esta misma observación sería extensible a los regímenes adoptados en los otros dispositivos sobre la zona económica exclusiva exami-

nados, con excepción quizá del régimen de los mamíferos marinos (67). Se trata de una cuestión en sumo controvertida.

Sin perjuicio de la aceptación generalizada de que la Zona Económica Exclusiva constituye una expresión de derecho internacional consuetudinario, se ha señalado que ello lo es en la medida en que es posible constatar la existencia de un reconocimiento en torno al control que ejercen los Estados ribereños fundamentalmente sobre los recursos existentes en este espacio marítimo, pero debería examinarse cuidadosamente la naturaleza y contenido de los derechos y competencias que corresponden al Estado costero para hacer extensiva a éstos aquella afirmación (68).

En este sentido, Burke, examinando el alcance de la Convención de 1982 a la luz de la práctica nacional en relación a la zona económica exclusiva, sostiene: "Si las disposiciones detalladas de la Convención que se han examinado fuesen también consideradas como parte de la costumbre internacional, no habría necesidad de examinar otros problemas. Sin embargo, no me parece que este sea el caso. La práctica de los Estados, documentada mediante la legislación nacional, indica que con excepción del punto fundamental de que los Estados ribereños tienen derecho a reclamar y ejercer derechos soberanos sobre los recursos vivos dentro de las 200 millas, las disposiciones más importantes del tratado no han encontrado su camino hacia la costumbre internacional por esta vía. En particular, la práctica de los Estados no proporciona ninguna base para deducir que haya una aceptación general de norma de costumbre relativas a lo siguiente: captura permisible, determinación de la capacidad de captura, acceso al excedente, poner en peligro determinadas especies, salvaguardar especies asociadas o dependientes, identificación de tales espe-

(67) Dupuy -Vignes, *op. cit.*, pp. 1105 y 1108.

(68) Pueyo Losa, J. "La indeterminación del nuevo orden jurídico internacional. Reflexiones sobre el carácter consuetudinario de la zona económica exclusiva y el valor de la nueva Convención sobre el Derecho del Mar", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, N° 2, p. 327. "Si nos decidimos a entrar en un análisis más detenido de us régimen jurídico, podremos comprobar que éste resulta todavía sumamente incierto o indeterminado, y ello en relación, sobre todo, como veremos, a distintos puntos o aspectos tales como el equilibrio existente entre el ejercicio por el Estado costero de sus derechos soberanos y la libertad de navegación de buques de terceros Estados en la zona y el grado de exclusividad con que el Estado costero podrá ejercer sus derechos de explotación de los recursos vivos".

(66) *Op. cit.*, p. 194.

(*) Son las especies que pasan casi toda su existencia en el mar, pero desovan en los ríos.

(**) Son las especies que pasan la mayor parte de su vida en aguas dulces, pero desovan en el mar.

cies, prohibir el comienzo de la pesca en alta mar de especies anádromas, el requerimiento de que los Estados que pescan en alta mar reconozcan o den preferencia a los derechos del Estado ribereño o a sus deberes e intereses respecto de las especies altamente migratorias o poblaciones compartidas, o el requerimiento de que los Estados ribereños cooperen con los Estados que pescan en la alta mar en la utilización y conservación de las especies altamente migratorias dentro de la zona económica exclusiva de un Estado ribereño. Tampoco puede encontrarse legislación nacional que reconozca obligaciones respecto de los Estados sin litoral o geográficamente desventajados" (69). Tal observación también es compartida por Orrego Vicuña (70).

Los actos legislativos que han inspirado estas reflexiones emanados de gobiernos latinoamericanos y extra continentales, en última instancia tienden a dar sustento a tales posturas doctrinarias.

2. Normas pertinentes de la Alta Mar.

En relación a la Alta Mar, el art. 87 de la Convención reafirma el principio de la libertad en este espacio marítimo para los países ribereños o sin litoral, pero su ejercicio está sujeto a las condiciones fijadas en la Convención y por las otras normas de derecho internacional. En cuanto a la libertad de pesca, según el apartado "e" del párrafo 1, lo será "con sujeción a las condiciones establecidas en la Sección 2". En el ejercicio de las diversas libertades, se impone la obligación de "tener en cuenta los intereses de otros Estados". Ello implica que el derecho de cada Estado de pescar en alta mar tiene que limitarse en proporción a los derechos de los otros Estados, circunstancia que ha de tenerse en consideración para el establecimiento de las capturas permisibles y en la determinación de las cuotas de pesca en relación a las poblaciones de alta mar.

La Sección 2, referida a la conservación y administración de los recursos en alta mar, regula el derecho de pesca e impone deberes con dicha finalidad.

(69) Citado por Orrego Vicuña, F. "La Zona Económica Exclusiva en la costumbre internacional", en *Pacífico Sur*, Comisión Permanente del Pacífico Sur, N° 17, 1989, pp. 92-93.

(70) *Ibidem*.

El art. 116, prescribe que el derecho de los Estados a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar, estará sujeta a las obligaciones convencionales, a las disposiciones de esta Sección y a "los derechos y deberes así como a los intereses de los Estados ribereños estipulados en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67, entre otras disposiciones". Se trata en consecuencia, de un derecho condicionado. No se ha "garantizado" la pesca en todas las zonas de alta mar y se subordina el derecho de pescar a las obligaciones pertinentes en relación a la conservación. Asimismo, partiendo de la premisa de que la línea que divide la zona económica exclusiva de un Estado ribereño y la alta mar es artificial, se prevé que los intereses de los Estados ribereños dentro de su zona económica exclusiva pueden verse afectados por la pesca en alta mar de poblaciones transzonales o especies altamente migratorias.

Los dispositivos siguientes -artículos 117 y 118-, imponen la obligación general a todos los Estados de conservar los recursos vivos de la alta mar y de cooperar con los otros Estados en la adopción de medidas con aquel objetivo, y el deber particular de celebrar negociaciones con miras a tomar medidas necesarias de conservación y, según las circunstancias, para establecer organizaciones regionales o subregionales, para el caso de que sus nacionales exploten los mismos o diferentes recursos en la zona.

Para la determinación de la captura permisible y el establecimiento de otras medidas de conservación de aquellos recursos, en el art. 119, se estipulan los factores que habrán de tenerse en cuenta en las medidas que se adopten, sobre la base de los datos más fidedignos disponibles, que tendrán como finalidad "mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluidas las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las modalidades de la pesca, la interdependencia de las poblaciones y cualesquiera normas mínimas internacionales, sean subregionales, regionales o mundiales...". Asimismo, deben estimarse los efectos sobre las especies asociadas con las especies capturadas o dependientes de ellas para mantener o restablecer las poblaciones de tales especies por encima de los niveles en los que su reproducción pueda verse amenazada. Las medidas de conservación y su aplicación deben establecer ningún tipo de discriminación de hecho ni de derecho entre los pescadores de ningún Estado.

Este mismo dispositivo, instituye la obligación de aportar e intercambiar información científica, estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos para la conservación de las poblaciones de peces, a través de las organizaciones internacionales competentes -subregionales, regionales o mundiales- y con participación de los Estados interesados.

Las obligaciones mencionadas son correlativas con las impuestas a los Estados ribereños en relación a la conservación de los recursos vivos en las zonas económicas exclusivas y tienen como prioridad asignar niveles que conduzcan a obtener el máximo rendimiento sostenible de poblaciones capturables y resguardar la integridad de las especies asociadas y dependientes.

Varias de las disposiciones examinadas institucionalizan la cooperación entre los Estados a través de organizaciones internacionales "apropiadas" o "competentes", sean subregionales, regionales o mundiales y señalan como vías de cooperación la adopción de convenios y acuerdos entre los Estados interesados. Si bien existían a la fecha de la adopción de la Convención un número considerable de acuerdos (71) y de comisiones regionales de pesca, no cabe duda que muchas de éstas deberán experimentar transformaciones para poder cumplir sus objetivos en el nuevo marco normativo (72). También la flamante reglamentación constituye un aliciente para la creación de nuevas organizaciones a través de las cuales se pueda institucionalizar la cooperación para la conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar y para la conclusión de tratados con tal finalidad.

Sin perjuicio de la tarea que puedan desarrollar algunas organizaciones internacionales especializadas (73) y de la escasez de organizaciones de

(71) Seyersted, F., *op. cit.*, pp. 44-58.

(72) Carroz, J. "les problemes de la peche dans la Convention sur le Droit de la Mer et la pratique des Etats", en *Le Nouveau Droit International de la Mer*, París, 1983, pp. 211-218.

(73) Tal el caso de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), cuya Constitución ha previsto la creación de comisiones regionales y subregionales de pesca. El Comité de Pesca de esta organización ha desarrollado una activa tarea en materia de estudio y discusión de los problemas de la pesca, coordinando las funciones de las comisiones creadas.

carácter mundial que se ocupen de la administración y conservación de un recurso en la alta mar (74), es indiscutible que las organizaciones subregionales o regionales aparecen como el medio más eficaz para aquellos objetivos, en atención a las particularidades que ofrecen las pesquerías en las diferentes regiones del planeta. Por otra parte, mientras mayor sea el grado de institucionalización de ellas y se otorguen verdaderas facultades normativas, habrá mejores posibilidades de que se materialice la cooperación en los términos que prescriben los dispositivos de la Convención.

3. Observaciones sobre el régimen de la convención.

Desde el punto de vista de la materia sometida a nuestra consideración no cabe duda que una de las mayores dificultades que ofrece el régimen de la Convención es la conciliación de los derechos de los Estados ribereños de ordenar sus recursos vivos dentro de sus zonas económicas exclusivas, con los derechos de pesca en alta mar reconocido a los Estados y, en particular, la cuestión de las especies altamente migratorias y de las poblaciones transzonales. En el caso de las especies altamente migratorias, la cuestión de la jurisdicción de los Estados ribereños sobre las especies que se encuentren en sus zonas económicas exclusivas, la solución parece haberse inclinado en favor de los Estados ribereños.

Todo ello explica los esfuerzos que se han realizado para implementar una normatividad complementaria que reduzca los temores que el régimen de la Convención ha despertado tanto en los Estados poseedores de zonas económicas exclusivas como en los Estados que desarrollan actividades pesqueras en zona de alta mar adyacentes a aquellas.

Durante los debates de la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, en el tema de las especies altamente migratorias se enfrentaron dos posturas, que respondían a los intereses estatales que se pretendía tutelar. Hubo propuestas que reivindicaban el derecho de los Estados ribereños a ejercer jurisdicción exclusiva sobre ellas mientras estuvieran en la zona económica exclusiva. Esta tesis fue cuestionada por otro grupo de Estados que

(74) La Comisión Ballenera Internacional, es la única organización mundial que se dedica a la conservación y administración de un recurso de la pesca en alta mar y con competencia en todas las zonas del mundo donde se desarrolla la actividad ballenera.

negaban tal derecho a los Estados ribereños, arguyendo que la libertad de pesca en alta mar comprendía las especies altamente migratorias, aún en la zona económica exclusiva (75).

El texto del art. 64 trató de conciliar los intereses en pugna, sin reconocer en general "derechos especiales" a los Estados ribereños, pero sin extender el régimen jurídico de la alta mar a la zona económica exclusiva. Se institucionalizó la "cooperación", principio este que ya se había desarrollado en el régimen de ordenación de algunas especies, particularmente a nivel regional (76), y las vías que podrían tomarse para lograr un marco institucional, pero quedaron indefinidas las medidas de ordenación de dichas especies tanto en la alta mar como en la zona económica exclusiva.

Similares dificultades ofrece la cuestión de las poblaciones transzonales, que aunque ya fue objeto de preocupación internacional desde otra perspectiva, adquirió mayor relevancia cuando se reconoció a los Estados ribereños competencias y derechos exclusivos de pesca en la zona económica exclusiva y la posibilidad de extenderla hasta las 200 millas (77). Estos Estados, con fundadas razones, temen que las medidas de ordena-

(75) Tal fue la postura inicial de los Estados Unidos de Norteamérica, que después modificó, como consecuencia de una enmienda a la ley "Magnuson", que permitió incluir el atún entre las especies altamente migratorias sometidas bajo su jurisdicción en la zona económica exclusiva. Hasta ese momento, aquel país sólo había reconocido su jurisdicción y la de otros Estados en relación al atún hasta un límite de doce millas marinas (Memorando dirigido al Secretario General de las Naciones Unidas el 22 de mayo de 1991), en *Boletín del Derecho del Mar*, N° 19, octubre de 1991.

(76) Como ejemplos de esta naturaleza, puede mencionarse la acción de los países del Pacífico Meridional, que han realizado una serie de reuniones de consulta con países que se dedican a la pesca de altura del atún blanco, para lograr un acuerdo sobre régimen de ordenación. En la costa de África Occidental, la situación de las especies altamente migratorias se abordan dentro del ámbito de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico. En el Pacífico Oriental, los Estados ribereños de América Latina y los Estados que han venido pescando el atún en tal región han elaborado proyectos y planes para la ordenación, utilización óptima y conservación de esta especie (Cf. Doc. A/Conf. 164/INF. 5, op. cit., pp. 19-20).

(77) Gulland, J.A. "Some problems of the management of shared stocks", FAO, *Fisheries Technical Paper*, (206), Roma, 1980. Examinando la situación originada en los años anteriores al surgimiento de las reclamaciones de jurisdicción hasta las 200 millas en relación a la conservación y administración de stocks de ciertas especies, y las

ción de las poblaciones dentro del área de la zona económica exclusiva pierdan o reduzcan su efectividad frente a una explotación incontrolada de las pesquerías en el área de alta mar adyacente a tal zona. Por otra parte, puede suceder que si las poblaciones de peces permanecen normalmente durante casi todo el año dentro de la zona de 200 millas, las capturas que se efectúen más allá de esta distancia no guarden proporción con la distribución real de la población entre las zonas de dentro y de fuera del límite de las 200 millas, o que a pesar de los derechos que se han reconocido a los Estados ribereños en la zona económica exclusiva -art. 56 de la Convención-, éstos deban resignar sus facultades de conservación y administración de los recursos naturales debido a la explotación de las pobla-

posturas estatales que se enfrentarían en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, afirma "Extension of limits of jurisdiction over fisheries out to 200 miles has completely changed this situation. Though there are still wide areas of ocean beyond these limits, catches of fish in these areas account for barely 1% of the world catch. The rest is taken within whose jurisdiction the fishing ground falls will have full responsibility for research, management and control of fishing operations on the ground. Vessels from other countries may be allowed to fish, but only under conditions set by the coastal state. On the face of it therefore the need for international collaboration and coordination no longer exists. This is far from being true. Individuals of nearly all commercial types of fish (including most apparently sedentary molluscs and crustaceans) move from one location to another, if sometimes only during certain stage of their lives. Equally, most of the organisms on which they feed also move. In many cases these movements, especially of the younger stages of commercial species, or of food organisms, are a result of passive drift in the ocean current systems. Many of these movements take place across the new marine boundaries between national jurisdictions. Thus events in one area can affect what happens in another, and it may easily happen that the attempts by one country to manage the fishery in its area of jurisdiction can be nullified by uncontrolled exploitation on the same stock in some other area of jurisdiction. Some form of international collaboration will therefore often be desirable, and sometimes be essential. However, the nature of such collaboration, which involves actions taken by countries in areas where they claim jurisdiction rather than on the high seas, is not at present clear. This doubt can have at least two kinds of ill effects. The first has already been noted - in the absence of adequate collaboration there are a number of these stocks where effective measures cannot be taken by individual countries acting in isolation. Conversely, there are other fish stocks which, because of the restricted nature of the displacements of the individual fish are their schools, can be managed by an individual country without reference to actions of other. The latter group includes several for which management measures are urgently required, but for which action has been inhibited by uncertainties about what pattern of international collaboration, if any, is needed".

ciones de peces durante el periodo del año en que se encuentren más allá de la zona de 200 millas. De allí las previsiones de los artículos 63 y 64 de la Convención.

Correlativamente, la institucionalización de la zona económica exclusiva, ha determinado que los buques de pesca de altura de otros Estados se hayan desplazado más allá del límite de las 200 millas, donde todavía es posible practicar una pesca viable, y estos Estados no aceptan que los Estados ribereños extiendan su jurisdicción más allá de dicho límite en relación a los recursos que se pescan en alta mar.

De igual forma que en lo que atañe a las especies altamente migratorias, durante los debates de la II Conferencia se presentaron varias propuestas conducentes a incluir una referencia al "interés especial" de los Estados ribereños en la conservación de las especies transzonales más allá de las 200 millas. Esta fue la orientación que pusieron de manifiesto sucesivas propuestas presentadas por la República Argentina, en forma individual o conjunta (78).

Es innegable que de la instrumentación y de la eficacia del régimen de pesca en la alta mar establecido en la Convención, dependerá fundamentalmente en el futuro la actitud que puedan asumir Estados costeros que parecería habrían reivindicado competencias más allá de sus zonas económicas exclusivas en orden a la conservación y administración de los recursos vivos marinos.

La aplicación correcta de las disposiciones de la Convención reclama una clara determinación de los derechos y deberes específicos de los Estados que ejercen el derecho de pesca en la alta mar. Este derecho está limitado por las obligaciones que la propia Convención impone en relación a la conservación y administración de los recursos, y en el caso particular de las especies transzonales y altamente migratorias, deben esclari-

(78) El hecho de que no se incluyera una referencia de esta naturaleza en la Convención podría interpretarse como de que ésta se inclinó a favor de los Estados que pesquen en la alta mar. No obstante, ello no ha sido así por cuanto el art. 116 ha previsto que el derecho de los Estados a pescar en alta mar, debe ejercerse con sujeción a los derechos y deberes, como así también a los intereses de los Estados ribereños estipulados en el párrafo 2 del art. 63 y en los arts. 64 a 67.

recerse los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños en cuyas zonas económicas exclusivas se encuentren también tales poblaciones.

La Convención en caso de colisión entre los derechos de explotación y las obligaciones de conservación y administración, ha privilegiado la conservación.

Acertadamente se ha destacado que no puede alegarse que el derecho que tienen los Estados a que sus nacionales practiquen la pesca en alta mar, pueda tener prioridad respecto de las obligaciones relativas a la conservación o que éstas estén subordinadas a aquel derecho, pero al mismo tiempo se hace necesario esclarecer el contenido del deber de cooperar establecido en los arts. 118 y 119 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y determinar qué obligaciones concretas se imponen a los Estados (79).

El deber de cooperar no es nuevo en las relaciones interestatales, ya que posee un conocido arraigo en distintas ramas del Derecho internacional contemporáneo (80). Fundado en la obligación de actuar de buena fe, tiene un contenido sustantivo que se manifiesta tanto como obligación general o como en obligaciones concretas (deber de notificar, de entablar consultas, de negociar, etc.).

El art. 118 de la Convención no proporciona las pautas para hacer efectiva la cooperación, ni instituye la obligación expresa de negociar hasta que se logre un acuerdo, ni prevé las consecuencias que se derivarían del fracaso de las negociaciones. No obstante, como por el art. 117 los Estados tienen la obligación de adoptar medidas sobre la administración de los recursos en la alta mar, es difícil suponer que un Estado pueda negarse a negociar un acuerdo si con ello incurriría en incumplimiento de adoptar las medidas exigidas para la conservación (81).

La obligación de cooperar se ha institucionalizado, como se señaló, a través de la participación de comisiones o acuerdos subregionales o regio-

(79) Doc. A/Conf. 164/INF. 5, *op. cit.*, p. 24.

(80) Ha tenido una amplia proyección en el campo del derecho internacional ambiental, en el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines de la navegación, en el derecho del espacio, etc.

(81) Doc. A/Conf. 164/INF. 5, *op. cit.*, p. 25.

nales de pesca, y si bien es cierto que tales comisiones han realizado aportaciones de variada utilidad para la coordinación de actividades de administración de recursos pesqueros entre Estados, por diversas circunstancias, no puede afirmarse que hayan resuelto los principales problemas que presentan las pesquerías en alta mar, razón por la cual se haría necesario "reevaluar las comisiones y organizaciones de pesca existentes a la luz de los requisitos necesarios para la administración y conservación eficaces a que se refiere la sección 2 de la Parte VII de la Convención. Estos órganos deben estar en condiciones de determinar la información científica necesaria sobre la base de la cual se puedan adoptar decisiones sobre conservación y administración, incluida la determinación de capturas permisibles a que se refiere el artículo 119, y de servir de foro en que los Estados puedan cooperar para alcanzar esas decisiones y prestar, cuando proceda, servicios de vigilancia y ejecución y procedimientos para el arreglo de controversias" (82).

Uno de los interrogantes que plantea la obligación de cooperar, es el de la situación de los nuevos participantes, habida cuenta de que las restricciones que puedan imponerse a las actividades de pesca en beneficio de la conservación por los Estados que ya practican la pesca en una determinada zona, podrían eludirse por los buques de aquellos que comenzaron la actividad y que no son partes en los acuerdos sobre restricciones. También podría ocurrir que se pretendiera utilizar las medidas de conservación como instrumentos para excluir a los nuevos participantes. Al respecto, puede señalarse que los nuevos participantes están también obligados a cooperar en la conservación y administración de los recursos en virtud de lo dispuesto por los artículos 116, 118 y 119 de la Convención. De allí que los Estados que ya habían comenzado a pescar en una zona, en cumplimiento del deber de conservación y administración podrán a través de las organizaciones competentes o por tratados determinar límites de captura o adoptar medidas de conservación y exigir el cumplimiento de tales medidas a los nuevos participantes, siempre que no se viole la disposición sobre no discriminación consagrada en el párrafo 3 del art. 119. El mismo alcance e iguales limitaciones tendrían las moratorias de pesca adoptadas por los Estados que cooperan en las actividades de conserva-

(82) *Ibidem*, p. 26.

ción y administración de una población de alta mar, dentro del ámbito de la Convención.

Es diferente la situación de un único Estado que pesque una población de alta mar que no fueran poblaciones compartidas o especies altamente migratorias. No le alcanzaría la obligación de cooperar con otros Estados, pero no quedaría liberado de adoptar medidas sobre conservación de recursos (art. 117). Si posteriormente surgiera otro Estado que compartiera la pesca de aquella población, cobraría operatividad la obligación de cooperar.

El meollo de la cuestión, se ha observado, radica en determinar el alcance del "derecho" a pescar en alta mar, pues ello contribuiría a elaborar bases para solucionar los conflictos entre tal "derecho" y el "derecho" del Estado ribereño de administrar los recursos en su zona económica exclusiva (83).

En el caso de las poblaciones compartidas -que se encuentren en la zona económica exclusiva y en su zona adyacente-, el problema se localiza en la determinación de los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños cuando tales poblaciones se encuentren en alta mar, pues los intereses de estos Estados en aquellas poblaciones pueden ser diferentes del de los Estados que ejerzan la libertad de pesca en alta mar en la zona, y habitualmente es así, concentrándose los intereses de estos últimos especialmente en la explotación de los recursos de alta mar y el de los Estados costeros en la viabilidad de la población a largo plazo.

Los regímenes de administración para las especies compartidas no deben subordinar los derechos de los Estados ribereños, debiendo en consecuencia compatibilizarse con los iguales regímenes establecidos por estos últimos en relación a tales poblaciones dentro de sus zonas económicas exclusivas, aunque resulta dudoso que los Estados costeros puedan exigir un derecho preferencial a una porción de la captura de esas poblaciones en alta mar, dado que sus intereses no difieren de los de cualquier otro Estado en explotar una parte de los recursos. Tampoco podría admitirse que un Estado ribereño u otro Estado impidiera toda la pesca en alta mar recurriendo a la práctica de retener o demorar indefinidamente los

(83) *Ibidem*, p. 28.

acuerdos sobre todas las propuestas relativas a la conservación y administración de dichas poblaciones. Estos principios serían de aplicación también en el caso de las especies altamente migratorias (84).

La Convención de 1982 obra en esta materia como un "acuerdo marco" y establece normas programáticas que los Estados deben desarrollar sobre la base del deber de cooperar. De allí la necesidad de adoptar regímenes de administración que aseguren la eficacia de dicha normatividad.

No obstante, la administración de recursos de "propiedad común", no deja de ofrecer variados problemas, que difícilmente podrían ser solucionados integralmente por los sistemas de administración de las pesquerías en alta mar. Sin perjuicio de las diferencias en los criterios de los países sobre la administración de dichos recursos, conviene destacar que no siempre los sistemas nacionales constituyen una garantía para una adecuada conservación y administración en forma universal. Se ha observado que "Los problemas de administración a nivel nacional suelen ser los mismos que los de la administración a nivel internacional: obtener información exacta en cuanto a estado de las poblaciones; capitalizar en exceso las flotas, es decir, demasiados buques que precisan una alta tasa de beneficios por viaje para sufragar los costos de las artes y el equipo cada vez más refinados y costosos; supervisar las capturas, ejercer la vigilancia y hacer cumplir las disposiciones" (85).

Son muchas y variadas las circunstancias que han de tenerse en consideración para lograr un sistema de administración apropiado, que resguarde y compatibilice los intereses y derechos contrapuestos.

Así, es fundamental disponer de una información científica que permita conocer el carácter y composición de las poblaciones que se van a administrar y fijar las pautas de una administración adecuada. Sin contar con tal información, no podría -v.g.-, establecerse seriamente bases para determinar las "capturas permisibles" y la signación de "cuotas". Paralelamente los regímenes de conservación y administración que se puedan instrumentar a través de las organizaciones subregionales o regiona-

(84) *Ibidem*, p. 29.

(85) *Ibidem*, p. 30.

les, necesitan de mecanismos adecuados y eficaces que garanticen su cumplimiento. Desde esta óptica, surge el problema de cómo abordar la cuestión de la pesca no autorizada por buques de los Estados interesados o por buques de Estados que no son partes en el acuerdo de administración, o las dificultades originadas por el cambio de pabellón de los buques, recurso este más que posible cuando se trata de eludir el cumplimiento de los regímenes acordados.

Por otra parte, el éxito de todo sistema de administración de los recursos depende esencialmente de los mecanismos de solución de controversias. De no disponer de medios y procedimientos adecuados, difícilmente se podría asegurar la eficacia de aquellos. Las cuestiones litigiosas pueden ser de la más variada naturaleza, como, ejemplificando, si los Estados han otorgado la debida consideración a los factores que han de tenerse en cuenta en la determinación de la captura permisible de una población en la alta mar, o si un Estado ha cooperado en debida forma con los otros Estados en la elaboración de un régimen de administración, o si un Estado ha obtenido la proporción adecuada de la captura permisible en consideración de sus circunstancias particulares, o si son razonables las reclamaciones de un Estado ribereño respecto de la administración de una especie transzonal o altamente migratoria (86).

Cabe acotar que si bien es cierto que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha consagrado un sistema de solución de controversias relativo a la pesca en alta mar, el mismo será aplicable cuando aquel instrumento entre en vigor y para quienes sean Partes en él. Ello no sería un obstáculo para que los acuerdos subregionales o regionales adopten sistemas o mecanismos particulares.

V.- LAS CUESTIONES PENDIENTES Y LAS POSIBLES VIAS DE SOLUCION

Muchos de los problemas vinculados con las obligaciones de los Estados en la conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar fueron examinados en otras reuniones, como la Conferencia

(86) *Ibidem*, p. 35.

sobre Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, celebrada en Terranova, en 1990, o la reunión de expertos de Santiago de Chile y de Nueva York, en 1991 (87).

Desde la perspectiva particular de la preservación del medio ambiente, la cuestión integró el temario de los trabajos del Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

Un proyecto conjunto de 39 países sobre principios y medidas para hacer efectivo el régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, señalaba que la experiencia había demostrado que aún existiendo un amplio marco de regulación, en muchas áreas de la alta mar, las obligaciones no habían sido efectivizadas de conformidad con lo deseado pues en tales áreas existen problemas de falta de regulación de pesca, embarcaciones que cambian de pabellón para eludir los controles, prácticas de pesca perjudiciales como la del "driftnetting", sobrepesca, falta de supervisión, control y coacción y, en general, falta de cooperación requerida con otros Estados. Proponían, la incorporación de los siguientes "principios":

a) La pesca en alta mar debe ser llevada adelante sólo sobre la base de prácticas seguras sustentables ecológicamente, monitoreadas y puestas en vigor de modo de asegurar su conservación, promoviendo la utilización óptima de los recursos vivos;

b) En orden a asegurar la conservación sostenida de esos recursos, los regímenes de administración pesquera deben mantener en forma efectiva la relación ecológica entre poblaciones dependientes y asociadas, prevenir toda disminución de la cantidad de poblaciones capturadas por debajo de la necesaria para asegurar su recuperación, e impedir impactos adversos o cambios en el ecosistema marino;

c) En la alta mar, los Estados que pescan especies transzonales o altamente migratorias, deben adoptar las medidas necesarias para dar efecto al interés especial y responsabilidad del Estado costero concerniente (en relación al stock fuera de las 200 millas de especies altamente migrato-

(87) Orrego Vicuña, F., "Toward and Effective Management of High Seas Fisheries and the Settlement of the Pending Issues of the Law of the Seas", *op. cit.*, p. 86.

rias, mientras se hallan fuera de ese límite);

d) La pesca en alta mar no debe tener un impacto adverso en los recursos bajo jurisdicción del Estado costero (88).

1. La problemática de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias.

La convicción generalizada de que los problemas pendientes merecían ser abordados en el más alto nivel, indujo a la convocatoria de la Conferencia de Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias (89), que desarrollaría sus sesiones en julio de 1993, precedida de un periodo de sesiones preparatorias celebradas en abril del mismo año.

Hubo consenso en torno a que los resultados de esta reunión debían ser compatibles con las disposiciones de la Convención de 1982 -aunque un número considerable de Estados se pronunciaron por la recepción de principios incorporados en otros instrumentos-, y que el régimen que se adop-

(88) UN, General Assembly, *Preparatory Committee for the United Nations Conference on Environment Development*, Doc. A/Conf. 151/PC/WG ii/L.16/Rev. 1, 16 March 1992, p. 2.

(89) Resolución 47/192 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Resolución, expresa "Also decides that the conference, in accordance with the mandate agreed upon at the United Nations Conference on Environment and Development, shall take into account relevant activities at the subregional, regional and global levels, with a view to promoting effective implementation of the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea on straddling fish stocks and highly migratory fish stocks. The Conference, drawing, inter alia, on scientific and technical studies by the Food and Agriculture Organization of the United Nations, should: (a) Identify and assess existing problems related to the conservation and management of such fish stocks; (b) Consider means of improving fisheries cooperation among States; (c) Formulate appropriate recommendations. Reaffirms that the work and results of the Conference should be fully consistent with the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea, in particular the rights and obligations of coastal States and States fishing on the high seas, and the States should give full effects to the high seas fisheries provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea with regard to fisheries populations whose ranges lie both within and beyond exclusive economic zones (straddling fish stocks) and highly migratory fish stocks;"

tara debía contener una serie de principios para la conservación y el aprovechamiento de los recursos marinos vivos.

Algunos Estados se inclinaron a favor de la adopción de "medidas prácticas", que conjuntamente con los principios, debían ser recogidas en un instrumento convencional, y con esa finalidad presentaron un proyecto de acuerdo (90). En esta misma línea, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, presentaron como modelo un proyecto de "Convenio Regional sobre Pesca de Especies Transzonales y Altamente Migratorias en áreas de Alta Mar del Pacífico Sudeste", destinado a proteger las poblaciones de peces situadas dentro y más allá de sus respectivas zonas jurisdiccionales, reclamando que la Conferencia adoptara "un instrumento dotado de obligatoriedad", que reafirmara la vigencia de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y que contribuyera a poner en práctica los principios contenidos en la Declaración de Cancún sobre pesca responsable, la Plataforma de Tlatelolco sobre Medio Ambiente y el desarrollo del capítulo 17 del Programa 21 (91). La Comunidad Económica Europea propuso que la Conferencia adoptara un conjunto de "recomendaciones realistas y tácticamente viables", relacionadas con el establecimiento, el mejoramiento o la ampliación de la cooperación para la conservación y ordenación de peces transzonales o altamente migratorios, que también podrían ser receptadas en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (92). Hubo Estados que descartaron de plano que la Conferencia adoptara un tratado (93).

(90) Doc. A/Conf. 164/L. 11/Rev. 1, de 28 de julio de 1993. "Proyecto de Convención sobre la conservación y la ordenación de las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas en la alta mar y las poblaciones de peces altamente migratorias en la alta mar", presentado por las delegaciones de Argentina, el Canadá, Chile, Islandia y Nueva Zelanda.

(91) Doc. A/Conf. 164/L. 14, de 16 de julio de 1993.

(92) Doc. A/Conf. 164/L. 8, de 17 de julio de 1993.

(93) Doc. A/Conf. 164/L. 15, de 16 de julio de 1993. Expresaba este documento "Los Estados Unidos son flexibles en cuanto a la naturaleza de los resultados de la Conferencia. Los resultados podrían, por ejemplo, recogerse en una resolución o declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o en otro documento apropiado. Los Estados Unidos no creen, en cambio, que sería apropiado, ni siquiera posible, que la Conferencia intentase elaborar un tratado u otro instrumento vinculante desde el punto de vista jurídico. un empeño de este tipo probablemente tardaría muchos años en con-

La alternativa "tratado - declaración" que con tanta vehemencia se planteaba en otras oportunidades en que se debatieron cuestiones en la que ciertos Estados no aceptaban asumir obligaciones convencionales, especialmente en el campo de la determinación de los derechos y deberes económicos de los Estados (94), pronunciándose por la vía de las declaraciones o resoluciones de la Asamblea General de la ONU, cuyo valor jurídico *stricto sensu* es difuso y cuestionado, volvía a presentarse en esta oportunidad, en la que se proyectaron en la mesa de discusiones los mismos o parecidos intereses -con frecuencia contradictorios- que se manifestaron en las sesiones de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en la materia. Esta disparidad de intereses también se daría en otros aspectos, sustanciales o formales.

La postura de los países en desarrollo se centró en la reafirmación de ciertos principios ya recogidos por la Convención de 1982, como el apartado "a" del párrafo 1 del artículo 119 que dispone que al determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación de los recursos vivos en la alta mar, los Estados deben considerar "las necesidades especiales de los Estados en desarrollo", e igualmente incorporados en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, que proclamó que debe otorgarse "especial prioridad a las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental" (95). También invocaban el Programa 21, adoptado en la misma Conferencia, que reconocía que la capacidad de los países en desarrollo de alcanzar los objetivos convenidos para la conservación y el uso sostenible de los recursos vivos de alta mar dependía esencialmente de sus infraestructuras, que comprendían los medios financieros, científicos y tecnológicos de que disponían. Las "necesidades especiales" y la "asis-

cluirse y consumiría valiosos recursos y tiempo que sería preferible invertir en el fortalecimiento de los regímenes de conservación y aprovechamiento pesqueros en los planos regional y subregional".

(94) Yiannopoulos, D. "Premiers efforts pour une charte des droits et des devoirs économiques des Etats", *Revue Belge de Droit International*, Vol. X, 1974-2, pp. 510-517.

(95) *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, Vol. I, anexo 1.

tencia especial" constituían los pilares en que se sustentarían los tipos de asistencia y esferas de asistencia reclamados en la Conferencia. En relación a la participación en la pesca reivindicaban "derechos preferenciales" respecto de la pesca en alta mar de poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorias en la región o subregión en que estuviera ubicado el respectivo país en desarrollo (96).

La posición de los países en desarrollo también se proyectó en la cuestión de la cooperación para la investigación científica. Estimaban que para que pudieran cumplirse los objetivos de conservación y ordenación de las poblaciones transzonales o altamente migratorias, los Estados debían cooperar en la realización de investigaciones sobre toda la variedad de las poblaciones, investigación esta que por su envergadura -imposible de ser asumida por un solo Estado-, debía instrumentarse mediante la colaboración coordinada de las organizaciones o arreglos regionales o subregionales en que intervinieran todas las partes interesadas. Igualmente, debía preverse que los países en desarrollo necesitarían asistencia para fomentar la capacidad nacional y regional en materia de investigación y para consolidar la capacidad nacional (97).

Desde otra óptica, hubo delegaciones -Rusia, EE.UU.-, que plantearon la necesidad de establecer regímenes diferenciales para las poblaciones transzonales y para las poblaciones altamente migratorias, invocando las particularidades biológicas y la diferencia entre los regímenes jurídicos de cada una de ellas, sin perjuicio de las coincidencias que pudieran existir en ambos regímenes (98).

Al margen de la naturaleza del instrumento que debía recoger los resultados de la Conferencia, la cuestión de los "principios" que debían regir la conducta de los Estados en esta materia, reflejarían también las "tendencias" existentes o "concepciones" imperantes.

(96) Doc. A/Conf. 164/L. 24, de 26 de julio de 1993, titulado *Necesidades especiales de los países en desarrollo en relación a las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias*, presentado por doce Estados.

(97) Doc. A/Conf. 164/L. 30, de 27 de julio de 1993, presentado por el mismo grupo de Estados.

(98) Doc. A/Conf. 164/L. 25, de 16 de julio de 1993 y Doc. A/Conf. 164/L. 15, de 16 de julio de 1993.

La delegación rusa, propuso como principios fundamentales el de la "unidad y la indivisibilidad de las poblaciones transzonales que formen parte de los ecosistemas de las distintas áreas de los océanos mundiales", el principio de la "pesca responsable" que exigía la realización de actividades pesqueras únicamente sobre la base de datos científicos, la ordenación ecológica de los recursos marinos vivos teniendo en cuenta la diversidad de las especies de las poblaciones y sus relaciones mutuas, y el principio del desarrollo sostenible a largo plazo de las actividades de pesca de las comunidades costeras y la preservación de la integridad de los ecosistemas (99).

El principio de la "pesca responsable", encabeza igualmente la propuesta de directrices presentada por la Comunidad Económica Europea, que incluye también el de la "utilización racional y sostenible" de los recursos (100).

La propuesta estadounidense, reclamaba que los regímenes de conservación debían reconocer el principio de la conservación de los recursos a unos niveles que no fueran inferiores a un nivel que permitiera el rendimiento máximo sostenible, en vez de procurar beneficios a corto plazo, destacando la necesidad de una ordenación orientada a los ecosistemas que tuvieran en cuenta la diversidad de los peces. Asimismo, sostenía el principio de que la pesca debe ir acompañada de evaluaciones de las poblaciones, el principio de que los Estados, las entidades y las organizaciones regionales deben promover tecnologías inocuas al medio ambiente y prácticas de pesca responsable, etc. (101).

La propuesta argentina se fundaba en principios tales como que la pesca en alta mar debía realizarse sobre la base de prácticas ecológicas sostenibles (conservación y óptima utilización de los recursos vivos); que la pesca en alta mar no debía tener un impacto adverso sobre los recursos bajo jurisdicción de los Estados ribereños; que el Estado del pabellón debe ser responsable de sus buques de pesca que enarbolan su bandera en alta mar; que las medidas de conservación aplicadas por los Estados pesqueros debían ser coherentes con las adoptadas por los Estados ribereños,

(99) Doc. A/Conf. 164/L. 25, p. 3.

(100) Doc. A/Conf. 164/L. 20, p. 1.

(101) Doc. A/Conf. 164/L. 15, p. 2.

entre otros. Propiciaba también, que ante la falta de acuerdo de cooperación sobre administración y conservación de recursos vivos en el área adyacente a las zonas económicas exclusivas, debían aplicarse sin discriminación y provisionalmente las medidas de conservación del Estado ribereño (102).

Es fácil advertir que los principios se confunden con los objetivos en todas estas propuestas y que aparecen estrechamente vinculadas con las posiciones estatales sobre las características que debe reunir el régimen internacional. Así, la propuesta conjunta de los países del Pacífico Sudeste, sugiere como propósito de este régimen, definir los criterios aplicables a la regulación de la pesca de especies transzonales y altamente migratorias en áreas de la alta mar adyacentes a las zonas bajo jurisdicción nacional de los Estados partes; concertar entre las partes contratantes medidas de conservación y manejo racional de tales especies; promover la investigación y el acopio de las informaciones científicas, técnicas y estadísticas pertinentes; adoptar procedimientos eficaces de vigilancia, control y ejecución; y asegurar el recurso a procedimientos obligatorios de solución de controversias (103).

La mayoría de los documentos presentados por los Estados en forma individual o conjunta, incluyen también propuestas concretas de medidas de conservación, medidas prácticas, mecanismo de cooperación, control de observancia de las medidas de conservación y ordenación, función de las organizaciones subregionales y regionales de pesca, ejecución de las medidas de conservación y ordenación, solución de controversias, etc. Algunas de las propuestas reunían la forma de proyectos de acuerdos en donde las diversas cuestiones eran tratadas en forma articulada y exhaustiva. Es el caso del "Proyecto de Convención sobre la conservación y la ordenación de las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas en la alta mar y las poblaciones de peces altamente migratorias en la alta mar", presentado por las delegaciones de Argentina, Canadá, Chile, Islandia y Nueva Zelanda (104).

(102) Doc. A/Conf. 164/L. 10, pp. 2-3.

(103) Doc. A/Conf. 164/L. 14, pp. 3-4.

(104) Doc. A/Conf. 164/L. 11/Rev. 1. El proyecto se compone de ocho partes y tres anexos. La primera dedicada a las disposiciones generales; la segunda a la conservación y

Excediendo el propósito de estas reflexiones el examen de la vasta documentación incorporada en la Conferencia, creemos que el texto de negociación preparado por el Presidente de la reunión, constituye un instrumento útil para resumir las principales cuestiones que se abordaron y como habrán de canalizarse las discusiones en las próximas sesiones. Varias son las cuestiones que integran esta particular problemática del Derecho del Mar, no pronunciándose el documento de la presidencia sobre la naturaleza del instrumento que recogería los acuerdos a que pudiera arribarse, es decir, un tratado o una resolución de la Asamblea General de la ONU u otra vía similar, como se había sugerido.

Dicho documento, parte de la base de que las medidas de conservación y ordenación deben establecerse mediante la cooperación fundada en la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias en alta mar, cooperación que tiene el carácter de una obligación que alcanza tanto a los Estados ribereños como a los Estados que faenan en alta mar. Las medidas deben ser compatibles con la disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, comprometiéndose los Estados a respetar el principio de la "pesca responsable". Tales medidas, asimismo, tendrán como finalidad el "mantenimiento o el restablecimiento de las poblaciones a niveles capaces de producir el máximo rendimiento sostenible que permitan los factores ambientales y económicos pertinentes, en particular las necesidades especiales de los Estados en desarrollo, y teniendo en cuenta las pautas de pesca, la interdependencia de las poblaciones y toda norma mínima internacional generalmente recomendada, ya sea subregional, regional o mundial" (105).

En cuanto a las medidas concretas de conservación y ordenación, se prevén las referidas a capturas permisibles totales y cuotas, límites de esfuerzo de pesca, límite del tamaño de los peces, restricciones en las

ordenación; la tercera a la vigilancia y supervisión; la cuarta a la ejecución; la quinta a las organizaciones y arreglos regionales de conservación de las pesquerías; la sexta a los países en desarrollo; la séptima a las partes no contratantes y la octava, al arreglo de controversias. Los anexos están referidos a la nómina de las poblaciones de peces altamente migratorias, a las medidas precautorias seleccionadas en la alta mar, y al arbitraje.

(105) Doc. A/Conf. 164/L. 13, de 29 de julio de 1993.

artes de pesca, vedas de zona y de temporada y otras de muy diversa naturaleza que tiendan a la protección de las especies asociadas o independientes, al fomento de técnicas pesqueras inocuas al medio ambiente, al fomento de la investigación científica, al respeto del principio de no discriminación contra los pescadores de ningún Estado, etc.

En relación a los mecanismos de la cooperación internacional, el documento prevé que ella fundamentalmente debe institucionalizarse a través de organizaciones o acuerdos consultivos regionales, teniendo como propósito mínimo, llegar a acuerdos sobre medidas de conservación y ordenación en relación a una o varias poblaciones de peces con el objetivo de lograr su sostenibilidad a largo plazo. El principio de buena fe debe primar en las negociaciones y consultas. Numerosas son las pautas para asegurar la efectividad de la cooperación en las organizaciones o a través de los acuerdos regionales o subregionales (107), sugiriéndose medidas que pueden adoptarse utilizando los mecanismos mencionados, incluyendo algunas normas procesales (108).

También, para asegurar la aplicación efectiva de las medidas de conservación y ordenación, el documento de Presidencia, contiene un catálogo de obligaciones a cargo de los Estados del pabellón cuyos buques pesquen en alta mar (109), y en particular para la pesca de altura, y las obligaciones de los Estados del puerto.

Se ha considerado igualmente las complejas cuestiones de las obligaciones de los Estados que no sean partes en un acuerdo o arreglo subre-

(106) *Ibidem*, p. 2.

(107) *Ibidem*, p. 4. "En los casos de que una organización o acuerdo regional o subregional de ordenación de la pesca goce del mandato y la competencia para establecer medidas de conservación y ordenación respecto de determinadas poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorias, los Estados que pesquen esas poblaciones en la alta mar y los Estados ribereños que tengan interés en dichas poblaciones, cumplirán su obligación de cooperar participando en la labor de la organización o acuerdo regional, de conformidad con el mandato y las condiciones de participación de esa organización o acuerdo".

(108) *Ibidem*, pp. 6-7.

(109) *Ibidem*, pp. 8-9.

gional o regional (110) y de la compatibilidad y coherencia entre las medidas nacionales y las medidas internacionales de conservación aplicables a las mismas poblaciones, materia esta última que tiene particular importancia en esta materia. La propuesta parte de una obligación básica tanto de los Estados ribereños como de los Estados cuyos nacionales pescan en alta mar, de cooperar y de adoptar medidas compatibles, coherentes y coordinadas para la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias y de reconocer la interdependencia de los componentes de las poblaciones explotadas en las zonas sometidas a jurisdicción nacional y en la alta mar. Tales medidas deben establecerse sin perjuicio de los derechos soberanos de los Estados ribereños para los fines de la exploración, explotación, ordenación y conservación de los recursos vivos dentro de las zonas sometidas a sus jurisdicciones, y dentro del marco de la Convención de 1982. Estas medidas, no deben establecer una carga desproporcionada para los Estados ribereños, ni producir efectos perjudiciales a los recursos marinos vivos dentro de las zonas sometidas a jurisdicción nacional. Las establecidas en las zonas sometidas a jurisdicción nacional en relación a la misma población o poblaciones. Si se acordara medidas más estrictas para la alta mar, los Estados ribereños podrán voluntariamente aplicar en las zonas que se encuentran bajo sus jurisdicciones nacionales, medidas de conservación y ordenación cuyos efectos sean equivalentes a las medidas aplicables a la alta mar (111).

El documento en consideración aborda también el problema de las "necesidades especiales" de los países en desarrollo, proponiendo la consagración de un "deber de asistencia", aunque no recoge la iniciativa de estos países que reclamaban el reconocimiento de "derechos preferenciales" (112). El capítulo sobre solución de controversias, se complementa con un anexo que regula un procedimiento arbitral.

(110) *Ibidem*, p. 13. Recapta el principio de que "En los casos en que un Estado no participe de la labor realizada por conducto de una organización o un acuerdo subregional o regional sobre la ordenación de la pesca, ese Estado no estará exento de la obligación de cooperar en la conservación y ordenación de las especies reguladas".

(111) *Ibidem*, pp. 14-15.

(112) *Ibidem*, p. 16.

Sin perjuicio de algunas coincidencias básicas logradas inicialmente, puede observarse que no será tarea fácil lograr una solución integral a los múltiples problemas que encierra la cuestión de la conservación y ordenación de las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentren dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y de las poblaciones de peces altamente migratorias.

No obstante, mientras más pronto se obtengan acuerdos básicos que concilien los intereses en pugna, se asegure la eficacia de las normas consagradas en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y se den respuestas satisfactorias a las nuevas situaciones generadas en los años más recientes que no fueron contempladas por aquel instrumento, habrá pocas posibilidades que en ausencia de una normatividad adecuada, se produzcan reclamaciones de jurisdicción o de competencias, como las aparentemente contenidas en los actos legislativos nacionales que motivaron estas reflexiones. No debe olvidarse que la falta de respuestas a los legítimos requerimientos de los Estados ribereños en materia de conservación y aprovechamiento de los recursos vivos de sus mares adyacentes en las décadas del 50 y del 60, incidió en la escasa aceptación que tuvieron las Convenciones de Ginebra de 1958 y abrieron paso a la legitimación de reivindicaciones que inicialmente se mostraron cuestionables o discutibles desde el punto de vista jurídico internacional.

El perfeccionamiento del régimen internacional de las pesquerías constituye uno de los objetivos del Grupo de Trabajo que elabora un Proyecto de "Código Internacional de conducta para una Pesca Responsable", que sesionó en Roma, en febrero del año en curso, dentro del marco de la FAO y que fuera constituido por iniciativa de la Conferencia sobre Pesca Responsable, celebrada en Cancún, en mayo de 1992. La Declaración de Cancún ha proporcionado el basamento principista sobre el que se asienta el contenido del proyecto. Esta declaración consideró de vital importancia para la pesca que ella se desarrolle en el marco de un sistema amplio y balanceado bajo el concepto de "pesca responsable", concepto que debe regir la utilización sustentable de los recursos pesqueros en armonía con el medioambiente y el uso de prácticas de captura y acuicultura no perjudiciales para el ecosistema, sus recursos y su calidad. El Código de Conducta debe limitarse a la pesca y actividades en el medio ambiente marino y costero. La implementación de los

principios de la pesca responsable debe guardar coherencia con los derechos, jurisdicción y deberes de los Estados ribereños en lo que respecta a sus zonas económicas exclusivas y a otras áreas bajo jurisdicción nacional. Igualmente, dicho Código habrá de incorporar un número de directrices que cubran las seis áreas temáticas mayores y cada sección del mismo debe elaborarse recurriendo a consultas con expertos y las organizaciones pertinentes (113).

VI.- REFLEXIONES FINALES

Pese a la importancia de los problemas de las pesquerías en el derecho internacional de los años anteriores a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, es en esta reunión donde comenzará a gestarse un régimen con pretensiones de dar una solución global. Desde esta óptica, la Convención de 1982, marca un hito significativo en la evolución de la materia, más allá de la eficacia de todas las instituciones y situaciones que fueron objeto de regulación.

En relación a los recursos vivos marinos, este instrumento convencional aspira a lograr un equilibrio entre los variados intereses en juego, conciliando las pretensiones de los Estados ribereños y el ejercicio de los derechos de éstos en la zona económica exclusiva y los derechos de otros Estados a aprovechar los recursos en la alta mar.

Tal régimen ha tratado de reglamentar la situación de las diversas especies o poblaciones de peces en la forma más completa posible, reconociendo la existencia de derechos y obligaciones para todos los Estados comprometidos en la conservación y administración de los recursos vivos marinos y de la concurrencia de ciertos intereses estatales que igualmente debían ser tutelados.

No obstante, esta trama legal no fue en su contextura más allá de incorporar los entendimientos básicos que pudieron obtenerse en los casi ocho años de deliberaciones de la Conferencia y, como ya se destacó, muchas

(113) *Informal Working Group on the General Principles for the International Code of Conduct on Responsible Fishing*, Rome, Italy, 21-25 February 1994 (Doc. IWGGE/ICCRF/94/Inf. 4, January 1994), pp. 1-2.

de las normas adoptadas deben ser instrumentadas mediante procedimientos que dejan un amplio margen de discrecionalidad para la conducta y acción posterior de los Estados. Constituye uno de los "negocios no finiquitados" y ello ha repercutido en la legislación y práctica posterior de los Estados (114).

La elección de aquella alternativa, si bien permitió sortear las dificultades del momento y adoptar un texto definitivo, dejó una amplia fisura por la cual habrían de filtrarse no solo los problemas atinentes a situaciones que no habían sido convenientemente solucionadas o suficientemente reglamentadas, como ya se destacó, sino también las derivadas de las nuevas situaciones que surgirían en los años que siguieron a la firma de la Convención.

Muchas de las inquietudes expuestas por los Estados ribereños en cuanto a la fragilidad del régimen adoptado en relación a la conservación y explotación de los recursos vivos del mar, que afectaba o comprometía el ejercicio de sus derechos en la zona económica exclusiva, tenían sólidos fundamentos y los acontecimientos y conflictos que se han registrado en la última década, se encargarían de dar sustento a aquellos temores.

No puede ponerse en tela de juicio la importancia del principio de cooperación. Independientemente de su recepción en la Convención de 1982 como instrumento eje en torno al cual se ha articulado la conservación y administración de las pesquerías, en particular de las poblaciones transzonales y altamente migratorias, dicho principio ha merecido una aceptación generalizada y por lo tanto aplicable aún cuando no haya entrado en vigor aquel acuerdo. Así lo ha puesto de manifiesto la práctica interestatal.

Pero, el principio de cooperación es un principio "vivo" y "dinámico" que requiere una acción, una conducta positiva de los Estados, una voluntad concurrente a obtener determinados objetivos o resultados. De allí que una actitud reticente de los obligados tomaría en letra muerta los dispositivos de la Convención y éstos carecerían de eficacia.

La mora en hacer efectiva la cooperación en esta área, sólo beneficia a

(114) Kwiatkowska, B., *op. cit.*, pp. 327-328.

los Estados que practican la pesca en alta mar, y en especial a los con mejores y más adelantadas flotas pesqueras, pues la ausencia de reglamentación les permite una mayor libertad operativa, con el riesgo cierto de conculcar los legítimos derechos de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva, y en su caso, de lesionar también los intereses de la comunidad internacional, al poner en peligro todo el ecosistema marino.

En relación a las demandas de un grupo apreciable de Estados costeros en las sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se ha destacado las dificultades y conflictos surgidos en el Atlántico Noroeste y Sudoeste, en el Pacífico Este Central y Sudeste y en el Mar de Bering, con motivo de la falta de adecuadas previsiones en relación a las especies transzonales y por la imprecisión de la distribución de competencias entre los Estados ribereños y los Estados que pescan en las zonas adyacentes a las zonas económicas exclusivas, circunstancias estas que ponen en duda la viabilidad y efectividad de las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (115).

Una de las cuestiones más controvertidas, se centra en las facultades del Estado costero para intervenir con el objeto de asegurar la conservación de las especies asociadas y compartidas, de las especies altamente migratorias, de los mamíferos marinos y de las especies anádromas y catádromas, en caso de ausencia de medidas de conservación de una zona de la alta mar contigua a la zona económica exclusiva y de que las negociaciones que se entablen a tal efecto no produzcan resultados. Según Orrego Vicuña, "No cabe duda que el Estado ribereño puede intervenir convocando a las negociaciones del caso y de que incluso pudiera poner en vigor las primeras reglamentaciones pesqueras en esas zonas. La aplicación de estas medidas respecto de terceros pudiera ser una cuestión difícil, pero se ha sugerido que el Estado ribereño tendría autoridad para hacerlo a la luz del Artículo 73 de la Convención sobre el Derecho del Mar" (116).

(115) Miles, E. and Burke, W., "Pressures on the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stock", en *Ocean Development and International Law*, Vol. 20, pp. 343 y ss.

(116) Orrego Vicuña, F. *De Vitoria a las nuevas políticas de conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar*, *op. cit.*, p. 147.

En relación a las especies asociadas y compartidas, en el caso de no lograrse un acuerdo respecto de las medidas de conservación vinculadas a tales especies, han surgido dos interpretaciones. Según una de ellas, sólo facultaría al Estado ribereño a recurrir a un mecanismo de solución de controversias, si lo hubiere disponible. La otra, reafirma las facultades del Estado ribereño para dictar las medidas de conservación dentro y fuera de la zona económica exclusiva y aplicarlas respecto de terceros, e inclusive invocar un derecho preferencial para este efecto (117).

Más controvertida aún es la pretensión estatal de intervenir en orden a la conservación de especies diferentes a las señaladas, en la alta mar.

Los interrogantes en derredor a la cuestión de la adopción de medidas unilaterales en las hipótesis examinadas, también puede hacerse extensiva a las medidas que pudieran adoptar únicamente los Estados costeros bajo la forma de acuerdos dentro del marco de una organización subregional o regional.

No resulta difícil inferir que esta cuestión está estrechamente vinculada a los criterios seguidos por algunos Estados del continente cuyos actos legislativos han dado pie a estas reflexiones.

Es obvio destacar que una respuesta normativa que concilie los intereses en pugna, contribuirá a consolidar un régimen internacional justo y estable.

La Conferencia recientemente inaugurada sobre las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, constituye un plausible esfuerzo para dar solución a problemas puntuales de las pesquerías. Aunque limitada en sus objetivos, son numerosas las cuestiones que se encuentran sobre la mesa de discusiones, circunstancia esta que exigirá una gran capacidad negociadora. La diversidad de criterios para abordarlas, como lo muestran los documentos presentados por las delegaciones gubernamentales ya examinados, se ha puesto de manifiesto *ab initio*, en relación a la naturaleza del instrumento que debería recoger los resultados de la Conferencia, aspecto este que no deja de tener su trascendencia. Asimismo, mientras un grupo de Estados exige que los resultados deben

(117) *Ibidem*, p. 149.

encuadrarse totalmente en las disposiciones de la Convención de 1982, otro grupo aspira a zafarse de este "corsé", y dar un marco más amplio a las negociaciones, avanzando sobre la normativa de este tratado.

Existe una verdadera necesidad de desarrollar líneas directrices para una adecuada implementación de las disposiciones de la Convención de 1982, relativas a la pesca en la alta mar. La Conferencia recientemente inaugurada debe contribuir a clarificar el concepto de "interés especial" de los Estados ribereños, reconocido en la Convención, pero al que hay que otorgarle efectos (118).

En suma, la Conferencia constituye un buen punto de partida para tratar de dar respuestas a los múltiples problemas que encierra la cuestión de la pesca en el Derecho del Mar contemporáneo, y de sus resultados dependerá el futuro régimen de las pesquerías. Su éxito constituirá un aliciente para convocar nuevas reuniones con la finalidad de abordar otros aspectos de la problemática y por este camino ir consolidando los regímenes receptados en la Convención o adaptándolos a las nuevas realidades, según sea el caso.

El cumplimiento de este objetivo en un plazo razonable, contribuirá a despejar las dudas generadas por el alcance de los actos legislativos de Chile y Argentina.

En cuanto a la legislación argentina, cabe reiterar que la última parte del artículo 5 de la ley 23968, carece de momento de operatividad al no haberse aprobado la reglamentación nacional sobre conservación de los recursos, razón por la cual resulta en sumo dificultoso realizar un examen de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico internacional vigente para las pesquerías. Habría que aguardar la aprobación de las normas pertinentes para poder realizar un estudio serio de su verdadera proyección en el régimen de las pesquerías en la alta mar.

No obstante, la posible extensión del ámbito de validez espacial de la legislación nacional o sancionarse, no tendrá alcance sobre todas las pesquerías, sino que se proyectaría únicamente sobre las especies migratorias y sobre las poblaciones asociadas y transzonales.

(118) Kwiatkowska, B., *op. cit.*, p. 353.

De allí, la importancia que tiene la Conferencia de las Naciones Unidas sobre tales poblaciones para algunos países como la República Argentina.

En relación al caso chileno, la generalidad del texto legal y la falta de antecedentes sobre las aplicaciones del mismo, crea también dificultades para examinar su concordancia con las normas internacionales que regulan la materia.

Si tal acto legislativo no involucra reclamaciones de orden jurisdiccional en el sentido especial y se inserta dentro del marco de los derechos, deberes e intereses reconocidos a los Estados ribereños para adoptar medidas de conservación de conformidad con el derecho internacional, como ha sostenido la doctrina chilena, difícilmente pueda ser cuestionable.

Las dificultades para dar una respuesta a los interrogantes que abren los actos legislativos examinados, se magnifican ante la falta de precisión de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y de los Estados que practican la pesca en la alta mar en la zona adyacente a la zona económica exclusiva en la Convención de 1982, y la incertidumbre en torno a la implementación del régimen adoptado, como surge de las observaciones efectuadas a lo largo de este estudio.

Por ello, la calificación *a priori* como "jurisdicción rampante" o "creeping jurisdiction" a las facultades que pudieran ejercer con las limitaciones reseñadas, los Estados ribereños sobre las pesquerías en la alta mar según aquellos actos legislativos merece sus reparos.

Teniendo en cuenta el examen de la problemática de las pesquerías efectuado y las reflexiones que surgen del mismo, ofrecemos algunas conclusiones, que conjuntamente con las que pudieran surgir de los debates y de las aportaciones que seguramente realizarán los miembros y asociados del IHLADI en las sesiones del XVIII Congreso de la Institución, confiamos puedan servir de base para la elaboración de la resolución pertinente:

1. Los océanos y mares desde una perspectiva biológica y ecológica, constituyen un sistema integrado, que exige una amplia interacción entre las zonas sometidas a las jurisdicciones nacionales y la alta mar;

2. La conservación y administración de los recursos y del medio ambiente marinos sólo podrá asegurarse mediante la cooperación internacional entre todos los Estados comprometidos en las actividades extracti-

vas, cooperación que tiene el carácter de un imperativo jurídico;

3. La obligación de cooperar exige de los Estados obrar de buena fe y observar una conducta que garantice su efectividad;

4. Los mecanismos de la cooperación deben institucionalizarse fundamentalmente a través de acuerdos u organizaciones subregionales o regionales, sin perjuicio de la necesidad de convenios de alcance general, que recepten los principios y directrices sobre los que debe asentarse la cooperación;

5. Los regímenes de conservación y administración pesquera deben asegurar la relación ecológica entre poblaciones dependientes y asociadas, prevenir la disminución de la cantidad de poblaciones capturadas por debajo de la necesaria para garantizar su recuperación, e impedir impactos adversos o modificaciones perjudiciales en el ecosistema marino;

6. La libertad de pesca en alta mar, no es un derecho irrestricto, y está condicionado por las obligaciones que recaen sobre los Estados que practican la actividad para asegurar la conservación y administración de los recursos, y subordinado a los derechos, obligaciones e intereses reconocidos a los Estados ribereños en las zonas marítimas sometidas a sus jurisdicciones;

7. Tales derechos, obligaciones e intereses de los Estados ribereños se proyectan *inter alios*, sobre las especies asociadas y compartidas, especies altamente migratorias, mamíferos marinos y especies anádromas y catádromas;

8. En consecuencia, la pesca en alta mar no debe tener un impacto adverso sobre los recursos bajo jurisdicción de los Estados costeros, en cuya conservación éstos tienen una responsabilidad primaria;

9. Las medidas de conservación aplicadas por los Estados pesqueros en la alta mar, deben guardar coherencia con las adoptadas por los Estados ribereños;

10. La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, establece disposiciones sobre la pesca en alta mar que necesitan ser adecuadamente implementadas, esclareciéndose el contenido del concepto de "interés especial" de los Estados costeros;

11. La realidad ha puesto al desnudo que a pesar de tal marco normativo, en muchas áreas de la alta mar, las obligaciones de los Estados no han sido efectivizadas, existiendo problemas de prácticas de pesca perjudiciales, sobrepesca, falta de supervisión y control, y otros problemas no resueltos;

12. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias, puede y debe constituirse en una de las principales vías para establecer principios y directrices que aseguren la efectividad de los derechos, obligaciones e intereses estatales reconocidos;

13. El principio de "pesca responsable", puede constituir un marco adecuado para resguardar la utilización sustentable de los recursos pesqueros en compatibilidad con la conservación del medio ambiente y con el uso de prácticas de captura no perjudiciales para el ecosistema y sus recursos;

14. Los actos legislativos de Chile y Argentina, a pesar de las circunstancias que dificultan el esclarecimiento de sus verdaderos alcances, se incertarían dentro del marco normativo que regula los derechos, obligaciones e intereses de los Estados ribereños en el Derecho del Mar contemporáneo;

15. El ejercicio de tales derechos se apoya en la doctrina sustentada por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, desde 1953.

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS

LAS LUCES Y LAS SOMBRAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Aldo Armando COCCA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Muchos de los conceptos expresados en el desarrollo del XVIII Congreso Hispano Luso Americano de Derecho Internacional denotan la preocupación de los participantes por el desarrollo, con progreso, del derecho internacional. Conviene aclarar que no todo desarrollo implica progreso: puede darse un desarrollo indeseado. Para que se hable de progreso, el desarrollo debe contener perfeccionamiento de los principios y normas del derecho internacional.

Las luces y las sombras del derecho internacional fueron identificadas desde el acto inaugural por el Secretario General del Instituto, profesor Prometeo Cerezo de Diego; por el Presidentel del IHLADI, profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo; por el Presidente de la Comisión Organizadora, Embajador Hugo Llanos Mansilla y por el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Embajador Eduardo Vio Grossi, así como por ponentes y participantes en los debates.

La confrontación respondió a dos expresiones, que evidenciaban las posiciones: Globalización y Fragmentación. Globalización o Planetización representaba el polo positivo; Fragmentación el negativo: insistir y aumentar la fractura del derecho internacional.

Al presente, la mayor luz que se proyecta sobre el derecho internacional es la globalización. Las naciones no demostraron valorar el contenido de la interdependencia: no estuvieron dispuestas a ejercer los derechos ni las obligaciones que este concepto implicaba. Ante esa pasividad, se vieron desbordadas por un nuevo concepto, que irrumpió sin antesalas, negociaciones ni convenios internacionales: solidaridad. Solidaridad es la expresión de un deber social universal reclamado por los pueblos y también una necesidad derivada del hecho de eliminación de fronteras por la tecnología de la comunicación y de la realidad virtual. No existen ya

hechos de consecuencias solo locales, ni aislados. Los lazos solidarios de los pueblos son la mayor garantía de su igual dignidad. La violencia, en cualquiera de sus formas, tiene consecuencias sociales planetarias y significa también una injuria a la dignidad del ser humano. El empleo de todo tipo de armas de destrucción en masa, químicas, bacteriológicas o similares, constituye un crimen de lesa humanidad, cualquiera sea el escenario donde se utilicen o el número de víctimas que provoquen. La humanidad tiene derecho a su propia integridad y por lo tanto a su autoprotección contra toda clase de crímenes, incluidos el genocidio y el ginecidio; es decir, el crimen colectivo y el crimen individual, cometido contra la persona concebida. La humanidad ha dejado de ser objeto de derecho, para asumir el papel decisivo de sujeto de derecho; el sujeto biológico-social del género humano. Hace cincuenta años, en mi examen de derecho internacional público, tuve oportunidad de negar la existencia de una posible comunidad de Estados. Dije, en marzo de 1944, que la palabra "comunidad" significa, etimológicamente, comunión de sentimientos, de ideales, de nobles propósitos, en tanto que la conducta de los Estados -estábamos en plena segunda guerra mundial- no podía ser otra cosa que "yuxtaposición de intereses". Sostuve que se puede hablar de sociedad o liga de las naciones, porque hasta existían asociaciones internacionales con fines ilícitos. En cambio, la palabra "comunidad" está reservada a la reunión de voluntades con fines superiores: una comunidad religiosa, una comunidad de juristas, una comunidad de científicos, una comunidad de artistas, es decir, una asociación en la cual los ideales y la labor espiritual desplaza los intereses materiales y egoístas. Al preguntárseme cómo superar esa situación de hecho, respondí: reconocer a la comunidad de pueblos, a través de su propio sujeto jurídico, que no puede ser otro que la humanidad.

El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas ofreció el camino para la instauración de la comunidad de naciones, al determinar como sujeto del derecho internacional a los "pueblos de las Naciones Unidas". En otras partes de la Carta se insiste en la titularidad jurídica de la humanidad y también de las generaciones, independientemente de toda nacionalidad, sujetos que aparecen en tan notable instrumento internacional como naturales, efectivos, reales, y no simplemente artificiales, ficticios o accidentales, como tantos otros que son establecidos por la ley, para

desplazar a la persona humana de su papel protagónico en los actos de la vida pública y privada de los pueblos.

La mayor luz para orientar el derecho internacional presente y futuro está representado por el concepto humanidad como sujeto jurídico. La mayor sombra, los Estados fragmentaristas. A la acción de tales gobiernos disociadores, se suman las de las asociaciones internacionales ilícitas, como el terrorismo internacional, el narcotráfico y otras nacidas como consecuencia de la falta de solidaridad de los pueblos, por obstáculos para manifestarse en la plenitud de sus derechos. Sólo podrá haber comunidad legítima cuando su objetivo sea legítimo: para la paz y el progreso; regionalismo para la superación común de los pueblos que lo integran, empresa universal para el goce pleno de los beneficios que se esperan.

Lo que en este congreso se mencionó -siguiendo la lograda expresión de Quintano Ripollés- como "fantasma de la soberanía", viene sufriendo un proceso de deterioro desde 1945, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. Los fantasmas necesitan de la oscuridad y actúan a destiempo. Pero el proceso se viene cumpliendo sin prisa, pero también sin pausa. El más formidable éxito lo ofreció el Tratado del Espacio de 1967, que menciona una sola vez la palabra "soberanía" y es para negarla en el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, concepto que reemplazará por una expresión de contenido jurídico y no político: "jurisdicción y control".

A poco que se analice con rigor científico, y conforme a la sana lógica, las razones o argumentos empleados a partir de Jean Bodin, en el siglo XVI, para intentar dar sustento jurídico al concepto de soberanía, se comprueba que sólo fueron argumentos aparentes los que se esgrimieron para defender o persuadir lo que es, simplemente, falso.

Si se analizan las doctrinas que intentan dar fundamento jurídico o filosófico al concepto de soberanía estatal, se dan todas las formas de sofisma: se confunde un simple atributo condicionado, por la esencia o cualidad esencial; o se toma una afirmación relativa por afirmación absoluta; o se demuestra ignorancia de la verdadera cuestión; o se incurre en petición de principio o círculo vicioso, en que se supone lo que se discute, o se demuestra una proposición por otra y luego aquella por la primera; o se toma al consiguiente por antecedente; o la causa por el efecto.

El conjunto de los tratados espaciales niega la "nacionalidad" de las cosas, por considerar a la nacionalidad un derecho fundamental de la persona humana. No emplean la palabra persona jurídica por entender que la única *persona jurídica* es la humana. La persona legal, es decir, creada por la ley, tiene una capacidad limitada en el tiempo y en las circunstancias. Existe mientras la ley la mantenga en vigencia. La persona física es jurídica, es decir, titular de derechos, independientemente de que la ley la reconozca y ninguna ley puede hacerla desaparecer en tal calidad. Un documento elaborado en las Naciones Unidas y aprobado por su Asamblea General, la Resolución 1962 (XVIII), aprobada el 13 de diciembre de 1963, reproducida luego en Tratado de 1967, anterior a mi incorporación a la Comisión del Espacio Ultraterrestre, mencionó una sola vez la expresión *personas jurídicas* y fue necesario enmendarla. Mi posición en este sentido -conocida internacionalmente desde 1954- no necesitó de mayor insistencia para sustituir esa expresión por la de personas morales, como figura en el artículo VIII del Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales.

El *Corpus Iuris Spatialis* consagra también el principio del **patrimonio común de la humanidad**; imputa la responsabilidad primaria por daños al Estado, al cual impone otras obligaciones, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina argentina **soberanía-servicio**. Estatuye la incumbencia exclusiva e intransferible de la humanidad en todas las actividades espaciales. Impone la cooperación, al punto de resultar condicionante de la legitimidad de toda actividad espacial y además debe fomentarla por todos los medios. Asigna a la humanidad todos los beneficios derivados de la exploración, utilización y explotación del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes. Y ofrece otras disposiciones y principios que vienen contribuyendo a disipar sombras del derecho internacional.

Estas innovaciones, que los pueblos de las Naciones Unidas reunidos en su Asamblea General, votaron por unanimidad y aclamación, significaron el triunfo del espíritu creativo del jurista y también la racionalidad de sus autores. Se alcanzó a convencer sobre la necesidad de eliminar o reemplazar fórmulas difícilmente aceptables como principios jurídicos y se logró anticipar todos estos nuevos conceptos y normas a los hechos técnicos, cuya proliferación y multiplicidad preocuparon hondamente a los juristas.

La inmediata vigencia del Tratado del Espacio -a menos de diez meses de su aprobación y de nueve de abierto a la firma- así como su carácter de modelo para otras esferas del derecho internacional, dan cuenta que se requerían nuevas luces. También se demostró que, aparte de la sana lógica, se necesitaba de ideales. Fueron esos ideales los que dieron nacimiento a un sentir latente que logró consagración al adoptarse el Tratado: la *affectio humanitatis*. El Tratado se elaboró con estos conceptos, que expresamos en latín cuando asumimos la responsabilidad de participar en la redacción de los cinco instrumentos internacionales del espacio, hoy todos en vigor: *ius humanitatis*, *res communis humanitatis* y *ad astra pro bono humanitatis*.

Comienza también en 1966 con la Resolución de la Asamblea General del 19 de diciembre de ese año, al aprobar el texto del tratado del espacio, la labor preventiva de las Naciones contra la contaminación de la Tierra desde el espacio y desde la Tierra al espacio y los cuerpos celestes. Es una luz que se proyecta cuatro años después sobre la Conferencia de Estocolmo para el Medio Ambiente. El Tratado obliga a esterilizar los vehículos espaciales que se destinan a los cuerpos celestes y a observarse la cuarentena de los astronautas que visitaron la Luna. También la jurisprudencia ambiental es preventiva, tal el caso de "Florida Coalition vs. George Herbert Bush, President of the United States of America et al", que se sustanció en la Corte del Distrito de Washington, promovido por diecisiete instituciones de bien público para evitar la utilización de una carga de plutonio en la sonda *Ulyses* destinada a Júpiter, capaz de desintegrar un tercio de la masa de nuestro planeta, de caer en la etapa de circunvalación de la Tierra. Este caso judicial es buena prueba de que el derecho internacional debe aplicarse preventivamente ante el riesgo de consecuencias irreparables.

La prospectiva en la elaboración del derecho internacional de la integración, ha demostrado ser un campo donde se advierte la dimensión de la ética, que lo diferencia sustancialmente de las alianzas bélicas, éstas con la mira puesta en armas cada vez más destructivas, al punto de resultar incontrolables para quienes piensan utilizarlas y de alto riesgo su desarrollo y conservación. Los pueblos privilegian hoy el valor de la paz frente a la fuerza de las armas.

Juristas de la prospectiva de la ciencia jurídica ofrecieron, en la Conferencia de Bellagio (febrero, 1974) el nuevo concepto de regionalismo, superándose la vecindad territorial como condicionante de los acuerdos y actividades regionales. En la actualidad, convenios regionales de cooperación incluyen a naciones de otros continentes.

Fueron internacionalistas previsores quienes reconocieron y declararon las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad (Buenos Aires, 1989) con ocasión de conmemorarse el bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Correspondió también a lúcidos juristas celebrar el V Centenario de los Derechos del Hombre, de los pueblos, y por consiguiente de las naciones, y de la humanidad, en 1992. Igualmente, con la necesaria visión de futuro, en el Primer Congreso Mundial del Espacio (Washington, 1992) señalaron la oportunidad de contar con la Carta de la Humanidad en el Espacio Ultraterrestre y los Cuerpos Celestes. En igual línea de pensamiento se ubican los científicos de las ciencias básicas y los juristas que elaboraron las Declaraciones sobre la recepción y transmisión de mensaje a y de inteligencia extraterrestre.

Este panorama de las luces del derecho internacional, tuvo una primera manifestación en el Seminario Hispano-Argentino sobre la Condición Jurídica de la Luna (Madrid, 1969) y posteriormente, en el Congreso del IHLADI de Buenos Aires en octubre de ese mismo año, con motivo de la llegada del hombre a la Luna. En dicha oportunidad se consideró la ponencia "Carácter de la Misión de los Cosmonautas al Incorporar a la Luna al Patrimonio Común de la Humanidad". El IHLADI resultó de este modo ser la primera corporación académica en proclamar este concepto en el Congreso de Lima 1982, aparte de ratificar el carácter de *ius cogens* del principio, avanzó una definición: "abarca el conjunto de bienes materiales e inmateriales". Cabe recordar que la redacción de las primeras conclusiones de 1969, con el fin de no reducir el concepto a un patrimonio meramente material, se utilizó la expresión "el común de la humanidad". Veinte años después, en las XII Tablas de 1989, se emplea la expresión "bienes espirituales, naturales y culturales logrados por creación y labor de las generaciones precedentes". También estas Tablas señalan la obligación de las generaciones presentes de incrementar los bienes recibidos,

en su función genérica de co-creadoras de nuevos bienes.

Las mayores luces del derecho internacional tienen sus raíces en Francisco de Vitoria y en la Escuela de Salamanca. El IHLADI mantiene viva su memoria, conforme lo determina el artículo 3° de su estatuto: "Como homenaje a Francisco de Vitoria, el Instituto se localiza idealmente en Salamanca". Muchos tenemos presente a Vitoria cuando reflexionamos sobre el perfeccionamiento del derecho internacional. Existen conceptos y figuras perfiladas, diseñadas sabiamente por Vitoria hace cinco siglos, que no han encontrado aun en nuestros días su contorno definitivo, que lo proporcionará sin duda el progreso de la ciencia jurídica.

Puesto que este XVIII Congreso de Santiago-Viña del Mar, ha sido rico en referir las luces del derecho internacional, estoy convencido de que muchas otras luces, las propias de los congresistas, contribuirán a disipar las sombras que aun oscurecen el panorama del derecho internacional, con vistas a un sano y vigoroso desarrollo progresivo y su codificación.

LA CLAUSULA DE NACION MAS FAVORECIDA Y SU ADECUACION AL TLC EN EL MARCO DE ALADI*

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES
Director del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.

II.- NEGOCIACIÓN Y APLICACIÓN POSIBLE DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA CONFORME AL PROTOCOLO DE INTERPRETACIÓN.

III.- SITUACIÓN ACTUAL DE MÉXICO EN LA ALADI.

* Este modesto trabajo de análisis está elaborado en memoria del maestro César Sepúlveda Gutiérrez, quien falleciera recientemente.

Tuve el honor de haber sido su alumno y de haber colaborado con él, en múltiples tareas académicas. Así conocí de su entrega profesional a la especialidad jurídica que nos unió, de su capacidad de trabajo, de la disciplina que rigió siempre su quehacer profesional, pero sobre todo de su amor a México y de los valores que para nosotros representa, heredados de España y de nuestras raíces indígenas lo que nos vincula sólidamente con el resto de Iberoamérica.

Para quienes lo tratamos con cierta frecuencia descubrimos que ante una aparente coraza de rigidez se encerraba una persona con gran apego a los valores trascendentes como son el respeto a los mayores, el amor a la familia y la lealtad a los amigos, lo que no reñía con una exposición, en su cátedra, elegante y precisa como muestra del buen manejo de nuestro idioma.

Fue una fortuna conocerle y tratarle, por lo que al rendir tributo a la muerte como parte de la vida, podemos decir que se pudo marchar tranquilo y satisfecho pues cumplió cabalmente como un hombre, tal como en una ocasión manifestó que ser hombre veinticuatro horas al día, era muy difícil. Descanse en paz.

I.- La declaración de los presidentes de los Estados Unidos de América y de México el 11 de Junio de 1990 en el sentido de iniciar, tan pronto fuere posible, las negociaciones formales para establecer una zona de libre comercio, planteó como era lógico, una multiplicidad de problemas de toda índole incluyendo desde luego a los jurídicos de manera preponderante.

En las primeras manifestaciones públicas que nuestras autoridades del ramo hicieron a mediados de 1990, se hizo hincapié en que dichas negociaciones se enmarcarían perfectamente en los acuerdos multilaterales del GATT del que ambos países eran signatarios, así como de otros acuerdos comerciales.

Desde un principio nos preocupó que tal aseveración presentase algunas fisuras, lo que oportunamente hicimos saber a nuestras autoridades, en el mes de octubre de 1990.

La razón de nuestra preocupación consiste en que algún país vinculado con el nuestro por la cláusula de nación más favorecida, y dentro del marco de ALADI, pudiese considerar algún derecho a su favor para exigirnos la transmisión gratuita e incondicional de los beneficios y favores otorgados en el TLC a Estados Unidos y a Canadá y si fuere el caso, prevenir alguna respuesta que fuese correcta, fundada en derecho y que protegiese debidamente a los intereses nacionales.

Con tal motivo nos permitimos elaborar un estudio sobre el particular (1) en el cual formulamos las siguientes consideraciones:

1°. La cláusula de la nación más favorecida previene que las ventajas, favores, privilegios y demás que un país otorgue a productos procedentes o destinados a cualquier otro, sea miembro o no del acuerdo, se aplicarán inmediata y automáticamente a quienes se hallen vinculados por esta cláusula.

2°. Dicha cláusula es el pilar de la reordenación del comercio internacional a partir de la postguerra última mundial, según aparece señalada en el artículo 1° del acuerdo general sobre aranceles y comercio, y su esen-

(1) "Implicaciones del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y Canadá en el acuerdo latinoamericano de integración" -*Revista de Derecho Privado*- Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM - Año 2, n° 5, Mayo-Agosto 1991.

cia se reproduce en acuerdos semejantes, tales como el de Montevideo de 1960 en su artículo 18 y en el tratado de Montevideo de 1980 (ALADI), artículo 44.

3°. La regla general, sin embargo, admite excepciones que contemplan entre otros, los párrafos 3° y 5° del artículo 24 parte III, así como el artículo 36 parte IV del GATT, y 25 y 45 del de Montevideo (1980), respectivamente.

4°. De la lectura de dichos textos, encontramos que se admiten formas distintas de negociaciones comerciales, a saber:

A) Tráfico fronterizo (artículo 24 párrafo 3, a) del GATT) y artículo 45 de Montevideo.

B) Zonas de libre comercio.

C) Uniones aduaneras. Las dos últimas previstas en el párrafo 5° del artículo 24 del GATT.

D) Se puede añadir que también se contemplan los acuerdos de alcance parcial con terceros países y áreas de integración económica de América Latina que sólo regirá para los suscriptores, salvo los países de menor desarrollo económico relativo (artículos 25 y 26).

E) El mismo principio se aplica a los acuerdos de alcance parcial con países en desarrollo fuera de América Latina (artículo 27).

Encontramos pues que en el GATT habrá tres excepciones diversas, y en el tratado de Montevideo solo la del tráfico fronterizo y la referente a los países de menor desarrollo.

De las excepciones consignadas, nos ocuparemos a continuación del tráfico fronterizo que es la única que contemplan ambos ordenamientos ya que la zona de libre comercio y la unión aduanera solamente opera como excepción para el GATT.

A efectos de precisar el término y así delimitar su concepto indagamos si el GATT se ha ocupado del asunto y poco o nada pudimos encontrar.

Por ello y ante la remota posibilidad de que el tráfico fronterizo pudiese, por analogía si cupiese, asimilarse al concepto de la zona de libre comercio, nos dirigimos a la ALADI quien dió respuesta a nuestra inquie-

tud consignando en lo conducente, lo siguiente textualmente:

"Surge claro del artículo 45 que las ventajas y demás privilegios que se convengan entre países miembros o entre éstos y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo regirán exclusivamente para los países que hayan convenido a tales arreglos, en cuyo caso es indiferente que la ventaja haya sido acordada o no en uno de los mecanismos del tratado de Montevideo 1980 o del acuerdo de Cartagena".

Continúa más adelante manifestando lo siguiente:

"1) Que el artículo 45 del tratado de Montevideo 1980 configura, efectivamente una excepción a la cláusula NMF;

2) Que dicha excepción opera exclusivamente para el caso previsto, o sea "a fin de facilitar el tráfico fronterizo" entre países miembros o entre éstos y terceros países, cualquiera sea el instrumento que se utilice.

3) Que conceptualmente no es posible imaginar la concertación de un acuerdo del libre comercio -cuyo alcance supone la eliminación total de gravámenes y restricciones no arancelarias, para lo esencial del intercambio recíproco entre dos países- con la finalidad de facilitar el tráfico fronterizo (2);

Esta opinión citada sin duda que tomó en consideración diversos acuerdos surgidos en ALALC al inicio de su operación, precisamente durante la celebración de la primera conferencia en la resolución 10 (1) de fecha 1º de septiembre de 1961 al consignar la existencia de "... regiones limítrofes cuyas especiales características hacen necesario un tipo singular de comercio (de)... importancia para el desarrollo económico de dichas regiones...".

Con la base en lo anterior se emitió la resolución 13 (I) del 11 de Octubre de 1961, encomendando al comité ejecutivo permanente realizar los estudios pertinentes a dicho comercio regional entre zonas limítrofes para ser considerados en su oportunidad, por la conferencia.

(2) Memorandum N° DN-113-90 del 5 de Octubre de 1990 conteniendo la respuesta a la consulta que la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos le formulara.

El tema, en sus varias proyecciones, es objeto de nuevas consideraciones durante la segunda conferencia, un año después, y se dicta la resolución 43 (II) que expresamente manifestó ser complementaria de las 10 (I) y 13 (I).

La inquietud que aparece es que no existe suficiente información, por lo que las partes contratantes deberán proporcionar, a la brevedad, datos sobre el valor y la naturaleza de las mercancías, régimen jurídico que regula, lugares por donde se efectúa, área comprendida, población beneficiada y distancia del centro de abastecimiento más próximo, medios de transporte existente y otros más.

Con esta información, el comité ejecutivo permanente deberá proponer a la conferencia, normas complementarias a fin de precisar el tráfico fronterizo, así como el comercio regional y especialmente de zonas que tengan dificultades para ser abastecidas desde su territorio.

De lo resuelto y de los argumentos esgrimidos en los considerandos correspondientes, aparecen dos áreas comerciales vecinas que exigen un trato legal particular: las estrictamente fronterizas y las que por sus condiciones particulares, pretenden se les extienda dicho trato de excepción.

Hasta donde es de nuestro conocimiento, no hubo más pronunciamientos sobre el tema del tráfico fronterizo.

Conocida la opinión anterior de la ALADI, considero muy interesante traer a colación la opinión de la Dra. Frida M.P. Pfifter de Armas (O.P.D.) contenida en uno de los pocos estudios que existen sobre el tema y que consiste en preguntarse si en realidad el tráfico fronterizo se trata de... "excepciones a la cláusula o son parte de un sistema más acelerado de desgravación dentro del proceso global" (3).

Por todo lo anterior la opinión citada de ALADI es válida.

Debemos pues buscar en otros campos las limitaciones del principio de nación más favorecida.

(3) "La cláusula de la nación más favorecida y la excepción del tráfico fronterizo en el tratado de Montevideo", *Derecho Internacional Económico*, selección de Francisco Orrego Vicuña -Fondo de Cultura Económica- lecturas N° 10 I, 1974.

La concepción del principio de nación más favorecida obedece a una situación histórica que tuvo gran presencia en la década de los 70, en donde la pugna de los países no alineados que constituían el tercer mundo, con los desarrollados pretendían justamente acceder a los mercados más importantes del mundo.

Por lo tanto el corte del principio es precisamente el necesario para lograr dicha presencia de los países de menor desarrollo en los negocios comerciales de los desarrollados.

Dicho principio debemos recordar que siendo de origen antiguo, se revitaliza al reordenarse los ámbitos comerciales y financieros después de la segunda guerra mundial y siempre se ha hecho acompañar de otros dos grandes principios que lo explican como son el de la reciprocidad y el de la no discriminación.

Por lo tanto no es concebible la presencia del uno sin los otros.

Esta concepción sufrirá como es sabido, cambios y modificaciones al aplicarse tratamientos preferenciales que dispensarán su aplicación ortodoxa y que vendrán a constituir la negativa de los enunciados originales cuya expresión más clara, la encontramos en el actual capítulo IV del GATT que permite que cuando un país desarrollado otorgue una preferencia a uno de menor desarrollo no será extensible a ningún miembro del acuerdo y no quedará sujeto a reciprocidad alguna.

Las pesquisas que efectuamos en el GATT nos llevaron a encontrar unas cuantas resoluciones sobre el concepto, desde luego no carentes de interés como por ejemplo la no obligatoriedad de repercutir las preferencias otorgadas a países en desarrollo, pese a lo establecido en el artículo 1º (4) o a la decisión L/3636 del 26 de noviembre de 1971 que se ocupa de las negociaciones comerciales entre países en desarrollo, pero no aplicables al asunto de nuestro interés.

En la práctica sin embargo la incondicionalidad del concepto, fue sufriendo modificaciones y perdiendo su fuerza; así se habla de que exis-

(4) "Differential and more favourable treatment, reciprocity and fuller participation of developing countries" decision of 28 November, 1979 (L/4903). *Basic instruments and selected documents*. GATT Geneva, March 1980 - p. 203.

ten variantes en la cláusula que puede ser condicional, incondicional o sujeta a los códigos.

El profesor John Jackson considera varios ejemplos en este orden como son entre otros el acuerdo Estados Unidos-Canadá sobre productos del sector automotriz de 1965, las preferencias otorgadas a la cuenca del Caribe, el "entendimiento sobre un tratamiento diferencial más favorable, reciprocidad y participación más plena de los países en desarrollo" o "cláusula de habilitación" surgida en la ronda Tokyo.

Son estas numerosas excepciones tan importantes que según el mismo autor, el 25% o poco más del comercio mundial se ampara bajo alguna de ellas (5).

Los Estados Unidos se han convertido en frecuentes impulsores de acuerdos que se ubican dentro de las hipótesis de las excepciones alejándose cada vez más del multilateralismo como lo ilustran los acuerdos de libre comercio con China en 1972, con Israel en 1987, Canadá en 1989, ahora con México y seguramente con los que surjan en la reunión de presidentes de Miami, FLA., a celebrarse en diciembre de 1994.

Ante esta tendencia que sin duda marca una búsqueda de otros caminos en la ordenación del convenio internacional, estimamos que en ALADI debería existir también alguna experiencia que fortaleciese las excepciones al principio en cuestión, en lo que se refiere a su aplicación.

Consultamos algunos expertos y no encontramos que pese a la importancia del principio, se haya ocupado de interpretarlo oficialmente.

Sin embargo existen algunas comunicaciones internas que tratan el asunto y que hacen referencia tanto al artículo 44 de ALADI como a su antecesor, el N° 18 de ALALC.

En forma expresa se reconoce la rigidez de su enunciado al pretender que sea "incondicional, automática" y también general.

Conscientes los miembros de ALADI que el proceso integracionista se veía seriamente afectado por esta especie de camisa de fuerza, se buscó a través de estudios especializados promotores de acciones formales ten-

(5) *The world trading system*, pp. 132 y 134.

dientes a facilitar la aplicación de la norma, que abrieron algunos espacios a las excepciones del principio. Cito a continuación lo siguiente:

"2.3. Por otro lado, se han recogido las enseñanzas de la aplicación del tratado de Montevideo de 1960 que hizo de la cláusula uno de sus elementos fundamentales. En efecto en este tratado la incondicionalidad y el automatismo de la misma, sumados a su generalidad, hicieron o mejor dicho, dotaron al instrumento de una rigidez, que no pudo ser atenuada por el principio de reciprocidad -de expectativas o de resultados- desconocido o difícilmente aplicado, al operarse una desigual distribución de beneficios y costos del proceso como consecuencia de los diferentes grados de desarrollo económico de las partes".

"Solo a través de mecanismos interpretativos surgieron algunas excepciones: la resolución 99 (IV) relativa a los acuerdos de complementación, las resoluciones 200 y 202 (CM-II/VI-E) y 222 (VII) relativas a acuerdos subregionales. Al paralizarse prácticamente las negociaciones generales, se acogieron algunas situaciones de hecho contrarias al artículo 18: los denominados acuerdos por pares de países (resolución 354 (XV)). El tratado en sí sólo preveía una única excepción: las listas de ventajas no extensivas".

"Como mención cabe señalar que, si bien muchas de las dificultades eran causadas por la rigidez de los compromisos asumidos, el candado que cerraba el paso a cualquier otra solución, ajena a las listas nacionales y al compromiso de lista común, era, sin lugar a dudas el artículo 18".

"2.4. En el nuevo tratado de Montevideo, la C.N.M.F., aunque mantiene una redacción similar al mencionado artículo 18, por el texto de otras disposiciones sufre excepciones, como las que se derivan de los tratamientos preferenciales y de aplicaciones condicionales, como en el caso de los acuerdos de alcance parcial entre países miembros (10); entre países miembros y países no miembros u otras áreas de integración de América Latina (11) y entre países miembros y países no miembros o áreas de integración de fuera de América Latina (12), aunque en estos últimos la C.N.M.F. está fijando el límite de las ventajas (13) (14)" (6).

(6) ALADI / SEC / DT66 - Diciembre de 1984, p.p. 5 y 6.

Las anteriores resoluciones contrastaron frontalmente con las identificadas con el numeral 15 (I) del 15 de octubre de 1961 y 48 (II) del 19 de noviembre de 1962 relativas a la participación de las facilidades y ventajas existentes en los acuerdos especiales complementarios que afirmaban el derecho de los terceros a la recepción automática de todos los beneficios otorgados.

La importancia de esta nueva óptica en la aplicación del principio en cuestión, llevó a distinguidos juristas sudamericanos a realizar estudios analíticos y a explicar las razones de las mencionadas resoluciones.

Los autores consultados profundizan los propósitos buscados en los mecanismos de liberación y en los demás que buscan acelerar la integración de los miembros del tratado de Montevideo (1960) y coinciden en sostener que el principio de reciprocidad rige dichos mecanismos (7) y el propio tratado en su artículo 59 lo confirma al regular la adhesión al mismo cuando consigna que "cada parte contratante comenzará a beneficiarse de las concesiones ya otorgadas entre sí..., a partir de la fecha en que entren en vigor las reducciones de gravámenes y demás restricciones negociadas por ellas sobre la base de la reciprocidad..."

Sin embargo y pese a la convicción que muchos de ellos manifiestan al sostener que el principio de reciprocidad es el que debe regir las relaciones comerciales internacionales por ser de la esencia de las mismas el

(7) "La cláusula de la nación más favorecida en el sistema jurídico de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio", Félix Peña - *La dimensión jurídica de la integración* - INTAL, - Bid, Buenos Aires, 1973.

"El principio de reciprocidad en el tratado de Montevideo" por Carlos Ons - INDART - misma fuente bibliográfica "Régimen legal de los acuerdos de complementación en la ALALC" - Javier Silva Barros - *Derecho de la integración* - INTAL/BID N° 5, Octubre 1989.

"La cláusula de la nación más favorecida y el tratado de Montevideo" - *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, tomo IV, 1966 - *Compatibilidad de los acuerdos subregionales con el tratado de Montevideo* de Juan Bautista Shroeder - Doc. ALALC CM-II/VI-E/3 del 12 de Mayo de 1967.

"Contralor de la legalidad de los actos comunitarios" de Eduardo Jiménez de Arechaga y F. Padillo - *Derecho de la integración*, Buenos Aires, INTAL N° 1, 1967 - "La cláusula de la nación más favorecida en el tratado de Montevideo, orígenes y proyecciones" - *Foro internacional*, México 1967.

dar algo a cambio de algo, (*quid pro quo*), dan un giro completo de 180° al decir que solo se aplicará a las relaciones inter-partes y no a las negociaciones que uno de los miembros de ALADI efectúe con un país tercero lo que constituye a mi ver una inexplicable contradicción de principio.

El Dr. Alvaro Valverde experto en el derecho de la integración y asesor de la Secretaría General, confirma esta postura tradicional, en un estudio sobre estos temas y sostiene en concordancia con lo anterior que:

“No obstante ese nuevo contexto internacional”, el capítulo V del tratado de Montevideo de 1980 excluye la posibilidad que los países miembros puedan concertar acuerdos de libre comercio como el previsto en la “Iniciativa para las Américas”, sin que estén obligados a extender las ventajas en favor de los demás países miembros (por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 44 del mismo tratado) pues en caso contrario se estarían vulnerando las preferencias pactadas...” (8)

De cualquier manera es contundente que la aplicación del artículo 44 de ALADI, antiguo 18 de ALALC no es absoluta pues no sólo admite excepciones expresas sino que la interpretación ha llevado a sostener la primacía del principio de reciprocidad sobre el de nación más favorecida, lo que nos dá pie para rechazar cualquier petición de aplicación gramatical del mismo, ante la superación de tal tesis.

¿Cómo resolver el problema actual y dar salida a la pretensión de los países peticionarios de la aplicación rígida del artículo 44?

II. México planteó ante el comité de representantes de la Asociación Latinoamericana de Integración la consulta de como aplicar dicho artículo 44 que fuese congruente con la letra, con el espíritu y con el historial del principio de nación más favorecida conforme a sus diversas interpretaciones pero que además permitiese la concurrencia de ALADI al movimiento de globalización económica mundial.

Habiéndose formulado diversos estudios por un grupo especial, se presentaron para su conocimiento y discusión en la octava junta de cancille-

(8) “Iniciativa para las Américas: el sistema de la ALADI y del GATT” - ALADI/SEC/Estudio 67, 1° de Octubre de 1991 - p. 19.

res efectuada en Montevideo a mediados del mes de febrero de 1994 y la de representantes efectuada a principios de mayo del presente año en la misma ciudad, habiéndose arribado a una solución no sin pasar por arduas y a veces incómodas discusiones que permitieran no sólo resolver el presente caso del TLC sino sentar las bases para atender cualquier otro similar en donde los miembros de ALADI se encuentren en situaciones de negociaciones comerciales con países fuera del área.

Con motivo de la primera reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de ALADI, celebrada en Cartagena de Indias el 13 de Junio de 1994, se aprovechó el foro para firmar los documentos pertinentes el protocolo interpretativo del artículo 44 y otros dos documentos que contienen sendas resoluciones, estrechamente vinculados al mismo como son el de “normas que regirán en el período de transición hasta la entrada en vigencia del protocolo interpretativo” 43 (I-E) y la “resolución sobre funciones y atribuciones del grupo especial previsto en el artículo cuarto del protocolo interpretativo del artículo 44 (I-E) del tratado de Montevideo de 1980”.

Nos ocuparemos a continuación de comentar los acuerdos en cuestión:

El protocolo interpretativo que consta de siete artículos de lectura compleja, consagra de entrada, el principio de la nación más favorecida en la forma en que se encuentra expresada en el artículo 44 tantas veces referido.

Sin embargo abre el acuerdo para que su aplicación no se lleve a cabo en la forma consignada sino que por lo contrario se otorgue una suspensión temporal a la obligación de aplicarlo.

Esta situación especial se dará cuando alguno de los miembros de ALADI, celebre un acuerdo de carácter comercial con países fuera del área.

Por lo tanto quien se encuentre en la hipótesis legal deberá informar al comité de representantes de la existencia de un acuerdo no previsto en los tratados contemplados en el artículo 44 y solicitar la suspensión temporal de las obligaciones ahí consignadas.

Como consecuencia de tal solicitud y “... a los efectos de mantener el equilibrio de los derechos y obligaciones” sustentados en el marco de

ALADI, el solicitante se obliga a celebrar negociaciones con aquel miembro de ALADI que se lo solicite de manera fundada para otorgarle compensaciones sustanciales equivalentes a la pérdida de comercio que sufra en virtud de las preferencias que dicho solicitante haya negociado con terceros".

El país interesado deberá a su vez notificar al comité de representantes que desea celebrar dichas negociaciones las que se iniciarán dentro de los 30 días contados a partir de dicha solicitud y deberán concluirse en un plazo máximo de 120 días.

El efecto inmediato que sucediera ante tal petición será que el comité de representantes otorgue la suspensión temporal condicionada por un plazo de 5 años a favor de quien la pidió.

Si al término de las negociaciones el resultado es satisfactorio la suspensión se convertirá en definitiva por ser condición obligatoria para el país que solicitó la compensación y otorgar su voto en ese sentido.

Si por lo contrario no se llega a un acuerdo conveniente para las partes, deberá acudir al mecanismo de consulta previsto en el artículo 4º del protocolo interpretativo regulado en la resolución 44 (I-E) que como ya se consignó fue también aprobado el día 13 de Junio en la reunión de Cartagena de Indias.

Dicho grupo compuesto de tres o bien de cinco miembros según las partes afectadas lo acuerden, será seleccionado de una nómina especialmente elaborada a propuesta de los miembros de la asociación (3 personas por cada parte) y de la lista de panelistas de GATT no pudiendo ser en un caso concreto, algún panelista nacional de los países directamente interesados.

El grupo especial se constituirá dentro de los siguientes diez días a partir de la fecha de su designación por el comité de representantes y deberá examinar con cuidado las opiniones de los países afectados, recibiendo la información y los elementos de prueba que fuesen ofrecidos por las partes afectadas de tal manera como si se tratase de un procedimiento arbitral, por lo que se establece de manera expresa que las normas procesales del GATT serán aplicables en forma supletoria.

Dicho grupo especial se pronunciará dentro de los 60 días a partir de

su constitución y deberá establecer si la compensación ofrecida ha sido suficiente y en caso negativo, determinará la que a su juicio lo sea.

En la primera hipótesis el asunto deberá concluir convirtiéndose la suspensión temporal en definitiva.

Situación similar se dará en la segunda hipótesis cuando quien esté obligado a otorgar la compensación acepte sujetarse a la sugerencia del grupo especial.

Desde luego que dicha opinión la hará propia el comité de representantes por mayoría de dos tercios y sin el voto negativo de los países directamente interesados.

Cuando sucediese la hipótesis segunda que hemos consignado y el país compensado no acepte la sugerencia, el país afectado podrá retirar concesiones *sustancialmente equivalentes a las compensaciones sugeridas* y podrá votar negativamente a la suspensión solicitada.

Cabe preguntarnos que sucederá si presentada la solicitud de suspensión ningún país miembro manifiesta dentro del plazo previsto de 120 días su intención de celebrar negociaciones compensatorias.

En este caso se deberá considerar por el comité de representantes la suspensión de manera definitiva por un plazo de 5 años renovable por un período que no rebase otros 5 años.

El protocolo interpretativo entrará en vigor cuando se depositen en la Secretaría General el octavo instrumento de ratificación, pero desde ahora podrá adaptarse mediante la aplicación de las normas procedimentales consignadas en la resolución 43 (I-E) que forma parte también del protocolo interpretativo en cuestión (9).

México solicitó ya la suspensión temporal a que se refiere el citado protocolo a partir del día 14 de Julio de 1994, por lo que el término ya está corriendo.

Aparentemente algunos miembros del MERCOSUR solicitaron el inicio de negociaciones de compensación, pero dado que aún no se publican

(9) Nuestro país ratificó con fecha 14 de Julio, el protocolo interpretativo de cuenta y lo depositó ante ALADI el día 22 de Agosto de 1994.

los aranceles comunes y que esto sucederá hasta mediados de 1995, obligó a México enviarse una nota fijando su postura.

En efecto el día 22 de Septiembre se dijo que dadas las circunstancias por las que atraviesa el MERCOSUR y su anuncio de establecer un arancel externo común en fecha próxima, así como a su estrategia para renegociar a las preferencias previamente otorgadas en ALADI, era imprescindible aplazar dichas negociaciones con los solicitantes de MERCOSUR hasta que se conozca la situación en que quedarán dichos aranceles a efecto de poder evaluarlas en toda su amplitud, habiéndose reservado el derecho de informar oportunamente ante el comité de representantes las conclusiones del análisis jurídico que se formule sobre esta circunstancia.

Entre las cuestiones a plantear cabe considerar la situación de aquellos países partes contratantes de ALADI con los que México ya celebró acuerdos bilaterales complementarios de comercio, tal como ha sucedido con Chile, con Colombia y Venezuela y más recientemente con Bolivia; nos preguntamos ¿cabe que pretendan solicitar las compensaciones previstas en el protocolo interpretativo?

El asunto no es académico pues ya Colombia lo solicitó a mediados de Noviembre de 1994.

Este problema jurídico-político y otros similares se asomarán sin duda mostrando así el dinamismo de estos convenios comerciales.

Ante estos acontecimientos debemos considerar que México abrió mediante el protocolo interpretativo del artículo 44, una puerta a la actualización de ALADI y a su incorporación al proceso de reordenación económica del mundo o de globalización económica.

La transformación de ALADI está a la mano, ojalá y que sus miembros lo entiendan y no dejen pasar esta oportunidad; de lo contrario la condenarán a su extinción por inoperante ante la celebración de mayores acuerdos comerciales entre sus miembros.

LA PROPUESTA DEL MAR PRESENCIAL: SU VINCULACION CON LA CONVENCION DEL MAR, SUS PERSPECTIVAS Y UNA EVALUACION DE SUS ACTUALES RESULTADOS EN EL MUNDO ACADEMICO

Mario DUVAUCHELLE RODRIGUEZ
Contraalmirante JT.

I. INTRODUCCION

Se me ha solicitado que exponga a Uds. una visión académica del pensamiento del Almirante don Jorge Martínez Busch respecto de la propuesta del Mar Presencial, sus vinculaciones con la Convención de Jamaica, sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados. Cumpló con el mayor agrado dicho requerimiento y paso de inmediato a dar cumplimiento a mi cometido.

La relación de los espacios terrestres con la Política es una materia que preocupa a la Geopolítica, cuyo objeto es la relación de los espacios terrestres con la política. Fue planteada en el hemisferio Norte, por Rodolfo Kjellen (1864-1922), sobre la base que su núcleo vital es Eurasia. Más tarde, la desarrollaron -entre otros- Federico Ratzel (1844-1904), Karl Haushofer (1869-1946), Alfred Mahan (1840-1914), Halford Mackinder (1861-1947) y Nicolás Spykman (1893-1943).

La Oceanopolítica, en cambio ha sido propuesta para el hemisferio Sur, donde la realidad principal no es la tierra sino el océano hemisférico Austral, por lo que su preocupación central son los espacios oceánicos.

Una de las diferencias entre ambas visiones deriva del hecho que mientras la Geopolítica se materializa mediante la Política Marítima, la Oceanopolítica lo hace a través de la Política Oceánica, que lleva a ocupar el territorio oceánico como un espacio de desarrollo y crecimiento del Estado.

En la perspectiva señalada -El océano como frontera- la Convención del Mar, suscrita en Montego Bay, Jamaica, el 10 de Diciembre de 1982,

por los delegados de 119 Estados, (1) -entre los cuales la República de Chile- tuvo la mayor trascendencia. En efecto y hasta entonces, para la mayoría de los sujetos de la Comunidad Internacional, las riquezas de la Alta Mar -concebida ésta como aquella parte del océano que está más allá del Mar Territorial- eran aprovechables por todas las banderas. En cambio, al suscribirse la referida Convención, surgieron, además del Mar Territorial, la Zona Contigua, la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental, que modificaron dicha premisa.

Lo anterior me obliga a examinar esta Convención, en los referidos espacios marítimos y oceánicos.

II. INSTITUCIONES REFERIDAS A LOS ESPACIOS MARÍTIMOS Y OCEANICOS EN LA CONVENCION DE JAMAICA

1.- El Mar Territorial: Se extiende hasta 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas en conformidad a la Convención. Este mar es parte integral del territorio de cada Nación, pero los buques de otros Estados gozan del derecho de paso inocente a través de él, sujeto a las regulaciones que el Derecho Internacional establece.

2.- La Zona Contigua: Esta se extiende hasta 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del Mar Territorial. A su respecto, los Estados ribereños están facultados para tomar en esta área medidas de fiscalización destinadas a prevenir y sancionar las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios.

3.- La Zona Económica Exclusiva: Se trata de un espacio oceánico situado más allá del Mar Territorial y adyacente a éste, el que se extiende hasta 200 millas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del Mar Territorial. En ella, los Estados ribereños tienen:

a) Derechos de soberanía, respecto de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos de las aguas suprayacentes al lecho y al subsuelo del mar y, a otras

(1) HARRIS FERNANDEZ, J.: *Derecho Internacional Marítimo*. Imprenta Academia de Guerra Naval de Chile, 1984, pág. 404.

actividades, con miras a la exploración y explotación económica de sus Zonas.

b) Derechos de jurisdicción, respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; investigación científica marina; protección y preservación del medio marino, y de otros derechos y deberes previstos en la citada Convención.

Por su parte, los Estados no ribereños tienen, así mismo, en esta Zona distintas libertades y derechos, pero deben tener debidamente en cuenta los de los Estados ribereños y cumplir las leyes y reglamentos dictados por éstos, de conformidad con las normas de Derecho Internacional.

4.- La Plataforma Continental: Ella corresponde también al Estado ribereño y comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su Mar Territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura de dicho Mar, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia (2).

El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la Plataforma Continental para los efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales, pero su ejercicio no debe afectar a la navegación y a otros derechos y libertades de los demás Estados, ni tener como resultado una injerencia injustificada en ellos.

(2) Al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 N° 6 de la Convención, cuando en el área marítima correspondiente existen islas que están situadas en las partes más elevadas de las respectivas crestas submarinas, emergiendo a la superficie, dichas islas dan derecho a que los países soberanos de ellas extiendan su soberanía hasta 350 millas. Aplicando esta disposición el Gobierno de Chile por declaración oficial del 10 de Septiembre de 1985 comunicó a la Comunidad Internacional que su soberanía en las respectivas Plataformas Continentales de las Islas de Pascua y Salas y Gómez alcanza hasta la distancia de 350 millas marinas, medidas desde las líneas de base donde son medidos sus respectivos mares territoriales.

III. LA ALTA MAR

Avanzando hacia el océano, las partes del mar no incluídas en el Mar Territorial, en la Zona Contigua, en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, constituyen lo que la Convención de Jamaica denomina la Alta Mar, que se encuentra abierta a todos los Estados, sean o no ribereños.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la explotación de los recursos vivos existentes en el Alta Mar?

Lo primero que cabe decir a este respecto, es que una de las características de las especies pesqueras está constituida por el hecho de que su desplazamiento varía respecto de las correspondientes Zonas Económicas Exclusivas, según la época del año. A veces, las corrientes migratorias se concentran entre las 600 y las 800 millas del continente. En otras oportunidades se alejan hasta alrededor de 1.400 a 1.500 millas hacia el centro de la Alta Mar. A su vez, la interrupción de los desplazamientos de dichas especies migratorias genera la disminución de los peces disponibles para alimentar a otras especies que realizan circuitos similares. Estas se hallan, sea en el borde de la Zona Económica Exclusiva, sea en el interior de la misma. Esto no hace posible separar su accionar. Por eso es que las acciones extractivas efectuadas en esta área del Alta Mar afectan al espacio interior de cada Zona Económica Exclusiva.

El caso de Chile constituye una notable experiencia en la materia. Así, aún cuando su pesca se concentra mayoritariamente en su Zona Económica Exclusiva, ella se ha visto gravemente afectada con la realizada por gran cantidad de buques en la Alta Mar, adyacente a dicha Zona. La experiencia chilena producida durante los años 80, evidenció que se llegó a operar hasta con 300 barcos de 3 mil a 5 mil toneladas, pertenecientes en su mayoría a los países que integraban la ex Unión de Repúblicas Soviéticas. Al producirse esta forma de explotación, se afectó la cadena biológica alimentaria, lo que hoy día puede ser advertido en la creciente abundancia de especies que, en esos años, se encontraban prácticamente desaparecidas de la alimentación nacional. Tales hechos evidenciaron un cuadro de saqueo de la biomasa ligada a las pesquerías de la Zona Económica Exclusiva de Chile.

IV. LA TESIS DEL MAR PRESENCIAL

Esta Propuesta -planteada por el Almirante don Jorge Martínez Busch el 4 de Mayo de 1990 en su Clase Magistral dictada en el Teatro Municipal de Viña del Mar (3)- incide precisamente en el tema de los recursos vivos ubicados en las áreas de la Alta Mar Adyacentes a las Zonas Económicas Exclusivas, por lo que interesa precisar cual es la situación jurídica existente respecto de éstos en la Convención de Jamaica.

Este Tratado, en términos generales, consagra el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la conservación de esos recursos. Sin embargo, al momento de llevarlas a la práctica, ellas aparecen difusas, contradictorias y entregadas a la sola voluntad de los Estados.

Lo anterior puede advertirse, por ejemplo, del hecho que mientras su artículo 89 dispone que ningún Estado puede pretender someter parte alguna del Alta Mar a su soberanía, el 63 N° 2 atribuye a cualquier Estado la facultad de acordar con los otros Estados determinadas medidas, precisamente, sobre la referida área adyacente de Alta Mar.

En el mismo plano de la confusión antes anotada, el artículo 118 establece que los Estados cuyos nacionales exploten recursos vivos situados en la misma área de Alta Mar, celebrarán negociaciones con el objeto de tomar las medidas necesarias para su conservación y, con esta finalidad, cooperarán según proceda, para establecer organizaciones subregionales o regionales de pesca.

Sin embargo, esta norma no resuelve la situación que se produce cuando el Estado que pesca en el área adyacente a su Zona Económica Exclusiva no pertenece a la región, ni al continente y sus barcos provienen de otros hemisferios, como ocurre generalmente. En esta hipótesis, dicha norma resulta inoperante.

Ahora bien, si a lo anterior se agrega -según se ha dicho- que en virtud del artículo 89 ningún Estado puede reclamar soberanía para actuar en Alta Mar, las distintas cuestiones planteadas no tendrían una solución aparente. Con todo, la dramática situación que se produce en torno a la

(3) MARTINEZ BUSCH, J.: "Ocupación efectiva de nuestro Mar: Tarea de esta Generación". *Revista de Marina de Chile*, N° 3/90.

capacidad del Estado ribereño para lograr la protección de las especies ubicadas en dicha área de la Alta Mar, exige una solución jurídica a los problemas antes señalados.

Frente a esta situación, cabe detenerse a analizar el artículo 117 de la Convención. Esta norma dispone que todos los Estados tienen el deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la Alta Mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción. Su importancia deriva de la circunstancia que ella permite adoptar determinadas acciones -tales como la prohibición de pescar ciertas especies-, lo que representa la existencia de una suerte de poder en favor de todos los Estados que lo apliquen. Y este poder debe ser regulado para que -conforme al Derecho Internacional- se permita al respectivo Estado adoptar las medidas que este artículo previene.

Consecuente con lo anterior, el artículo 117 permite, entonces, avanzar más allá de los acuerdos "indeterminados", de Estados también "indeterminados" en organizaciones subregionales o regionales asimismo "indeterminadas" a que se refiere la Convención de Jamaica. En efecto, esa suerte de poder, de embrión de soberanía, que dá este artículo a los Estados, faculta a los que tienen la calidad de ribereños para instar al establecimiento de regulaciones destinadas a la conservación y captura de las especies vivas que se desplazan entre la Alta Mar y sus Zonas Económicas Exclusivas.

¿Ahora bien, sobre cual parte del Alta Mar pueden los Estados ejercer ese poder? La respuesta -desde el punto de vista jurídico- supone el fijar una área. Y aquí radica un aspecto esencial del tema que vengo abordando, pues ello significa definir y regular tal área, que se inicia en el borde de dicha Zona Económica Exclusiva.

Esta área es la que se ha denominado el Mar Presencial y sobre la cual los Estados tienen aquella suerte de poder que les dá el artículo 117 de la Convención de Jamaica y que se expresa en una suerte de soberanía de subsistencia (4).

(4) MARTINEZ BUSCH, J.: *Oceanopolítica: Una alternativa para el desarrollo*. Editorial Andrés Bello, 1993.

La tesis del Mar Presencial constituye, de esta manera, una respuesta a los problemas generados a los Estados ribereños tanto con el manejo y extracción de poblaciones pesqueras ubicadas a horcajadas de sus Zonas Económicas Exclusivas o que se desplazan -según sea la época del año- desde la Alta Mar a dichas Zonas y, viceversa, como con el resguardo de los ecosistemas marinos y el uso y conservación de tales riquezas. Su objeto es plantear el establecimiento y regulación de una nueva institución del Derecho Internacional Marítimo -denominada "Mar Presencial"- que subsane las indefiniciones que existen en la Convención de Jamaica en el área de la Alta Mar a que se refieren -entre otros- sus artículos 63 N° 2, 89 y 118. Esta nueva institución puede ser invocada por todos los Estados ribereños y, para determinar su extensión, cabría estudiar la aplicación de criterios similares a las normas que previenen los artículos 74 (Zona Económica Exclusiva) y 83 (Plataforma Continental).

¿Y por qué se habla de soberanía de subsistencia?

Porque -en lo esencial- es una fórmula para invitar a conversar al resto de los Estados en torno a qué va a ocurrir en esta área -no definida por la Convención de Jamaica- en la cual no se aceptan soberanías, pero que afecta a los Estados ribereños, pues las acciones que allí se producen, rompen su desarrollo al interior, conforme a sus características geográficas. (5)

De la manera señalada, en la tesis del Mar Presencial se configura un cuadro jurídico sistemático de soberanías y jurisdicciones. Este, se inicia con el Mar Territorial, en el cual los Estados ribereños tienen soberanía. Avanza hacia el océano a la Zona Contigua, donde estos Estados tienen una soberanía menor. Continúa, con su Zona Económica Exclusiva, en la cual tal soberanía se refiere a los recursos naturales vivos como no vivos que existan en ella. Situación similar ocurre con la Plataforma Continental, respecto de sus recursos naturales. Finalmente, se llega al Mar Presencial donde existe un germen de soberanía, que su autor ha denominado de subsistencia (6).

(5) MARTINEZ BUSCH, J.: "El Mar Presencial: Un nuevo concepto unificador del Derecho Internacional de Mar". *Revista de Derecho*, N° 192, Año LX Julio-Diciembre 1992.

(6) MARTINEZ BUSCH, J.: "Naturaleza Conceptual del Mar Presencial: Hipótesis

V. EL MAR PRESENCIAL DE CHILE

La opinión pública chilena acogió tan positivamente esta propuesta, que el 6 de Septiembre de 1991 se dictó la Ley N° 19.080, que incorporó su concepto a la legislación chilena. Ulteriormente, se aprobó la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que lo ratificó. En efecto, ella dispuso que el Estado desarrollará programas de medición y control, por lo que ordenó que sus organismos deberán compilar los respectivos antecedentes en el Mar Presencial de Chile.

En cuanto a los efectos jurídicos que la Ley chilena atribuye al Mar Presencial, no prevé otros que el establecer que corresponderá a la Armada Nacional y a la Subsecretaría de Pesca llevar una relación de las actividades pesqueras que se realicen en el área definida como Mar Presencial en virtud de los tratados y acuerdos básicos internacionales y el compilar en esa área los antecedentes que inciden en un medio ambiente libre de contaminación.

A lo anterior cabe agregar que ante la próxima entrada en vigencia de la Convención de Jamaica el 16 de Noviembre de este año (7), El Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle al inaugurar el 2 de Mayo último el Mes del Mar, ha anunciado que propondrá al Congreso Nacional su ratificación (8). En aquella oportunidad agregó -que entre otras medidas- es necesario "negociar una Convención Internacional sobre la conservación de las poblaciones de especies (pesqueras) traszonales y altamente migratorias, que complemente y haga efectivamente aplicables las normas de la referida Convención de Jamaica".

Dicha declaración del Jefe del Estado de Chile, guarda estrecha relación con la génesis de la propuesta del Mar Presencial, toda vez que ésta fue planteada jurídicamente por la falta de claridad de la Convención de

y Perspectivas". Conferencia dictada el 8 de Septiembre de 1992 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con ocasión de su Sesquicentenario.

(7) GAMBOA SERAZZI, F.: "Acuerdo sobre Fondos Marinos". Diario "El Mercurio" de Stgo. 23 de Mayo 1994. Cuerpo A. Página 2.

(8) Discurso del Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, pronunciado en la Sala de Eventos de la Armada en Valparaíso, al inaugurar el Mes del Mar el 2 de Mayo de 1994.

Jamaica en las materias analizadas, lo que exige complementarla, a fin de hacer efectivamente aplicables sus disposiciones.

Desde el punto de vista académico, profesores y expertos chilenos como Francisco Orrego Vicuña, han manifestado su coincidencia con la tesis del Mar Presencial. Así, por ejemplo, este profesor expresa que "el nuevo concepto salvaguarda expresamente el status legal de la Alta Mar establecido por la Convención y no significa desconocer dicha Alta Mar como tal". Agrega que "el enfoque se concibió en forma totalmente compatible con el Derecho Internacional del Mar" (9) y que "tal como ocurrió en la Zona Económica Exclusiva, este nuevo concepto tiene el potencial de convertirse en Derecho Internacional Consuetudinario, que refleje el interés de los Estados costeros y los intereses de la Comunidad Internacional en el Mar Presencial" (10).

VI. OPINIONES INTERNACIONALES RESPECTO DE LA TESIS DEL MAR PRESENCIAL

Distintos otros profesores han expresado, también, opiniones sobre el tema las que, a primera vista, pudieran parecer como contrarias a la propuesta del Mar Presencial. Sin embargo, del análisis pormenorizado del correspondiente debate académico, podrá advertirse, en cambio, que existen valiosas aproximaciones y coincidencias, las que examinaré a continuación.

Veamos sus contenidos.

Jane Gilliland Dalton (11) -en un contexto en el cual sostiene que: "mediante acciones audaces y sin precedentes que comenzaron en 1947,

(9) ORREGO VICUÑA, F.: "Hacia un manejo eficaz de la pesca en Alta Mar y la solución de problemas pendientes del Derecho del Mar". *Ocean Development and International Law*. Volume 24 Number 1. January-March 1993.

(10) ORREGO VICUÑA, F.: "El Mar Presencial: Definiendo los intereses especiales de los Estados costeros en la pesca de Alta Mar y otras actividades". *German Yearbook of International Law*. Volume 35 Duncker & Humblot / Berlin 1993.

(11) GILLIAND DALTON, J.: "The Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?" *The International Journal of Marine and Coastal Law*. Volume 8, number 3 August 1993.

Chile y otras naciones declararon un interés nacional sobre las áreas que hasta entonces no estaban consideradas bajo la jurisdicción nacional"- , estima que: "parte de la dificultad para determinar sí y cómo el Mar Presencial concuerda con el Derecho Internacional, es que éste ni dicho Derecho están completamente definidos. Una revisión de las evidencias disponibles indica que el concepto puede estar de acuerdo con el régimen legal fuera y más allá de la Zona Económica Exclusiva, es decir la Alta Mar". Así, dice, "la ley de pesca de 1991 de Chile, define al Mar Presencial como esa parte de la alta mar que existe para la Comunidad Internacional". El Almirante Martínez -dice- enfatiza específicamente que el concepto de Mar Presencial de ninguna manera significa desconocer el régimen legal que gobierna los espacios marítimos que conforman el Mar Presencial, sino simplemente reconocer la naturaleza tricontinental de Chile y la necesidad de tomar acción para proteger los intereses de Chile en esa área. En este aspecto -destaca- las sugerencias del Almirante parecen estar de acuerdo con el régimen de Alta Mar.

Por su parte Bárbara Kwiatkowska (12), aunque también califica la tesis del Mar Presencial como "una reclamación unilateral y sin precedentes", reconoce que el recurrir a ella "parece ser una respuesta justificada por parte de Chile a la constante sobrepesca de atún y otras especies en la Zona de las 200 millas-Alta Mar del Pacífico Sur Oriental por flotas de aguas distantes de Rusia (continuando la práctica de la Unión Soviética), España, Japón, Polonia, Taiwán, la República de Corea del Sur o Cuba". Agrega que "al contrario de lo ocurrido en el orden interno chileno, algunos Estados han cuestionado el concepto de Mar Presencial". Incluso, dice "la Comunidad Europea ha destacado que, a su juicio, tal concepto no está basado en la Convención sobre la Ley del Mar y que al parecer arriesga el régimen legal de los océanos". Con todo, precisa: "tal circunstancia ha sido negada por Chile como se advierte de su nota diplomática N° 25562, en respuesta a la nota de dicha Comunidad Europea N° 141/92. En ésta, manifiesta que su legislación es compatible con la referida Convención. Otros Estados, en cambio, tales como Canadá y Nueva

(12) KWIATKOWSKA, B.: "El régimen de la Pesca de Alta Mar: ¿En un punto de no retorno?". *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Volume 8, Number 3, August 1993.

Zelanda, han comprendido el punto de vista chileno pues estiman que es necesario obtener el reconocimiento del concepto del interés especial del Estado Costero, con respecto a las especies de peces que nadan entre dos aguas y migratorias".

Thomas A. Clingan Jr. (13) no obstante ser contrario a la tesis del Mar Presencial concluye "que Chile puede de hecho actuar de modo totalmente compatible con las actuales reglas".

Por su parte, Christopher C. Joyner y Peter N. De Cola (14) reconocen que "a pesar de todos los desarrollos legales, persisten varias situaciones en todos los océanos del mundo donde ocurren problemas jurisdiccionales. En algunas regiones existen poblaciones pesqueras dentro de una Z.E.E. y el Alta Mar adyacente a ella. Estas poblaciones están a horcajadas sobre las líneas de jurisdicción; nadan hacia una y otra zona, dificultando a menudo su manejo al Estado ribereño, en especial por cuanto han sido explotadas intensamente por grandes y eficientes flotas pesqueras de aguas distantes. Una sugerencia para resolver esta situación es extender la jurisdicción del Estado ribereño mar adentro, de modo de abarcar estas poblaciones a horcajadas. Así surgió el llamado Mar Presencial. Si bien el manifiesto propósito de este concepto puede ser admirable -proteger la pesca del Estado ribereño de la exclusiva explotación ajena- su implementación internacional podría significar amplias implicaciones legales y económicas". A este respecto estiman que la lógica que sustenta la idea del Mar Presencial no parece compatible con las disposiciones de la Convención del Mar pues tal concepto representa un intento unilateral de proteger la pesca costera de la Z.E.E. mediante la creación de una extensa zona neutral en áreas adyacentes del Alta Mar. Pese a las consideraciones anteriores, ambos autores reconocen que sin embargo "la Convención de Jamaica no resuelve la situación de las poblaciones a horcajadas. Si esta situación ha de mitigarse mundialmente -agregan- alguna reforma legal parece apropiada". Para ello, plantean modificar, entre otros, su artículo 63.

(13) CLINGAN Jr., T.A.: "Mar Presencial: ¿Nuevamente algo ya visto? Una respuesta a Francisco Orrego Vicuña". *Ocean Development and International Law*. Volume 24. N° 1. January-March, 1993.

(14) JOYNER, C.C. y DE COLA, P.N.: "La propuesta chilena del mar presencial: Implicaciones para las poblaciones a horcajadas y la ley internacional de Pesca". *Ocean Development and International Law*. Volume 24. Number 1. January-March, 1993.

VII. EVALUACION DE LAS REFERIDAS OPINIONES

1.- Como primera cuestión, debo expresar lo dudoso que resulta en Derecho cuestionar la tesis del Mar Presencial invocando lo que Christopher Joyner y Peter De Nicola llaman "acciones unilaterales" y Jane Gilliland Dalton denomina, "acciones audaces y sin precedentes que comenzaron el año 1947 Chile y otras naciones para declarar un interés nacional sobre las áreas que hasta entonces no estaban consideradas bajo la jurisdicción nacional". En efecto, tales afirmaciones no sólo niegan la necesidad de la evolución del Derecho frente a las nuevas realidades, sino que llegan a deslegitimar los resultados de tales acciones: la Convención de Jamaica, instrumento jurídico en el cual ellas fueron acogidas por la Comunidad Internacional.

De acogerse esta objeción debiera estimarse, además, que la propia Convención de Jamaica resultaría contraria al Derecho Internacional Marítimo, lo que sería absurdo pues ello significaría cuestionar aquel principio básico de todo Derecho en cuya virtud los acuerdos son ley para las partes contratantes.

2.- Como segunda cuestión, cabe recordar que detrás de las opiniones de los profesores que se han consignado anteriormente, siempre ha existido una gran controversia respecto de la naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva, límite desde el cual -en relación con el Estado ribereño- se inicia el Mar Presencial. A este respecto y con ocasión de los trabajos preparatorios de la Convención de Jamaica en su tercer período de sesiones realizado en Ginebra el año 1975, fueron sostenidas las siguientes opiniones: Una, que le atribuye un carácter territorial; otra, que le da la calidad de Alta Mar; una tercera opinión, sostiene que los Estados ribereños tienen sobre dicho espacio marítimo sólo una jurisdicción pesquera y, una cuarta opinión que define a la Zona Económica Exclusiva, como un régimen funcional sui generis (15).

La discusión jurídica respecto de cual de dichas opiniones es la válida, no fue resuelta en la Convención de Jamaica. Por esta razón hoy día con-

(15) DUVAUCHELLE RODRIGUEZ, M.: "Los usos Militares de la Zona Económica Exclusiva". *Revista de Marina* 4/1993. Pág. 358 a 371.

tinúan los efectos de dichas discrepancias. Así puede advertirse de la controversia entre los Tratadistas Jean Pierre Quéneudec (16) y Alfonso Arias Schreiber (17).

Es en el contexto de lo anterior que resultan explicables las prevenciones que he consignado anteriormente. En efecto, ellas surgen del temor que -al igual que lo que ocurre con la naturaleza jurídica de la Z.E.E.- se puedan producir acciones unilaterales destinadas a extender la soberanía de los Estados costeros hacia aquella parte de la Alta Mar donde está el Mar Presencial. Sin embargo la discusión -todavía abierta- respecto de éste aspecto de la Zona Económica Exclusiva, no puede ser confundida con su reconocimiento jurídico internacional, contemplado y regulado en la Convención de Jamaica. De la misma manera, si se estima que el concepto del Mar Presencial no es lo objetable, sino sus efectos -como ocurre con Jane Gilliland Dalton, Bárbara Kwiatkowska e incluso Thomas A. Clingan, en la medida que éste concluye que "Chile puede de hecho actuar de modo totalmente compatible con las actuales reglas"-, sus críticas debieran orientarse a tales efectos y no hacia la institución del Mar Presencial.

3.- Planteadas las cosas de la manera señalada, las objeciones que se han suscitado en la materia deberían ser orientadas más bien en la perspectiva de las adecuaciones que habría que hacer al Derecho Internacional Marítimo para que, reconociéndose el Mar Presencial, no se produzcan los efectos que se temen. A este respecto cabe recordar que el planteamiento de tal Propuesta parte del supuesto reiterado del Almirante, que integrando dicho Mar la Alta Mar existente para la Comunidad Internacional, es necesario un proceso de convergencia internacional, cuyo propósito sea resolver precisamente sus eventuales efectos y prever los mecanismos destinados a resolver las controversias que suscitare su aplicación práctica.

4.- En cuanto al fondo de lo debatido, surgen, como ya he destacado, interesantes aproximaciones académicas en la materia. De esta manera, el

(16) QUENEUDEC, J.P.: "Zona Economique Exclusive et forces aeronavales". *Academic de Droit International*. Coloquio 1981, 319, 324, P. 321.

(17) ARIAS SCHREIBER, A.: "La Zona Económica Exclusiva". *Revista Peruana Derecho Internacional*, Julio-Septiembre 1981, N° 81, P. 70.

análisis de las opiniones expuestas evidencia que más allá de las discrepancias anotadas, hay plenas coincidencias tanto en cuanto a que la propuesta del Mar Presencial es "una respuesta justificada por parte de Chile a la constante sobrepesca de atún y otras especies en la Zona de las 200 millas/Alta Mar del Pacífico Sur Oriental por flotas de aguas distantes" (Bárbara Kwiatkowska) como que "la Convención de Jamaica no resuelve la situación de poblaciones a horcajadas". (Christopher Joyner y Peter de Cola).

A este respecto, resulta significativo constatar que estos profesores - Christopher Joyner y Peter De Cola- coincidan también con el Almirante don Jorge Martínez Busch, incluso en algunos de los artículos de la Convención de Jamaica que es necesario aclarar o modificar.

5.- Con todo y más allá de las discrepancias y aproximaciones antes anotadas, resulta fuera de toda duda que los organismos internacionales especializados, están hoy día vivamente preocupados por encontrar soluciones jurídicas a los problemas que se plantean a los Estados ribereños ante la explotación indiscriminada de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias en las áreas adyacentes a sus Zonas Económicas Exclusivas. Estas soluciones tienen crecientes elementos vinculados con la tesis del Mar Presencial, como ocurre con la Resolución N° 1 adoptada por la Comisión Permanente del Pacífico Sur en su XXI Reunión Ordinaria del 23 al 27 de Agosto de 1993.

En dicho contexto, tiene especial significado el reciente Seminario Internacional convocado por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales durante los días 7, 8 y 9 de este mes, en el cual al analizarse, desde el punto de vista académico, la tesis del Mar Presencial se advirtieron diversas coincidencias respecto de distintos aspectos de esta idea. Más aún, en su Declaración Final denominada "Declaración de Buenos Aires", dicho Seminario acordó:

1) Considerar necesario complementar las disposiciones de la Convención de Jamaica para asegurar la conservación, el manejo y la explotación de los recursos vivos, resguardando los derechos de los Estados Ribereños en aquella Area de Alta Mar adyacente a las respectivas Zonas Económicas Exclusivas.

2) Invitar a las correspondientes instituciones académicas, a los internacionalistas y a los expertos internacionales del mar a sumarse a los estudios destinados a adoptar un régimen efectivo para la conservación y ordenación de los recursos vivos en el área de la Alta Mar adyacente a la Zona Económica Exclusiva.

3) Sugerir, entre otros, los siguientes principios básicos para lograr lo anterior:

- Debe contarse con un *Corpus Iuris* de aplicación universal y obligatoria, en el cual se resguarden suficientemente los derechos de los Estados ribereños, respecto de aquellas especies que se desplazan desde la Alta Mar a la respectiva Zona Económica Exclusiva y viceversa y se vele por la preservación de los ecosistemas y la conservación y utilización de los recursos vivos ubicados en aquella área adyacente a las referidas Zonas Económicas Exclusivas".

- Corresponde al Estado ribereño -y no a otros- velar, en el ejercicio de sus derechos de soberanía, por la conservación de los recursos vivos dentro de su Zona Económica Exclusiva.

Como ha podido advertirse, la Declaración de Buenos Aires -sin mencionar expresamente la denominación "Mar Presencial"- ratifica lo antes consignado en el sentido que ella contiene distintos aspectos que son esenciales a dicha propuesta.

VIII. CONCLUSIONES

He llegado al final de esta prolongada exposición. Confío que ella me haya permitido entregarles una visión general del tema que me fuera asignado. A este respecto el desafío lanzado al mundo académico el 4 de Mayo de 1990 ha producido en solo tres años de discusión notables coincidencias. En su virtud, los supuestos del Derecho Internacional Marítimo avanzan hacia nuevas fronteras que inciden en la gestión y conservación de los recursos oceánicos comprendidos en el sector de la Alta Mar a que se refiere el Mar Presencial. Ello permite alentar la esperanza que en un plazo menor al transcurrido entre la fecha de la Declaración de 1947 y la de la Convención de Jamaica de 1982, la Comunidad Internacional estará en condiciones de resolver adecuadamente los problemas relativos a dicho espacio oceánico.

Fundo tales conclusiones no solo en los avances ya producidos sino en el hecho que la subsistencia de los Estados ribereños, también interesa a las economías de los otros Estados que intervienen en el referido espacio oceánico, todo lo cual induce a la certidumbre que el próximo siglo se iniciará con respuestas adecuadas a tan importante materia.

GENETICA Y DERECHOS HUMANOS. EL ANTE PROYECTO DE DECLARACION DE LA UNESCO SOBRE LA PROTECCION DEL GENOMA HUMANO

Héctor GROS ESPIELL*
Miembro del I.H.L.A.D.I.

I

1) La cuestión de la relación de la Genética -que es la ciencia biológica relativa a los mecanismos de la reproducción que aseguran el mantenimiento de la vida y su transmisión de una generación a otra- con los Derechos Humanos, es un tema de creciente y determinante interés e importancia.

Los recientes progresos en el campo genético, las investigaciones realizadas y los resultados obtenidos, los adelantos científicos en la materia y su aplicación por medio de una tecnología cada día más perfeccionada y más audaz, plantean grandes problemas, de innegable incidencia sobre la naturaleza y el destino del hombre y de la Humanidad.

2) Pocas veces como hoy el tema de la neutralidad ética de la Ciencia, -de su capacidad de ser un instrumento al servicio del bien y del desarrollo, en la más amplia y justa acepción del concepto, o por el contrario, de sus posibilidades de utilización para el mal y para la degradación humana, individual y colectiva- se nos presenta con mayor proximidad.

Es por eso que es preciso insistir en la incidencia condicionante de la Etica sobre la Ciencia, no para limitar o desacelerar la investigación, sino para impedir que la aplicación de la Ciencia vaya en detrimento de la esencia de la naturaleza humana, de la dignidad del hombre y, natural y consiguientemente, de la Humanidad.

La revalorización de la Etica en su relación con la Ciencia es un fenómeno actual de carácter universal, que se encuentra en todas las civiliza-

(*) Presidente de la Comisión Jurídica del Comité Internacional de Bioética de la Unesco.

ciones, culturas y religiones. Es el resultado del temor y la preocupación general ante las posibilidades cada día más reales de que la aplicación de la Ciencia y la Tecnología, pierda sus ataduras y condicionantes humanas y pueda llevar a consecuencias aberrantes y a manipulaciones alucinantes.

3) El hecho que hoy se haya impuesto el vocablo "Bioética", está ya demostrando que se acepta, incluso en la terminología corriente, que existe un nexo necesario, ineludible y entrañable, entre la Genética y la Ética. Este extremo, -dada la relación de la Ética con el Derecho y la concepción actual de los Derechos Humanos- sirve de fundamento a todo análisis del tema de la Genética y de los Derechos Humanos.

4) Al Derecho se le plantean nuevos y difíciles problemas ante los progresos de la Genética. Estos problemas son análogos y están directamente vinculados, con los que enfrenta la Ética en su relación con la Ciencia Genética.

La proyección revolucionaria del progreso científico y tecnológico, sobre un Derecho que había sido construido sobre una realidad en la que no había ninguna de las posibilidades de incidir en el proceso de la reproducción humana que hoy existen, ha generado la necesidad de un cambio jurídico profundo, que debe ser prudente, reflexivo y cauteloso. Este cambio ya se ha encarado por la doctrina, por la jurisprudencia y se encuentra en proceso inicial de elaboración normativa en el Derecho Positivo de diferentes Estados.

Pero este cambio, no debe llevar a la invasión por el Derecho del ámbito reservado a la conciencia ética individual ni puede hacerse en detrimento o en violación de tradicionales principios ético jurídicos, nacidos de la consideración de la dignidad humana.

Es un cambio que, -ante la realidad de los progresos de la Ciencia y de la Tecnología, en lo que se refiere a la Genética humana-, confirma que el Derecho requiere indispensablemente un núcleo ético.

Un Derecho que no incluya este núcleo ético y que no esté dirigido a lograr un orden de justicia, es sólo mandato imperativo caracterizado por la coerción puesta al servicio de su aplicación, pero carece de toda legitimidad.

5) La relación de la Genética con los Derechos Humanos no es independiente de la vinculación existente entre la Genética y la Ética. No sólo por el necesario contenido Moral del Derecho, sino porque hoy es imposible concebir una Ética que no se base en la aceptación de la dignidad y de los consiguientes derechos de todos los hombres.

El respeto de la dignidad, individualidad e integridad de cada ser humano, y como consecuencia de su patrimonio genético, es el criterio determinante que fija inflexiblemente el límite de las aplicaciones de la Ciencia en el campo genético.

6) La Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, que puede considerarse hoy como el último pronunciamiento de la Comunidad Internacional en materia de Derechos Humanos, encara la cuestión de progreso científico, especialmente en el campo biomédico, en su relación con los Derechos Humanos.

El Párrafo 11 de esta Declaración, luego de afirmar que todos tienen el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, destaca que "ciertos adelantos especialmente en la biomédica y en las ciencias de la vida, así como en la información tecnológica, pueden potencialmente tener consecuencias adversas para la integridad, la dignidad y los Derechos Humanos del individuo y apela a la cooperación internacional para asegurar que los derechos humanos y la dignidad sean plenamente respetados en esta área".

Las palabras pronunciadas por Juan Pablo II el 20 de noviembre de 1993 con motivo de la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Genoma Humano, auspiciado por la Academia Pontificia de Ciencias, reiterando anteriores pronunciamientos, constituyen, asimismo, un adecuado recuerdo del peligro potencial para los Derechos Humanos de ciertas aplicaciones de los progresos científicos en el campo genético.

7) Los adelantos en la Genética nos enfrentan a la perspectiva de violaciones de Derechos Humanos de nuevo tipo, cuyo origen puede estar tanto en una actividad emanada de un hacer o de un mandato estatal, directo o indirecto, como en conductas ajenas o que escapan a la decisión o al control gubernamental.

Es útil enumerar algunos ejemplos de situaciones que se presentan hoy,

en relación con los progresos de la Genética que aparejan un peligro concreto de posibles violaciones de los Derechos Humanos.

El caso de la llamada medicina predictiva constituye una de esas situaciones. La medicina predictiva, que puede llegar a permitir que se descubra en un embrión humano la predisposición a determinadas enfermedades, descubrimiento que resulta posible por el estudio de sus genes, presenta, junto a positivos elementos de gran interés para el futuro de la medicina y la salvaguardia de la vida humana, aspectos muy graves en cuanto se pueda llegar a afectar la existencia y la salud de un individuo, como consecuencia del conocimiento de lo que puede ser su vida, amenazada por una enfermedad que no es actualmente curable. Puede llevar, asimismo, a la estigmatización discriminatoria de individuos o grupos humanos por el Estado o por grupos sociales, por sociedades mutuales, por aseguradores o en el campo laboral. El diagnóstico preimplantatorio y la terapia genética plantean problemas análogos. La garantía de la confidencialidad es de tal modo una exigencia, difícil, pero ineludible.

A todas estas cuestiones va unido el tema del necesario, libre y esclarecedor, consentimiento respecto de la investigación genética y de los límites y condicionantes del secreto médico en la materia.

8) La simple referencia a estos complejos asuntos muestra que hoy la medicina predictiva, el diagnóstico preimplantatorio y la terapia genética constituyen, en una de sus vertientes, ya que existe una faz eventualmente positiva, un peligro potencial para los Derechos Humanos, en especial para el derecho a la vida, a la intimidad, al bienestar, a la constitución de la familia y a la reproducción.

9) La investigación genética puede llegar a conculcar estos Derechos Humanos. La obligatoriedad de los tests individuales o colectivos, por ejemplo, en ciertas condiciones y circunstancias, es asimismo capaz de lesionar Derechos esenciales de la persona humana.

10) La clonación de embriones humanos, es decir la manipulación de estos embriones para producir seres humanos idénticos, de acuerdo a una selección basada en la elección de características preestablecidas, constituye un gravísimo atentado a la dignidad y, por ende, a los Derechos Humanos. La clonación es un desdoblamiento de la personalidad. Y la

individualidad propia e irreproducible de cada ser humano, es el fundamento de los Derechos de todos los seres humanos.

11) La actitud que debe adoptar el Derecho frente a las situaciones enumeradas, y ante otras muchas análogas que puedan existir, plantea situaciones polémicas, sumamente complejas. Esta actitud respecto de la cual existen muchos desacuerdos, debería resultar de la aplicación de los principios generales éticos y jurídicos que hemos indicado.

El cuerpo humano no es ni antes ni después de la muerte, un mero objeto y el embrión humano es un sujeto de derecho. No es por ende posible su manipulación con la sola finalidad de la investigación científica o la experimentación, ni con el objeto único de provocar cambios genéticos.

12) Todo ser humano posee un patrimonio genético que es parte de su ser, un elemento constitutivo de su derecho a la vida y de su derecho a vivir y a tener un desarrollo integral. Por eso todo lo relativo al genoma humano -que es individual y propio de cada persona, pero que el mismo es un patrimonio común de la humanidad- y al posible establecimiento de una carta genética, roza, y eventualmente puede llegar a violar, derechos fundamentales de la persona humana.

13) Los potenciales peligros para los Derechos Humanos de ciertas actividades prácticas basadas en los progresos de la Biología y la Genética, era un tema inexistente cuando, a nivel internacional, se redactaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos y Deberes del Hombre (1981). Era, asimismo, naturalmente, un asunto ignorado, que ni siquiera podía vislumbrarse, cuando se elaboraron los grandes textos que están en el origen de la protección interna o nacional de los Derechos Humanos, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1798), de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776), de las diez primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos y de todos los instrumentos que en los siglos XIX y XX desarrollaron y estructuraron la protección constitucional de la Libertad y de los Derechos Fundamentales.

14) Hoy todo ha cambiado. El Derecho, tanto el Interno como el Internacional, debe encarar y hacer frente a la nueva situación existente, a inéditos problemas y cuestiones imposibles de pensar hace apenas unas décadas. Pero debe hacerlo fundándose en los mismos principios que en el curso de los siglos, han ido permitiendo edificar el sistema de la protección y garantía jurídica de la Libertad y los Derechos de todos los seres humanos, sin ninguna forma de discriminación ilegítima.

Pero al mismo tiempo es preciso asegurar el natural progreso de la ciencia y la libertad de la investigación.

15) La importancia del tema que nos ocupa, aumentará en los próximos años. Y los peligros existentes crecerán en gravedad y en hondura.

Ello explica el interés y la atención que la normativa jurídica, tanto interna como internacional, la jurisprudencia y la doctrina, le prestan. Imposible, en la brevedad de este artículo, reseñar las normas legislativas y los textos internacionales que han comenzado a surgir o a proyectarse, las diferentes y contrapuestas posiciones que adoptan, mostrar los atisbos jurisprudenciales y citar los estudios, ensayos y libros que han empezado a aparecer en el ámbito doctrinario. Es necesario, en cambio, destacar que todos estos aportes, interesan no sólo a los jueces, a los legisladores y a los juristas. Preocupan a los políticos, a los sociólogos, a los filósofos, a los moralistas y a todos los que piensan en el hombre y en su destino. Interesan a la opinión pública en general y, en última instancia, interesan a todo hombre, por que en el tema de sus Derechos ante los desarrollos de la Genética, se juega el futuro de la vida, de la dignidad y de la natural diversidad y autonomía de cada individuo de la especie humana.

16) El Derecho, en su constante y nunca agotable proceso de creación -en el marco de una Historia que no tiene fin- ha de encarar la protección y la garantía de los Derechos Humanos ante los posibles peligros que plantea el desarrollo de la Genética. Esta protección y garantía ha de surgir del Derecho Interno y del Derecho Internacional, tanto a nivel universal como regional, armónica y coordinadamente relacionados.

La creación de este nuevo Derecho, plantea grandes dudas y dificultades. Desde la inicial que resulta del peligro de invadir ámbitos que deben quedar reservados al libre albedrío individual y al campo de la Ética, hasta

la dificultad de entrar en una materia sobre la que existen ideas contrapuestas, muchas veces resultado de criterios filosóficos, culturales y religiosos y tradiciones y costumbres muy diferentes.

El tema constituye, es preciso reconocerlo, uno de los más grandes y difíciles desafíos que enfrenta hoy el Derecho, que debe encararlos con humildad, cautela y prudencia.

Hacer frente a este desafío, respetando y estimulando el progreso científico y tecnológico, teniendo presente los imperativos éticos, la dignidad, la integridad y la diversidad de todos los seres humanos, así como la igualdad jurídica de éstos y los Derechos que los hombres poseen por el hecho de ser hombres, considerando el futuro de la especie humana, es una de las mayores empresas que hoy tenemos ante nosotros.

II

17) La Conferencia General de la Unesco, en su resolución del 15 de noviembre de 1993 invitó al Director General a proseguir en 1994-1995 la preparación de un eventual instrumento internacional para la protección del genoma humano.

En la misma resolución la Conferencia General aprobó la creación por el Director General de la Organización, del Comité Internacional de Bioética.

Este Comité, primera institución de este tipo establecida en el mundo, instituido por una decisión del Director General de la Unesco, se instaló el 15 de septiembre de 1993. La actuación de este Comité estuvo precedida de una fase de estudios preparativos realizadas en el seno de un Grupo de orientación científica y técnica constituida en diciembre de 1992, que se reunió entre enero y julio de 1993.

18) El informe de la Presidente del Comité, Señora Noëlle Lenoir, al Director General de la Unesco sobre el genoma humano, fechado el 15 de julio de 1993, concluye con los siguientes conceptos que estimo de especial importancia. Dice así:

Los trabajos del grupo de orientación nos llevan a pensar que ha llegado el momento de elaborar un instrumento normativo internacio-

nal el cual se inspiraría en los principios de referencias éticas mencionados anteriormente y relacionados con:

- * el estatuto del conocimiento;
- * la protección de la persona humana;
- * la salvaguardia de la especie humana;
- * la educación, la formación y la información del público.

Efectivamente, la responsabilidad que asumen los hombres de hoy para el mundo de mañana está ligada al sentimiento de irreversibilidad. Lo que la intervención humana produce, modela y recrea, compromete el futuro de la humanidad, ya que como decía Einstein: "Tendremos el destino que nos hayamos merecido".

Este es el pensamiento que inspiró en su continuidad los trabajos del futuro Comité internacional de bioética de la Unesco.

19) El Comité Internacional de Bioética se instaló el 15 de septiembre de 1993.

En esta reunión la Presidente del Comité anunció la creación de una Comisión Jurídica, presidida por mí, "con vistas al estudio de las condiciones para la elaboración del futuro instrumento internacional para la protección del genoma humano".

20) Durante esta reunión realicé una exposición sobre la regulación por el Derecho de las cuestiones bioéticas.

La Bioética no puede quedar al margen del Derecho. En materia de bioética, no sería concebible establecer una reglamentación normativa a la cual fuera ajena el derecho internacional y nacional.

En lo que concierne a la forma del futuro instrumento internacional sobre la protección del genoma humano, se presentan varias posibilidades. El procedimiento clásico consiste en comenzar por la preparación de una Declaración a ser adoptada por la Conferencia General de la Unesco, seguida por una Convención.

El mejor ejemplo de este caso es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que fue seguida en 1966 por dos Pactos, uno sobre derechos civiles y políticos y otro sobre derechos económicos, sociales y

culturales, que entraron en vigencia diez años después. Habida cuenta del número elevado de Estados miembros y de la exigencia de las múltiples ratificaciones necesarias, la entrada en vigor de una convención toma en general de 10 a 15 años. Propuse por ello iniciar el proceso con la adopción de una Declaración. Esta Declaración, que podría ser aplicada por los Estados miembros desde su adopción, serviría además de fuente de derecho para las jurisdicciones internacionales.

En el contenido de la Declaración y de la Convención, se deberá abolir todo dogmatismo. Será necesario preparar un documento pragmático abierto a los cambios que impone el progreso científico. Tanto la Declaración como la posterior Convención deberán tomar plenamente en cuenta las diversidades culturales y religiosas, sin por ello dejar de basarse en los grandes principios universales inspirados en la dignidad humana.

21) La Presidente abrió luego de mi exposición un debate sobre mis propuestas, que fue particularmente rico y sugestivo y que permitió trazar las líneas eventuales del futuro trabajo en la materia del Comité Internacional de Bioética y de su Comisión Jurídica.

22) Esta Comisión tuvo su primera reunión el 7 de abril de 1994, ocasión en la cual se estudiaron todas las posibilidades de redacción de un instrumento internacional para la protección del genoma humano.

23) La Comisión Jurídica celebró su segunda reunión el 9 de junio de 1994.

En esa ocasión se precisaron los criterios, en cuanto a la forma y al contenido, del eventual instrumento internacional para la protección del genoma humano.

24) En base a estos criterios y directivas, la Presidente del Comité Internacional de Bioética y el Presidente de la Comisión Jurídica procedieron a redactar un anteproyecto de instrumento internacional, que sirvió de base a los debates de la Comisión Jurídica y al Comité en sus reuniones del 20-22 de septiembre de 1994.

25) Antes de entrar a explicar las grandes líneas que sigue el anteproyecto, sus principios y sus objetivos, su forma y su contenido, deseo señalar que este instrumento se enmarca en las ideas que están en el funda-

mento de toda la acción del Comité Internacional de Bioética y que la señora Lenoir ha precisado con tanta belleza como corrección. Ha dicho ella:

Me parece que dos palabras claves deben inspirar nuestra acción: La Humildad y la Tolerancia.

* La Humildad, pues no sabemos de qué estará hecho el mañana, ni tampoco lo que nos reserva la ciencia y el futuro de las relaciones entre los pueblos.

En un ámbito tan evolutivo como la genética, tan sensible incluso emotivo como la bioética, por supuesto que nos abstendremos de toda posición perentoria. Estaremos a la escucha de las preocupaciones de los unos y de los otros en todo el mundo. Debemos sobre todo intentar comprender, de Norte a Sur, de Este a Oeste, antes de decidimos, si hace falta, a reprobamos.

* La Tolerancia, si no fuese un imperativo absoluto, nos sería con seguridad dictada por la composición de nuestro Comité internacional de Bioética, reflejo de "la divina diversidad del mundo". Definir valores comunes, lo que constituirá una de nuestras tareas, no debe por ello conducir a borrar nuestras diferencias culturales que son la riqueza de la humanidad.

En sus "recuerdos de un Europeo", el escritor austríaco S. Zweig escribió en 1944: "La tolerancia, lejos de ser un signo de inconsistencia o de debilidad, debe ser fuertemente apreciada como una fuerza ética".

Si logramos solamente transmitir este mensaje a las generaciones futuras y a contribuir, en la medida de nuestros medios de acción, a consolidar en humanismo los progresos de las ciencias de la vida, no habremos trabajado en vano.

26) La Comisión Jurídica estudió las diversas posibilidades a seguir con respecto a la naturaleza y a la forma del instrumento internacional que estaba encargada de proyectar.

Partiendo de que la Resolución de la Conferencia General se refiere, sin ninguna otra precisión, a un "instrumento internacional", lo que per-

mite encarar todas las posibilidades compatibles con el Derecho Internacional, la Comisión analizó diversos caminos y fórmulas posibles.

Se evocaron así, durante los debates, varias posibilidades: una Declaración y una Convención abierta a la firma conjuntamente con la adopción de aquella, una Declaración y una Convención posterior, una Convención con un procedimiento de aprobación y ratificación análogo al de las Convenciones de la OIT y una Convención con caracteres análogos a los seguidos en el caso de las Convenciones de Derecho Internacional Privado en materia de derecho uniforme.

Finalmente se optó por proponer un proyecto de Declaración, pero dotando al texto de caracteres especiales, tomados de la evolución y del estado actual de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, que diera a este texto una aplicabilidad inmediata, un efecto jurídico cierto y que contuviera un procedimiento para controlar su respeto y eficacia.

27) Naturalmente esta opción no excluye la posibilidad futura de una Convención que precise las obligaciones jurídicas, determine y concrete el sistema de control y establezca las responsabilidades consiguientes.

28) La rapidez, el elemento temporal de la aplicación del instrumento internacional, en este caso, en lo que se refiere en particular a la protección del genoma humano, ante la situación hoy existente y su evolución previsible, es esencial. Por eso se optó por una Declaración, que existirá como tal y producirá sus efectos desde el momento de su adopción.

Se precisó, a mi juicio, con razón, que se debe privilegiar la elección de una forma jurídica que asegure la puesta en práctica rápida del instrumento internacional.

En el campo del genoma humano, el factor temporal tiene una importancia muy particular. La aceleración fulgurante del progreso de los conocimientos en biología molecular y los avances de las investigaciones dedicadas a la "carta de identidad" genética del hombre, subrayan la necesidad de una adopción rápida del instrumento internacional previsto. Si se pensara en un instrumento destinado a entrar en vigencia años después de su redacción, se correrá el riesgo cierto de que ese texto sería obsoleto a la fecha de su entrada en vigor.

Por otra parte, el Comité se fijó como fecha límite para la adopción del

instrumento internacional, 1998, año del jubileo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La próxima sesión de la Conferencia General, en el otoño de 1995, tomará posición sobre la oportunidad y la forma del instrumento que el CIB para ese entonces habrá sometido al consejo ejecutivo. Sobre esta base, el CIB dispondrá nada más que de dos años, 1996 y 1997, para redactar el anteproyecto que será presentado a la adopción en 1998.

Es éste un elemento determinante para elegir, en lo inmediato, la vía de una Declaración.

29) La elaboración de un proyecto de Convención en una etapa posterior se beneficiará de los progresos científicos que se producirán luego de la adopción de la Declaración, de los adelantos del Derecho Internacional y, sobre todo, de la experiencia de la aplicación de la Declaración, de los problemas que ha planteado y de las reacciones que ha generado.

Todo esto es importante, ya que el necesariamente lento proceso de redacción, firma, ratificación y entrada en vigencia de una Convención, con las características que ha de poseer -y que la doctrina contemporánea ha precisado al comparar el contenido de una Declaración con las Convenciones posteriores (caso, entre otros muchos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los dos Pactos Internacionales y el Protocolo Adicional de Derechos Civiles y Políticos)-, obliga hoy, en 1994, ante una realidad jurídica y política muy distinta a la que existía en 1948, a preparar un documento declarativo, con elementos particularizantes, que tenga en cuenta y extraiga de ellas las necesarias consecuencias jurídicas, la naturaleza muy especial de la materia objeto de regulación jurídica y el estado actual del Derecho Internacional sobre el tema de las fuentes del Derecho y el valor jurídico, en ciertas condiciones, de las Declaraciones adoptadas por los Organismos Internacionales Intergubernamentales.

30) La reunión del Comité Internacional de Bioética de septiembre 1994 fue particularmente rica. Se analizó y discutió el anteproyecto de Declaración. Existió un consenso general favorable, sin perjuicio de observaciones concretas y precisas. Sobre la base de estas observaciones la Presidente del Comité y yo procedimos a elaborar un anteproyecto corregido que será enviado a todos los Gobiernos, a las instituciones cien-

tíficas, a las organizaciones no gubernamentales, a los institutos de investigación y a las universidades de todo el Mundo. El material que se reciba en respuesta será procesado para presentar un nuevo anteproyecto anotado, que será discutido primero por la Comisión Jurídica y luego por el Comité en su próxima sesión plenaria de octubre de 1995.

31) La Comisión Jurídica tuvo en cuenta, como elementos a considerar en sus labores.

I) En materia de protección de derechos humanos:

a) instrumentos convencionales:

- ONU: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); Pactos internacionales relativos a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales del 16 de diciembre de 1966; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); Convención contra la tortura y otras penas o tratamientos crueles, inhumanos y degradantes (1984); Convención internacional de los derechos del niño (1990); Convención sobre la diversidad biológica (5 de junio de 1992).

- UNESCO: Convención sobre los diversos aspectos de la discriminación en el campo de la enseñanza (1960); Convención relativa a la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972);

- Organizaciones regionales: Convención europea de derechos humanos (1950); Convención americana de derechos humanos (1969); Carta africana de derechos humanos y de los pueblos (1981);

b) declaraciones y recomendaciones:

- ONU: Declaración universal de derechos humanos (1948); Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963);

- OEA: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948);

- UNESCO: Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional (1966); Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (1978);

II) *En materia de ética médica:*

a) A nivel internacional: Código de Nuremberg (1947); Declaración de Helsinki (1964), revisada en Tokyo (1975), luego en Venecia (1983), adoptada por la Asociación Médica Mundial; Declaración de Manila (1988) elaborada conjuntamente por la OMS y el Consejo para las organizaciones internacionales de ciencias médicas; Declaraciones de Valencia relativas al proyecto sobre el genoma humano (1988) y referidas a la ética y el proyecto sobre el genoma humano (1990), resultantes de los trabajos de talleres sobre cooperación internacional relativa al proyecto sobre el genoma humano Unesco; Declaración de Moscú (1991) adoptada en ocasión de la "Reunión Internacional sobre la Bioética y las consecuencias sociales de la investigación biomédica" organizada por Unesco, Declaración de Caxambú (1992) adoptada en oportunidad de la conferencia Norte Sur sobre el genoma humano organizada por la Unesco;

b) A nivel regional, se pueden citar las recomendaciones adoptadas por el Consejo de Europa sobre la investigación médica sobre el ser humano (1990), sobre los exámenes y diagnóstico precoz genéticos (1990 y 1992);

III) *En materia de protección de investigadores y de la libertad de investigación:*

Los textos precedentemente citados relativos a la ética médica se refieren a menudo al principio de la libertad de investigación. Podemos sin embargo mencionar de manera más específica la recomendación Unesco relativa a la protección de los investigadores científicos (1974).

En el debate habido en el pleno del Comité se citaron otros instrumentos internacionales vinculados con el tema, que serán incluidos en la nueva versión en el Preámbulo del Anteproyecto de Declaración.

32) Ningún instrumento internacional del tipo encarado por la Conferencia General de la Unesco y proyectado por el Comité Internacional de Bioética y su Comisión Jurídica ha sido elaborado ni adoptado hasta hoy.

Podemos señalar la existencia de la resolución 1993/91 de marzo de 1993 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, abordó el tema "bioética y derechos humanos", y del proyecto de convención-marco del comité directivo sobre la bioética del Consejo de Europa.

Sin embargo, esos dos textos no revisten la misma importancia que el acogido por la Conferencia General de la Unesco. La resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU no ha considerado específicamente el problema del genoma humano y no ha tenido pretensiones "normativistas". El carácter inédito del proyecto de convención-marco del Consejo de Europa, si bien permite clarificar ciertos puntos, no puede evidentemente conferirle la vocación universal buscada por el instrumento preparado por el Comité Internacional de bioética de la Unesco.

Por otra parte, la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, no asignó un lugar prioritario a la bioética, aún cuando ese tema hizo allí su primera aparición (Parte I párrafo 11, línea 3).

Además, conviene señalar que el texto anteriormente citado de las declaraciones de Valencia y de Caxambú sobre ética médica es muy breve y que sus conclusiones no pueden ser tomadas como instrumentos de tipo declarativo en el sentido dado por la práctica jurídica internacional.

33) La Unesco está hoy en condiciones de liderar el ambicioso proceso de adopción de un instrumento internacional de protección del genoma humano.

Los objetivos y los principios de la Unesco le confieren un lugar de privilegio en la elaboración del primer instrumento internacional de vocación universal de protección del genoma humano. Ellos le permitirán abarcar la casi totalidad de la problemática planteada en esta oportunidad.

Al ser el fin esencial de estos trabajos la protección de los derechos y de la dignidad del hombre y un recordatorio de la exigencia de compartir los beneficios del progreso científico entre todos los pueblos, el rol de la Unesco no puede más que afirmarse en relación a aquel de otras instancias u organizaciones cuyas competencias no les permitirían buscar el objetivo con la misma ambición o las mismas posibilidades. Experiencias pasadas han demostrado que la Unesco puede ocuparse con éxito de cuestiones que entran también en la competencia de otras organizaciones internacionales. Tal es el caso de la Recomendación relativa a la condición de los investigadores científicos del 20 de noviembre de 1974.

En esta perspectiva, los elementos de la protección del genoma huma-

no relacionados con la investigación médica o con los derechos de autor deberán lógicamente ser abordados por el futuro instrumento internacional, es decir por la Declaración ya en proceso de elaboración.

La Unesco ha, además, adquirido una experiencia incontestable en el ámbito de la bioética, tema del cual sus trabajos se ocupan desde principios de los años 1970. Así, en 1970, la Unesco organizó un coloquio en Madrid con la colaboración del Consejo Superior Español de Investigación Científica y desde ese entonces ha multiplicado las iniciativas en la materia (coloquios, publicaciones, informes temáticos, etc). En el marco del Plan a Mediano Plazo 1990/1995 se le asignó un grado máximo de prioridad a las acciones conducidas por la Organización sobre el tema de los vínculos entre los derechos humanos y el progreso científico.

34) La elaboración de un instrumento internacional en materia de protección del genoma humano, presenta la dificultad de que se trata de una materia compleja, que afecta a los derechos humanos, a la ciencia, a la tecnología y comporta los elementos éticos y deontológicos, afectando las tradiciones, las religiones, las creencias y las costumbres, la libertad científica y el progreso.

Por eso es preciso redactar un texto general y flexible, pero sin que ello afecte su importancia y eficacia.

Un instrumento internacional sobre la protección del genoma humano, adoptado en estos años del fin del siglo XX, debe estar marcado por la prudencia, -compatible con la conciencia de la gravedad determinante de la cuestión-, por la certidumbre de que la ciencia continuará su avance en la materia, que la investigación genética ampliará espacios que hoy están solo insinuados y que se abrirán nuevos campos para la tecnología, para el tratamiento genético y la medicina. De aquí la necesidad de sentar algunos principios generales, de afirmar el ineludible respeto de la dignidad, la libertad y los derechos humanos, pero con una flexibilidad que no interfiera en el progreso científico, en el marco del acatamiento de la ética y de las responsabilidades consiguientes y de concebir un documento que sea capaz de mantener su actualidad, su importancia y su aplicabilidad, pese a los ineludibles progresos científicos y a los cambios que han de sobrevenir en los próximos años.

La tarea es difícil, pero estamos ante un desafío que nos obliga a actuar.

35) La aceptación de que es preciso redactar y luego adoptar una Declaración del tipo de la que se propone, implica la determinación precisa de cual es, en el estado actual de la evolución del Derecho Internacional y de la práctica de los Estados, el valor y la significación de un instrumento de este tipo.

Los tratados, las convenciones, son solo una, -sin que ello signifique desconocer su importancia- de las fuentes de Derecho Internacional. Es decir que sin perjuicio de la fuente convencional, existen otras fuentes de Derecho, como es el caso, entre otros, de una Declaración, con claros efectos jurídicos. Esta situación jurídica puede ser utilizada para la protección del genoma humano a nivel internacional.

Las Declaraciones, proclamadas solamente por el órgano supremo de una organización intergubernamental, especialmente en el caso de la familia de las Naciones Unidas, que posean especiales elementos y hayan sido adoptadas en determinadas condiciones, que han sido precisadas por la práctica internacional, la doctrina y la jurisprudencia, producen efectos jurídicos y son fuentes de derechos y obligaciones internacionales.

¿Puede, concretamente, una Declaración sobre el tema de la protección del genoma humano, tener efectos jurídicos internacionales más allá de su incidencia política y ética y de su importantísimo efecto como modelo, como ejemplo para las legislaciones nacionales?

Evidentemente sí. Y esto es hoy así, sin perjuicio que para perfeccionar y precisar la implementación y asegurar su más eficaz aplicación, con los adecuados controles y responsabilidades, ha de ser necesario en un determinado momento futuro elaborar una Convención.

36) ¿Cuál es el contenido del proyecto de Declaración que se propone y cuyo anteproyecto ha sido elaborado por el Comité Jurídico? No hay que olvidar que se trata de un instrumento dirigido a la protección del genoma humano. No es un texto relativo a la bioética en general ni dirigido a encarar todos los problemas de la genética humana.

Su objeto es la protección del genoma humano. Es éste un aspecto capital de la bioética y la genética, pero no es el único tema de estas dis-

ciplinas. Por ello es que el instrumento, en el caso de la Declaración, debe referirse y regular la protección del genoma humano, pero teniendo en cuenta que con ello se está proyectando la normativa internacional hacia el horizonte más amplio y general de la bioética y de la genética.

37) La Declaración contiene un Preámbulo y cinco partes.

El Preámbulo es esencial en un instrumento internacional de la naturaleza de esta Declaración. Enumera los precedentes, cita los principios aplicables y determina los objetivos, todo en el marco ético y jurídico aplicable, teniendo en cuenta el Derecho Internacional actual, lo que significa el progreso científico en la materia y la necesidad de regular normativamente la cuestión con prudencia, equilibrio, sentido de futuro, respeto de la libertad y conciencia que está en juego la dignidad humana y el porvenir del hombre y de la Humanidad.

El Preámbulo, como en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que en cierta forma se inspira, forma parte del texto, es un elemento determinante en la interpretación de todas y de cada una de sus partes, como lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

38) La primera parte -que consta de cuatro artículos-, trata del genoma humano como patrimonio común de la especie humana o de la Humanidad.

El primer anteproyecto calificaba al genoma humano como patrimonio común de la especie humana. Durante el debate en la Comisión Jurídica y luego en el pleno del Comité, se sugirió que en vez de "especie humana" se hablara del genoma humano como patrimonio común de la humanidad. En la terminología correcta "especie humana" es una de las acepciones de "humanidad". Así, por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia Española da como segunda acepción de humanidad la de "género humano". Y en francés, como lo recuerda el Robert, "*humanité*", significa "*le genre humain*".

Sin embargo, estando ya acuñada en el Derecho Internacional actual la expresión "patrimonio común de la humanidad" no parece conveniente, -y no tiene utilidad alguna- remplazarla por "patrimonio común de la especie humana".

En el nuevo proyecto, en consecuencia, se usará la palabra Humanidad (1).

En el debate habido en la Comisión y en el Comité, el Juez M. Bedjaoui, -actual Presidente de la Corte Internacional de Justicia- apoyado por el ex-Vice Presidente de la Corte, Keba M' Baye, -realizaron un profundo y revelador análisis de lo que significa hoy, en el Derecho Internacional, el concepto de patrimonio común de la humanidad, coincidiendo con los autores del ante proyecto, es decir con la Sra. Lenoir y conmigo, en que ese concepto era aplicable al genoma humano.

Hay que destacar, en primer lugar, que la idea de "patrimonio común", reconocida y empleada hoy corrientemente en el Derecho Internacional, tiene un sentido más amplio, -distinto y de un contenido mucho más vasto y complejo- que el concepto de patrimonio en el viejo Derecho Civil, que estaba caracterizado por una idea económica, por la relación entre una o varias personas, físicas o morales y un conjunto económico, de valor pecuniario. En el Derecho Internacional este concepto ha evolucionado y se ha enriquecido, incluyendo otros elementos. Las críticas que en los años sesenta se dirigieron al empleo de esta expresión en el Derecho Internacional han sido superadas y hoy ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la práctica internacional las recuerdan.

En segundo lugar la idea misma de patrimonio común de la Humanidad en el Derecho Internacional ha ido evolucionando.

Primero se aplicó a cosas, a elementos o a situaciones ajenas y exteriores al ser humano y a la humanidad, sobre los que la Humanidad poseía determinados derechos que excluían la posibilidad de apropiaciones nacionales o estatales. Luego el concepto se enriqueció y cambió, desde el momento en que las "culturas", en su fecunda variedad, en su

(1) Sobre el tema de la Humanidad como sujeto de Derecho y en relación con el concepto de patrimonio común, no pueden dejarse de citar las eminentes contribuciones de René-Jean Dupuy, en especial en su libro *L'Humanité dans l'imaginaire des nations*, Conférences, essais et leçons du Collège de France, Julliard, Paris, 1991. En el libro editado en su homenaje (*Mélanges René-Jean Dupuy, Humanité et Droit International*, Paris, Editions A. Pedone, 1991), se encuentran varios trabajos de especial interés para el estudio del tema: Georges Abi-Saab, "Humanité et Communauté Internationale dans l'Evolution de la Doctrine et de la Pratique du Droit International"; Benedetto Conforti, "Humanité et Renouveau de la Production Normative" y Pierre Marie Dupuy, "Humanité, Communauté et Efficacité du Droit".

diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras también, "forman parte del patrimonio común de la humanidad". Las culturas, son al mismo tiempo externas al hombre, en cuanto constituyen las civilizaciones que han resultado y resultan del proceso histórico de la humanidad, e internas, parte del ser humano, ya que son el producto de la creación intelectual de todos y cada uno de los seres humanos y, al mismo tiempo, el patrimonio propio del acervo de conocimientos, de sentimientos y de aptitudes poseídas y ejercidas por cada ser humano en el curso de su vida. Este gran paso de calificar "las culturas" como formando parte del patrimonio común de la Humanidad, fue dado por la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada por la Conferencia General de la Unesco el 4 de noviembre de 1966.

En mi trabajo "El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad" (2), escrito hace más de quince años, dije estas palabras que parecen hoy haber tenido un carácter profético respecto de lo ocurrido con el genoma humano:

El concepto de "patrimonio común de la Humanidad" puede llegar a tener un desarrollo y una importancia muy grande, mayor aún del que hoy posee. Es un concepto revolucionario capaz de transformar ideas tradicionalmente admitidas y de modificar profundamente, en el porvenir, el Derecho Internacional.

Puede ser, si se dan las circunstancias políticas necesarias para que ello ocurra, el factor movilizante de un gran cambio, de proyecciones todavía hoy difíciles de imaginar. Como ha dicho Dupuy, con su estilo rico y sugestivo: "el patrimonio común de la Humanidad mantiene por lo tanto posibilidades no despreciables de ser un mito fecundo, anunciador de una realidad diferida".

Que algo forme parte del patrimonio común de la Humanidad no significa que el hombre, el ser individual, esté excluido de toda relación jurídica, de todo derecho y de todo deber, en relación con lo que constituye esa parte del patrimonio común de la Humanidad. Por el contrario, el ser humano, y sus características culturales y genéticas, son un aspecto, una

(2) Incluido en mis *Estudios sobre Derechos Humanos*, IIDH, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1985, pág. 151.

de las partes o elementos integrantes del patrimonio común de la Humanidad.

Hace años, en una Conferencia que dicté en el Colegio de Abogados de Lima sobre "La Persona Humana ante el Patrimonio Común de la Humanidad", expresé ideas que estimo que son hoy particularmente relevantes ante la cuestión de la consideración del genoma humano como patrimonio común de la Humanidad. Dije el 3 de octubre de 1989:

El concepto y el contenido del Patrimonio Común de la Humanidad deberá ser ampliado en el futuro. Este Patrimonio no es sólo la suma de algunas cosas ya calificadas como tales (fondos marinos, espacio ultraterrestre, cuerpos celestes, medio ambiente, etc.), sino que debe ser redeterminado conceptualmente, con una capacidad expansiva y receptora que le permita incluir otras situaciones que aparezcan en el futuro, en función de la evolución del hombre y de la civilización y que merezcan y requieran esa inclusión en la idea de Patrimonio Común de la Humanidad. El concepto de Humanidad existe para valorizar el bien común, jerarquizar al hombre en su individualidad y en su conjunto, como especie humana. La Humanidad no supone un colectivismo negador o contrario de la dignidad y los derechos de cada ser humano. Individuo y Humanidad se integran en una relación necesaria, mutuamente enriquecedora.

El hecho de que se proclame que el genoma humano es un patrimonio común de la Humanidad, reafirma los derechos y deberes de cada ser humano sobre su patrimonio genético, que en su individualidad intransferible e irrenunciable, interesa a la Humanidad entera que, en cuanto sujeto de Derecho y en cuanto Comunidad Internacional jurídicamente organizada (3), lo protege, garantiza y asegura que no pueda ser objeto de

(3) En el estudio citado en la nota 2 dije:

Hasta el momento en que se produjo el movimiento que llevó a la consagración del concepto de "patrimonio común de la Humanidad", la Humanidad no constituía una noción jurídica.

Luego, como consecuencia de la Resolución 2.749 (XXV) de la Asamblea General, del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre de 1967 y de otras normas que ya hemos mencionado y que forman "una declaración de los derechos de la Humanidad", ésta pasó a tener una configuración jurídica, a ser titular de derechos y de obligaciones, transformándose así en sujeto de Derecho Internacional.

apropiación o disposición por ningún otro individuo ni por ninguna otra persona colectiva, llámese Estado, Nación o Pueblo.

Todos los seres humanos "pertenecen a la misma especie", es decir que "todos forman parte integrante de la Humanidad", como proclama con razón la Declaración sobre la Raza y los Perjuicios Raciales, adoptada por la Conferencia General de la Unesco el 27 de noviembre de 1978.

La individualidad propia de cada ser humano, elemento esencial de la dignidad, fundamenta y asegura el derecho de todos los individuos a ser diferentes, como también señala esta Declaración en su art. 1.2. Este derecho a ser diferente, consecuencia de la individualidad intransferible de todo ser humano tiene una importancia jurídica muy grande. La declaración del genoma humano como patrimonio común de la Humanidad implica la transferencia, natural y obvia, de todos estos derechos de la persona al genoma humano, condenando posibles y gravísimas violaciones de los derechos del hombre y de la Humanidad en relación con eventuales manipulaciones genéticas.

39) En el Comité Internacional de Bioética, el Presidente M. Bedjaoui realizó un profundo análisis de la cuestión del genoma humano en cuanto patrimonio Común de la Humanidad. No me resisto a transcribir *in*

Este nuevo sujeto de Derecho Internacional constituye, en cierta forma, una manera de darle carácter jurídico a la Comunidad Internacional, ya que no sería desacertado decir que la Comunidad Internacional ha sido calificada como Humanidad, en cuanto sujeto de Derecho Internacional. Es ésta una noción distinta de la de comunidad interestática, ya que la Humanidad no constituye sólo una suma de Estados, sino que se integra con otros sujetos de Derecho Internacional, como los individuos, los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera y las organizaciones internacionales.

La idea de Comunidad Internacional Universal, vislumbrada ya en los siglos XVI y XVII, supone necesariamente que ella es algo más que una suma de Estados vinculados por derechos y deberes recíprocos. Implica, como lo reiteró la doctrina de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, y lo ha recordado recientemente la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del caso de la *Barcelona Traction*, afirmar la existencia de "derechos y deberes recíprocos entre los Estados o las naciones y la comunidad internacional". Así concebida la Comunidad Internacional, se transforma en un sujeto de Derecho Internacional, que hoy se integra con "todos los sujetos que participan en el orden jurídico internacional, que constituye una comunidad de la que todos los sujetos de Derecho Internacional son miembros", para emplear las palabras empleadas por Mosler.

La Humanidad, en la acepción que ahora le damos, acepción que se ha desarrollado especialmente en la última década, es la Comunidad Internacional de hoy, con la compleja, múltiple y dialéctica integración que posee.

extenso lo que expresó al respecto, ya que comparto totalmente sus ideas:

Lanzamos una idea rectora y revolucionaria en el sentido que ella se aplicaría al "genoma humano". Se trata de la noción de "patrimonio común de la humanidad", ya aplicada a otras categorías.

Esta noción de patrimonio común de la humanidad es particularmente fecunda y estimulante.

La noción de "patrimonio común de la humanidad", reinventada en los años sesenta, responde a una lógica simple, responsable y generosa. Significa que más allá del individuo, el grupo social o el Estado, es necesario salvaguardar los intereses superiores o trascendentes del conjunto de la humanidad y compartir todos juntos los bienes del planeta y exteriores, al igual que todos los beneficios de la vida, en un espíritu de solidaridad humana que trascienda las fronteras.

La noción de "patrimonio común de la humanidad", al fin de cuentas es una idea muy antigua, con acentos particularmente nuevos. Se ha mostrado apta a toda actualización. La "colonización" había sido considerada en el siglo XIX como un "bien común de la humanidad"; hoy de manera más legítima, las riquezas de los océanos, de los fondos marinos, son "patrimonio común de la humanidad", mientras que el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes han sido decretados como "un patrimonio de la humanidad", cuya explotación debe realizarse en "el interés general de la humanidad".

Hoy, nos proponemos agregar el genoma humano como patrimonio común de la humanidad. Es una proposición que, a nivel jurídico, sería histórica y revolucionaria, fuerte como se halla de numerosas implicancias y rica de múltiples consecuencias felices para la humanidad. Digo bien que a mi entender el genoma humano es un patrimonio común de la humanidad y no únicamente un aspecto de ese patrimonio. Es el patrimonio por excelencia.

Me había animado a escribir, en una obra publicada en Unesco en 1978, y les pido excusas por citarme a mí mismo que "(ese concepto de patrimonio común de la humanidad) podría renovar no solamente todo el derecho internacional de la tierra, del agua, del aire y

de su entorno, y de toda la materia inerte, sino también abrir nuevas perspectivas para la materia viva y en primer término para el hombre, primer patrimonio común de la humanidad, y para la humanidad misma, nuevo sujeto del futuro derecho internacional" (*Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional*, P.U.F., UNESCO, 1979, p. 228).

El genoma humano puede ser considerado como un patrimonio, y un patrimonio colectivo. Y ello a un doble título:

- en primer término, porque engloba un conjunto de datos, estos datos tienen un carácter compuesto: es el conjunto de los genes;

- luego, porque ese genoma constituye el elemento de distinción y de identificación del hombre en relación con el reino vegetal o animal o mineral. Ese genoma es el signo distintivo del conjunto de la colectividad humana y no es susceptible de una apropiación que atentaría, por el *usus* y *abusus*, a su carácter específico y distintivo en relación con el vivo.

Además, el genoma humano puede perfectamente ser considerado como un "patrimonio", puesto que posee la particularidad de todo patrimonio, la de transmitirse. Cada individuo, desde su concepción, hereda ese patrimonio, que se desarrolla con él, se modela con él, se modifica con él y se transmite con él. El genoma humano es entonces una herencia, el *hereditas*, de todo ser humano.

Ese patrimonio genético se compone de lo que llamaríamos impropriamente "*bienes*", pero son bienes "*extra comerciales*", fuera del comercio. No deben, ni pueden, ni ser vendidos, ni ser concedidos, ni ser comprados, ni ser objeto de derechos comerciales particulares. Todo individuo, titular de pleno derecho, desde su concepción de ese patrimonio genético, debe disponer del derecho, protegido y garantizado, de asegurar su desarrollo. Pero también tiene la obligación de protegerlo, de salvaguardarlo, en breve de administrarlo en buen padre de familia, es el caso de decirlo, habida cuenta de los deberes del hombre hacia las generaciones a venir.

¿Qué consecuencias podríamos extraer de ese concepto de patrimonio común de la humanidad aplicado al genoma humano? Son numerosas y pueden ir apareciendo al paso de los avances científicos en materia de genética.

De entrada hay que subrayar que la proclamación del genoma humano como patrimonio común de la humanidad tomaría la dimensión de un texto fundamental, histórico y revolucionario, si ella fuese adoptada por los Estados.

La doctrina jurídica ha progresivamente delineado las características esenciales del patrimonio común de la humanidad. Se esquematizarían como sigue:

- la conservación de ese patrimonio;
- la gestión internacional de ese patrimonio;
- la distribución equitativa de los beneficios; y finalmente
- la utilización pacífica de ese patrimonio.

Esas características han sido extraídas del estatuto jurídico de patrimonio común de la humanidad que se reconoce a los océanos y a los fondos marinos, así como al espacio ultraterrestre, por las riquezas que ellos contienen. Pero se trataría evidentemente de aplicar esas características a las especificidades del genoma humano. Pasamos de esta manera de lo infinitamente grande a lo infinitamente pequeño.

Por el principio de conservación, se percibe claramente la adaptación a hacer.

Protección, salvaguardia, conservación del genoma humano, hay allí un principio jurídico fecundo. Pueden fácilmente entrecruzarse las perspectivas y las implicaciones para la protección del genoma humano. Pero el hombre que ha empobrecido el capital genético mundial, sobre todo el vegetal, por sus depredaciones, ha mostrado que también es capaz de enriquecerlo por cruzamientos, la selección, el cultivo y la cría de diversas especies.

Pero es claro que este aspecto no es transferible al caso del genoma humano (se estarían fomentando fines eugénicos, o se harían cruzamientos monstruosos). Ello implica decir que el principio de conservación del patrimonio común de la humanidad que sería el genoma humano, debería recibir una interpretación muy otra.

Otro comentario justifica hablar aquí del patrimonio común de la

humanidad. Desde luego que la identidad genética única de cada hombre constituye su patrimonio por excelencia. Pero no es menos cierto que comparte con otros su "humanidad". Lo que quiere decir que el genoma humano es en tanto que tal, un elemento constitutivo esencial y un valor inalienable perteneciente al género humano en su conjunto, más allá de las diversidades biológicas.

La salvaguardia de su integridad, que es también la de la dignidad humana, es una condición necesaria para la supervivencia del hombre frente a los nuevos peligros que lo amenazan. A ese título no solamente es justificado, pero imperativo que la comunidad internacional se movilice para que se instaure un sistema colectivo de defensa de ese valor esencial de base. Incluir formalmente el genoma humano en el patrimonio común de la humanidad -en el sentido amplio- es decir reconocer que constituye una de las "riquezas" primeras de la humanidad, que ésta debe preservar, contribuiría a ello de manera innegable.

El genoma humano, como todo otro componente del patrimonio común de la humanidad (el mar, los océanos, los cuerpos celestes) debe ser sometido al régimen del principio de igualdad y de no discriminación en cuanto a la utilización del patrimonio colectivo de la humanidad. Resulta de ello que toda mejora de los conocimientos sobre el genoma humano debe beneficiar al conjunto de la humanidad. Resulta de ello también la imposibilidad de poner en marcha derechos privativos sobre el genoma humano, que no es susceptible de apropiación por nadie.

El conjunto de los datos disponibles o a venir sobre el genoma humano, debe estar sometido, afectado al interés general de la humanidad, sin discriminación, pero teniendo en cuenta las desigualdades de desarrollo según las diversas regiones del mundo. Es el sentido profundo de la noción nueva de patrimonio común de la humanidad.

Las únicas discriminaciones concebibles son las discriminaciones positivas de las desigualdades compensadoras, bien conocidas del derecho internacional del desarrollo.

Es por lo cual los datos científicos recopilados sobre el genoma humano deben servir para la erradicación de ciertas enfermedades que azotan a ciertas regiones del globo, de ciertas causas de subdesarrollo del cuerpo

humano propias a ciertos climas o a ciertos entornos.

40) El Genoma Humano, patrimonio común de la Humanidad, debe ser objeto de una protección especial.

La protección del genoma humano está dirigida a salvaguardar la integridad de la especie humana, en cuanto tal, y la dignidad y los derechos de cada uno de los miembros de la familia humana, es decir de cada individuo.

41) El genoma es de naturaleza evolutiva y está sujeto a mutaciones.

El individuo no se reduce a sus características genéticas.

Cada ser humano tiene una identidad genética que es única. Tiene el derecho al respeto de su dignidad, y de sus derechos y libertades, cualquiera que sean sus características genéticas.

Basta señalar estos extremos, para comprobar la profundidad ética y humana, de esta conceptualización del genoma humano, su carácter universal, su trascendencia revolucionaria para el futuro de la humanidad y la afirmación del carácter único, eminente y total de la persona humana, inseparable de la idea de su dignidad y de sus derechos y libertades.

42) La segunda parte está dirigida a encarar las investigaciones e intervenciones sobre el genoma humano y la protección de la persona humana.

A este respecto proscribiremos toda discriminación fundada en las características genéticas.

Ninguna investigación o intervención sobre el genoma humano podrá ser practicada sin el consentimiento libre, consciente y esclarecido de la persona involucrada, que debe ser informada de una manera clara y simple.

La confidencialidad de los datos genéticos ha de ser protegida.

El principio de la responsabilidad -base de la indemnización- está afirmado con referencia a los perjuicios sufridos como consecuencia de una investigación o una intervención sobre el genoma humano.

43) La tercera parte se refiere a los derechos y obligaciones de los investigadores.

En esta parte se trata de precisar el estatuto esencial de los investigadores sobre el genoma humano, en un equilibrio de derechos y deberes que asegure las condiciones intelectuales y materiales propicias al progreso de la ciencia, en un marco moral y social de rigor, prudencia y honestidad intelectual. No hay que olvidar que de acuerdo con el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "los Estados Partes... se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora".

Esta libertad está naturalmente relacionada con ineludibles deberes. Derechos y obligaciones al respecto se equilibran y condicionan recíprocamente, teniendo en cuenta el necesario respeto de la vida y de la dignidad del hombre y el ineludible progreso de la ciencia.

M. Bedjaoui dijo con razón sobre este punto:

- primero el principio de la libertad de la investigación y del conocimiento. En la base de la ciencia está el libre examen; está la libertad; está la experimentación;
- pero enseguida, e inmediatamente después debemos recordar con fuerza el principio del respeto a la vida, de respeto de lo vivo, de lo que algunos llaman "*el derecho a la vida*". ¿Pero qué vale una vida sin dignidad? Es por ello que el principio del derecho a la vida debe necesariamente estar acompañado del respeto de la dignidad humana.

44) La cuarta parte trata de los deberes y responsabilidades -garantizados por todos los Estados- y fundados en el principio de solidaridad con respecto a los individuos, las familias y las poblaciones expuestas a riesgos especiales como consecuencia de sus cualidades genéticas.

45) La parte quinta desarrolla lo relativo a la cooperación internacional para la difusión de los conocimientos en materia de cooperación científica, especialmente entre los países desarrollados y los países en desarrollo.

Los Estados se obligan a promover la enseñanza científica sobre las implicaciones sociales, morales de la genética humana.

Los Estados, asimismo, se obligan a promover la formación y la infor-

mación dirigida a la toma de conciencia de los responsables de la sociedad ante los avances de la genética humana.

46) La última parte encara la cuestión de la aplicación de la Declaración.

Inspirada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de los Principios de Derecho Internacional relativo a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados (Resoluciones 2625 (XXV)), precisa las obligaciones de los Estados y de los individuos ante la Declaración y el deber de los Estados de promover su reconocimiento y aplicación.

Por último se asigna al Comité Internacional de Bioética de la Unesco el control de la aplicación de la Declaración, pudiendo al respecto hacer todas las recomendaciones que estime pertinentes.

Sin duda esta parte es esencial. Si la Declaración es un instrumento internacional que genera consecuencias políticas y morales y, en ciertas condiciones, obligaciones jurídicas, se precisa un sistema -por ahora embrionario que se desarrollará luego- para la vigilancia de su aplicación y para asegurar su eficaz acatamiento.

47) ¿Cuáles son los sujetos de los principios, y consecuentemente de las obligaciones, que emanan de la Declaración?

En un instrumento del tipo de la Declaración que se propone, la cuestión ha de ser encarada y tiene una respuesta distinta que si se tratara de una Convención.

La Declaración, por su carácter general, por estar dirigida a la Comunidad Internacional en su conjunto y a cada ser humano en particular, genera obligaciones y atribuye derechos a esta Comunidad, a los Estados que la integran y a los individuos que también, en cuanto sujetos, forman partes de ella, es decir a todas las personas humanas sin ninguna exclusión ni discriminación.

La lectura del proyecto de Declaración permite finalmente comprobar que de los principios proclamados en la primera parte derivan derechos y obligaciones para todos los seres humanos.

Lo mismo puede decirse de la segunda parte que por lo demás en dos

casos (art. 5 y 8) se refiere especialmente a los titulares de los derechos reconocidos.

Las partes tres, cuatro y cinco imponen deberes, en diferente forma, a todos los Estados.

Por último la sexta parte está referida solo a los Estados miembros de la Unesco, en cuanto se trata de una atribución de competencia que éstos hacen al Comité Internacional de Bioética con referencia al control de la aplicación de la Convención.

48) Este anteproyecto de Declaración, ya modificado para tener en cuenta los debates habidos en la Comisión Jurídica y en el Comité de Bioética en setiembre de 1994, será ahora enviado a todos los Gobiernos, a los centros científicos, a los investigadores, a las universidades, a las iglesias y a las organizaciones no gubernamentales, para recibir comentarios y observaciones. En octubre de 1995 se generará un debate en el Comité en base a todo el material recibido. Se proseguirá con el proceso de redacción, abierto y pluralista, con el objeto de que en 1988 la Comunidad Internacional llegue a tener una Declaración Internacional para la Protección del Genoma Humano.

49) ¿Ha de ser adoptada esta Declaración que se proyecta por la Conferencia General de la Unesco o debe pensarse que es necesario su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas?

La idea de este instrumento nació en la Unesco. Fue proyectado y redactado en el seno de la Unesco. La cuestión está entre las competencias constitucionales de la Unesco. Siguiendo una tradición ya firme, la Declaración deberá ser adoptada por la Conferencia General. Este procedimiento, perfectamente compatible con el Derecho Internacional actual y con la práctica de la Unesco, no prejuzga respecto de la posibilidad futura de la existencia de un texto análogo eventualmente adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ni sobre la forma y contenido de una futura Convención en la materia, que podrá elaborarse y adoptarse ya sea por la Unesco o por las Naciones Unidas.

La Unesco no puede renunciar a su labor pionera en la materia. Es ella la que debe abrir el camino con la adopción de una Declaración que será, para su honor, la primera en encarar internacionalmente la protección del genoma humano.

COMPETENCIA TERRITORIAL DEL ESTADO, Y PROBLEMAS DE APLICACION DE DERECHO DEL MAR: PRACTICA ESPAÑOLA(*)

Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. ESTADO Y ESPACIO: ASPECTOS GENERALES.

1. La noción de territorio: problemas que plantea.
2. Práctica española.
3. Los territorios no autónomos: el Sahara Occidental.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL TERRITORIO.

1. La teoría de la competencia.
2. Práctica española.

III. CONCEPTO Y PROPIEDADES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.

1. Concepto de competencia territorial.
2. Propiedades de la competencia territorial: práctica española.
A) Plenitud de la competencia territorial. a) El derecho de paso inocente. b) El derecho de persecución. c) El derecho de visita. B) Exclusividad de la competencia territorial.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Comunicación presentada en el XVIII Congreso del IHLADI, celebrado durante los días 5 a 10 de septiembre de 1994 en Santiago de Chile.

I. ESTADO Y ESPACIO: ASPECTOS GENERALES

1. La noción de territorio: problemas que plantea.

En el Derecho Internacional (a partir de ahora, DI) existen preferentemente dos clases de sujetos, los Estados y las Organizaciones Internacionales (a partir de ahora, OI). Si atendemos a sus respectivas estructuras, los primeros son sujetos de carácter territorial mientras que los segundos son sujetos de carácter funcional. En efecto, un Estado es

"esencialmente una organización de poder independiente sobre una base territorial"(1).

Puede, pues, apreciarse enseguida la importancia que esa base o condición natural denominada territorio posee para el Estado y, por ende, para el propio DI.

Conviene advertir enseguida que el territorio y la población no son elementos constitutivos del Estado, tal y como se les ha denominado y tratado en ciertas teorías del Estado ya superadas. El territorio y la población preexisten al Estado, son su atmósfera indispensable, el medio en que se desenvuelve; sin uno u otro elemento desaparecería el Estado, no porque constituyan su sustancia sino porque el Estado no tendría entonces razón de ser; el territorio y la población son, en fin, condiciones para la formación y existencia del Estado, pero jamás sus elementos constitutivos (2). En pocas palabras, la teoría aristotélica de los tres elementos, heredada de JELLINEK, no tiene hoy más que un valor descriptivo y didáctico (3).

Por tanto, como apunta la breve definición de Estado citada *supra*, es el poder el elemento constitutivo clave del Estado por ejer-

cer una función ordenadora y racionalizadora, de síntesis jurídico política, sobre las condiciones de existencia geofísica (el territorio) y personal (la población), haciendo posible la organización de la comunidad estatal, cuya formación y permanencia dependerán de cómo se combinen y equilibren el elemento del poder -por un lado- y el del grupo humano de donde emana y al que también va dirigido -por otro- (4). Puede afirmarse, en rigor, que en torno a la noción de poder político se incardinan las explicaciones más solventes sobre el fundamento y la constitución del Estado, con independencia de las líneas diferentes de interpretación y justificación del fenómeno que ofrece cada modelo teórico (5).

Una definición de Estado que parta del elemento del poder político reúne una serie de condiciones imprescindibles: es neutra, porque el poder no es un aspecto del Estado escogido entre otros, sino el factor esencial del que todos los otros dependen (el territorio como su campo de acción, o la población como su sujeto); es homogénea, porque la noción de poder domina todas las perspectivas desde las que se observa al Estado; está bien apegada a la realidad y se induce a partir de ella, porque no hay realidad más palpable que la del poder; y es susceptible de servir de fundamento al ordenamiento jurídico estatal (6).

Si volvemos a una de las condiciones para la formación y existencia del Estado, el territorio, quizás conviniera rehusar el propio término de territorio sustituyéndolo por otro que pudiera ser

(4) Otra vez BURDEAU, *op. cit.*, pp. 85-86 y 268; y LUCAS VERDU, *op. cit.*, pp. 94 y 108.

(5) Ver, entre otros, al propio JELLINEK, que en su opúsculo *Fragments de Estado*, editado en 1896, antes de su *Teoría General*, afirmará que el más importante de los tres elementos que componen el Estado "es el poder del gobierno, el Gobierno del Estado": G. JELLINEK, *Fragments de Estado*, trad. de M. Forster, M. Herrero de Miñón y J.C. Esteban, Madrid 1978, p. 59; cf. también su *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires 1970, pp. 320 y ss., sobre todo la p. 325. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 6-7 y 9-10. H. HELLER, *Teoría del Estado*, versión española de Luis Tobío, 7ª reimp. de la 1ª ed. española, México 1974, pp. 256-260. M. DUVERGER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, trad. de Eliseo Aja y otros, Barcelona 1970, pp. 30 y ss.; y *Sociología política*, 2ª reimp. de la 3ª ed., trad. de Jorge de Esteban, Barcelona 1981, pp. 22 y ss. Y J. FERRANDO BADIA, *Estudios de Ciencia Política*, 2ª ed., Madrid 1982, pp. 491-494.

(6) De nuevo BURDEAU, *op. cit.*, pp. 176-177.

(1) A. TRUYOL SERRA, *La sociedad internacional*, Madrid 1993, p. 102.

(2) G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, 3ème ed., t. II ("L'Etat"), Paris 1980, pp. 82-83. Apreciación ya manifestada mucho tiempo atrás por R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, 2 ts., Paris 1962, reimp. de la ed. de 1920-1922, t. I, p. 8. Y desde la óptica de la filosofía jurídica por F. BATTAGLIA, *Estudios de Teoría del Estado*, trad. de E. Díaz y P. de Vega, Madrid 1966, pp. 49-53.

(3) P. LUCAS VERDU, *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. II (3ª ed., 1983), p. 95. Cf. J. GOTTMANN, *The Significance of Territory*, Charlottesvile 1973, p. 22.

ocupado de contenidos distintos sin entrar en contradicción con su propia raíz, que aglutinara los tres componentes (las aguas y la atmósfera, amén de la tierra) que suelen darse en la base física del Estado y que soslayara la carga histórica del prejuicio continentalista que pesa sobre el término territorio. Quizás valga la denominación de *espacio estatal* (7), como un *espacio tridimensional de contenido terrestre, aéreo y marítimo*, siendo prescindible el último (sobre todo si se identifica con el espacio marino, ausente en el caso de los Estados sin litoral, como Suiza), *delimitado respecto del resto de espacios, es decir, respecto de los espacios de los otros Estados y los espacios de interés internacional* (como el alta mar), y *donde ejerce sus poderes y funciones un determinado Estado*. Por tanto, el conjunto de los poderes del Estado se extiende no sólo a lo largo y ancho sino también en profundidad y altura, abarcando tierra, mar y atmósfera, dependiendo las proporciones en que se encuentren estos tres elementos de la configuración física de cada Estado.

Es obvio que esta noción compleja de *espacio estatal* (8) se refleja forzosamente en la noción complementaria de *frontera*, que se concibe, de acuerdo con lo establecido en numerosos tratados de fronteras celebrados desde el final de la Segunda Guerra Mundial, como una superficie más que como una línea, que viene a prolongarse en un sentido vertical hacia arriba (espacio aéreo) y hacia abajo (subsuelo) de la línea delimitadora de los ámbitos físicos de cada Estado (9).

Sin embargo, ninguna línea fronteriza separa ya absoluta y rigurosamente los poderes estatales, sino que está sometida a cierta interpenetrabilidad de dichos poderes. Esto es evidente en el espacio marino, como lo demuestran, por ejemplo, el derecho de paso inocente por el mar territorial (a partir de ahora, MT), la institución relativamente reciente de la zona contigua (a partir de ahora, ZC), o el derecho de persecución en caliente por el alta mar (a partir de

ahora, AM) (10). También ocurre en el espacio terrestre gracias al desarrollo de las relaciones de cooperación entre áreas fronterizas, regidas por el principio de buena vecindad (11). De este modo, el DI viene a adaptar, completar y enriquecer funcionalmente el concepto y realidad de la frontera de acuerdo con la naturaleza física de cada medio y otras circunstancias particulares (caso de la vecindad) y generales (caso del progreso tecnológico), que están determinando la paulatina superación de la idea de una frontera-límite ("boundary") por la de una frontera-zona ("frontier", "border").

Así pues, el poder del Estado se extiende no sólo sobre el espacio constituido por la tierra firme y las aguas continentales (ríos, lagos y canales nacionales), sino también sobre cierto espacio marítimo adyacente a sus costas (formado por las aguas interiores -a partir de ahora, AI- y por el MT) y sobre todo el espacio aéreo suprayacente a su espacio terrestre y marítimo.

2. Práctica española.

Si nos detenemos en la práctica española, la vigente Constitución Española (CE) de 1978 no define expresamente nuestro territorio aunque haga alusiones frecuentes al mismo y consagre su integridad (12). Pero nuestra legislación interna establece, al menos,

de Derecho Internacional Público, 4ª ed., Madrid 1994, pp. 227 y ss., 231 y 254-255. Esta Convención ha entrado en vigor el 16 de noviembre de 1884: *I.L.M.*, vol. XXXIII (1994), p. 309. No así para España, que no la ha ratificado hasta ahora.

(11) Un buen ejemplo de la práctica convencional española, que ilustra algún aspecto (las relaciones de vecindad) de las reflexiones hechas en este párrafo, lo ofrece el comentario de C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ sobre "El acuerdo hispano-francés, de 18 de marzo de 1992, relativo al sobrevuelo del territorio francés por las aeronaves que operan en el aeropuerto de Fuenterrabía y Anexos", en *REDI*, vol. XLIV (1992), pp. 699-701: en dicho Acuerdo se regulan, entre otros aspectos, el tipo de aeronaves que usarán el aeropuerto y sus horarios de apertura, como contrapartida al sobrevuelo cotidiano del espacio aéreo francés por las aeronaves que aterrizan y despegan del mismo.

(12) Ver los arts. 2, 8.1, 137, 143.1 y 147.2.b CE.

(13) Ver art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el MT (*BOE* de 8 de enero), que reza así: "la soberanía del Estado español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas... Dicha soberanía se ejerce... sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente".

Y el art. 7.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y

(7) En expresión de N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid 1976, p. 97.

(8) No obstante, hechas estas salvedades, seguiremos usando en el presente trabajo el término tradicional de territorio por razones de comodidad.

(9) D. BARDONNET, "Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (Problèmes juridiques choisis)", en *R. des C.*, t. 153 (1976-V), 9-166, pp. 72-73.

(10) Ver arts. 17 y ss., 33 y 111 de la Convención de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar, en N. TORRES UGENA (ed.), *Textos normativos*

que forman parte del territorio español las AI y el MT (13), así como el espacio aéreo suprayacente tanto al territorio propiamente dicho como a las AI y al MT (14). Por ello, es técnicamente repro-

de la Marina Mercante (BOE de 25 de noviembre), uno de cuyos párs. reza así: "Son aguas interiores españolas, a los efectos de esta Ley, las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, incluyéndose en ellas los ríos, lagos y las aguas continentales". Con evidente mala técnica legislativa, puesto que se incluye novedosamente dentro de las aguas interiores (que son aguas marítimas) a los ríos, lagos y aguas continentales en general, sin que haya razón que lo justifique: ver el comentario de C.F. FERNÁNDEZ BEISTEGUI sobre "La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante", en *REDI*, vol. XLIV (1992), 696-699, p. 696.

De hecho, previamente, el art. 3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (BOE de 29 de julio), ya distinguía implícita pero claramente entre aguas marítimas y aguas continentales, al relacionar como bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables en virtud de lo dispuesto en el art. 132.1 CE, los siguientes:

"1. La ribera del mar y de las rías, que incluye:

a) La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas.

Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar.

b) Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo, definidos y regulados por su legislación específica.

3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, definidos y regulados por su legislación específica".

Se entiende, como es obvio, que las aguas no incluidas en esta relación por no formar parte de lo que el art. 3 denomina *in genere* "la ribera del mar y de las rías", no pueden calificarse como aguas marítimas sino continentales.

Por lo demás, la determinación de la zona marítimo-terrestre española, dentro de la que nuestra Ley incluye también los puertos e instalaciones portuarias (art. 4.11), acepta y asume la línea de bajamar escorada como límite exterior de dicha zona, no interfiriendo para nada en la delimitación jurídico internacional de nuestros espacios marítimos: cf. en particular STS (Sala 3ª) de 14 de junio de 1977, en *RAJ*, 1977, núm. 2.906; y STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 1977, en *RAJ*, 1977, núm. 4.188; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 197-198.

chable el uso en nuestra jurisprudencia de expresiones como "espacio geográfico español", noción jurídicamente irrelevante si se pre-

(14) Ver art. 1 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea (BOE de 23 de julio), que reza así: "el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español", de acuerdo con el DI convencional en la materia. Cf. a este efecto el Convenio de Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944 (BOE de 24 de febrero de 1947 y 29 de diciembre de 1969), cuyo art. 1 dispone que "todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio", aclarando su art. 2 que "se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía... de dicho Estado".

(15) Ver STS (Sala 2ª) de 25 de marzo de 1987, en *RAJ*, 1987, núm. 2214; comentario de D. CANGA FANO en *REDI*, vol. XLI (1989), pp. 225-226. El asunto versa sobre la detención de un buque que había penetrado en territorio español portando droga; la sentencia, al definir nuestro territorio, incurre en una postura enumerativa, imprecisa e incompleta (se olvida, por ejemplo, del espacio aéreo) de dicho territorio: "2. Importar es la entrada definitiva o temporal de mercancías en el espacio geográfico español, el cual comprende el territorio nacional y las aguas jurisdiccionales en una extensión de doce millas náuticas...".

Ha sido frecuente en nuestra jurisprudencia el recurso a la expresión equívoca de "aguas jurisdiccionales" para designar espacios marinos diferentes, entre ellos el MT. Pero es más correcto usar esa expresión para cubrir sólo las zonas adyacentes al MT en las que el ribereño ejerce competencias especializadas en ciertas materias: ver en este sentido STS (Sala 3ª) de 6 de febrero de 1975, en *RAJ*, 1975, núm. 344; STS (Sala 3ª) de 30 de diciembre de 1975, en *RAJ*, 1976, núm. 205; y STS (Sala 2ª) de 18 de mayo de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 1.971; comentario de Mª Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 199-202. Ver también el comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ a sentencias anteriores del mismo tenor, en *REDI*, vol. XXIX (1976), pp. 171 y 173. E incluso alguna sentencia muy posterior, como la STS (Sala 2ª) de 19 de enero de 1993, en *RAJ*, 1993, núm. 396, considerandos segundo y tercero, donde se sigue usando la expresión "aguas jurisdiccionales" para referirse al MT.

Las conclusiones a que llega en estos casos nuestro TS no son por ello forzosamente erróneas, pero, por ejemplo, es más correcto e ilustrativo convalidar la aplicación de la legislación española, bajo la forma de la intervención por nuestra policía de un vehículo dentro de un buque mercante extranjero surto en puerto español, donde se hallaron estupefacientes, aduciendo la competencia del Estado del puerto para sancionar en su AI e incluso en su MT (mejor que en sus "aguas jurisdiccionales" o "aguas territoriales") los actos susceptibles de alterar el buen orden y la seguridad del ribereño. El tráfico ilegal de estupefacientes es un delito contra la salud pública, que atenta contra el orden público del ribereño, para cuya erradicación existe una activa cooperación internacional, reforzada por el art. 19 del Convenio de Ginebra de 1958 sobre MT y ZC, del que España es parte desde 1971 y aplicable al caso, que admite incluso el ejercicio de la jurisdicción penal del ribereño a bordo de un buque extranjero que pase por su MT "si es necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes".

tende definir el territorio español, o "aguas jurisdiccionales" (15), puesto que el propio Preámbulo de la Ley 10/1977 ya citada establece como uno de sus objetivos evitar la confusión en las denominaciones, muy en particular el uso en lugar de la denominación MT de la expresión "aguas jurisdiccionales", concepto cajón de sastre que siempre se refiere

"al ámbito específico de la materia regulada por la disposición de que se trate (a efectos pesqueros, fiscales, sanitarios, etc.)".

Aclaremos enseguida que la organización de nuestro Estado autonómico, con una estructura territorial compleja a mitad de camino entre el Estado federal y el unitario, no influye en el tema que nos ocupa porque la unidad territorial del Estado es perfectamente compatible con un régimen territorial interno plural y diferenciado en virtud de la presencia de autonomías dotadas de distintos estatutos jurídicos (16).

Por otra parte, y como es bien sabido, los intereses de seguridad y económicos de los Estados en desarrollo han provocado la paulatina extensión de sus poderes sobre el espacio marino circundante hasta incluir (además del espacio terrestre, las AI y el MT), otros nuevos espacios, a saber, la ZC, la plataforma continental (PC) y la zona económica exclusiva (ZEE), que suponen una expansión funcional y especializada -por tanto, limitada- de los poderes del ribeño sobre el medio marino inmediato a su MT (17). Estos nuevos espacios, sobre los que se proyectan facultades bien de vigilancia

(16) Ver J. GONZÁLEZ CAMPOS, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid 1992, p. 449.

Ello con independencia de las peculiaridades jurídicas que plantea la distribución de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia, por ejemplo, de pesca, que no son objeto de este trabajo. Ver, si se quiere, una aproximación muy esquemática al tema en MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Pesca* (Colección Informes y Documentos), Madrid 1991, pp. 15-21 y 57 y ss.; y el comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXVII (1985), pp. 480-482, a la STC núm. 113/1983, de 6 de diciembre (Pleno), en el conflicto positivo de competencias núm. 295/1982 planteado por el Gobierno de la Nación contra un Decreto del Gobierno Vasco de 1982 sobre ordenación del Servicio de Inspección Pesquera, Marisquera y de Plantas de Acuicultura.

(17) Ver arts. 33 (ZC), 55-56 (ZEE) y 76.1 y 77 (PC) de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.

aduanera y fiscal (ZC) bien de exploración, explotación y conservación de los recursos naturales allí existentes (PC y ZEE), no pueden asimilarse a la soberanía propiamente dicha porque están abiertos a ciertos usos y sometidos a determinados derechos de terceros Estados. En efecto, las competencias limitadas y funcionales que ejercen los Estados ribereños sobre esos espacios casan mal con el concepto de soberanía, ya que, como enseguida veremos,

"no toda competencia territorial puede afirmarse como soberana en el sentido de exclusiva, plena e inviolable" (18).

Quizás sea oportuno explicar cuál es la situación jurídica actual en materia de atribución y delimitación de los espacios marinos españoles (19), haciendo hincapié en esos nuevos espacios. España cuenta hoy con AI, situadas entre la tierra firme y las líneas de base desde las que se mide el MT, líneas trazadas por el Decreto 2510/1977, de 5 de agosto (*BOE* de 30 de septiembre); un MT de doce millas a contar desde esas mismas líneas de base, según la Ley 10/1977 ya citada; una muy reciente ZC, según la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (*BOE* de 25 de noviembre), cuyo art. 7.1 incluye la ZC dentro de las aguas "en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción", y que

"se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las veinticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial".

Una ZEE restringida al Mar Cantábrico y al Océano Atlántico, adyacente al MT y que se extiende hasta las doscientas millas náuticas contadas desde las líneas de base ya establecidas, según la Ley 15/1978, de 20 de febrero (*BOE* de 23 de febrero); y una PC hasta las doscientas millas en el Cantábrico y el Atlántico, y según lo establecido en el Convenio de Ginebra de 1958 sobre la PC -del que España es parte- en el Mar Mediterráneo. Pero aún queda un importante bloque de problemas pendientes de resolver:

(18) A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Madrid 1994, p. 385.

(19) Tal y como fue recientemente expuesta en su comparecencia en las Cortes, el 3 de diciembre de 1991, por el Subsecretario de Asuntos Exteriores. Ver el comentario de E. ORIHUELA CALATAYUD "Sobre la delimitación de los espacios marinos españoles: un debate parlamentario", en *REDI*, vol. XLIV (1992), pp. 701-703.

"Al margen de los problemas ya resueltos (mar territorial y plataforma continental con Francia en el Cantábrico; mar territorial con Portugal en la desembocadura del río Miño y plataforma continental con Italia en el Mediterráneo), España tiene aún sin trazar la divisoria de sus espacios marinos con la mayoría de sus vecinos. Con Francia nos falta establecer la delimitación de la zona económica exclusiva en el Cantábrico, del mar territorial y plataforma continental en el Golfo de León. Con Portugal tenemos pendiente el trazado de la frontera [sic] de zona económica exclusiva y de plataforma continental en la zona de la desembocadura del Miño; la del mar territorial, plataforma continental y zona económica exclusiva en la desembocadura del Guadiana y la de plataforma y zona económica entre los archipiélagos de Madeira y Canarias. Con Marruecos debemos proceder al trazado de la frontera del mar territorial en el Estrecho de Gibraltar; de la plataforma continental en el Mar de Alborán; de la plataforma y zona económica exclusiva entre el archipiélago canario y la costa marroquí, incluida, en su caso, la que afecta a la costa del Sahara Occidental. Y, por último, falta trazar la delimitación de la plataforma continental entre España y Argelia"(20).

3. Los territorios no autónomos: el Sahara Occidental.

Para terminar, conviene saber que los territorios coloniales, tradicionalmente asimilados al territorio metropolitano bajo eufemismos tales como "provincias", "territorios de ultramar" y otros, han pasado a tener una consideración jurídica distinta desde la Carta de las Naciones Unidas (1945) (a partir de ahora, Carta).

En efecto, de acuerdo con el DI contemporáneo, los territorios sometidos a administración colonial no son parte integrante del territorio de la metrópoli o potencia colonizadora. El Capítulo XI de la Carta (arts. 73 y 74) contiene una "Declaración relativa a territorios no autónomos" donde aparece ya claramente la distinción; el art. 73, en particular, aclara qué entiende la Carta por territorios no autónomos: aquellos "cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio" y que se encuentran bajo la administración de una potencia extranjera. La Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (a partir de ahora, A.G.),

(20) ORIHUELA CALATAYUD, loc. cit., p. 702.

que califica como no autónomo el "territorio geográficamente separado del país que lo administra", y la Resolución 2625 (XXV) de la A.G., en la que se establece que "el territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra", han consolidado las previsiones originales de la Carta.

Durante el régimen político anterior a la CE, con el fin de eludir la obligación de transmitir información sobre los territorios no autónomos bajo su administración, información que desde 1956 venía requiriendo el Secretario General de las Naciones Unidas, el Gobierno español llevó a cabo una política de asimilación de las colonias africanas vertebrada en torno a su provincialización. Pero el gran proceso descolonizador iniciado en 1960 obligó a España a cambiar su política exterior a este respecto, lo que conducirá a la independencia de Guinea en 1968, la retrocesión de Ifni a Marruecos en 1969 y la retirada o abandono del Sahara Occidental en 1975. El propio Consejo de Estado, en sendos dictámenes de 20 de junio y 7 de noviembre de 1968, reinterpreta los vanos intentos de provincialización de las colonias africanas aduciendo su naturaleza funcional como sistema de promoción de esos territorios con vistas a su ulterior descolonización. Y la Ley de 19 de noviembre de 1975 (BOE de 20 de noviembre), sobre liquidación de la administración española en el Sahara, aludirá en su Preámbulo al

"territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional".

Es lógico, por otra parte, que la retirada española del Sahara Occidental y la aplicación de la citada Ley de 1975 provocaran cierta jurisprudencia de nuestro TS, entre la que se cuentan sentencias que han ignorado la práctica española acerca de los territorios africanos a partir de los años sesenta, y han seguido asumiendo la fracasada política de asimilación de los años cincuenta, mostrando además un apreciable desconocimiento del DI vigente en la materia (21); o han citado y utilizado como argumento de apoyo en sus

(21) Ver STS (Sala 1ª) de 22 de febrero de 1977, en *RAJ*, 1977, núm. 612; comentario de Mª Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 178-181. Así, se dice en la sentencia: "por cuanto del contenido del D. de 10 enero de 1958, se desprende con claridad que en la fecha del nacimiento e inscripción El Aaiún era

considerandos el llamado Acuerdo tripartito de Madrid de 14 de noviembre de 1975, que no ha sido publicado en el *BOE*, pese a que cuando la sentencia que nos ocupa fue dictada eran de aplicación tanto el art. 96.1 CE como el art. 1.5 C.c., coincidentes y complementarios ambos al exigir el requisito de la publicación de los tratados para su integración en nuestro ordenamiento interno (22).

una provincia española y la palabra España comprende todo el territorio nacional procediendo en consecuencia de todo ello la estimación del motivo y la casación de la sentencia recurrida...".

STS (Sala 3ª) de 28 de noviembre de 1980, en *RAJ*, 1980, núm. 4.125; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXIV (1982), pp. 172-173. Se afirma en esta sentencia que no puede hacerse responsable al Gobierno español "de algo que se produjo cuando compartía la administración con otras dos potencias, que iban a sucederla no ya en la administración, sino en la soberanía del territorio...". Ya hemos explicado que ni el DI ni nuestro propio ordenamiento avalan la afirmación de que España detentara la soberanía territorial sobre el Sahara ni tampoco que el Sahara formara nunca parte de nuestro territorio nacional. Repetimos que la condición jurídica de un territorio no autónomo es distinta a la del territorio metropolitano, y España no pudo ceder la soberanía sobre el territorio puesto que nunca la poseyó (*nemo dare potest quod non habet*).

STS (Sala 6ª) de 25 de noviembre de 1982, en *RAJ*, 1982, núm. 6.886; comentario de P. CERVILLA en *REDI*, vol. XXXVI (1984), pp. 165-169. En esta sentencia afirma el TS, entre otras cosas: "... a partir de la finalización del proceso de descolonización y consiguiente evacuación del territorio del antiguo Sahara español, hecho ocurrido el 28 de febrero de 1976..."; hace alusión igualmente la sentencia a "la antigua provincia española del Africa Occidental"; y en diversas ocasiones reconoce la competencia de los tribunales marroquíes en este territorio y acepta en el mismo la aplicación, entre otras, de "la legislación fiscal marroquí". Hay sin duda una errónea calificación del abandono del Sahara por parte de España, cuyo Gobierno sólo ha reconocido que puso fin en su día -al menos *de facto* que no *de iure*- a sus responsabilidades como potencia administradora; por tanto, la descolonización del Sahara aún no ha terminado; se ha producido una sucesión de Estados contraria al DI y a la Carta, que ha creado una situación *de facto* en virtud de la cual se está aplicando en este territorio la legislación y jurisdicción marroquíes, cuyos actos o decisiones no son oponibles frente a terceros ya que no se encuentran amparados por los vigentes Convenios sobre sucesión de Estados en materia de tratados (ver su art. 6), de 1978, y en materia de bienes, archivos y deudas (ver su art. 3), de 1983.

De esta falsa calificación tampoco escapa el antiguo territorio de Guinea Ecuatoria; ver la reciente STS (Sala 3ª) de 15 de febrero de 1993, en *RAJ*, 1993, núm. 708, fundamento cuarto.

(22) Ver STS (Sala 3ª) de 28 de noviembre de 1980, en *RAJ*, 1980, núm. 4.125; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXIV (1982), pp. 170-172. Así, se afirma en esta sentencia: "Que además de lo razona-

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL TERRITORIO

1. La teoría de la competencia.

¿Cuál es el vínculo jurídico que existe entre un Estado y su base física? No vamos a detenernos en el análisis de las distintas construcciones teóricas sobre el tema. Baste subrayar que tanto la doctrina como la práctica internacional se inclinan hoy mayoritariamente en favor de la *teoría de la competencia*, enunciada por RADNITZKY en 1905 y consolidada después por otros autores.

En esta teoría, Estado y espacio no se oponen como términos distintos (persona y cosa) cuyas relaciones jurídicas estén pendientes de establecer. La idea central de esta teoría consiste en concebir el espacio estatal, en fin el territorio, como la esfera local de las actividades o funciones del Estado, como el dominio o la esfera física de las competencias del Estado; el territorio viene a delimitar en principio el ejercicio de esas competencias. La competencia estatal no es un todo indivisible, sino que comprende un conjunto o haz homogéneo y uniforme de atributos o facultades reguladas jurídicamente cuya aplicación local encuentra en principio un límite allí donde comienza bien el ámbito o esfera de poder de otro Esta-

do, hay que tener en cuenta que en virtud de los acuerdos de Madrid de 14 de noviembre de 1975, la administración del territorio del Sahara la compartían con España, Marruecos y Mauritania...". Además, la cesión de la administración de dicho territorio a Marruecos y Mauritania en virtud de esos acuerdos ha sido contraria a las normas de las Naciones Unidas a este respecto y ha impedido la culminación del proceso descolonizador, a causa de la falta de consulta a la población del territorio para que se exprese libre y auténticamente sobre su futuro.

Obviamente, por otro lado, el problema jurídico de la posible violación por el Acuerdo de Madrid (un tratado internacional conforme al art. 1 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derechos de los Tratados, registrado como tal en la Secretaría de las Naciones Unidas) del *ius cogens*, que lo convertiría en nulo *ab initio* por ser un tratado entre cuyos fines se encuentra favorecer una conducta gravemente contraria al derecho de autodeterminación, consistente en el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial: ver el art. 53 del citado Convenio de Viena (*BOE* de 13 de junio de 1980; en vigor de forma general y para España desde el 27 de enero), en relación con el art. 19.3.b del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados que prepara la Comisión de Derecho Internacional (a partir de ahora, CDI) y su comentario correspondiente, en *Anuario CDI*, 1976-II (2ª parte), pp. 100-101 (párrs. 17-18), 106-107 (párrs. 27-29) y 120 (párr. 69).

do bien un espacio de interés internacional (23). No hay, además, diferencias de orden cualitativo en el ejercicio concreto de estas facultades sobre los distintos elementos componentes del territorio estatal (24).

Ello permite que las competencias puedan repartirse entre los Estados y que estén sujetas a limitaciones impuestas y reglamentadas por el DI. También permite que puedan aplicarse tanto sobre un determinado territorio (*competencia territorial*, que se ejerce sobre las cosas y los hechos que se encuentran y tienen lugar dentro del mismo), como sobre las personas (*competencia personal*, que se ejerce sobre nacionales o extranjeros que se encuentran dentro del territorio), e incluso sobre personas, bienes y actos localizados fuera de su territorio (*competencia extraterritorial*, que proyecta la jurisdicción estatal sobre buques y aeronaves de su bandera (25), e incluso proyecta la ley penal bajo determinadas circunstancias (26)).

En cuanto a España, nuestra Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio; corrección de errores en BOE de 4 de noviembre), recoge válidamente esta posición en su

(23) Cf. W. SCHOENBORN, "La nature juridique du territoire", en *R. des C.*, t. 30 (1929-V), 81-189, pp. 118-120. Y Kelsen, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 194. En este contexto cobra todo su valor la noción de poder político como elemento definidor del Estado, defendida al comienzo de este trabajo.

(24) M. SAHOVIC y W.W. BISHOP, Jr., "Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y lugares", en M. SORENSEN (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público*, revisión y adiciones a la edición en español de Bernardo Sepúlveda, México 1974, 314-374, pp. 317-318. Y L. DELBEZ, "Du territoire dans ses rapports avec l'Etat", en *R.G.D.I.P.*, t. 39 (1932), 705-738, pp. 712-715.

(25) El art. 5.1 del Convenio de Ginebra de 1958 sobre el AM reza así: "los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar". Y el art. 17 del Convenio de Aviación Civil Internacional, ya citado, dice así: "las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas". España es parte en ambos (ver BOE de 27 de diciembre de 1971 para el primero, que obliga a España desde el 27 de marzo del mismo año).

(26) El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (a partir de ahora, TPJI), en su sentencia de 7 de septiembre de 1927 en el *Caso del "Lotus"*, dejó bien sentada esta competencia: "Si bien es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho penal sirve de fundamento a todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera del territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado

art. 23 (27). Como puede apreciarse, no existen prácticamente restricciones a la aplicación extraterritorial de nuestra jurisdicción penal contra los *delicta iuris gentium* (apartado 4 del art. 23 LOPJ), que son contrarios a las más elementales exigencias de la conviven-

a Estado. La territorialidad del Derecho penal no es, pues, un principio absoluto del Derecho internacional y no se confunde de manera alguna con la soberanía territorial" (CPJI, *Série A*, n. 10, p. 20).

(27) Que reza así:

"23.1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.
 - b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
 - c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.
3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:
- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
 - b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
 - c) Rebelión y sedición.
 - d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
 - e) Falsificación de moneda española y su expedición.
 - f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
 - g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
 - h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
 - i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

cia internacional y engendran la responsabilidad penal del individuo (28). Así lo quiere el DI a falta de la institución de una jurisdicción penal internacional.

Si aceptamos, pues, la tesis del territorio como ámbito y límite de las competencias del Estado (29), resolvemos sin duda el problema de su naturaleza jurídica evitando caer en el formalismo kelseniano que define el territorio como el ámbito material de validez de un mismo ordenamiento jurídico y lo identifica con él (30). Pues aunque el DI parte en principio del concepto de territorio como espacio circunscrito por las fronteras del Estado, lo cierto es que en numerosas ocasiones el Estado realiza actos de autoridad fuera de

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo".

(28) Ver STS (Sala 2ª) de 29 de marzo de 1993, en *RAJ*, 1993, núm. 2.567, considerando segundo: el TS rechaza el recurso de casación interpuesto contra un auto de la Audiencia Nacional que declinaba la competencia para conocer la causa en favor de los tribunales del lugar de la comisión de los hechos, a excepción del ataque contra el trasatlántico de bandera italiana *Achille Lauro*, hecho respecto del que se mantiene la competencia de la Audiencia Nacional; se alega para ello, entre otros argumentos, el art. 23.4.c) de la LOPJ en relación con otras normas de nuestro ordenamiento interno y del DI.

(29) Ver M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 10ª ed., Madrid 1994, p. 364, que cita oportunamente al TPJI en el *Caso del "Lotus"*: "la limitación primordial que impone el Derecho Internacional al Estado es la de excluir -salvo la existencia de una regla permisiva en contrario- todo ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial, y no puede ser ejercida fuera del territorio sino en virtud de una regla permisiva que se derive del Derecho Internacional consuetudinario o de una convención" (CPJI, *Série A*, n. 10, p. 18).

(30) Tal y como recuerda L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en un comentario de jurisprudencia española cuyo denominador común era la manifestación del ejercicio de competencias del Estado español fuera de su territorio: "La célebre consideración kelseniana del territorio del Estado como 'esfera de validez del orden jurídico nacional', no debe ser interpretada en sentido estricto, esto es, como la afirmación absoluta de inoperancia de los poderes estatales, una vez traspasados

sus fronteras, sobre todo en relación con sus nacionales, tanto en espacios de interés internacional (como el AM) como en territorio de otros Estados (31). Y otro tanto sucede en el ámbito del Derecho privado, donde los poderes legislativo y judicial de un Estado determinado proyectan sus facultades más allá de sus fronteras para regular y juzgar hechos que suceden fuera de ellas; la regla es que, salvo convenio internacional en la materia, cada ordenamiento interno define el alcance de su propia competencia judicial, es decir, el alcance de su jurisdicción en los litigios con elementos extranjeros (32).

De modo que, *lato sensu*, el ámbito espacial sobre el que los Estados pueden ejercer su autoridad es mucho más amplio, e incluso sus competencias se interpenetran con las de otros Estados hasta en sus propios territorios; en cambio, *stricto sensu*, el territorio no es más que el ámbito local de la competencia regular o normal (*habitual, si se quiere*) del Estado (33). En conclusión (34),

los umbrales de sus fronteras nacionales. Al contrario, el ordenamiento privado y las leyes penales de los Estados acompañan, en ocasiones, a sus nacionales cuando se encuentran en un país extranjero. Por otra parte, la jurisdicción estatal se aplica a los buques y aeronaves que tengan su nacionalidad, es decir, que allí estén matriculados o que naveguen bajo pabellón suyo, al margen de que se encuentren en espacios no sometidos a la soberanía del Estado. El territorio nacional, delimitado por sus fronteras, no opera, pues, como un muro infranqueable al ejercicio de sus propias competencias y poderes" (*REDI*, vol. XXXIII (1981), p. 185).

(31) Ver *e.g.*, STS (Sala 3ª) de 28 de noviembre de 1977, en *RAJ*, 1977, núm. 4.488; STS (Sala 3ª) de 17 de febrero de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 603; y STS (Sala 2ª) de 15 de noviembre de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 3.668; comentarios de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 185-188.

Claro que puede haber supuestos muy polémicos en materia de aplicación extraterritorial de las leyes penales; recuérdese la sentencia de 15 de junio de 1992, dictada por el Tribunal Supremo norteamericano, en el *Caso Alvarez Machaín*: ver texto de la sentencia en *The United States Law Week*, vol. 60, nº 49, June 16 1992, pp. 4523-4532; y el comentario crítico que la misma nos merece en C. JIMÉNEZ PIERNAS, "El llamado 'nuevo orden internacional' visto desde España", en *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, nº 7 (1992), 87-106, pp. 104-105.

(32) J.A. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid 1991, pp. 260-262, y el art. 21.1 LOPJ.

(33) Cf. SCHOENBORN, *Curso cit.*, pp. 122-123. Y Kelsen, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pp. 183-184.

(34) GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *op. cit.*, p. 452.

"...la naturaleza jurídica del territorio puede quedar explicada por la teoría de la competencia, a condición de aceptar que, junto a la competencia territorial, los Estados poseen competencias personales y otras competencias de base extraterritorial, que pueden afectar a personas, objetos, hechos o situaciones localizadas fuera de su propio territorio."

2. Práctica española.

En cuanto a la práctica y jurisprudencia española en la materia, viene muy a cuento citar el Convenio de 7 de julio de 1965, celebrado con Francia, relativo a Oficinas de Controles Nacionales Yuxtapuestos y de Controles en Ruta (BOE de 18 de marzo de 1966), que sienta las bases para la creación posterior mediante acuerdo de Oficinas de Control de Tráfico tanto por ferrocarril como por carretera; la finalidad de estas oficinas, sin duda una buena manifestación de las relaciones de vecindad entre Estados, es acelerar y simplificar los trámites del paso de la frontera desde el punto de vista aduanero y policial. El art. 4.2 del citado Convenio dice que

"los funcionarios del Estado limítrofe *no podrán detener en la zona ni conducir a su territorio* a las personas que no se dirijan a dicho Estado, *salvo que infrinjan en la zona las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del Estado limítrofe, relativas al control aduanero*" (35).

Por su parte, el art. 4.3 del mismo Convenio añade que

"cuando hayan sido infringidas en la zona las disposiciones legales o reglamentarias del Estado limítrofe relativas al control serán competentes de los hechos las jurisdicciones o autoridades correspondientes del Estado limítrofe, *que actuarán como si estas infracciones hubiesen sido cometidas en el territorio de este Estado*".

Se trata de un excelente ejemplo de aplicación extraterritorial de la ley penal (española o francesa) en virtud de disposiciones permisivas de naturaleza convencional basadas en la reciprocidad, de acuerdo con el *dictum* del TPJI en el *Caso del "Lotus"*. Puede observarse la redacción en términos excepcionales y precautorios ("no

(35) El art. 1.1 del Convenio ofrece una noción de control. El subrayado es nuestro.

podrán... salvo que...") del art. 4.2 y la evidente aplicación de la teoría de la competencia en el art. 4.3 ("...como si estas infracciones hubiesen sido cometidas en el territorio [del otro Estado]").

Nuestra jurisprudencia, bienhechoramente influida por esta práctica convencional, se ha ido apartando en los últimos años de la aproximación enumerativa del territorio estatal como superficie terrestre, mar territorial y espacio aéreo suprayacente a ambos, una solución clásica muy tosca técnicamente porque se prestaba a muchas ambigüedades, imprecisiones y olvidos; sin ir muy lejos, tal aproximación no podía abarcar o comprender espacios que no son territorio del Estado *stricto sensu*, pero sobre los que el Estado ribereño ejerce una serie de competencias limitadas, como la ZC, la PC y la ZEE (36). Pues bien, la jurisprudencia más reciente de

(36) Ver STS (Sala 2ª) de 28 de octubre de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 3.644; comentario de M^a Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 181-184, en particular 183-184, donde exponía brevemente la práctica legislativa española de proyección de competencias sobre espacios marinos adyacentes a su MT, respecto de los que comenzaba a detentar ciertos poderes no equiparables a la soberanía, todo ello en sintonía con la práctica marítima de la gran mayoría de Estados ribereños. Citaba la Ley de Minas de 1973, que declaraba bienes de dominio público "todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental"; la Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 1974, cuyo art. 1.2 declaraba que "son patrimonio inalienable e imprescriptible de la Nación los yacimientos existentes en el territorio nacional y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén sometidos, a efectos de su exploración, investigación y explotación, a la soberanía nacional, con arreglo a las leyes españolas y convenciones internacionales vigentes ratificadas por España", y por supuesto la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre la ZEE (BOE de 23 de febrero), cuyo art. 1.1 establecía un espacio de doscientas millas sobre el cual "el Estado español tiene derechos soberanos a los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo marinos y de las aguas suprayacentes". Esta legislación, en opinión de la autora, ponía ya en evidencia la conveniencia de revisar la concepción y el alcance del territorio nacional al uso en nuestra jurisprudencia.

Ver también STS (Sala 4ª) de 20 de septiembre de 1984, en *RAJ*, 1984, núm. 5.582; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXVII (1985), pp. 484-485. Nuestro TS acepta básicamente la fundamentación de la sentencia recurrida y la confirma, aunque en ella se hacen afirmaciones (concretamente en su considerando segundo) claramente contrarias al DI y a nuestra legislación interna; como la afirmación de que "no existe duda que todo el suelo comprendido entre las fronteras marítimas y las de los Estados vecinos constituyen el territorio del Estado español", olvidando que los Estados ribereños no ejercen derechos soberanos sino sólo de exploración y explotación de los recursos

nuestro TS empieza a superar las deficiencias que toda definición enumerativa encierra y se alinea, aunque con algunas confusiones, con la teoría de la competencia (37).

de la PC y ZEE, no pudiendo considerarse territorio español el suelo y subsuelo de dichas PC y ZEE, como la propia CE viene a reconocer en su art. 132.2, cuando establece que "son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental" (el subrayado es nuestro); o la propuesta arcaica, e incorrecta (el MT no comienza siempre donde termina la zona marítimo-terrestre), de definición puramente física del territorio español como "todo el suelo comprendido en un área o superficie cuyo centro es el geográfico de la Península o sus Islas, siendo su perímetro el formado por las fronteras de los países vecinos y el borde exterior de la zona marítimo-terrestre, que a su vez es la línea interior del mar territorial, y éste por la franja de mar delimitada en la forma indicada". Es obvia, como se observa en el comentario, la conveniencia de una definición alternativa de territorio basada en las competencias ejercidas sobre los distintos espacios de soberanía estatal.

Y muy recientemente, la STS (Sala 2ª) de 19 de enero de 1993, en *RAJ*, 1993, núm. 396, considerando tercero. Se afirma en ella que los arts. 23.1 de la LOPJ y 8.1 del Código Civil "fijan la competencia de los Tribunales españoles en el orden penal cuando el hecho se haya producido en territorio español, utilizada la expresión en sentido amplio: tierra firme (continental o insular), aguas internas y territoriales, así como el espacio aéreo, además del supuesto de los buques y aeronaves que naveguen bajo bandera de España". La sentencia parece incurrir incluso en la ficción de la extraterritorialidad de los buques y aeronaves en general, sobre la que volveremos enseguida.

(37) Ver STS (Sala 2ª) de 28 de junio de 1988, en *RAJ*, 1988, núm. 5.375; comentario de D. CANGA FANO en *REDI*, vol. XLI (1989), pp. 223-225. El asunto versa sobre una detención por contrabando y tenencia ilícita de armas practicada en la Oficina de Control de El Perthus, creada en virtud del canje de Notas hispano-francés de 18 de junio de 1976 (*BOE* de 21 de julio 1976), planteándose si alcanzaba a dicha Oficina la jurisdicción penal española. El TS, citando sentencias anteriores, la STS (Sala 2ª) de 13 de mayo de 1987 y la STS (Sala 2ª) de 21 de marzo de 1988, declara que "territorio nacional era ya la oficina aduanera en que se verificó la aprehensión, pues una eventual ubicación de la misma en territorio geográficamente portugués [francés en la sentencia que nos ocupa] sería a estos efectos inane, ya que territorio es el espacio sobre el que se extiende la soberanía estatal...". Sólo queda aclarar que la *ratio decidendi* del TS en este caso no es del todo correcta y olvida las disposiciones convencionales al respecto; el territorio en que se asienta la Oficina es obviamente territorio francés, geográfica y jurídicamente hablando, pero los acuerdos hispano-franceses en materia aduanera permiten extender excepcionalmente las jurisdicciones penales respectivas sobre sus Oficinas de Control situadas en el territorio del Estado vecino como si las infracciones que se persigan se hubieran cometido en el propio territorio.

Toda insistencia es poca al respecto. No hay que recurrir a ninguna ficción, como la que en su día representó la doctrina de la extraterritorialidad de las misiones diplomáticas o de los buques de guerra, para explicar y justificar jurídicamente, mediando el previo acuerdo entre los Estados interesados, la proyección de su ley y jurisdicción penal fuera de sus fronteras. No olvidemos que aún son relativamente recientes en nuestro país los residuos jurisprudenciales resistentes al abandono de la ficción de la extraterritorialidad no ya de los buques y aeronaves de Estado españoles sino incluso de los buques mercantes y aeronaves comerciales (38), con un apreciable desconocimiento del DI vigente en la materia tal y como se recoge en los cuatro Convenios de Ginebra de 1958 de los que España es parte desde el 27 de marzo de 1971 (*BOE* de 24, 25 y 27 de diciembre).

STS (Sala 2ª) de 4 de marzo de 1989, en *RAJ*, 1989, núm. 2.487. El concepto de territorio español "... está definido no sólo por las fronteras físicas del Estado, sino por los límites dentro de los cuales los acuerdos internacionales permiten el ejercicio de la autoridad del Estado".

STS (Sala 2ª) de 22 de enero de 1992, en *RAJ*, 1992, núm. 293; comentario de E. RODRÍGUEZ MARTÍN en *REDI*, vol. XLIV (1992), pp. 582-583. El asunto versa sobre la aprehensión de un alijo en la Oficina de Control española:

"1ª. Que el control aduanero mixto franco-español en el que se apresó el alijo está bajo control español yuxtapuesto y en virtud de tratado son aplicables en él las leyes españolas.

... De modo que aunque se tratase realmente de territorio extranjero no se daría la supuesta falta de competencia, pero se trata además de territorio asimilable al nacional a efectos legales y jurisdiccionales en virtud de convenio y de la legislación aduanera".

Tal y como ya advertimos en la STS de 28 de junio de 1988, hay que objetar a esta otra su terminología ambigua ya que no afirma claramente que la Oficina de Control española se encuentra en territorio francés ("... se trata además de territorio asimilable [sic] al nacional").

(38) Ver S. del C.S. de J.M. de 9 de diciembre de 1975, en *RAJ*, 1975, núm. 510; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en *REDI*, vol. XXXIII (1981), p. 188. Al ocuparse de un delito de desertión en el extranjero en tiempo de paz, sostiene que "a la misma conclusión conduce la consideración de que un buque de guerra es a todos los efectos jurídicos parte del territorio nacional cuyo pabellón ostenta", confundiendo evidentemente la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra que se hallen en AI o MT extranjeros y el pretendido principio de la extraterritorialidad de tales buques.

S. del T.C.T. de 22 de septiembre de 1976, en *RAJ*, 1976, núm. 3.955; comentario de L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en *REDI*, vol. XXXIII (1981), p. 189. En

III. CONCEPTO Y PROPIEDADES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

1. Concepto de competencia territorial.

Conviene establecer enseguida una importante distinción entre *competencias discrecionales* y *competencias regladas por el DI*, pudiendo tanto unas como otras ser de *aplicación territorial* o *personal* según el ámbito espacial en que desplieguen su acción o las personas afectadas por las mismas. En relación con las primeras (las *competencias discrecionales*), el DI reconoce en efecto un núcleo duro de competencias que corresponden en exclusiva al Estado y vienen a ser expresión de aquella parte de su soberanía no condicionada o limitada por el ordenamiento internacional, constituyendo una parcela de poder puramente doméstica de los Estados (39).

Si concentramos nuestra atención en la *competencia territorial*, tanto la doctrina como la propia práctica internacional concuerdan en que la comúnmente llamada *soberanía territorial* del Estado se caracteriza jurídicamente por un *cúmulo o conjunto de competencias legislativas, administrativas y judiciales ejercidas sobre su te-*

ella se afirma que "como consecuencia de la movilidad del buque -y conforme a la doctrina de que en mar libre se conceptúa territorio nacional de la bandera, y en los demás casos, territorio de los países en cuyas aguas jurisdiccionales se encontrase-, hubiesen de aplicarse a las relaciones jurídico-laborales de las partes, ordenamientos jurídico-nacionales distintos...". En este caso, la ficción territorialista, carente de todo rigor jurídico, desfigura la ley del pabellón, a la que se vincula la jurisdicción aplicable al buque conforme al art. 20 del Convenio sobre MT de 1958 y el art. 6 del Convenio sobre AM de 1958, imponiendo al buque la aplicación de la ley nacional del Estado ribereño en cuyas aguas se encuentre.

Y STS (Sala 3ª) de 17 de febrero de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 603, en cuyo considerando cuarto podemos leer: "Que aunque estos 'poderes estatales', a que se hace referencia en el fundamento jurídico anterior, no permitan considerar al buque mercante -sí a los navíos militares- como 'parte del territorio nacional'..."

Por último, el propio art. 6 de nuestra Ley de Navegación Aérea, ya citada, afirma que la aeronave de Estado española "se considerará territorio español, cualquiera que sea el lugar o espacio en que se encuentre", incurriendo en una palmaria incorrección técnica legislativa al confundir también la inmunidad de jurisdicción de las aeronaves de Estado con la ficción de la extraterritorialidad.

(39) El art. 2.7 de la Carta reza así: "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta..."

rritorio y dotadas de tres propiedades, a saber, su plenitud, exclusividad e inviolabilidad, cuyo objetivo último es permitir al Estado el cumplimiento de sus funciones, es decir, la satisfacción de los intereses generales de su población dentro de un espacio concreto delimitado por unas fronteras.

El DI de nuestros días, a raíz del gran proceso descolonizador de los años sesenta, incide especialmente en el contenido económico de la soberanía territorial, es decir, en los poderes de control y ordenación por parte del Estado de sus propios recursos naturales (40). Esta potenciación de la vertiente económica de la soberanía del Estado es, entre otras razones, causa de la proyección y expansión de ciertos poderes de los Estados ribereños sobre los espacios marinos adyacentes a sus costas, que han generado nuevas instituciones como la PC y la ZEE, donde -como ya sabemos- los ribereños no ejercen desde luego su soberanía territorial sino ciertas competencias de carácter limitado y especializado.

2. Propiedades de la competencia territorial: práctica española.

A. Plenitud de la competencia territorial.

Según ha reiterado la jurisprudencia internacional, la *plenitud* de la soberanía territorial supone que las *limitaciones de las competencias del Estado no se presumen y sólo pueden derivar de normas jurídicas internacionales, debiendo fundamentarse en cada caso* (41). Sin embargo, la *plenitud* de la soberanía territorial no tiene un

(40) Ver la Res. 3201 (S-VI), adoptada por la A.G. el 1 de mayo de 1974, en la que se contiene la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; y la res. 3281 (XXIX), adoptada por la A.G. el 12 de diciembre de 1974, en la que se contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. El art. 2.1 de la citada Carta establece el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales en los siguientes términos: "Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

(41) RODRÍGUEZ CARRIÓN, *op. cit.*, p. 384. El TIJ, en su Sentencia en el *Caso del derecho de asilo*, afirmó, por ejemplo, que la "decisión de conceder asilo diplomático comporta una derogación de la soberanía del Estado. Sustrahe al delincuente de la justicia del Estado territorial y constituye una intervención en cuestiones que son de la competencia exclusiva de dicho Estado. Semejante derogación de la soberanía territorial no puede admitirse más que cuando su base jurídica se establezca en cada caso particular" (CIJ, *Recueil* 1950, p. 274).

significado o alcance absoluto sino *relativo* en el DI, ya que existen normas que la restringen. Es el caso de las normas de DI general que regulan la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros y de sus órganos así como de los agentes diplomáticos y consulares extranjeros, que limitan sin duda la competencia judicial del Estado territorial. Así lo recoge el art. 21.2 de nuestra LOPJ, citada *supra*, cuando exceptúa de la jurisdicción de los tribunales españoles

"los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público" (42).

Es también el caso de las normas que regulan el derecho de paso inocente de buques de otras banderas por el MT, en virtud del uso tradicional que se ha hecho del MT para la navegación internacional. Esta norma consuetudinaria limita o reduce sin duda la competencia legislativa y administrativa del Estado territorial (en este supuesto, ribereño), ya que cualquier acto de naturaleza legislativa o administrativa contrario al derecho de paso inocente no será oponible a terceros Estados. En este sentido, nuestra Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, citada *supra*, tras establecer en su art. 8.5 su aplicación a la flota civil española y a las plataformas fijas situadas en aguas sobre las que España ejerza soberanía o derechos soberanos, añade aunque sin mencionar expresamente el derecho de paso inocente:

"También serán de aplicación las disposiciones de esta Ley a los buques civiles extranjeros que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, *con las limitaciones que establezca el Derecho Internacional*, en particular en lo que se refiere a los supuestos de inmunidad" (43).

(42) Cf. también los arts. 31 y 32, entre otros, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (BOE de 24 de enero de 1968); y los arts. 43 a 45, entre otros, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (BOE de 6 de marzo de 1970). Y STS (Sala 2ª) de 1 de junio de 1987, en RAJ, 1987, núm. 4.065; comentario de M.A. RUIZ COLOMÉ en REDI, vol. XLI (1989), pp. 246-258: se trata de un interesante caso de inmunidad de jurisdicción diplomática que se dió recientemente en España.

(43) El subrayado es nuestro. La fórmula de respeto remite genéricamente tanto al DI general como al DI convencional que obliguen a España.

Y el art. 86.1 de la misma Ley fija como competencias del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, entre otras,

"Las relativas a la seguridad de la vida humana en la mar y de la navegación en relación con todas las plataformas fijas o los buques civiles españoles, así como con los extranjeros cuando se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y *de acuerdo con el Derecho Internacional*" (44).

Ya apuntamos *supra* (45) que la interpenetrabilidad de los poderes estatales propicia instituciones como el derecho de paso inocente por el MT, una excepción consuetudinaria a la *plenitud* de la competencia territorial del Estado, al mismo tiempo que otras como el derecho de persecución y el derecho de visita, también excepciones consuetudinarias al principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón en el AM, que cede ante el ejercicio esporádico de la competencia extraterritorial del Estado ribereño. De estas instituciones se ha ocupado la práctica española. Vamos a estudiarlas sucesivamente para respetar la evidente relación temática que existe entre ellas, a pesar de que las dos últimas afectan a la propiedad de la *exclusividad* de la competencia territorial mientras que la primera afecta a su *plenitud*.

a) El derecho de paso inocente.

En lo que se refiere al *derecho de paso inocente*, conviene distinguir primero entre buques mercantes y de guerra, y luego entre el régimen aplicable en las AI y en el MT. Se entiende por *buque*

(44) El subrayado es nuestro. Cabe decir lo mismo; hay una remisión al DI general y al convencional que obliguen a España. Con peor técnica, puesto que no se refiere al DI general, la Disposición Final Primera de nuestra Ley de Costas, ya citada, dispone lo siguiente: "Las funciones de la Administración del Estado en el mar territorial, aguas interiores, zona económica y plataforma continental en materia de defensa, pesca y cultivos marinos, salvamento, lucha contra la contaminación, seguridad de la vida humana en el mar, extracciones de restos, protección del patrimonio arqueológico español, investigación y explotación de recursos u otras no reguladas en la presente Ley, se ejercerán en la forma y por los Departamentos u organismos que las tengan encomendadas a la entrada en vigor de la misma, sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica o en los Convenios Internacionales que, en su caso, sean de aplicación".

(45) En I, 1 ("La noción de territorio: problemas que plantea").

de guerra el que pertenece a las fuerzas armadas de un Estado y lleva sus signos exteriores distintivos, se encuentra bajo el mando de un oficial designado por el gobierno del Estado y cuya dotación está sometida a la disciplina militar (46).

En tiempo de paz, y en virtud de las competencias soberanas del ribereño sobre sus AI, la entrada de *buques de guerra* extranjeros en los puertos (47) queda sometida a ciertas condiciones, lo que no sucede con los *buques mercantes* salvo por razones excepcionales, sanitarias o de orden público por ejemplo (48). Lo habitual es que la arribada de un *buque de guerra* esté subordinada a la notificación previa por vía diplomática de su visita, que deberá ser autorizada por el órgano competente, generalmente el Ministerio de Asuntos Exteriores respectivo. Así lo establece nuestro ordenamiento interno de acuerdo con las disposiciones 7 y 8 de la Orden 25/1985, de 23 de abril, del Ministerio de Defensa, por la que se aprueban las "Normas para las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español, en tiempo de paz" (BOE de 14 de mayo de 1985). A los buques de características especiales, como los de propulsión nuclear y los que transportan armamento nuclear u otras sustancias intrínsecamente nocivas o peligrosas, no es habitual que se les permita la entrada o visita salvo acuerdo en contrario, tal como existe entre España y Estados Unidos en el marco de su Convenio sobre Cooperación para la Defensa de 1 de diciembre de 1988 y en vigor desde el 4 de mayo de 1989 (49).

(46) Ver arts. 8.2 del Convenio de 1958 sobre el AM y 29 de la Convención de 1982.

(47) El art. 2 de nuestra Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, ya citada, ofrece el siguiente concepto de "puerto marítimo": "... conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones que, situado en la ribera del mar o de las rías, reúna condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización de operaciones de tráfico portuario, y sea autorizado para el desarrollo de estas actividades por la Administración competente".

(48) Para la entrada y salida y el régimen de los buques mercantes en nuestros puertos, ver el art. 88, entre otros, de la citada Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que fija las funciones de la capitanía marítima del puerto, así como el art. 111, sobre la prevención de actividades ilícitas y tráfico prohibidos en nuestros espacios marítimos.

(49) Ver disposición 12 de la citada O.M.; y las normas 6 y 7 del Anejo 3, sobre Normas complementarias para escalas de buques, del citado Convenio, en BOE de 6 de mayo de 1989.

Tanto en las AI *in genere* como en los puertos, cuyas aguas son siempre por definición AI, los *buques de guerra* tienen la obligación de observar, entre otras, las leyes de policía, sanitarias, de preservación del medio y sobre navegación del Estado huésped, no pudiendo ejercer actos de autoridad en dichos puertos (50). La práctica es que las autoridades locales no conocen de los hechos ocurridos a bordo, pero sí pueden intervenir respecto de los ocurridos en tierra. En resumen, los *buques de guerra* están obligados a respetar la soberanía territorial del Estado en cuyas AI se encuentran.

Por otra parte, nuestra legislación y práctica administrativa siguen fielmente lo convenido en 1958, y mantenido en la Convención de 1982 que España no ha ratificado hasta ahora, sobre el paso inocente por el MT de buques de guerra extranjeros. En efecto, la disposición 11 de la O.M. ya citada establece que no se requiere autorización especial para el paso inocente de *buques de guerra* extranjeros por el MT español, aunque -siempre conforme al DI (51)- exige que ostenten el pabellón de su nación y se abstengan de

"detenerse; arriar embarcaciones; poner en vuelo aeronaves; efectuar maniobras, ejercicios, trasvases o traslados de cualquier clase, ni realizar trabajos hidrográficos u oceanográficos. Los submarinos navegarán en superficie."

Pero será preciso obtener igualmente autorización, por vía diplomática, del Gobierno español para

"efectuar algún ejercicio o cualquier otra operación fuera del simple paso."

Conviene añadir, para terminar, que la Convención de 1982 abraza la tesis de la *dualidad de regímenes jurídicos* para el MT y los estrechos internacionales. Se entiende por tales los estrechos cuyas aguas forman parte del MT de uno o varios Estados (como es el caso de Gibraltar) y que son usados para la navegación internacional entre una parte del AM o de una ZEE y otra parte del AM o de una ZEE (52); en ellos no se aplicará el *régimen de paso ino-*

(50) Ver disposición 9 de la citada O.M., en especial sus apartados b) y g).

(51) Ver en general los arts. 14 a 18 y 23 del Convenio de Ginebra de 1958 sobre el MT y la ZC, y los arts. 17 a 22, 24 a 26, 30 y 31 de la Convención de 1982, que regulan el derecho de paso por el MT.

(52) Ver art. 37 de la Convención de 1982.

cente que ya conocemos, sino el *régimen de paso en tránsito* para todos los buques y aeronaves, que se define como

"la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho" (53).

Las rutas y esquemas de separación del tráfico que se fijen en un estrecho internacional por el ribereño o los ribereños del mismo deberán contar con la aprobación de la organización internacional competente, es decir, la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) (54).

España no ha ratificado la Convención de 1982 porque, entre otras razones, no acepta la aplicación de este nuevo *derecho de paso en tránsito* por el estrecho de Gibraltar, si no se salva al menos la competencia legislativa y reglamentaria del Estado ribereño tanto para regular el tráfico aéreo como para prevenir y controlar la contaminación en dicho estrecho, lo que no parece garantizar satisfactoriamente la letra de la actual Convención (55).

Interesa saber también, no obstante, que por Acuerdos de 24 de octubre de 1980 y 27 de septiembre de 1989 (56), los Gobiernos de España y Marruecos han auspiciado la realización de estudios de viabilidad y la promoción del proyecto de un enlace fijo entre Europa y África a través del estrecho de Gibraltar, "teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención de Naciones Unidas" de 1982 (57). Hasta ahora, la construcción de un túnel subterráneo excavado en el subsuelo marino a partir de tierra firme, como el realizado en el Canal de la Mancha para unir el Reino Unido al continente, parece la mejor solución técnica para no impedir ni entorpecer la navegación de superficie o en inmersión por Gibraltar tal y como la garantiza la Convención de 1982, ni tampoco modificar el eficaz dispositivo de separación del tráfico establecido por la

(53) Ver art. 38.2 de la Convención de 1982.

(54) Ver art. 41 de la Convención de 1982.

(55) Cf. las "Declaraciones interpretativas formuladas por España en el momento de la firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el día 5 de septiembre de 1984", en TORRES UGENA (ed.), *op. cit.*, pp. 357-358, en relación con los arts. 39 a 44 de la Convención. Ver R. RIQUELME CORTADO, *España ante la Convención sobre el Derecho del Mar. Las declaraciones formuladas*, Murcia 1990, pp. 180-185.

(56) Ver BOE de 9 de enero de 1981, 13 de diciembre de 1989 y 2 de febrero de 1991.

(57) Ver Preámbulo del Acuerdo de 1989.

O.M.I. desde 1973 para regular la navegación de superficie por Gibraltar en ambas direcciones (58).

b) El derecho de persecución.

En lo que se refiere al *derecho de persecución*, tras un precedente desafortunado (59), se ha producido en los últimos años un giro oportuno de nuestra jurisprudencia a raíz de la STS (Sala 2ª) de 20 de noviembre de 1987 (60), que parte del reconocimiento de esa

(58) Cf. J.A. de YTURRIAGA BARBERÁN, "Estatuto jurídico del estrecho de Gibraltar y consecuencias de la construcción de una obra fija", en *Anuario del IHLADI*, vol. 6, 1981, 185-217.

(59) Ver STS (Sala 3ª) de 10 de abril de 1978, en *RAJ*, 1978, núm. 1.282; comentario de L.I. SÁNCHEZ y M. Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XXXIII (1981), pp. 202-207. Esta Sentencia confirmaba en todas sus partes la apelada, que calificaba como no ajustado a derecho y anulaba el comiso de un cargamento de tabaco del buque panameño *Capo Verde*, abordado y apresado por un patrullero de la Armada tras ser avistado dentro de nuestras "aguas jurisdiccionales en el golfo de Cádiz" transbordando a otra embarcación menor tabaco de contrabando, por estimar el TS, entre otras consideraciones, que "no aparece acreditado que la situación del *Capo Verde* al ser abordado por el patrullero, estuviese dentro de las 12 millas de la costa, puesto, que de los diferentes informes periciales y del análisis del resto de la prueba unido al hecho indiscutido de haberse realizado el abordaje tras dos horas y cuarto de persecución parece más bien desprenderse lo contrario, es decir, que ya había salido de aguas jurisdiccionales y se encontraba en mar libre..." Sin entrar a discutir las otras consideraciones, es evidente que en el momento de la comisión de los hechos enjuiciados (el día 13 de julio de 1971), España ya era parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1958, a los que se había adherido el 25 de febrero de 1971, entrando en vigor para España el 27 de marzo; el art. 23 del Convenio de Ginebra de 1958 sobre el AM regula precisamente la institución del derecho de persecución (*hot pursuit*) en todos sus elementos, que se cumplían sin duda en este caso como se aclara en el comentario (pp. 206-207): si se probaba el delito de contrabando en nuestras AI, MT o ZC, la captura del buque panameño fuera de las aguas bajo jurisdicción española, tras una persecución ininterrumpida e iniciada por un buque al servicio de nuestro Gobierno dentro de dichas AI, MT o ZC, y antes en cualquier caso de que el buque perseguido entrase en el MT de otro Estado, era conforme al DI y a nuestro Derecho interno. Sostener lo contrario supondría defraudar la aplicación de la legislación aduanera y fiscal española en nuestros espacios marítimos gracias a la huida de los buques infractores hacia AM, cuando la institución internacional del derecho de persecución pretende precisamente garantizar, entre otros objetivos, la aplicación extraterritorial de esa legislación.

(60) Ver esta Sentencia en *La Ley*, núm. 8.284, vol. 1988-1, pp. 512-514, en particular considerando tercero al quinto; y comentario de C. ESCOBAR HERNÁNDEZ en *REDI*, vol. XLI (1989), pp. 240-246.

institución y lo que representa, la facultad del ribereño de limitar bajo ciertas condiciones la libertad de navegación prolongando, en el caso en cuestión, la jurisdicción española en el AM. En este cambio ha influido sin duda la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia (BOE de 30 de julio), cuyo art. 1.1, inciso 8, define como reos del delito de contrabando por vía marítima a los que

"alijaren o transbordaren en un buque clandestinamente cualquier clase de géneros o efectos dentro de las aguas jurisdiccionales españolas o en las circunstancias previstas por el art. 23 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 29 de abril de 1958."

A la vista de esta remisión expresa, nuestro TS no ha podido prescindir por más tiempo de dicha institución, que se incorpora a nuestro ordenamiento como un elemento definidor del tipo penal del contrabando, que legitima en virtud de una norma interna una forma de aplicación extraterritorial de nuestra ley penal; es decir,

"el derecho de persecución no se contempla desde la perspectiva del reconocimiento de potestades estatales, o de la regulación del ejercicio de las mismas" (61),

sino con un planteamiento muy limitado, que suscita dudas y alguna confusión sobre el alcance exacto de la remisión y condiciona la incorporación del citado art. 23 *in toto* a nuestro ordenamiento (62).

(61) ESCOBAR HERNÁNDEZ, loc. cit., p. 244.

(62) Ver en este sentido el Auto TS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 1988, en RAJ, 1988, núm. 8.316; comentario de M. Paz ANDRÉS en RED, vol. XLI (1989), pp. 592-594, sobre todo p. 593. Tras sentencia absolutoria de un delito de contrabando, al no haberse devuelto el barco y la mercancía aprehendida en el ejercicio del derecho de persecución por las autoridades españolas, se interpone recurso de casación invocando el art. 23.7 del Convenio de 1958 sobre el AM; pero el TS excluye el inciso 7 del tipo penal de contrabando marítimo por entender con razón que no forma parte de la conducta típica, lo que puede llevarnos a concluir que el legislador español remite sólo a los requisitos del ejercicio del derecho de persecución del citado art. 23 y no a todos sus apartados.

Además, el pár. 7 del art. 23 del Convenio de 1958 sobre el AM pretende regular la responsabilidad internacional del Estado en el supuesto de un ejercicio ilegal del derecho de persecución, ya que este derecho se aplica sobre buques de

En cualquier caso, es evidente que la recepción del derecho de persecución en el ordenamiento español se produce precisamente en relación con el contrabando, uno de los sectores en los que el derecho de persecución alcanza su mayor virtualidad. Ahora bien, al concebirse entre nosotros el derecho de persecución como elemento de un tipo penal, la norma que lo define (63) debe interpretarse a la luz de los principios hermenéuticos propios del Derecho Penal, que impiden la interpretación y aplicación analógica y extensiva de las normas penales, de ahí que nuestra doctrina penalista entienda que la expresión "aguas jurisdiccionales", empleada en dicha Ley, comprende exclusivamente la persecución de las infracciones cometidas en nuestras AI, MT y ZC; habría que proceder, por tanto, a una modificación de la citada Ley, suprimiendo la mención expresa al art. 23 y sustituyéndola por una mención genérica al derecho de persecución, para que nuestra legislación pudiera beneficiarse, llegado el caso, de la ampliación de los espacios marítimos desde los que se admite el derecho de persecución a estos efectos (el contrabando). De hecho, el DI general contempla ya la persecución por infracciones de la legislación del ribereño en materia de pesca y preservación del medio cometidas en la ZEE y PC, como enseguida veremos, aunque no contemple en esos espacios la persecución por infracciones de la legislación fiscal y aduanera del ribereño (64).

Todo ello en el buen entendimiento que la aplicación extraterritorial de algunas competencias del Estado español no se agota naturalmente en el contrabando, con ocasión de las infracciones de su legislación aduanera y fiscal y de las normas penales conexas, porque el derecho de persecución *in genere* deriva de normas internacionales en vigor y otorga potestades a los ribereños que pueden

terceros Estados, de forma que su virtud es recordarnos que está abierto el ejercicio de la protección diplomática por parte de Estados terceros en favor de sus particulares presuntamente perjudicados por el mal uso que haya podido hacer el ribereño del derecho de persecución. Así las cosas, el recurrente erró en la vía jurídica a seguir para solicitar reparación por el apresamiento y confiscación ilegales del barco y su mercancía, puesto que podría haber instado del propio tribunal sentenciador la cancelación de esas medidas cautelares, sin olvidar la puerta siempre abierta de la vía contencioso-administrativa para resarcirse de los presuntos daños sufridos en sus bienes y derechos a causa del funcionamiento de nuestros servicios públicos, aspecto sobre el que volveremos en el epígrafe siguiente.

(63) Ver art. 1.1, incisos 7 y 8, de la citada Ley de Contrabando.

(64) Cf. para todo el párrafo, ESCOBAR HERNÁNDEZ, loc. cit., pp. 244-246.

aplicarse para la satisfacción de otros objetivos; por ejemplo, lo hemos adelantado, la persecución de las infracciones de las leyes y reglamentos pesqueros o de preservación del medio marino del Estado ribereño tanto en su MT como en su ZEE y PC.

En cuanto al régimen jurídico del derecho de persecución, tanto el DI general como el convencional en el que España es parte autorizan a ejercerlo cuando haya "motivos fundados" para creer que un buque extranjero ha cometido una infracción a las "leyes y reglamentos" del Estado ribereño (art. 23 del Convenio de 1958 sobre el AM, seguido por el art. 111 de la Convención de 1982). Este derecho, bien consolidado en el DI (65) y reglamentado con cierto detalle, se somete a las siguientes condiciones:

(a) que se inicie la persecución cuando el buque o sus lanchas se encuentren en las AI, MT o ZC del Estado ribereño (arts. 23.1 del Convenio de 1958 y 111.1 de la Convención de 1982), si bien la Convención de 1982 ha extendido también el derecho de persecución

"a las infracciones que se cometan en la zona económica exclusiva o sobre la plataforma continental, incluidas las zonas de seguridad en torno a las instalaciones de la plataforma continental, respecto a las leyes y reglamentos del Estado ribereño"

que sean aplicables en dichos espacios conforme a esta Convención (art. 111.2) (66);

(b) que se realice por buques de guerra, aeronaves militares o barcos afectos a un servicio público y especialmente autorizados para ello (arts. 23.4 del Convenio de 1958 y 111.5 de la Convención de 1982);

(65) Ver, en este sentido, el art. 9 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (BOE de 24 de abril de 1992), que reza así: "Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a las reglas de Derecho internacional relativas a la competencia que tienen los Estados para investigar [e.g., derecho de vista] o ejercer su jurisdicción [e.g., derecho de persecución] a bordo de buques que no enarbolan su pabellón". En relación con los arts. 3, 4 y 6 del mismo Convenio.

(66) Como hemos apuntado *supra*, esta ampliación del derecho de persecución tiene también valor consuetudinario, de forma que crea derechos y obligaciones para España aunque no haya ratificado la Convención de 1982, que ya ha entrado en vigor.

(c) que la persecución comience después de haberse dado una señal visual o auditiva desde una distancia que permita al buque perseguido verla u oírla (arts. 23.3 del Convenio de 1958 y 111.4 de la Convención de 1982);

(d) que sea ininterrumpida desde que se inicie en las AI, MT o ZC, para poder continuarse en el AM (arts. 23.1 del Convenio de 1958 y 111.1 de la Convención de 1982); y

(e) que cese cuando el barco perseguido penetre en el MT del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado (arts. 23.2 del Convenio de 1958 y 111.3 de la Convención de 1982).

En relación con este régimen jurídico, si obviamos algunas interpretaciones discutibles sobre aspectos menores, las aportaciones de nuestra jurisprudencia versan sobre los siguientes temas. En primer lugar, en cuanto al requisito de la posición que ocupen los buques y lanchas al iniciarse la persecución, nuestra jurisprudencia ha hecho una correcta interpretación de la noción del *trabajo en equipo*, ya prevista en el tan citado art. 23, cuyo pár. 3º advierte que

"la persecución no se considerará comenzada hasta que el buque perseguidor haya comprobado por los medios prácticos de que disponga que *el buque perseguido o una de sus lanchas u otras embarcaciones que trabajen en equipo utilizando el buque perseguido como buque madrina* se encuentran dentro de los límites del mar territorial o, si es del caso, en la zona contigua" (67).

Nuestro TS entiende acertadamente que no existen

"razones suasorias para distinguir la hipótesis de lanchas autopropulsadas que formando establemente flota con el llamado buque madrina... traspasan el límite de las aguas jurisdiccionales, de aquella en que buques o lanchas de porte menor procedentes de tierra acuden a proveerse al buque madrina de acuerdo con un plan de conjunto diseñado y coordinado en tiempos y espacio, pues en ambos supuestos las embarcaciones 'trabajan en equipo utilizando un buque madrina' para abastecerse de los géneros o efectos, presupuesto del derecho de persecución..." (68).

(67) El subrayado es nuestro.

(68) Considerando tercero de la STS de 20 de noviembre de 1987.

En virtud de lo expuesto, el TS aplica coherentemente el *principio de unidad de acción* para determinar sobre qué barcos puede ejercerse lícitamente el derecho de persecución, que no serán otros que *todos* los que participan en la operación de contrabando, con independencia de la relación formal que exista entre ellos. En palabras del TS,

"el peso de la ley penal española debe caer sobre la operación urdida en su conjunto, pues el derecho de persecución continuada -cuyos presupuestos se han cumplido en este caso- si ha de tener alguna virtualidad a efectos prácticos es sometiendo al buque madrina y al buque auxiliar, implicados en una operación de transbordo de efectos estancados, a la ley penal territorial" (69).

Más concretamente, con motivo de otro caso de contrabando en las rías gallegas llevado a cabo con la técnica habitual (una operación en la que participaban un buque madrina anclado fuera de nuestro MT y un conjunto de lanchas planeadoras procedentes de la costa que se aproximaban al buque madrina para recibir la mercancía y transportarla luego a tierra), el TS se reafirmó en el *principio de unidad de acción* en los siguientes términos:

"...el [buque] de la Armada española procedió correctamente y con arreglo a derecho [al perseguir y apresar al buque madrina], sin que constituya el menor óbice para entenderlo así el que las lanchas planeadoras que entraron en aguas jurisdiccionales perteneciesen o no a la dotación del llamado buque 'nodriza', ya que, como con anterioridad ha declarado esta Sala, cometido el ilícito o la infracción, ya sea penal o administrativa, para cuya realización tuvo que mediar, inexorablemente, un previo acuerdo entre los tripulantes de las lanchas planeadoras y los del buque 'madrina' o entre aquellos por cuya cuenta o encargo obraban unos y otros, cuyo acuerdo seguido de los actos ejecutivos establece entre ellos un vínculo de solidaridad que los convierte en partícipes de la infracción, es totalmente irrelevante que las lanchas que sirvieron de puente perteneciesen a la propia dotación o equipo del buque 'nodriza' o procediesen de tierra y fueren ajenas a él" (70).

(69) Considerando cuarto de la STS de 20 de noviembre de 1987.

(70) Ver STS (Sala 2ª) de 28 de febrero de 1989, en *RAJ*, 1989, núm. 1.688; comentario de C. ESCOBAR HERNÁNDEZ en *REDI*, vol. XLII (1990), pp. 214-218. La cita es del considerando undécimo.

La aplicación de este *principio* es, desde luego, más rigurosa que la ficción de la *presencia constructiva* del buque madrina en nuestras "aguas jurisdiccionales", que introduce en nuestro ordenamiento la citada Ley de Contrabando y que puede crear confusiones en la determinación de la aplicación de nuestra ley penal en la materia. Basta, en suma, que las lanchas entren en nuestro MT o ZC introduciendo mercancía de contrabando para que se entienda producido el transbordo dentro de nuestras aguas y sea de aplicación la ley penal española a todos y cada uno de los buques y embarcaciones que participen en el acto ilícito.

En segundo lugar, en cuanto a las naves y aeronaves estatales autorizadas para ejercitar el derecho de persecución y las cualidades de tal persecución, nuestro TS acepta la *acción conjunta de varios buques perseguidores*, resolviendo correctamente el dilema sobre si los convenios que nos ocupan prevén sólo la posibilidad de una persecución sucesiva por parte de distintos buques o también una persecución simultánea y conjunta por parte de diferentes buques. El recurso frecuente al *trabajo en equipo* para la comisión de actos ilícitos en nuestros espacios marítimos justificaría de por sí una persecución de similar naturaleza; además, esta interpretación hace más eficaz la represión del delito de contrabando por vía marítima.

El Gobierno español ha adoptado, por supuesto, otras medidas para combatir el contrabando por vía marítima. El Real Decreto 1119/1989, de 15 de septiembre (*BOE* de 19 de septiembre), por el que se regula el tráfico de embarcaciones especiales de alta velocidad en las aguas marítimas españolas, se ha justificado por la necesaria aplicación de convenios internacionales sobre seguridad de la navegación en los que España es parte, y por la citada Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que dispone el uso libre, público y gratuito de nuestro dominio público marítimo-terrestre siempre que dicho uso se realice de acuerdo con la legislación aplicable. En su virtud, el citado Real Decreto establece un estricto control en nuestros puertos de las embarcaciones especiales de alta velocidad susceptibles de ser empleadas en actividades ilícitas gracias a su potencia y velocidad, como ha venido ocurriendo en las rías gallegas donde han sido utilizadas para introducir gran cantidad de estupefacientes en nuestro país.

Por otra parte, el establecimiento de un MT de doce millas por la citada Ley 10/1977, de 4 de enero, dejó sin efecto el Decreto

3281/1968, de 26 de diciembre, que fijaba con fines fiscales una zona de aguas jurisdiccionales de doce millas. Por tanto, era oportuno que España instaurara una ZC de doce millas para completar la anchura de veinticuatro millas de MT y ZC que hoy autoriza el DI, con el fin de contribuir más eficazmente a la represión del contrabando, tal y como han hecho otros Estados de nuestro entorno (71). Aunque tardíamente, así se ha hecho por la citada Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, cuyo art. 7.1 incluye la ZC dentro de las aguas bajo soberanía o jurisdicción española, conforme explicamos *supra* (72).

c) *El derecho de visita.*

El llamado *derecho de visita*, otra limitación clásica a la libertad de navegación por el AM, podría conocer un resurgimiento, tras su ya lejano uso en la represión de la trata de esclavos, como un excelente medio de lucha contra otra práctica odiosa, el *tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*.

El *derecho de visita* se realizaba en AM por buques de guerra siempre que hubiera motivos fundados para creer que un buque mercante se dedicaba a alguna práctica odiosa contraria al Derecho de Gentes, como la piratería o la trata de esclavos (73); y solía ser un paso previo imprescindible del derecho de apresamiento (74).

Es cierto que el art. 108 de la Convención de 1982 sólo propone que todos los Estados cooperen para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes en AM y que un Estado puede solicitar ayuda de otros para poner fin a este tráfico cuando lo realicen buques de su propio pabellón. Ahora bien, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (75), además de ratificar la disposición del art. 108 de la Conven-

(71) Caso de Francia, por Ley núm. 87/1157, de 31 de diciembre de 1987, relativa a la lucha contra el tráfico de estupefacientes: ver J.P. QUENEUDEC, "Chronique de Droit de la Mer", en A.F.D.I., vol. XXXIII (1987), 639-646, pp. 645-646.

(72) En I, 2 ("Práctica española").

(73) Ver su regulación en el art. 110 de la Convención de 1982.

(74) Ver su regulación en los arts. 105 a 107 de la Convención de 1982.

(75) Hecha en Viena el 29 de diciembre de 1988, en vigor desde el 11 de noviembre de 1990, y de la que España es parte (BOE de 10 de noviembre de 1990).

ción de 1982 en su art. 17.1 y 2, desarrolla progresivamente la regulación de la represión en AM de este tráfico odioso al añadir lo siguiente en su párrafo 3º:

"Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave."

El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente a abordar la nave e inspeccionarla o visitarla no sólo por buques o aeronaves de guerra sino por cualquier buque o aeronave al servicio del Estado, y

"si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo" (76).

Aunque la fórmula empleada es imprecisa ("medidas adecuadas") y la Convención guarda silencio sobre el posible apresamiento de la nave si se hallaran pruebas que la implicaran en el tráfico ilícito, lo que se explica por la vigencia del principio tradicional de la competencia exclusiva del Estado del pabellón en el AM, el art. 17.9 prevé la concertación de acuerdos regionales para poner en práctica y hacer eficaces las disposiciones del art. 17, mejorando así la cooperación internacional contra el tráfico ilícito de estupefacientes.

B. *Exclusividad de la competencia territorial.*

La jurisprudencia internacional ha reiterado que la *exclusividad* de la soberanía territorial significa que *no se permite en el territorio de un Estado el ejercicio de competencias territoriales por parte de otro Estado, salvo que medie el consentimiento del primero*. El Estado soberano territorial monopoliza así el poder legislativo, ejecutivo y judicial sobre las personas y los bienes que se encuentran dentro de su territorio. En la Sentencia arbitral de 4 de abril de

(76) Ver art. 17.4 de la citada Convención.

1928 en el *Caso de la Isla de Palmas*, el juez Max HUBER sostuvo que:

"La independencia respecto de una porción del globo es el derecho de ejercer en él, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones propias de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados durante los últimos siglos y, como corolario, el desarrollo del Derecho internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto a su propio territorio, de tal manera que se hace de él punto de partida para solucionar la mayoría de las cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales" (77).

Pero la nota de la *exclusividad* de la soberanía territorial no comporta sólo este aspecto excluyente o negativo. El propio árbitro Max HUBER apuntó ya la conveniencia de un equilibrio entre los derechos y las obligaciones del Estado soberano territorial:

"Este derecho tiene, como corolario, un deber; la obligación de proteger dentro de su territorio los derechos de los otros Estados, en particular el derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, junto a los derechos que los otros Estados pueden reclamar para sus nacionales en territorio extranjero... La soberanía territorial no puede reducirse a sus aspectos negativos, es decir, a excluir la actividad de los otros Estados..." (78).

Esta doctrina la reiteró el TIJ en su Sentencia en el *Caso del Estrecho de Corfú*, al sentar que la exclusividad de los poderes del ribereño sobre su MT va inevitablemente acompañada de similares deberes, afirmando

"la obligación que tiene todo Estado de no permitir la utilización de su territorio a los fines de realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados" (79).

También se derivan obligaciones internacionales para un Estado del mero control *de facto* sobre un territorio, al margen de su legalidad o ilegalidad; así lo ha afirmado el TIJ en su Dictamen de 1971 sobre *Namibia*:

(77) NACIONES UNIDAS, *Recueil des Sentences Arbitrales (R.S.A.)*, vol. II, p. 838.

(78) *Ibid.*, p. 839.

(79) CIJ, *Recueil* 1949, p. 22.

"El hecho de que Sudáfrica no posea ya título jurídico alguno para administrar el Territorio, no le desvincula de sus obligaciones y responsabilidades internacionales con otros Estados respecto al ejercicio de sus poderes en relación a ese Territorio. El control físico de un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título, es el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afectan a otros Estados" (80).

En este sentido, la STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 1985 (81) ha suscitado y resuelto correctamente estos temas en nuestra jurisprudencia, en concreto el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración por hechos acaecidos en el ámbito de nuestra soberanía. Los demandantes reclamaban al Estado español una indemnización por daños y perjuicios causados por un acto terrorista a un buque extranjero surto en puerto español; el mercante francés *Monthery*, atracado en el puerto de Pasajes el 24 de junio de 1979, se hundió a consecuencia de las explosiones provocadas por un atentado terrorista. Nuestro TS estimó improcedente la reclamación. No se cuestionaba, naturalmente, el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (82). La sentencia centra oportunamente el objeto del litigio:

(80) Dictamen de 21 de junio de 1971 sobre "Las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste Africano) pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad": CIJ, *Recueil* 1971, p. 54, pár. 118.

(81) Ver *RAJ*, 1985, núm. 5.587; comentario de N. TORRES UGENA en *REDI*, vol. XL (1988), pp. 191-193. Cf. también el comentario de M. Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XXXV (1983), pp. 137-142, a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 12 de febrero 1981, donde se planteaba la responsabilidad de la Administración española en el orden interno por actos administrativos con relevancia internacional (una errónea "autorización" de la Comandancia de Marina de Oviedo para que un pesquero español faenara en aguas de la ZEE francesa, que no impidió su apresamiento y la multa consiguiente).

(82) Ya establecido en el art. 40 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, aplicable a este caso, que sentaba el derecho de los particulares "a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

Este principio se ha desarrollado en el Título X (en particular, su art. 139) de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* de 27 de noviembre; correcciones de errores de 28 de diciembre y 27 de enero de 1993).

"en delimitar el alcance de la función de policía y vigilancia que incumbe al organismo rector del puerto dentro del recinto portuario, respecto de personas y cosas, entre las que cabe incluir los buques atracados a muelle, para resguardarles de actos de terceras personas que aprovechándose de la posible negligencia en la vigilancia pudieran causar daños, ya que nadie imputa éstos al obrar directo o internacional de la Administración o sus agentes de quienes debe responder" (83).

La Sentencia se conforma, además, al estándar de la debida diligencia exigido por el DI en la prevención y represión de actos de particulares contra las personas y bienes de los extranjeros (84), al argumentar en su considerando tercero que la naturaleza del acto terrorista y los medios de destrucción empleados escapan "a la más atenta vigilancia normal exigible a los celadores encargados de la policía del recinto portuario", porque son hechos que racionalmente "exceden de las normales funciones de policía administrativa, encaminadas a mantener el funcionamiento del puerto".

Por otra parte, al igual que sucede con la nota de la *plenitud*, hay excepciones a la propiedad de la *exclusividad* que también la relativizan. A pesar del derecho que asiste al Estado para excluir la acción de terceros Estados sobre su territorio, el DI ha conocido y sigue conociendo situaciones en virtud de las cuales el Estado *ejerce competencias limitadas o compartidas sobre su propio territorio*, como ocurre en las cesiones de uso (85), o con la presencia de bases militares de un Estado en el territorio de otro Estado (86).

(83) Considerando segundo de la STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 1985.

(84) Ver art. 11 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, que está elaborando la CDI, y su comentario correspondiente: *Anuario CDI*, 1975-II, pp. 76-89.

(85) Es el caso del Tratado Hay-Bunau-Varilla de 18 de noviembre de 1903, entre los Estados Unidos de América y Panamá, por el que se concedió a perpetuidad a Estados Unidos la zona del Canal a estos efectos; y de los Tratados del Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977 (*BOE* de 26 de mayo de 1981), por los que Panamá recobrará el ejercicio de su soberanía sobre el Canal a partir del año 2000 al tiempo que se declara su neutralidad permanente.

(86) Es el caso de España, donde desde 1953 los Estados Unidos de América cuenta con bases militares en nuestro territorio: ver art. 2.2 del vigente Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, Anejos y Canjes de notas anejas al mismo, hecho en Madrid el 1 de diciembre de 1988 (*BOE* de 6 de mayo de 1989), por el que "España concede a los Estados Unidos de América el uso de instalaciones de apoyo y otorga autorizaciones de uso en el territorio, mar territorial y espacio aéreo españoles para

En lo que al Derecho del Mar se refiere, es evidente que un Estado ribereño ejerce sólo facultades o poderes, en fin competencias, de carácter limitado y funcional, ya para prevenir o perseguir las violaciones de su legislación aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que puedan cometerse o se hayan cometido en su propio territorio o en su MT (ese sería el caso de la ZC); ya para prevenir o perseguir igualmente las violaciones de su legislación sobre la exploración, explotación y conservación de los recursos naturales en la PC y ZEE. En otros términos, el ribereño no ejerce su soberanía territorial sobre los espacios recién citados (ZC, PC y ZEE) porque sus competencias en los mismos no gozan de las notas de *plenitud* y *exclusividad*. Veamos a continuación algunos de los problemas que ello plantea en la práctica española.

El art. 5.1 de la Ley española de 1978 sobre la ZEE, ya citada, reconoce a los buques y aeronaves de terceros Estados las libertades de navegación y sobrevuelo, respectivamente, así como el derecho a tender cables submarinos. No obstante, el régimen jurídico en vigor en la ZEE, particularmente la "jurisdicción" del ribereño en todo lo relativo a la "protección y la preservación del medio marino" (87), le otorga facultades para adoptar leyes y reglamentos y para aplicarlos con el fin de salvaguardar los recursos naturales y el medio ambiente de la ZEE, facultades que relativizan en nuestra opinión la libertad de navegación por esas aguas, impidiendo su equiparación con la que rige en el AM.

Así lo viene a reconocer de hecho la Orden Ministerial de 17 de abril de 1991 por la que se regula el fondeo de buques-tanque en "aguas jurisdiccionales" o en la ZEE española (*BOE* de 18 de abril). En efecto, con el fin de evitar los riesgos de contaminación y para la seguridad del tráfico marítimo derivados del fondeo indefinido, incluso por espacio de un mes, en nuestro MT o ZEE, concretamente en la costa sudoeste española, de grandes petroleros, a la espera de recibir órdenes de sus armadores para dirigirse al puer-

objetivos dentro del ámbito... bilateral de este Convenio. Cualquier uso que vaya más allá de estos objetivos exigirá la autorización previa del Gobierno español...".

(87) Ver art. 56.1.b.iii de la Convención de 1982. Aunque insistimos que España no ha ratificado esta Convención, la institución de la ZEE regulada en la misma es mera expresión del DI general hoy vigente y obliga, por tanto, a España.

to donde mejor cotizara su carga, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes promulgó con urgencia una normativa muy severa y sobre todo onerosa para los armadores, exigiéndoles para obtener la autorización previa del fondeo por parte de la Dirección General de la Marina Mercante, además de otras obligaciones de marcado carácter técnico (88), que cada buque fondeado contrate un remolcador con potencia mínima de 6.000 HP que se mantendrá a su disposición mientras dure el fondeo. De esta forma, las aguas del Golfo de Cádiz dejaron de usarse inmediatamente como fondeadero, cuando apenas unos días antes de la entrada en vigor de la O.M. fondeaban en esas aguas seis petroleros, tres de ellos con pabellón de complacencia, que cargaban en sus tanques más de 1.600.000 toneladas de crudo.

Es cierto que esta acción disuasoria para la mejor protección de nuestros espacios marítimos se ha visto empañada por una técnica legislativa muy tosca, que ha llevado de nuevo al uso de términos que creíamos desterrados de nuestra práctica legislativa, como el de "aguas jurisdiccionales" para referirse a nuestro MT; a la previsión de medidas de ejecución o sanciones vacías de contenido u obsoletas, si se revisa la legislación vigente a la que remite dicha O.M. (89), y de dudosa conformidad con el DI del Mar vigente; y a la insólita urgencia de su aplicación, pues la O.M. entró en vigor el mismo día de su publicación en el *BOE*, a pesar de que sus exigencias eran de imposible cumplimiento en un plazo de tiempo instantáneo (90).

Pero no podemos compartir la opinión de que España carece de competencias en su ZEE, de acuerdo con los arts. 56.2 y 58 de la Convención de 1982, para exigir el cumplimiento de las normas

(88) Como la comprobación y registro exhaustivos en el diario de navegación de la posición del buque, las guardias de puente y máquinas, y la prohibición de cualquier trasiego de la carga, limpieza de tanques o trabajos de reparación sin autorización de la Administración española.

(89) Ver disposición sexta de la O.M., por la que "el buque-tanque que incumpla cualquiera de los requisitos y obligaciones señalados... no podrá continuar en la situación de fondeado, debiendo partir de inmediato hacia alta mar, sin perjuicio de la sanción en que pudiera incurrir de acuerdo con la legislación vigente".

(90) Ver a este respecto la nota de M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA sobre "La Orden de 17 de abril de 1991 por la que se regula el fondeo de buques-tanque en aguas jurisdiccionales o en la zona económica exclusiva española", en *REDI*, vol. XLII (1991), pp. 265-268.

recién comentadas, con los matices y correcciones que acabamos de añadir. Entendemos que el ribereño tiene derecho a exigir que la navegación de los buques de otros Estados por su ZEE se someta a ciertas reglas y control, con el fin de prevenir que perturbe o perjudique gravemente sus derechos sobre la exploración, explotación y conservación de los recursos naturales de dicha zona. Es evidente que la situación que pretendía remediar la citada O.M. no respondía a un uso razonable del derecho de libre navegación de los buques mercantes por la ZEE y justificaba su corrección (91), tal y como se produjo sin ninguna protesta de otros Estados. Si bien el régimen de libertad de comunicaciones en la ZEE no difiere en líneas generales del relativo al AM y, en efecto, el art. 58 de la Convención de 1982 hace una remisión expresa al régimen de libertades del AM, no es menos verdad que el art. 73 de la Convención de 1982 otorga al ribereño la potestad de adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir sus leyes y reglamentos en la ZEE, que pueden llegar al ejercicio del derecho de visita, inspección y apresamiento, así como a la iniciación de procedimientos judiciales, medidas todas ellas incompatibles con el régimen propio del AM (92). En conclusión, la O.M. que nos ocupa parece mantener un razonable equilibrio entre las competencias funcionales y limitadas

(91) De acuerdo siempre con la letra y el espíritu del art. 300 (primero de la Parte XVI, dedicada a "Disposiciones generales") de la Convención de 1982, que se limita a declarar unos principios generales bien establecidos en el DI: "Los Estados Partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho".

(92) En este mismo sentido se pronuncia el art. 112 de la vigente Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, promulgada casi año y medio después de la O.M. de 17 de abril de 1991, dedicado a las medidas de garantía de la navegación marítima y del medio marino:

"En las aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, a los efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación o de prevenir la contaminación del medio marino, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través de las Autoridades Portuarias y Capitanías Marítimas podrá visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, iniciar procedimientos judiciales y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques que vulneren o puedan vulnerar dichos bienes jurídicos.

Estas medidas podrán adoptarse sin perjuicio de las que, al efecto, puedan decidir otros organismos o Administraciones Públicas competentes en materia de preservación del medio marino".

del ribereño en su ZEE y la libertad de comunicaciones que también impera en la misma.

Por otra parte, España ha sufrido, como potencia pesquera, la interpretación no ya rigurosa sino exagerada e incorrecta de las disposiciones de la Convención de 1982 sobre la ZEE. El art. 56.1.c de dicha Convención afirma ambigüamente que los ribereños gozan en la ZEE de "otros derechos y deberes previstos en esta Convención"; parece obvio que si se aceptan los derechos del ribereño en todo lo relativo a la exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos de la ZEE (art. 56.1.a de la Convención), habrá que reconocer en su favor una serie de derechos que son corolario de los citados. Nos referimos, naturalmente, a la reglamentación de la pesca en la ZEE y a la represión de las infracciones contra la misma. No es extraño, pues, que el ya citado art. 73 contemple la adopción por el Estado ribereño de las medidas necesarias, "incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales", para garantizar el respeto de sus leyes y reglamentos *ad hoc*. Se configura, así, una verdadera potestad sancionadora de carácter administrativo en favor del Estado ribereño (93).

Pero, de acuerdo con el propio tenor literal del art. 73.1 de la Convención de 1982, no puede admitirse la licitud del uso de la fuerza en aguas de la ZEE para lograr la aplicación de las normas del ribereño en materia pesquera. La práctica internacional prueba la naturaleza excepcional en el tiempo y restringida en su alcance de esos actos de fuerza. Son, generalmente, circunstancias políticas peculiares las que explican en cierto contexto, como las crisis que han sufrido el Sudeste asiático o el Atlántico sur (por el conflicto de las Malvinas), la violación coyuntural por parte del ribereño de la prohibición del uso de la fuerza armada al ejercitar sus derechos en la ZEE respectiva (94).

(93) Cf., por ejemplo, la práctica iberoamericana a este respecto en F. ORREGO VICUNA, "La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en el derecho y la práctica de América Latina", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (1993), 337-376, pp. 352-357 y 360.

(94) T. CHILD, "Enforcement of 200 Mile Exclusive Economic Zone Claims over Living Marine Resources in Southeast Asia", en Th. A. CLINGAN Jr. (ed.), *Law of the Sea: State Practice in Zones of Special Jurisdiction*, Honolulu 1982, 438-464, pp. 444-445; y L. LUCCHINI, "Les opérations militaires en mer en temps de paix", en *R.G.D.I.P.*, t. 88 (1984), 9-45, pp. 15-17.

Los Estados afectados por esos actos de fuerza han reaccionado presentando protestas y exigiendo la responsabilidad internacional derivada de los mismos. Por citar un precedente del que ha sido partícipe España, en marzo de 1984 los pesqueros *Valle de Atxondo* y *Burgoamendi* opusieron resistencia a su apresamiento por la Marina francesa cuando faenaban sin licencia en la ZEE de ese Estado; fueron cañoneados tras varias horas de persecución y los consabidos disparos de advertencia, resultando heridos nueve tripulantes. El argumento principal de las enérgicas protestas españolas fue que no es lícito el uso de la fuerza armada, tanto en el Derecho interno como en el DI, para sancionar una infracción administrativa, dada la evidente desproporción con la naturaleza y gravedad de la infracción y a causa del peligro que entraña para la vida y seguridad de las personas. El arreglo diplomático de esta diferencia se alcanzó en marzo de 1986, al acceder el Gobierno francés al pago de una indemnización *ex gratia* de setenta millones de pesetas por los daños personales causados, salvando ambos Gobiernos sus posiciones jurídicas sobre el asunto (95).

Los tribunales españoles (96) han adoptado la misma posición que la Administración cuando han tenido ocasión de pronunciarse sobre las facultades de ejecución del Estado ribereño en materia de pesquerías, al estimar que la presunta relación de causalidad entre la conducta infractora del pesquero español *Sonia*, que en 1984 huyó al ser sorprendido con mal tiempo por una patrullera irlandesa cuando navegaba dentro de las 200 millas de su ZEE, y el daño o perjuicio sufrido por el pesquero (su hundimiento, tras ser reiteradamente ametrallado con fuego real por la patrullera), además del riesgo corrido por su tripulación, faltaba a la proporción debida en las cosas (*in rem*) que se exige exista en cualquier relación de este tipo, dada la reacción desproporcionada, innecesaria y peligrosa de la patrullera irlandesa, "fuera de toda reacción normal dentro de los principios de Derecho Internacional" según manifestaba el informe

(95) M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, "Incidentes pesqueros y recurso a la fuerza. Estudio del apresamiento de buques pesqueros como medida de ejecución en el régimen internacional de pesquerías", en *REDI*, vol. XLI (1989), 7-41, pp. 29-37.

(96) Ver STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1989, en *La Ley*, 29 de enero 1989, núm. 10.453; comentario de M. Paz ANDRÉS en *REDI*, vol. XLII (1990), pp. 219-222.

evacuado por el Ministerio de Asuntos Exteriores español que figuraba en los autos y que la sentencia hizo suyo. En definitiva, el uso ilegal de la fuerza contra el pesquero determinó la decisión del TS que obligaba a indemnizar a la propietaria del buque por parte de la compañía aseguradora, rechazando las alegaciones de ésta de que el hundimiento del barco lo provocó su capitán por faenar sin licencia en la ZEE irlandesa y no obedecer las órdenes de la patrullera, de modo que el riesgo producido debía estar excluido de la cobertura de la correspondiente póliza.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. La práctica española respeta y sigue sustancialmente el DI en vigor sobre la competencia territorial del Estado, particularmente en relación con el Derecho del Mar. Las disfunciones apreciadas, por ejemplo, en el tratamiento jurisprudencial dado al territorio no autónomo del Sahara Occidental son producto y secuela de circunstancias políticas que ya son historia.

2. No obstante, convendría cuidar más la técnica legislativa en esta materia, que puede inducir a confusión y errores a la propia jurisprudencia.

3. Se aprecia en la última década un loable esfuerzo de nuestra jurisprudencia por adaptarse a las exigencias del ordenamiento internacional en la materia.

CRISIS DE LA LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AEREO

Enrique MAPELLI
Miembro del I.H.L.A.D.I.

1.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El día 12 de octubre de 1929 se firma en la ciudad de Varsovia el llamado oficialmente "Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional", abreviada y comúnmente conocido por "Convenio de Varsovia 1929" (1). A partir de su firma el 12 de octubre de 1929 y con posterioridad a la fecha establecida para ello que finaliza el 3 de enero de 1930 y una vez producida su entrada en vigor después de haber sido ratificado por cinco Estados, el Convenio quedó abierto para la adhesión de todos los Estados (2).

Prescindiendo de la fragmentación que, por medio de los diversos Protocolos que sucesivamente han modificado el texto original del Convenio, puede decirse que se trata de un pacto internacional cuya aceptación ha sido muy considerable, tanto por los Estados que inicialmente lo ratificaron como por los muy numerosos que, con posterioridad, fueron adhiriéndose a su texto.

El Convenio de Varsovia respecto de su inicial redacción de 1929 ha sido objeto de diversas modificaciones a las que aludiremos más adelante. Su estructura no ha sido alterada y después de definir lo que es "trans-

(1) El Convenio fué firmado inicialmente por los Plenipotenciarios de Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca e Islandia, Egipto, España, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña e Irlanda, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Suecia, Suiza, U.R.S.S., Venezuela, Yugoslavia.

(2) España lo ratificó el mismo día 31 de enero de 1930, siendo publicado en la "Gaceta de Madrid" del día 21 de agosto de 1931.

porte internacional” se refiere a los títulos de transporte, a la responsabilidad del porteador, a los transportes combinados y a diversas disposiciones finales y de estilo (3). Su contenido es, pues, muy variado, aunque siempre con el propósito de unificar “ciertas”, es decir no todas, de las reglas que se refieren al transporte aéreo internacional. Estas “ciertas” reglas son muy diversas, a veces excesivamente minuciosas, y van desde el establecimiento de los requisitos que han de cumplir los billetes de pasaje y cartas de porte aéreo hasta las normas de competencias por las que han de regirse jueces y tribunales, plazos para el ejercicio de acciones e incluso algunos aspectos de índole meramente procesal.

Sin embargo, todo ello, no obstante su importancia, ha de considerarse adjetivo, ya que lo verdaderamente transcendental en el Convenio de Varsovia es lo que se refiere a la responsabilidad del porteador aéreo y, más concretamente, al establecimiento de la limitación de la misma. En efecto, el Convenio de Varsovia se ocupa de unificar la responsabilidad que, derivada del contrato de transporte, puede recaer sobre el transportista, siendo todo lo referente a su limitación el problema medular sobre el que ha girado la doctrina tanto científica como jurisprudencial, durante los muchos años que ya cuenta de vigencia la Convención, vigencia que -adelantemos- está muy resquebrajada y que no ha producido la ansiada “unificación” que parece fue el propósito de los padres del Convenio.

Refiriéndose a esta limitación de responsabilidad, dice Rodríguez Jurado (4), en las épocas en que el sistema de responsabilidad aeronáutica se hallaba en la etapa de su elaboración doctrinal, se daba como principal fundamento de esta institución la necesidad de proteger a las empresas de transportes aéreos frente a la gravedad del riesgo aeronáutico y a los importes que como consecuencia de un accidente podría verse obligada a pagar la empresa transportista. Se sostenía, así, que era necesario limitar el monto de la responsabilidad que el transportista debía asumir en el caso de daño que no pudiera amparar en el cumplimiento de las medi-

(3) Según la Real Academia Española (“*Diccionario de la Lengua Española*”, Madrid 1992, p. 644) estilo es la “fórmula de proceder jurídicamente y orden y método de actuar”.

(4) Agustín Rodríguez Jurado. “*Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico*”. Buenos Aires 1986. p. 243.

das de debida diligencia o de exoneraciones que fueran aplicables al supuesto correspondiente.

Al tal efecto, el Convenio de Varsovia (5) en su artículo 22, al fijar la cuantía de la indemnización que pudiera corresponder a cargo del transportista, determina que la misma “se limitará” a la suma que en el precepto se establece. Este término “se limitará” expresa claramente que la indemnización a pagar no será superior a la cantidad regulada lo que, en algunos casos, no supondrá que el daño causado ha quedado completamente reparado.

Debe tenerse en cuenta, naturalmente, que los límites no son siempre aplicables ya que el propio Convenio establece los casos en que el transportista puede exonerarse de toda responsabilidad, de parte de la misma o, por el contrario, verse privado de la aplicación de los referidos límites y, por consecuencia, responder sin tenerlos en cuenta, según en derecho corresponda.

Desde los primeros momentos en que el Convenio de Varsovia comenzó a ser aplicado, la limitación de responsabilidad ha sido objeto de controversias y críticas. Se argumenta que quien causa un daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a repararlo y que, el desequilibrio jurídico que se produce a causa del incumplimiento del contrato, debe ser restablecido mediante el pago de la indemnización correspondiente.

Un sector cualificado de la doctrina, encabezado por Ferrer, de la Argentina, requiere la revisión del Convenio de Varsovia eliminando los límites de responsabilidad. Para otros autores los límites deben alcanzar cifras lo suficientemente elevadas como para que resulten compensatorias del daño causado. Dice, a tal efecto, el citado Ferrer (6): es evidente que la Convención de Varsovia arrastra situaciones que hoy no se dan, y sigue

(5) El texto de este Convenio además de en la *Gaceta de Madrid* citada en nota anterior y de otras colecciones legislativas puede encontrarse en el libro “*Legislación Aérea*”, Editorial TECNOS, 4ª edición, Madrid 1993.

(6) Manuel Augusto Ferrer, “Estudio de la posible revisión de la Convención de Varsovia de 1929 modificada por el Protocolo de La Haya de 1955”, en *Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial*, Buenos Aires 1970, p. 486.

legislando en esta época con criterios de los años 30 cuando viajar en avión significaba poco menos que una aventura. Concretamente nos referimos -añade- a la regulación de la responsabilidad que aparece limitada. No voluntariamente, sino que por imperio del contrato de adhesión que el boleto importa.

La unificación pretendida por el Convenio de Varsovia de 1929 se fragmenta y llega a producir su auténtica crisis a causa precisamente de los límites de responsabilidad. No se afronta decididamente la supresión de los mismos más se pretende su elevación y ésta no es generalmente aceptada dando lugar a la situación presente respecto de la que bien pudiera opinarse que se encuentra muy distante de obedecer a unos criterios unificados.

Debe tenerse muy en cuenta que la limitación de responsabilidad no es privativa del transporte aéreo internacional que es el regulado por el Convenio de Varsovia. Se aplica no sólo a los transportes aéreos de cabotaje o internos, sino a otros medios de transporte como son el marítimo y el terrestre, aunque no siempre referido al transporte de personas, según hace el Convenio de Varsovia. En cuanto al transporte de mercancías la limitación de responsabilidad se encuentra generalizada (7).

2.- FRAGMENTACION DEL CONVENIO DE VARSOVIA

La actual crisis del Convenio de Varsovia que bien pudiera ser denominado de crisis profunda o de profunda crisis, ha venido a ser originada a través del proceso de fragmentación producido a través del más de medio siglo que lleva en vigor cuya fragmentación ha dado al traste con la unificación que fué el norte inspirador de sus redactores.

El Convenio de Varsovia establece sus límites de responsabilidad cifrados en un módulo que usualmente se ha denominado "franco oro Poincaré". Este módulo ha sido también incluido en otras convenciones

(7) Puede consultarse la obra de F.J. Sánchez Gamborino, "El contrato de transporte", Madrid 1993 y la de Juan Gómez Calero, "El transporte internacional de mercancías", Madrid 1984.

internacionales con los mismos fines (8) y ha venido resultando de utilidad durante un largo período de tiempo hasta que se suscitaron discrepancias sobre su conversión a las respectivas monedas en curso. El artículo 22, punto 4, del Convenio de Varsovia, dice que las sumas indicadas en el mismo "se considerarán como refiriéndose al franco francés, integrado por sesenta y cinco miligramos y medio de oro con la ley de novecientos milésimas de fino". Y, añade que "podría convertirse en cada moneda nacional en números redondos". Es esta conversión la que habría de plantear las primeras y más graves fisuras en la pretendida unificación que para fijar la responsabilidad del transportista aéreo había conseguido en 1929 el Convenio de Varsovia.

El problema de la conversión de esa unidad monetaria artificial, -dice Tapia Salinas- (9) tan artificial como lo fué el denominado "franco oro Poincaré" que como tal aparece en otros textos jurídicos, ha sido bien debatido en su momento, tanto por la inestabilidad del patrón oro como por su conversión a una moneda nacional, ya que el sistema que parece deducirse a través de una elemental interpretación de hallar el peso total en oro y trasladarlo a la moneda en que debe hacerse el pago según los precios del mercado de dicho metal no es siempre posible ni aceptable en muchos países. En primer lugar, porque la equivalencia oro-moneda nacional está sometida a restricciones gubernamentales o bien alcanza el valor ficticio o político que, en ciertos casos, se tenga establecido. Además de ello se suscita una grave cuestión de interpretación en cuanto en un país exista o haya existido la moneda nacional oro, pues en tal caso la conversión intentaría efectuarse sobre las equivalencias sucesivas de franco-oro moneda nacional oro y ésta a moneda nacional en curso.

Es lo cierto que los problemas planteados en la indicada conversión fueron determinantes de resoluciones judiciales dictadas en países diferentes sobre supuestos iguales y con aplicación de los mismos preceptos del Convenio de Varsovia en los que el monto indemnizatorio alcanzaba

(8) El Protocolo de 19 de noviembre de 1975 que modifica el Convenio de Atenas de 1974 relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, sustituye estos francos por una unidad de cuenta, los Derechos Especiales de Giro, según también se hace para el transporte aéreo, en una modificación al Convenio de Varsovia.

(9) Luis Tapia Salinas "Derecho Aeronáutico", Barcelona 1993, pág. 630.

diferencias notables. El caso más claro para obviar estas diferencias, bien ajenas a la unificación pretendida cuando en 1929 fué firmada en Varsovia la Convención, puede contemplarse en fallos indemnizatorios por pérdidas de equipajes o mercancías, cuyas indemnizaciones límites se regulan según el peso de los respectivos objetos. Para un equipaje o una mercancía de idéntico peso las indemnizaciones eran bien distintas. Con diferencias de notoria importancia según la interpretación que el juzgador diese a los procedimientos establecidos para convertir la unidad de cambio correspondiente del Convenio de Varsovia.

Este problema es, pues, una de las primeras causas productoras de la crisis del Convenio de Varsovia que, añadida a la que se refiere al importe de las indemnizaciones, ha determinado la crisis de la limitación de la responsabilidad en el transporte aéreo.

A las diferencias en cuanto el monto de los límites de responsabilidad, diferencias que distan mucho de haber sido superadas, alude Cosentino (10). De inmediato -dice- se generó una amplia controversia en torno al límite de responsabilidad instaurada, lo que ocupó el centro de atención de algunas iniciativas reformadoras. Los pronunciados desniveles en el poder adquisitivo interno de los Estados impidieron la sanción de una fórmula universal que reflejara valores monetarios equivalentes para el conjunto de la comunidad mundial. El tope indemnizatorio de 125.000 "francos Poincaré" que, de acuerdo con la cotización de aquellos días, correspondía a 8.300 dólares de los Estados Unidos, no fué considerado satisfactorio por los países de mayor desarrollo relativo. Los Estados Unidos de América, Francia y Gran Bretaña, pusieron de relieve que sus regímenes nacionales admitían reparaciones de mayor magnitud y, por tanto, que sus ciudadanos eran objeto de una compensación deficiente en el plano internacional.

Dos fisuras de grave consideración quedan abiertas en la regulación uniforme que el Convenio de Varsovia había pretendido y, hasta cierto punto y por un período de tiempo no escaso, obtenido. De una parte, la que nace de la diversidad económica de los países signatarios del

(10) Eduardo T. Consentino, "*Régimen jurídico del transporte aéreo*" Buenos Aires 1986, p. 150.

Convenio. El desarrollo de una parte de ellos lleva a compensar los daños sufridos por las personas en cifras muy superiores a las establecidas en el Convenio de Varsovia. De ello se deduce que quienes utilizan el medio de transporte aéreo en tráfico internacional se ven compensados en cantidad mucho más reducida que la que le hubiera correspondido en cualquier otro supuesto. Ello determina que estos países pretendan una ampliación importante de los límites de responsabilidad, pretensión que pugna con el parecer de otros Estados que estiman suficiente el monto establecido en 1929.

De otro lado, el hipotético "franco Poincaré", a partir de la liberalización del mercado del oro alcanza muy dispares conversiones a las monedas de curso legal. Ello determina que las cifras indemnizatorias no tengan unidad alguna entre los países signatarios del Convenio. Los jueces y tribunales llegaron a conclusiones económicas muy dispares según el criterio de conversión que utilizan y según el momento en que ello se lleve a cabo.

Incluso se llega a cuestionar, a la vista de las Constituciones que rigen en algunos países, si el establecimiento de los límites indemnizatorios implica o no la vulneración de la igualdad de los ciudadanos ya que éstos, al utilizar el transporte aéreo internacional, ven compensados sus daños y perjuicios de manera desigual, por ser inferior, al aplicarse los límites correspondientes, a la que hubiera correspondido al utilizar otro medio de transporte o en otras circunstancias diferentes (11).

(11) El Tribunal Constitucional de Italia en Resolución de fecha 2 de mayo de 1985 consideró inconstitucionales las leyes que hacían efectivo el Convenio de Varsovia y el Convenio de Varsovia modificada por el Protocolo de La Haya pero sólo en lo referente al artículo 22, que establece los límites de responsabilidad. Los límites de responsabilidad serían justificables solamente si existen garantías suficientes de certidumbre y adecuación para la compensación de los daños. Los límites actuales son inadecuados y no existe certeza de compensación por lo que las autoridades legislativas deberían buscar la solución adecuada aumentando los límites reguladores en el citado precepto del Convenio de Varsovia.

3.- LOS DIVERSOS PROTOCOLOS DEL CONVENIO DE VARSOVIA

La inadecuación de los límites de responsabilidad establecidos en el Convenio de Varsovia de 1929, a la realidad económica de los países más desarrollados en este área, así como la necesidad de sustituir el módulo "franco oro" por otro que no engendrase problemas de conversión a la divisa local, como es el caso de los Derechos Especiales de Giro, determina la necesidad de modificar sus preceptos. Esta actualización del Convenio de Varsovia podría hacerse por dos vías:

a) La redacción de un nuevo tratado internacional mucho más ambicioso que la mera actualización de los dos puntos a los que se ha hecho referencia. Este nuevo tratado sustituiría al Convenio de Varsovia y el hacerse parte en el mismo supondría automáticamente el apartamiento de Varsovia. En el nuevo tratado se regularía, de manera uniforme internacionalmente, todo lo referente al transporte aéreo privado y no sólo lo que a límites de responsabilidad atañe (12).

b) Mantener la vigencia del Convenio de Varsovia de 1929 si bien que, mediante un Protocolo, modificar aquel o aquellos preceptos que se estime oportuno. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que con arreglo al artículo 40 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (punto 5) "Todo Estado que llegue a ser parte en el Tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmienda el Tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente: a) parte en el tratado en su forma enmendada; y b) parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado".

(12) Este sistema fué el preconizado en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre 1944. Su artículo 80 dice: "Cada Estado contratante se compromete tan pronto como entre en vigor el presente Convenio, a notificar la denuncia de la Convención sobre la Reglamentación de la Navegación Aérea suscrita en París el 13 de octubre de 1919, o de la Convención sobre Aviación Comercial suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, si es parte de una u otra. El presente Convenio reemplaza, entre los Estados contratantes, las Convenciones de París y La Habana anteriormente mencionadas".

Considerando las dos posibilidades anotadas precedentemente en relación con la posible modificación del Convenio de Varsovia según su texto de 1929, fué tomada la decisión de hacerlo mediante un Protocolo y referido tan sólo a los puntos más acusadamente necesitados de actualización. Se trataba, pues, de los límites de Varsovia.

Este sistema fué escogido por estimar que, habiendo tenido una muy amplia aceptación el Convenio de Varsovia, tanto en su ratificación como en las posteriores y sucesivas adhesiones, la vigencia del respectivo Protocolo resultaría más amplia que no la de un Convenio nuevo. Además, de ofrecerse a la firma un Convenio nuevo, la vigencia de éste persistiría con la del Convenio de Varsovia y, por ende, quebrantaría la unidad pretendida.

Si contemplamos la realidad del presente momento es lícito opinar que en modo alguno fué salvada la unificación del Convenio de Varsovia ya que ésta ha quedado totalmente quebrada por medio de sus diversos Protocolos, algunos de ellos que ni siquiera han alcanzado vigencia (13).

Consecuencia de la adoptada política de ir elaborando Protocolos al Convenio de Varsovia de 1929 con objeto de actualizarlo y, por consecuencia, abandonar el propósito de sustituirlo íntegramente por una nueva Convención es el panorama actual siguiente:

a) Estados que, habiendo ratificado o habiéndose adherido al Convenio de Varsovia de 1929, no se han hecho parte de ninguna de los Protocolos que lo modifican.

(13) Federico Videla Escalada (vid: *Manual de Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires 1979, p. 614) opinaba que poco tiempo después de sancionado el Convenio de Varsovia comenzó a manifestarse un movimiento tendente a modificarlo. La limitación de responsabilidad, especialmente la fijación de los topes máximos, fué el tema fundamental que impulsó la marcha hacia la reforma del texto de 1929, en momentos en que comenzaba una extraordinaria transformación del transporte aéreo. Como lógica consecuencia del modo como se había desarrollado el proceso de reforma, el Protocolo de La Haya duplicó la indemnización máxima para pasajeros, que llevó a 200.000 francos, reforma que ha sido calificada de fundamental, calificación razonable ya que la elevación sancionada fué motivo básico para permitir la supervivencia del régimen de Varsovia. Esta supervivencia -añadimos a lo dicho por Videla- a lo largo fué bien precaria y en la actualidad casi inexistente.

b) Estados que han modificado el Convenio de Varsovia mediante Protocolo suscrito en La Haya el 28 de septiembre de 1955 (14).

c) Situación Especial de los Estados Unidos de Norteamérica a consecuencia del Acuerdo firmado en Montreal el 4 de mayo de 1966 suscrito entre la Administración de aquel Estado y las compañías aéreas que mantienen operación con el mismo, Lena Paz (15) nos explica que como consecuencia del anuncio formulado por el Gobierno de los Estados Unidos en el sentido de denunciar el Convenio de Varsovia por estimar que los límites de responsabilidad del transportador de personas establecido en el Convenio eran sumamente bajos, se buscaron soluciones tendientes a obtener el retiro de la denuncia, la que tendría efectos a partir del 15 de abril de 1966. Ante la proximidad de la fecha en que la denuncia del Convenio por los Estados Unidos entrará en vigor, con la consiguiente ruptura de la regulación jurídica uniforme del transporte aéreo internacional, las empresas de aviación agrupadas en la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA) suscribieron acuerdo en Montreal el 4 de mayo de 1966 por el cual todo transportador que en virtud del respectivo contrato realizara un transporte aéreo internacional con partida, destino o escala en los Estados Unidos respondería en caso de muerte o lesiones a un pasajero hasta la cantidad de 75.000 dólares incluyendo honorarios y costas judiciales y de 58.000 dólares excluidos éstos, por persona. Por el mismo Acuerdo se estableció asimismo que en dichos casos, el porteador no se ampararía en las defensas contempladas en el artículo 20 del Convenio de Varsovia-La Haya según el cual el transportista no responde si prueba que él y sus dependientes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o les fué imposible adoptarlas (16).

(14) Este Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 1963. España se adhirió al mismo el 6 de diciembre de 1966 y su texto fué publicado en el *Boletín Oficial del Estado* n° 133 correspondiente al día 8 de junio de 1973.

(15) Vid: Juan A. Lena Paz, *Compendio de Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires 1987, p. 218.

(16) Conviene advertir que, a pesar de este Acuerdo pueden registrarse no pocas Sentencias judiciales dictadas en los EE.UU. en las que se conceden indemnizaciones muy superiores a las en él establecidas, en base -casi siempre forzada- a las circunstancias que, según el Convenio de Varsovia, el porteador deja de protegerse en los límites de responsabilidad.

Este Acuerdo suscrito entre la Administración de los Estados Unidos y las compañías aéreas supone una primera grieta en la unificación pretendida por el Convenio de Varsovia, ya que dicho Estado no deja de apartarse del mismo en el que sigue siendo parte aunque sin aplicación de los límites que, con carácter general, en él se establecen. Los viajeros a, desde o con escala en los Estados Unidos reciben, en caso de siniestro, un tratamiento diferente a cualesquiera otros en vuelos internacionales (17).

d) Consecuencia del trato especial que el Acuerdo con los Estados Unidos otorga a determinados pasajeros, la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) continuó sus trabajos y el 8 de marzo de 1971 se suscribió en Guatemala un nuevo Procolo modificativo del Convenio de Varsovia. Este instrumento, nunca llegó a alcanzar vigor pero de haberlo alcanzado hubiera supuesto una nueva fragmentación del Convenio de Varsovia. Se simplifican en él los documentos de transporte tanto de personas como de equipaje, se establece un sistema de responsabilidad objetiva para el transporte de personas, se elevan considerablemente los límites de responsabilidad del transportista y se regula la posible implantación de un sistema de responsabilidad complementario para los casos de muerte y lesiones (18).

e) No se obtiene el resultado apetecido con el Protocolo de Guatemala de 1971 y surge la necesidad de sustituir el "franco oro" a que se refiere el Convenio de Varsovia por otro módulo más estable y que no produzca, al ser convertido a monedas nacionales, las diferencias arrojadas por dichos "francos". Son los Derechos Especiales de Giro los que resultan ser los más adecuados para los fines pretendidos. Y a fin de introducirlos

(17) El Acuerdo con los EE.UU. tiene su amparo en el artículo 33 del Convenio de Varsovia, que dice: "Nada en el presente Convenio podrá impedir al porteador rehusar la conclusión de un contrato de transporte ni formular reglamentos que no estén en contradicción con las disposiciones del presente Convenio".

(18) La responsabilidad objetiva que se establece en este Protocolo de Guatemala de 1971, que nunca entró en vigor, se encuentra establecida para el transporte interno en España por la Ley de 21 de julio de 1960. Su artículo 120, dice: "La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto incluso en el de accidente fortuito y aún cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia".

se elaboran los denominados Protocolos de Montreal 1, 2, 3 y 4 todos de fecha 25 de septiembre de 1975 (19).

El Protocolo de Montreal nº 1 modifica el texto original del Convenio de Varsovia de 1929 tan sólo en lo referente a la sustitución de los "francos oro" por los Derechos Especiales de Giro, limitándose pues a obviar los problemas a los que ya hemos hecho referencia respecto de la conversión de la unidad de cuenta establecida en las divisas correspondientes.

El Protocolo de Montreal nº 2 realiza la misma operación en cuanto al texto del Convenio de Varsovia 1929 ya modificado por el Protocolo de La Haya de 1955 lo que supone aceptar las nuevas cifras establecidas en 1955 y que, como es sabido, no fueron aceptadas por los Estados Unidos y fueron causa del Acuerdo de Montreal de 1966.

El Protocolo de Montreal nº 3 supone la modificación del Convenio de Varsovia de 1929 ya modificado en La Haya en 1955 y en Guatemala 1971 lo que supone el cambio de las nuevas cifras indemnizatorias reguladas en 1971 desde los "francos oro" a los "Derechos Especiales de Giro".

El Protocolo de Montreal nº 4 tiene un objetivo mucho más ambicioso ya que no se limita a la alteración de la moneda de cambio sino que, teniendo en cuenta la experiencia del transporte aéreo, con especialidad el de mercancías, recoge una serie de actualizaciones que, sin duda, serán muy útiles al alcanzar vigor, aunque, también hay que tenerlo en cuenta, contribuirían a un más amplio fraccionamiento de la regulación internacional.

A la vista de cuanto queda expuesto, fácil es deducir que la unificación de la que podía decirse que había sido alcanzada en 1929 está muy lejos de concurrir en la actualidad. Del Convenio, de los Protocolos y de los criterios interpretativos que han quedado expuestos puede deducirse una

(19) Agustín Rodríguez Jurado, que redacta un proyecto de "Código Aeronáutico Internacional" (Buenos Aires, 1992, p. 112) al referirse a los Derechos Especiales de Giro, dice: "Estoy convencido de que, pese a todos sus defectos, muchos de los cuales pueden encontrarse también en todas las posibles monedas de cuenta que pudieran utilizarse, la citada es la menos mala de entre todas ellas, y por otra parte es la utilizada actualmente en las más recientes legislaciones internacionales".

serie de convenciones, según los Estados de que se trate, tan numerosas como para que permitan afirmar que esta unificación no existe.

A todo ello habrá que añadir la aplicación de las legislaciones nacionales internas. Estas normas serían las aplicables en los Estados que no son parte en ninguno de los Convenios que han quedado reseñados y ante cuya jurisdicción fué planteado un contencioso. Bauzá Araujo (20) decía en 1964 que "una de las formas más efectivas a la unificación normativa del Derecho Aéreo es la adopción, en la legislación interna, de los principios establecidos en las Convenciones internacionales, independientemente de su ratificación o adhesión. Este sistema -añadía- presenta el inconveniente de no ofrecer garantías de uniformidad, en virtud de dejar en libertad a los Estados para apartarse de dicha norma, al no estar obligados a seguirlas en ausencia de una convención internacional que les conmine a ello".

4.- REGULACION EUROPEA

La Comisión Europea de Aviación Civil (CEAC) ha elaborado una recomendación relativa a responsabilidad de los transportistas aéreos respecto a los pasajeros en la 16ª sesión plenaria que tuvo lugar en Estrasburgo del 22 al 24 de junio de 1994. Pretende un régimen internacional basado en el Convenio de Varsovia de 1929 junto con todos los instrumentos internacionales basados en dicho Convenio y relacionados con el mismo, así como el Acuerdo de Montreal, celebrado entre transportistas en 1966, aunque con límites de responsabilidad muy superiores a los en él establecidos.

La recomendación deberá adoptarse en beneficio de todas las partes que participan en el transporte aéreo internacional independientemente de la nacionalidad del transportista aéreo de que se trate y de la aeronave utilizada, en la medida en que la aeronave tenga un punto de origen, un punto de destino o una escala prevista en el territorio de un Estado miembro de la CEAC.

(20) Vid: "Unificación legislativa, doctrinal, jurisprudencial iberoamericana en Derecho Aéreo" Montevideo 1964, p. 18.

La CEAC, que comprende un número de Estados superior al de la Unión Europea, pretende alcanzar la unificación del Derecho Aeronáutico privado, asimilando a su sistema, que acepta los principios del Convenio de Varsovia, las modificaciones que en 1966 fueron introducidas para los Estados Unidos mediante el Acuerdo de Montreal aunque con aumento muy importante de sus límites. Es de suponer que ello, sin duda, ampliaría el ámbito de este sistema que, además de los Estados Unidos abarcará a los Estados europeos, pero que ello estará muy lejos de la ansiada unificación ya que el monto económico preconizado para reparar los daños está muy lejos, por ser superior, del que hasta ahora han estado dispuestos a aceptar los países de áreas diferentes a Norte América y a Europa.

Además de la elevación de los límites de responsabilidad, la CEAC establece otras condiciones que son onerosas para los transportistas. El pasajero que ha sufrido el daño o las personas a su cargo que tengan derecho a una indemnización, recibirán del transportista una suma global dentro de los diez días siguientes al hecho durante el cual se produjo el daño; la suma global será del 5% del límite de responsabilidad por la lesión producida y hasta de un 10% en caso de muerte. Además, los límites de responsabilidad regulados serán revisados dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor del acuerdo y ulteriormente cada tres años. La indemnización que corresponda será pagada tan pronto como sea posible y a más tardar dentro de los tres meses de presentada la reclamación.

5.- CONCLUSIONES

Desde que en 1929 y en Varsovia el Convenio fué ultimado, éste ha sufrido diversas modificaciones, o intentos de modificaciones por no haber entrado tales proyectos en vigor. En 1955, en La Haya; en 1966, en Montreal, (para los Estados Unidos); en 1971, en Guatemala; en 1975 en Montreal con cuatro posibilidades y ahora en 1994 en Europa, son los hitos modificadores del Convenio de 1929.

Con ser ello muy importante lo es aún mucho más la disparidad de criterios que los Tribunales de los diversos países han seguido en la aplicación de los preceptos correspondientes. Puede decirse, y podrían ser citados ejemplos muy precisos, que, para supuestos idénticos, las indemnizaciones otorgadas han sido completamente dispares.

La muy difundida internacionalidad del transporte aéreo hace que en el mismo estén implicados países de muy diferente nivel económico. La indemnización que para uno puede ser insuficiente con arreglo a sus niveles internos, para otro resulta no sólo desproporcionada sino lesiva para la empresa que deba pagarla o asegurar su pago.

Es cierto que con las normas de la CEAC de 1994 se amplía el ámbito que fue establecido para los Estados Unidos siempre que el monto de Montreal 1966 sea considerablemente aumentado. Ello no sería aceptable en otras áreas geográficas por lo que la unificación parece que definitivamente dejará de existir.

Si avanzamos en nuestro razonamiento y ante la diversidad de sistemas, no es arriesgado decir que la quiebra de Varsovia es completa y que es impropio decir que, en el transporte aéreo, concurren límites uniformes de responsabilidad. El monto propugnado por la CEAC de 250.000 Derechos Especiales de Giro revisables cada tres años es cifra que ya corre pareja con las indemnizaciones que puedan pagarse en supuestos análogos al del siniestro aéreo y que no están sometidas a limitación alguna.

EL DERECHO COMO MEDIO UNIFICADOR DEL MUNDO HISPANO*

Alfredo MARTINEZ MORENO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

España, a la que los hispanoamericanos, orgullosos de nuestra independencia política y de nuestro ancestro indígena, seguimos llamando con respeto Madre Patria, se ha distinguido en la historia del derecho, sobre todo en el Medioevo, por la labor verdaderamente colosal de dos augustos soberanos, cuyos cetros despidieron rayos de luz en los campos de la lengua, de la cultura y de la legislación.

El Siglo XIII hizo su entrada al mundo medioeval de la España eterna con el nacimiento de un monarca de singular valía espiritual, quien no sólo se distinguió por sus triunfos militares en la Reconquista, por sus desarrollos arquitectónicos, pues él puso la primera piedra de las catedrales de Burgos y Toledo y construyó la de León, dando esplendor al arte gótico, y por su límpida fe religiosa, sino también por haber ordenado la traducción al romance castellano del Fuero Juzgo y haber iniciado la preparación del *Septenario*, un código que aspiraba a unificar el caos legislativo existente, en el que numerosos fueros municipales y regionales, con ascendencia jurídica romana y visigótica, imperaban desordenadamente en la Península. Ese rey fue Fernando III, apellidado mercedamente el Santo, por sus virtudes y su piedad.

Pero quien llevó a los confines más elevados la unidad legislativa, a la vez que enalteció al castellano al declararlo, en un decreto memorable, como la única lengua obligatoria en la redacción de los documentos oficiales y notariales del reino, fue su ínclito hijo, Alfonso X, a quien la historia le ha adjudicado con justicia el calificativo de Alfonso el Sabio.

La obra benemérita de este soberano excelso -quien a la vez que cantaba salmos a la Virgen con sus célebres *Cantigas*, productos notables de su estro lírico, y trataba de escribir, asesorado por eruditos cristianos,

* Este trabajo fue presentado como ponencia en el Encuentro de Académicos de la Lengua celebrado en La Rábida (España) en enero de 1994.

judíos y moros, la historia de España y la del mundo- construyó uno de los más grandes monumentos jurídicos de la humanidad: las Siete Partidas, una obra sólo comparable a la labor titánica, de alcances cósmicos, en el campo de la legislación, del Emperador Justiniano en la Antigüedad.

Pero la ingente labor jurídica de Alfonso el Sabio no se limitó, -aunque sí culminó gloriosamente- con las Partidas, sino que su cerebro privilegiado preparó o inspiró otras construcciones legislativas admirables: el Espéculo, el Fuero Real, el Ordenamiento de las Tuffererías, las Leyes para los Adelantados y las Leyes del Estilo.

¿Y en qué se fundó esa hercúlea obra codificadora?

Obviamente, uno de sus antecedentes luminosos lo constituye el *Corpus Iuris Romani*, ese notable conjunto de reglas justas, lógicas y precisas, muchas de ellas de indiscutible validez inmanente, que según Gravina, se ha estudiado integralmente conforme a los períodos de *infancia* (hasta las Doce Tablas), *juventud* (hasta Cicerón), *madurez* (hasta Alejandro Severo) y *vejez* (hasta Justiniano). Algunas de esas épocas, como la de los Emperadores Paganos, fueron tiempos de esplendor, en los que los grandes jurisconsultos -Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Calistrato, entre otras lumbreras del saber y de la equidad- varios de ellos con la facultad del *jus publice respondendi*, emitieron opiniones tan sabias y doctas que constituyeron auténticas fuentes de derecho.

Esas lúcidas opiniones de los jurisconsultos de la Roma imperial tuvieron su mejor eco doctrinal en los Siglos del XI al XIII de la era cristiana, en la célebre Escuela de los Glosadores, que existió principalmente en la ciudad de Boloña, en donde el jurista Pepo, considerado el fundador, fue seguido por el renombrado Irnerio, quien llevó las glosas a las más altas cúspides de la ciencia jurídica, al grado de que a él merecidamente se le llamó "lucerna - iuris" (luz del derecho). Este ilustre glosador, de acuerdo a lo que enseñan los tratadistas y las enciclopedias especializadas, a su vez, tuvo cuatro discípulos eminentes, los doctores Búlgaro, Martín Gossia, Hugo de Alberico y Jacobo de Porta Revennata, a los que él caracterizó, al morir, con el célebre dístico:

"Bulgarus os aureum; Martinus copia legem.

Mens legem est Hugo; Jacobus id quod ego."

Repetimos el dístico en una atrevida traducción:

Búlgaro pico de oro; Martín exuberancia de la ley;

Mente de las leyes es Hugo; Jacobo es lo que yo soy.

Ese tributo a sus discípulos, a la vez casi una decisión testamentaria, hizo que Jacobo -la réplica del maestro- lo sucediera en la dirección de la Escuela, "cuya continuidad quedó asegurada".

Esta Escuela -ello es ampliamente sabido y lo hemos dicho en ocasión anterior- se sirvió de las glosas, que al principio fueron simples notas aclaratorias que el *magister* o el doctor hacía al margen o entre líneas de un texto legal, pero que luego se convirtieron en comentarios eruditos de esos escritos.

Los glosadores examinaron, interpretaron y corrigieron las grandes obras compiladas por Justiniano: la *Digesta*, el *Codex*, la *Instituta* y las *Novellae*, dotando al derecho medioeval de explicaciones y disquisiciones estrictamente jurídicas, apartadas de la influencia doctrinal de las Sagradas Escrituras, que en los tiempos precedentes habían constantemente incidido en el derecho, confundiendo a veces las normas jurídicas con las religiosas.

En las centurias siguientes surgió la Escuela de los Comentaristas o Posglosadores, que aplicando siempre el método exegético, continuó la loable labor investigadora e interpretativa de sus antecesores, pero sin referirse a los textos legales originales, sino especialmente a la Gran Glosa de Acursio, que había alcanzado tal celebridad, que ya no permitía la libre discusión científica de aquellos textos, sino que el esfuerzo se reducía a encontrar el juicio pertinente de los glosadores o a hallar la "communis opinio" en dicha Glosa.

Contra tal práctica forense y docente, que había retrasado el progreso del derecho, pugnaron los más eximios comentaristas: Bártolo, Baldo y Cino, entre otros, cuyo pensamiento luminoso aclaró e interpretó la esencia y los alcances de los documentos legales, pero luego se cayó en los mismos errores del pasado, al comentarse no el cuerpo jurídico romano -válido, lógico, preciso- sino el criterio de los propios posglosadores, especialmente de Bártolo, cuyas explicaciones habían adquirido, como en la Antigüedad la opinión de Papiniano, casi el rango de axiomas o de dogmas, capaces de dirimir cualquier disputa legal.

Sin embargo, la labor augusta, indiscutiblemente benemérita, de los jurisconsultos de Roma, de Boloña y de Sassoferrato, al comentar docta-

mente las grandes obras legales, constituye sin duda un hito significativo en el cultivo y desarrollo del derecho, y por ende, en la historia de la cultura universal.

Casi al mismo tiempo que los Glosadores y anticipándose a los Comentaristas, Alfonso el Sabio preparaba su monumento jurídico, las Siete Partidas, que Donoso Cortés, tan justo como elocuente, consideró una de las tres maravillas del Siglo XIII, al lado de la *Divina Comedia* y de la Catedral de Colonia, olvidándose, eso sí, lo aclaramos en un anterior estudio sobre el sabio monarca, de la *Summa Theologica* de Tomás de Aquino.

Es evidente que no fue únicamente el derecho romano la fundamentación de las Siete Partidas, sino también la influencia del derecho visigótico, especialmente del Código de Eurico, a quien Isidoro de Sevilla "señala, con razón, como el primer legislador visigodo", quien recogió las costumbres de su pueblo. Es interesante citar el "dualismo jurídico", que según Hamilton existía en España, pues el derecho romano "fundaba su sistema de aplicación, en un motivo político: la ciudadanía, el derecho germánico estaba fundado en una raíz de tipo racial". Pero los godos, si bien se regían en España por su derecho racial y ancestral, principalmente consuetudinario, respetaban al pueblo dominado, "que seguía rigiéndose por el derecho propio, en este caso, el romano".

Ahora bien, al romperse la monarquía goda con la invasión árabe, surgieron en España una serie de reinos (Castilla, León, Aragón, Cataluña, Navarra y Vasconia), que tenían cada uno su legislación propia, local, especial, concretada en una serie de fueros municipales, nobiliarios y de otra índole, los cuales a veces contenían normas jurídicas distintas y hasta contradictorias, por lo que el esfuerzo visionario de Fernando el Santo y de Alfonso el Sabio se concretó en unificar la legislación mediante la promulgación del Fuero Juzgo y, sobre todo, de las Siete Partidas.

Es evidente, también, que en esos cuerpos legales hubo sustancial influencia del derecho canónico o eclesiástico, y así, en la Primera Partida, se legisla en detalle "de la Santa Trinidad y la fe catholica", además de los sacramentos de la Santa Iglesia, de los clérigos y de los religiosos, etc.

Hay en la obra suprema del derecho hispánico diversas influencias de varios cuerpos jurídicos, y los autores discrepan sobre el mayor o menor

impacto que éstos ejercieron en la redacción de las Partidas.

Así, en un estudio sobre "Alfonso el Sabio y el Castellano", hecho con motivo de milenario de la lengua castellana, nosotros expusimos:

"Las Partidas son un monumento jurídico sin par en su época, un ordenamiento claro de leyes sabias, lo mismo en el aspecto sustantivo que en el procesal, fundado tanto en el derecho romano como en el canónico, pero con un acervo de tradición hispánica y de reglas apegadas a la sensibilidad y valores de la época". Los glosadores de su obra inmortal discuten qué fuente fue la de mayor influencia en ella, y así Julián Ribera sostiene que en Las Partidas "no es precisamente el derecho hispánico el que predomina, no es el derecho vivido, sino el aprendido en las Escuelas de Bolonia, hojeando los códigos de las Pandectas y de las Decretales". Otros, en cambio, destacan el hecho de que el código tomó en cuenta, sobre todo, las realidades y conceptos prevalecientes en España del Siglo XIII. Del Río, por ejemplo, con honda convicción, dice que los juriscultos que redactaron la obra "expusieron la doctrina jurídica acompañada frecuentemente de sus fundamentos filosóficos... (y al mismo tiempo) nos dejaron un cuadro riquísimo de su tiempo", pues en ella están cuidadosamente registrados los usos, las costumbres, la mentalidad, las diversiones y tareas domésticas y muchos otros aspectos "de las relaciones humanas en la complicada sociedad del medioevo". Nosotros estimamos que una de las cualidades sobresalientes del texto legal tan admirable es la armonía que existe entre sus sólidos basamentos filosóficos y las realidades de la vida cotidiana, es decir, que toma en cuenta, en equilibrio ejemplar, tanto el patrimonio doctrinal de Roma y de los Padres de la Iglesia como la ordenación de la madeja enredada de las viejas leyes españolas. Alfonso lo reconoce así al decir en la Partida II, Título XV, Ley 5ª que las disposiciones se basan en "los fueros e establecimientos que fizieron antiguamente en España", en tanto en la Partida IV, Título XVII, Ley 1ª, alude al fundamento "de las leyes antiguas e derechos que fizieron los filósofos y los sabios, por mandato e con otorgamiento de los Emperadores".

Ese admirable cuerpo de leyes se promulgó, al decir de su egregio autor, para que "los omes se sopiessen guardar de hacer tuerto ni yerro" y su propósito nobilísimo está expresado admirablemente en la primera Ley del Título primero de la Partida primera, a saber: "Estas leyes son esta-

blescimientos, porque los omes sepan bivar bien, e ordenadamente, segun el plazer de Dios: e otrosi segund conviene a la buena vida deste mundo, e a guardar la fe de nuestro señor Jesu Christo, cumplidamente, asi como ella es. Otrosi como bivan los omes unos con otros en derecho, e en justicia".

El esfuerzo para terminar con la multiplicidad legislativa, que creaba una tremenda confusión jurídica, se concretó luego en una serie de colecciones de leyes arregladas metódicamente, entre las que conviene citar los Ordenamientos de Alcalá y de Montalvo, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación de las Leyes de España y la Constitución de Cádiz, todos los cuales perseguían el objetivo doble de continuar la unificación de las numerosas reglas legales y arreglar el desorden normativo existente, a la vez que el de evitar interpretaciones arbitrarias en la aplicación de la legislación anterior, especialmente de las Siete Partidas y del Fuero Juzgo.

Si las Siete Partidas constituyen lo más grandioso del derecho español, por ser un conjunto de reglas sabias basadas, además, en principios de derecho natural, de validez universal, y en los valores de la época, tres siglos después, con motivo del descubrimiento de América, un grupo de pensadores eminentes, los grandes teólogos-juristas del Siglo XVI, encabezados por Fray Francisco de Vitoria, el doctor humano, y entre los que sobresalieron el sabio jesuita Francisco Suárez y los dominicos Domingo de Soto, Melchor Cano y Baltasar de Ayala, desarrolló una asombrosa labor doctrinal, de sólido basamento moral y humanitario, para suavizar los rigores de la conquista, en favor de los indígenas americanos, labor no superada en la historia de las colonizaciones del mundo.

Ese grupo selecto de hombres justos, de teólogos que vivían lo que predicaban, se sobrepuso a la codicia y crueldad de los conquistadores y a la ambición e irresponsabilidad de los encomenderos y de los funcionarios coloniales, destruyendo la falacia de que los nativos del nuevo continente no eran seres racionales, dignos de gozar de las libertades fundamentales del ser humano y, por lo tanto, con capacidad para poseer bienes y propiedades. Había habido, incluso, ideólogos, como Sepúlveda y Palacios Rubio, que negaban a los aborígenes su derecho a ser evangelizados, "por carecer de alma". Pero aquellos teólogos y algunos clérigos animados de fervor humanitario, como las Casas y Montesinos, con ries-

go de su propia vida, fueron los beneméritos defensores de los indios, y esa lucha por la justicia anula parcialmente los grandes defectos de la conquista, haciendo que "la leyenda negra" que los enemigos de España habían anunciado por doquier, tuviera toques de nobleza, que la convirtieron en una leyenda casi alba, sobre todo al compararse con la conquista hecha por otras naciones colonizadoras, caracterizada por una opresión y explotación totales. Ya lo dijimos en otra oportunidad: los conquistadores españoles dignificaron la aventura al unirse a las indias americanas, para forjar un mestizaje prometedor, del que los hispanoamericanos nos sentimos orgullosos.

Los fundamentos doctrinales de la legislación indiana, inspirada en las enseñanzas teológicas y jurídicas de aquellos eminentes pensadores, los resume el tratadista chileno Carlos Hamilton, así:

1.- Las tierras de América son patrimonio de la Corona de Castilla; 2.- Los indios son súbditos, al igual que los castellanos, del Rey; 3.- La condición y finalidad del dominio y jurisdicción de España, es la cristianización y civilización de los indígenas. De los cuales principios se deducen normas fundamentales del derecho americano español: 1) La igualdad ante la ley, de indios y castellanos; 2) La protección de los indios como "menores y miserables" en la legislación indiana; y 3) La extensión a los nuevos reinos de Las Indias del derecho castellano, pero que ante las circunstancias particulares imperantes en las tierras descubiertas por Colón y ante diferentes e ingentes necesidades coloniales, obligó a la promulgación de una legislación especial y la castellana quedó como supletoria.

Es indiscutible que las Leyes de Indias, aplicables en América, tuvieron vigencia, mas no positividad, pues si bien su fundamento doctrinal era humanitario, de raíz esencialmente cristiana, en la práctica, sus disposiciones no se aplicaban a plenitud. La codicia y la ambición encontraron la manera de eludir sus disposiciones generosas, y además, hay que reconocerlo, había instituciones coloniales como las encomiendas y las reparticiones, que son sin duda máculas en la labor colonizadora de España.

Al lograr la independencia los pueblos americanos, la legislación colonial fue, en algunos estatutos, expresamente abrogada, pero en otros no se adoptó tal criterio, por lo que tácitamente pueden existir, en todo aquello que no se oponga a las nuevas leyes de las Repúblicas de la América hispana, disposiciones de la legislación española precolombina y colonial.

En efecto, se nos ha indicado que hace algunos años un catedrático español de derecho administrativo, para comprobar si todavía eran aplicables en su patria disposiciones antiguas, no derogadas expresa ni tácitamente por la legislación actual -invocando el texto de la Ley VIII del Título XXXI de la Segunda Partida, que dice: que los maestros de leyes que, sean sotiles e entendidos, e que sepan mostrar este saber, e sean bien razonados, e de buenas maneras, e después que aya veynte años tenido escuelas de leyes, deuen auer honrra de condes- solicitó al Consejo de Estado, luego de probar que reunía los requisitos que Don Alfonso puso para que un maestro de leyes recibiera esa gracia, que se le otorgara tal título, lo cual fue resuelto favorablemente, por estimar el órgano competente que la disposición alfonsí estaba vigente y tenía que cumplirse.

Es posible, o más bien probable, que disposiciones legales españolas antiguas o de las Leyes de Indias, al no haber sido derogadas en forma expresa y no oponerse en modo alguno a la legislación actual de países americanos, conserven todavía su pleno vigor obligatorio. De comprobarse ello, mediante un estudio serio de la materia, vendría a demostrar que no sólo lazos de historia, de lengua, de religión y de tradiciones unen a los países hispanoamericanos con España, sino también vínculos jurídicos comunes.

Sería a todas luces conveniente que en las universidades hispanoamericanas, bajo la responsabilidad de maestros de la talla moral e intelectual de aquellos a los que Alfonso X, por su saber y dedicación, concedió "honrra de condes", se establecieran cátedras de derecho hispánico, que virtualmente es casi desconocido en el continente americano, para que a la par de las que enseñan el derecho romano, contribuyan a la formación de abogados e historiadores hispanohablantes, con conciencia de su honrosa identidad nacional, de raigambre tanto ibérica como indígena.

Creemos que nada mejor expresa la devoción hacia la Madre Patria de "los cachorros sueltos de León Español" -para usar la frase consagrada de Rubén Darío- que citar un párrafo capital del testamento de Isabel la Católica. Lo hacemos con verdadera reverencia:

"Suplico al rey, mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa mi hija y al príncipe, su marido, que así lo hagan y cumplan, y que éste sea su principal fin y en ello pongan mucha diligencia, y no consientan y den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas

Islas y Tierra Firme, ganados y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes; mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna, lo que por las letras apostólicas de la dicha concesión nos es ungido y mandado..."

Ese párrafo encarna y sintetiza la grandeza de la raza indoespañola, en su dulce y armoniosa lengua: las concepciones jurídicas de Alfonso X, las hazañas portentosas del Cid, el empeño visionario de Colón, la vocación humana de Vitoria, el fervor cristiano de Bartolomé de las Casas, el cumplimiento del deber de Guzmán el Bueno, la pluma áurea de Cervantes, el estro lírico de Netzahualcoyotl, la inmolación heroica de Cuauhtémoc, la devoción por la libertad de Bolívar, el cisne renovador de Darío y el amor al prójimo de José Simeón Cañas, el "Libertador de los Esclavos de Centro América".

LOS TRATADOS DE DERECHO HUMANITARIO, LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Alejandro MONTIEL ARGÜELLO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Es indudable que los tratados de Derecho Humanitario y los tratados sobre Derechos Humanos tienen características diferentes de todos los demás tratados y en consecuencia deberían serles aplicables reglas diferentes.

Ya la Corte Internacional de Justicia había dicho: "... La Convención (sobre Genocidio) fue manifiestamente adoptada con un fin puramente humanitario y civilizador. Es difícil imaginar una convención que pueda tener ese carácter en más alto grado, ya que su objeto por una parte es salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y por otra confirmar y sancionar los más elementales principios de moralidad. En tal Convención los Estados contratantes no tienen un interés propio; ellos meramente tienen, todos y cada uno, un interés común: el de cumplir los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales para los Estados o del mantenimiento de un perfecto balance contractual entre derechos y deberes. Los altos ideales que inspiran la Convención suministran, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y medida de sus disposiciones..." (1)

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló la diferencia entre los tratados sobre Derechos Humanos y otros tratados, cuando dijo: "... La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los

(1) Opinión consultiva sobre reservas a la Convención sobre Genocidio. 28 de mayo de 1951. *C.I.J. Reports* 1951, pág. 23.

Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar esos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..." (2)

A pesar de ser tan clara la diferencia señalada, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 contiene una sola disposición que establece una regla distinta para unos y para otros. Esa disposición es el artículo 60.5 que dice: "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 (la facultad de alegar la violación grave de un tratado como causa para darlo por terminado o para suspender su aplicación) no se aplicarán a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíban toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

Además de esa disposición y tomando en cuenta la diferencia existente, parece imponerse la necesidad de concertar reglas aplicables a los tratados de Derecho Humanitario y a los tratados sobre Derechos Humanos, distintas de las reglas generales que establece la Convención de Viena.

En la misma opinión consultiva antes citada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos contestó la pregunta que le había planteado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecha de entrada en vigencia de la Convención Americana respecto al Estado que la ha ratificado o adherido a ella con reservas.

Para contestar esa pregunta la Corte consideró que el artículo 74.2 de la Convención dispone que ella entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión y respecto a todo otro Estado que la ratifique o se adhiera ulteriormente la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión; y que el artículo 75 dispone que la Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme las disposiciones

(2) Opinión consultiva OC-2/82, del 24 de agosto de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", párr. 29.

de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Dice la Corte que el artículo 74.2 no hace distinción entre las ratificaciones o adhesiones que contengan reservas y las que no las contengan, y que el artículo 75 sólo debe aplicarse respecto a que son admisibles todas las reservas salvo las incompatibles con el objeto y fin de la Convención y que en consecuencia no es aplicable el plazo de doce meses que el artículo 20.5 de la Convención de Viena concede a los otros Estados para que formulen objeciones a una reserva.

Para razonar en esa forma la Corte arguye el carácter *sui generis* de los tratados sobre derechos humanos conforme el párrafo de su Opinión Consultiva arriba transcrito, y concluye que la Convención entra en vigor en la fecha del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión sea que contenga o no reservas.

La conclusión a que llegó la Corte es inobjetable desde el punto de vista de *lege ferenda* o si la Convención Americana no hubiera incluido una disposición expresa sobre reservas, pero puede prestarse a dudas el dar una interpretación tan restringida al artículo 75 de la Convención.

En una Opinión Consultiva posterior la Corte Interamericana sostuvo tener competencia para interpretar una reserva, y dijo: "... Aún cuando a un tratado como la Convención no son plenamente aplicables las disposiciones relativas a la reciprocidad en materia de reservas, puede concluirse que estas se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma..." (3)

Este criterio abre la puerta a que la Corte pueda decidir cuando la oportunidad se presente, la difícil cuestión de si una reserva es o no compatible con el objeto y fin de la Convención.

Ya ha hecho la Corte uso de esa facultad en términos generales cuando dijo: "... toda reserva destinada a permitir al Estado la supresión de esos derechos fundamentales (los enumerados en el artículo 27 de la Convención), cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un

(3) Opinión consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párr. 45.

derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico..." (4)

Basándose en el argumento que antecede, la Corte consideró que una reserva a la disposición de la Convención que prohíbe la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, no es incompatible con el objeto y fin de la Convención.

Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dice en el artículo 64 que pueden hacerse reservas a propósito de una disposición particular en la medida en que una ley en vigor esté en desacuerdo con ella; que no están autorizadas las reservas generales; y que toda reserva debe ser acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de ese artículo. Así, en el caso *Belilos contra Suiza* (5) dijo que era una verdadera reserva la declaración interpretativa suiza sobre que el artículo 6.1 del Convenio únicamente se dirigía a asegurar un control judicial a las decisiones de autoridades públicas sobre derechos y obligaciones o sobre la decisión de una acusación, y que esta no era válida tanto por ser de carácter general como por no indicar la ley a que se refería. También en el caso *Weber contra Suiza* (6) se pronunció en contra de la misma declaración suiza por no indicar la ley a que se refería y consideró innecesario determinar si tenía carácter general.

Una disposición de carácter excepcional es la contenida en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 sobre que no serán aceptables las reservas incompatibles con el objeto y propósito de la misma o que puedan inhibir el funcionamiento de sus órganos, y que se considerarán incompatibles o inhibitorias las reservas que fueren objetadas por los dos tercios de las Partes.

Además de las disposiciones citadas de la Convención Americana y el Convenio Europeo, cabe señalar que la Convención sobre la Esclavitud de 1926, la Convención sobre la Prevención y Castigo del delito de Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949 y la

(4) *Ibid.* párr. 61.

(5) Eur. Court H. R. *Belilos case*, Judgment of 29 April 1988, Series A. N° 132.

(6) Eur. Court H. R. *Weber case*, Judgment of 22 May 1990, Series A. N° 177.

Convención sobre Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de Matrimonios de 1962, no contienen ninguna disposición sobre reservas. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados 1951 y la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957 permiten las reservas pero excluyen de ellas algunas de sus disposiciones. La mayoría de las convenciones han seguido el criterio enunciado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio, de que no son lícitas las contrarias al objeto y propósito de la respectiva convención.

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ningún Estado ha objetado las reservas que otros hicieron, pero en el caso de otros tratados sobre derechos humanos elaborados por las Naciones Unidas, como la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra La Mujer, tanto las reservas como las objeciones han sido muy numerosas.

También se ha presentado el caso de reservas generales, es decir; que no se aplican a un artículo determinado, como las de Egipto y Bangladesh que hacen una referencia imprecisa a disposiciones de la legislación islámica y que fueron objetadas por varios países.

Asimismo, y siempre respecto a las reservas en la Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, puede observarse que el criterio para hacer las objeciones fue esencialmente subjetivo y en muchos casos influido por consideraciones indudablemente políticas, como la de pertenecer a una misma región geográfica. Así sucedió en el caso de México que no objetó la reserva del Brasil referente a la escogencia del domicilio y a la propiedad matrimonial, y en cambio objetó reservas similares hechas por otros países. Suecia y Alemania sí objetaron la reserva brasileña.

Hablando en términos generales, puede decirse que toda reserva a una Convención de Derecho Humanitario representa un avance restringido, menor del que se había querido lograr, pero que al fin y al cabo es un avance. En esta materia es preferible alcanzar la participación del mayor número posible de Estados aunque se sacrifique la uniformidad.

La consecuencia de lo anterior es que en cuanto a los tratados de Derecho Humanitario y sobre Derechos Humanos debe aceptarse toda reserva, salvo las generales y las contrarias al objeto y fin del tratado, y declararse sin efecto alguno la aceptación u objeción a las reservas.

También cabe considerar la posibilidad de que se produzcan cambios tales en la evolución política, social y económica de un Estado que lo imposibiliten de cumplir algunas de las obligaciones que había asumido al ratificar o adherir a un tratado de Derecho Humanitario y lo coloquen en la necesidad de dictar leyes que contradicen sus disposiciones.

La solución tradicional sería denunciar ese tratado y posteriormente ratificarlo o adherir a él haciendo una reserva respecto a la disposición en cuestión.

A nadie se le escapa lo engorroso y lento que sería ese procedimiento y los problemas que podría provocar, y en sustitución de él podría pensarse en la posibilidad de admitir una denuncia parcial que vendría a tener el mismo efecto que una reserva, por lo cual cabría exigir los mismos requisitos que para éstas, es decir que no sea de carácter general y que no sea contraria al objeto y fin del tratado.

Ciertamente se trata de una institución poco frecuente pero no desconocida en la práctica internacional y como un ejemplo puede citarse la Carta Social Europea del 18 de Octubre de 1961 que permite denunciar, en las mismas condiciones de la denuncia general, cualquier artículo o párrafo de la parte II que reconoce los derechos de los trabajadores bajo reserva de que el número de artículos o párrafos no denunciados no sea inferior a 10 en el primer caso y 45 en el segundo y que no se incluyan los cinco artículos que habían sido escogidos por el denunciante entre siete que enumera la Carta.

Además cabe considerar un tema que la Comisión de Derecho Internacional no incluyó en el proyecto para la Convención sobre el Derecho de los Tratados y es el efecto que podría tener sobre estos la ruptura de hostilidades. En el artículo 73 de la Convención se dejó abierta la cuestión, la cual tradicionalmente era resuelta en el sentido de que se terminaban todos los tratados, salvo los tratados-leyes y los referentes al *jus in bello* y al territorio.

Dado el carácter *sui generis* de los tratados de Derecho Humanitario y sobre Derechos Humanos parece conveniente establecer su no terminación.

Tomando en cuenta todas las consideraciones anteriores podría convenirse incluir en una Convención sobre el Derecho de los Tratados aplicable a los Tratados de Derecho Humanitario y sobre Derechos Humanos, o bien insertar en esos mismos tratados, disposiciones de carácter general inspiradas en las diferencias entre ellos y los otros tratados multilaterales, quedando siempre a las Partes la facultad de convenir en reglas especiales diferentes tomando en cuenta las características propias de un tratado específico.

Estas disposiciones de carácter general podrían ser las siguientes:

1) Los tratados entrarán en vigor, respecto a cada Estado, en el momento en que ha manifestado su consentimiento de obligarse por él.

2) Al momento de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado el Estado podrá formular reservas que no sean de carácter general o contrarias al objeto y fin del tratado.

3) Se consideran contrarias al objeto y fin del tratado las reservas que suspendan o deroguen los derechos fundamentales cuya suspensión no esté permitida por el mismo tratado en ninguna hipótesis.

4) La reserva formulada por un Estado es efectiva sin que se requiera la aceptación de otro Estado y no tendrán ningún efecto las objeciones que se hagan contra ella.

5) Con sujeción a los plazos y procedimientos establecidos en el tratado para su denuncia, un Estado podrá formular una denuncia parcial. A las denuncias parciales serán aplicables las disposiciones contenidas en los tres párrafos anteriores.

6) La violación de un tratado por una Parte no faculta a las otras Partes a suspender su aplicación o darlo por terminado.

7) La ruptura de hostilidades entre Partes de un tratado no producirá la suspensión o terminación del tratado.

**LOS NUEVOS PROBLEMAS JURIDICOS E INSTITUCIONALES
EN LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA:
EL "MERCOSUR" Y EL MODELO DE LOS ACUERDOS
DE LIBRE COMERCIO***

Alfredo H. RIZZO ROMANO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

1.- INTRODUCCION

- 1.1. Procesos integradores entre Estados.
- 1.2. Génesis de los mismos y Antecedentes en América Latina.
- 1.3. Antecedentes europeos, asiáticos y africanos.
- 1.4. Integración regional versus Soberanía.

2.- RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS INTERNOS, INTERNACIONAL PUBLICO Y COMUNITARIO

- 2.1. El Derecho Internacional Público y los Derechos Comunitario y Nacional.
- 2.2. Fuentes e Interrelaciones.

3.- INTEGRACION POLITICA

- 3.1. Su génesis.
- 3.2. Estados Unitarios.
- 3.3. Confederación.
- 3.4. Federación.

4.- INTEGRACION ECONOMICA

- 4.1. Aduaneros y comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*) o GATT.

* Comunicación presentada en el XVIII Congreso del IHLADI, celebrado durante los días 5 a 10 de septiembre de 1994 en Santiago de Chile.

4.2. Zonas Francas.

4.3. Areas Fronterizas.

5.- EXPERIENCIAS AMERICANAS. CONGRESOS Y CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS Y MERCADO COMUN CENTROAMERICANO

5.1. Unión Centroamerico y Mercado Común Centroamericano.

5.2. Comunidad del Caribe (Caricom).

5.3. Pacto Andino.

5.4. Sistema Económico Latinoamericano.

5.5. ALADI.

5.6. Cuenca del Plata.

5.7. Hidrovía Paraná-Paraguay.

5.8. Cumbres Iberoamericanas.

5.9. Grupo de los Ocho.

5.10. Grupo de Río.

5.11. Parlamento Latinoamericano.

6.- EL MERCADO COMUN DEL SUR O MERCOSUR

6.1. Tratado de Asunción.

6.1.1. Objetivos. Compromisos. Cláusulas de salvaguardia.

6.1.2. Resolución de controversias en el MERCOSUR.

6.1.3. Naturaleza Jurídica del MERCOSUR. Estructura Legal. Organos y reuniones.

6.1.4. Estructura definitiva. Los acuerdos de Buenos Aires y la Unión Aduanera Imperfecta.

6.1.5. El MERCOSUR y Chile.

6.1.6. El MERCOSUR y Bolivia.

6.1.7. El MERCOSUR y los Estados Unidos de América.

6.1.8. El MERCOSUR y las Comunidades Europeas.

7.- CONCLUSIONES

Comerciar es una forma de imponerse. Guerrear es la otra. Guerrear o comerciar es la disyuntiva.

"VOYEVAT ILI TORGOVAT"

Divisa del Zar Pedro I "El Grande"

1.- INTRODUCCION

Todo proceso integratorio, en el que participen los Estados Nacionales u otros sujetos de la Comunidad Internacional, a los que completando la nomenclatura de Johan GALTUNG denominamos: ORGANISMOS GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES (IGOS); ORGANISMOS NO GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES (INGOS); ORGANISMOS DE NEGOCIOS INTERNACIONALES NO GUBERNAMENTALES (BINGOS) Y ORGANISMOS DE NEGOCIOS INTERNACIONALES GUBERNAMENTALES (BIGOS, uni, bi o plurinacionales) (1), comienza a manifestarse desde la más remota antigüedad, coincidiendo con las necesidades políticas, religiosas, culturales o económicas de las sociedades humanas.

Bien se ha dicho que en todos los grupos formados por seres humanos coexisten fuerzas centrífugas y centrípetas que ejercen presión y prevalecen unas sobre las otras por una verdadera constelación de razones de diversa índole. Así se han formado las Ciudades-Estados de la antigüedad, los Reinos o Imperios que -en algunos casos- subsisten después de milenios.

Remontarnos -entonces- al pasado siglo en que se registran fenómenos de asociación interestatal que han culminado -en 1945- con la actual Organización Mundial, puede, -tal vez- llevar a algún tipo de confusión.

1.1. Procesos Integratorios entre Estados.

Aunque duela reconocerlo, un desapasionado análisis histórico demuestra que la "*vis compulsiva*", a través de intereses políticos-econó-

(1) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: "*Derecho Internacional Público*". Tercera Edición. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires 1994. Págs. 815, 816 y sgts.

micos, ha sido, en el decurso de los siglos, un gran motor de la unificación entre pueblos, naciones y Estados, mediante la conquista armada seguida -*ex post*- de los que Arnold J. TOYNBEE llama, los procesos de "misgenización" étnica. Problemas económicos han producido -especialmente durante el pasado siglo y lo que va del actual-, grandes migraciones de europeos y asiáticos, a nuestra América y Australia, verdaderas "*völkerwanderungs*", al decir de este autor.

La convivencia produce estas mezclas étnicas, que suelen disminuir las tensiones grupales y conducen al proceso unificador.

1.2. Génesis de los mismos y antecedentes en América Latina.

Habida cuenta del alto contenido "geocultural" de los términos "América Latina", debemos acotar que uno de los más destacados investigadores contemporáneos en ciencia política y relaciones internacionales: Samuel HUNTINGTON, profesor de Harvard y Director de la revista "*Foreign Affairs*", publicó hace poco más de dos años un artículo al que tituló: "Las próximas guerras" (2) donde siguiendo y modificando a TOYNBEE, sostuvo la existencia de una "civilización latinoamericana" diferente a la "occidental", en la que incluyó a México después de su ingreso al NAFTA y excluyó a los demás países Latinoamericanos.

En una conferencia inédita pronunciada en la ciudad argentina de Córdoba (octubre de 1992), sostuvimos la irrealidad de esta postura y su peligroso corolario de conflictos intercivilizaciones, en virtud del cual, si no nos "norteamericanizamos" (son palabras de HUNTINGTON) u "occidentalizamos", corremos -los pueblos latinoamericanos- el serio riesgo de entrar en múltiples conflictos con los pueblos del Norte de América o Europa.

Además, HUNTINGTON asigna un valor secundario a la supuesta "Civilización Latinoamericana", ya que la menciona en último lugar 7) o penúltimo, si se acepta la existencia de una posible "Civilización Africana".

(2) HUNTINGTON, SAMUEL: "Las Próximas Guerras". Revista "*Foreign Affairs*". Boston 1992.

El orden sería para este autor el siguiente: 1) Civilización occidental, que TOYNBEE llama también, cristiana; 2) Japonesa; 3) China budista; 4) Ortodoxa rusa; 5) Hindú; 6) Islámica; 7) Latinoamericana; 8) La Africana, sólo como una posibilidad futura.

Seguramente el profesor de Harvard no ha tenido en cuenta que, mientras en los Estados Unidos de América, aproximadamente un 30% de su población es totalmente ajena a esta civilización occidental -cristiana- que lo tiene por adalid, hay países latinoamericanos como Argentina, Uruguay y Chile con un porcentaje mucho más alto que el 70% estadounidense, de habitantes de origen "occidental".

En fin, si un "*scholar*" de tanto relieve, nos vaticina toda suerte de confrontaciones (económicas, políticas e incluso -dentro de éstas últimas- bélicas), razón demás para generar entidades supranacionales como el MERCOSUR espacio geográfico de unos doce millones de kilómetros cuadrados y aproximadamente doscientos millones de habitantes, constituido por el Tratado de Asunción (26/03/91), donde -a partir del 1 de enero de 1995- se generará una "Unión Aduanera" entre los cuatro países que hoy lo constituyen, paso previo a un verdadero Mercado Común y -porque no- a una futura Unión del Sur, donde países hermanos como Chile, Bolivia y -tal vez- el resto de los americanos del Sur, no serán ajenos.

Hoy esta inmensa región es productora de bienes y servicios por valor de 750.000 millones de dólares, con un ingreso per cápita de 3.750 dólares (en números redondos).

El comercio intrabloque durante 1993 superó los 9.000 millones de dólares y el comercio de los Cuatro Estados con el resto del mundo fué de unos 82.000 millones de dólares anuales.

La participación del Presidente de Chile Don Eduardo FREI en la reciente cumbre de Buenos Aires (5/08/94) como observador invitado, y la política integracionista de este hombre de Estado, hace concebir fundadas esperanzas sobre una futura unión de la República de Chile a este grupo.

En nuestra obra "Derecho Internacional Público" (3) nos ocupamos "*in*

(3) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Op. cit.* en nota 1, pág. 713.

extenso" de la génesis de los procesos integratorios y antecedentes en América Latina.

La naturaleza de esta comunicación sólo nos permite mencionar la obra del venezolano Francisco de MIRANDA a partir de la memoria entregada a William PITT en 1790, el insigne chileno Juan MARTINEZ de ROZAS (1810) y otros ilustres hispanoamericanos como Juan EGAÑA (1825), Simón BOLIVAR, Bernardo MONTEAGUDO, al organizar el Congreso de Panamá (1826), Pedro Felix VICUÑA (1837), Andrés BELLO, el hondureño Francisco MORAZAN entre 1830/39 y nuestro Juan Bautista ALBERDI (1844), sin contar los Congresos de Lima (1847), la obra de Juan Manuel CARRASCO (1855), y la Conferencia Tripartita de Santiago de Chile (1856), el Congreso de Lima (1864) y las sucesivas Conferencias Panamericanas, a partir de 1889, que culminaron con las creaciones de la Unión Panamericana y actual Organización de Estados Americanos.

En nuestra citada obra, bajo el título "La Unidad Política de América Latina: un imperativo categórico", analizamos las etapas y pasos concretos para su logro (4).

1.3. Antecedentes europeos, asiáticos y africanos.

La actual Comunidad Europea (después del Tratado de Maastricht del 7/02/92, en vigencia desde el 1/11/93; debe ser designada como Unión Europea), fue denominada, a partir de los Tratados de Roma (25/03/57) y de Bruselas, "Comunidad Económica Europea", el adjetivo "Económica" fue suprimido en Maastricht, Holanda, el 7/02/92.

José ORTEGA Y GASSET preconizaba ya en la década del 30, unos "Estados Unidos de Europa". La segunda guerra mundial, dejó -en 1945- a una por entonces poderosa Unión Soviética y a los Estados Unidos de América victoriosos y dominantes de las técnicas atómica y sideral.

El denominado Plan SCHUMANN, obra de Jean MONNET, en 1950, intentó -y consiguió- una integración económica sectorial, creadora de una solidaridad entre naciones europeas, que tras una experiencia de más

(4) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Ibidem*, págs. 732 y sgts.

de cuatro décadas, creó una Unión Europea en que los Estados integrantes perdieron el monopolio sobre ciudadanía en favor de una identidad política europea, sin perder la de origen.

Desde el 1/1/93 rige el M.I.E. (Mercado Interior Europeo) en virtud del cual se permite una libre circulación de ciudadanos, servicios, mercaderías y capitales entre los doce actuales miembros de esta Unión: República Federal Alemana, Francia, Italia, Reino Unido, España, Bélgica, Holanda, Portugal, Grecia, Luxemburgo, Dinamarca e Irlanda.

Hoy la Unión Europea (U.E.) y el Japón son superiores económicamente a los EE.UU. de América. La naturaleza de esta comunicación nos impide continuar con este punto.

Sólo diremos que en esta Comunidad se inspiraron quienes diseñaron nuestro MERCOSUR.

La República Federativa Rusa integra con otras Repúblicas que formaron la ex-Unión Soviética la M.E.I. o Mancomunidad de Estados Independientes, que tiene 11 países miembros, según la Conferencia de Moscú (24/9/1993). Más adelante volveremos sobre este punto.

Los países árabes asiáticos y africanos han suscripto diversos acuerdos de integración y complementación económica. Desde el año 1957 Arabia Saudita, Líbano, Siria, Jordania, Egipto (R.A.U.), Iraq, Kuwait, Yemen, Marruecos, Tunes, Sudán y Libia, constituyeron un Acuerdo de Unidad Económica.

La M.E.I. tiene miembros asiáticos, y en el Africa del Este y Africa Central, Kenya, Tanzania y Uganda constituyeron una Organización de Servicios Comunes, mientras la República Centrafricana, Chad, Gabón y Congo formaron (por los acuerdos de Ginebra) una Unión Económica y Aduanera, desde 1964.

Estos son -solamente- algunos ejemplos integratorios de índole económica.

1.4. Integración regional versus Soberanía.

Si bien autores como ZUPPI (5) relatan que en una carta geográfica atribuida a Saint Victor de Marsella, de alrededor de 1000 d.C., VAN

(5) ZUPPI, ALBERTO: "La noción de la soberanía en el nuevo orden internacional". En "*El Derecho*", T. 151 págs. 781 y sgts. Buenos Aires.

KLEFFENS encontró inscripto el término "*superana*" sobre territorios europeos; lo cierto es que debemos remontarnos a casi seis siglos más tarde, para encontrar en Jean BODIN (6) definido el carácter de la soberanía como una "*summa potestas*" referida al absoluto y perpetuo poder de una *res pública* o Estado, sin ningún tipo de limitaciones con referencia a ese poder, al tiempo en que se ejerce y a las responsabilidades.

BODIN explicaba -como teórico del Rey de Francia en lucha con la Iglesia- que, el Príncipe Soberano ("*superanus*" equivale a "sobre todos"), "sólo a Dios está obligado a rendirle cuentas". En su dominio territorial, no existe autoridad alguna superior a la suya ni otra ley que lo obligue, salvo las leyes divinas emanadas de Dios, y las naturales. Con la formación del Derecho Internacional Público, y la noción de una Comunidad Internacional. Esta tesis absoluta, perdió vigor y efectividad y el mismo Hugo GROCIO (7) sostuvo que ningún monarca podía estar por sobre el Derecho Internacional, sino que -por el contrario- debían subordinarse a él, con el fin de evitar guerras entre príncipes cristianos.

En nuestra Cátedra paralela de la Universidad de Buenos Aires (Curso Profesional Orientado de Derecho): "El Estado ante los Tribunales Extranjeros", como ejemplo de la teoría de inmunidad absoluta, solemos citar la *opinio iuris* del Juez Johan MARSHALL (Chief Justice o Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América) in re: "The Schooner Exchange *versus* Mac Faddon" (8), afirmando: "... el mundo está compuesto de distintas soberanías, poseyendo éstas iguales derechos e iguales independencias"; y agregando que "estas soberanías han consentido, en la práctica, una relajación en circunstancias peculiares, a aquella jurisdicción absoluta y completa dentro de sus respectivos territorios, conferidos por la Soberanía".

Esta doctrina operó en los Estados Unidos hasta 1952. Ese año, la célebre "*Tate letter*" (Carta de Jack B. TATE, Asesor Legal del Departamento de Estado, al Fiscal General Philip PERLMAN), significó la adopción de la "teoría restrictiva" a la inmunidad soberana de los Estados, plasmada

(6) BODIN, JEAN: "*Les six livres de la république*". París. 1583. Capítulo IX del Libro I.

(7) GROCIO, HUGO: "*De jure belli ac pacis*". Libro III.

(8) "The Schooner Exchange *v. M'Faddon*", in 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

luego (1976) en la denominada F.S.I.A. o "Foreign Sovereign Immunities ACT of 1976". La soberanía se ha visto sensiblemente reducida en virtud de tratados internacionales, creación de Organismos Internacionales Gubernamentales, y -en especial- del denominado "Derecho Comunitario" (9). Así, para bien del género humano, este concepto de "Soberanía", que nació como absoluto, reconoce hoy múltiples y variadas excepciones.

2.- RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS INTERNO, INTERNACIONAL PUBLICO Y COMUNITARIO. 2.1. El Derecho Internacional Público y los Derechos Comunitarios y Nacional; 2.2. Fuentes e interrelaciones.

El Derecho Comunitario es aplicable en forma directa e inmediata en el orden jurídico interno de cada Estado. Tiene supremacía sobre éste y los particulares y los Estados que forman la comunidad (en nuestro caso, el MERCOSUR), son responsables ante el incumplimiento de las normas comunitarias.

Entre ambos ordenamientos (Comunitario e Interno) existen diversas formas de cooperación y un reparto de competencias. Entre ellas (las de cooperación) existen tres tipos de actividades: a) De reenvío (en que el Derecho Comunitario remite a los ordenamientos jurídicos nacionales, respecto a temas de Derecho Internacional Privado referidos a nacionalidad); b) De Integración (en los casos en que el Derecho Comunitario incorpora institutos jurídicos o normas de igual carácter, de los derechos nacionales); y c) De Recurso (cuando existe una remisión del Derecho Comunitario a todo un conjunto de las legislaciones de los Estados miembros, para aplicar cláusulas generales. Así por ejemplo, el artículo 215 del Tratado que establece la Comunidad Europea, al legislar sobre la responsabilidad "*extra contractum*" de dicha Comunidad, recurre a los principios generales comunes a la legislación interna de los Estados que la forman.

(9) EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL: "*Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano*". Buenos Aires. Editorial Depalma. 1994. Págs. 8 y sgts.

En cuanto a las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional Público, entendemos que el Comunitario forma parte del Internacional Público, pues está generado -el primero- por Tratados internacionales, que constituyen la fuente primera y más importante del D.I.P., conforme lo dispone el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

No obstante, en su constante desenvolvimiento, el Derecho Comunitario viene apartándose -en algunos puntos- del D. Internacional y, al aplicarse a personas físicas y jurídicas de los Estados, en forma directa, se acerca mucho al D. Interno como acabamos de ver.

Si el objetivo fundamental del D.I.P. fuera regular relaciones jurídicas sólo entre Estados Soberanos, y el del D. Comunitario regular el funcionamiento de entidades supranacionales diversas de los Estados y Organismos Internacionales, se advertiría una notoria diferencia; pero -a nuestro juicio- siendo el D.I.P. un conjunto de "normas basadas en los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, que son habitualmente aplicadas por los Estados, las Organizaciones Internacionales y aquellas otras personas que se consideran sujetos de este derecho, por los medios que determina el propio Derecho Internacional Público, según sostiene Edward HAMBRO (10); con las salvedades que formulamos en nuestro "Derecho Internacional Público" (11), considerando que omite otras fuentes del D.I.P., arribaremos a una relación de género a especie entre éste y el D. Comunitario.

En nuestra modesta opinión, una norma de Derecho Comunitario no puede derogar, por ejemplo, una norma internacional de derecho coactivo (*ius cogens*). En los organismos internacionales más perfectos que -como es el caso de la Unión Europea- comienzan a poseer los clásicos tres poderes de los Estados, se advierten algunas diferencias y vinculaciones con el Derecho Internacional Privado.

Quedaría por considerar -brevemente- las relaciones entre el D.I.P. y los derechos nacionales.

(10) HAMBRO, EDWARD: "The relation between International Law and Conflict Law". En Academia de Derecho Internacional (ADI), "Recueil des Cours", Vol. 105, 1962-I, Pág. 65.

(11) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Ibidem* pág. 21.

En la República Argentina esta *vexata quaestio* ha sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia, cambiando su tesitura dualista, con predominio del D.I.P. en tiempo de guerra y del Derecho Interno, en tiempo de paz; por una monista con predominio del D.I.P. (12).

La flamante reforma constitucional argentina del 22 de agosto de 1994, en su art. 75 inc. 22 establece que "... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" y, más adelante, menciona declaraciones y tratados que "tienen jerarquía constitucional", que -empero- pueden ser denunciados "previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

El inciso 24 de este mismo artículo 75 establece que "Corresponde al Congreso... Aprobar Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos"; agregando que, "Las normas dictadas en su consecuencia, tienen jerarquía superior a las leyes". Para su denuncia, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (13).

Por último, respecto a las fuentes del Derecho Comunitario, EKMEKDJIAN (14) las divide en dos: a) Del Derecho Comunitario Originario; y b) Del Derecho Comunitario Derivado.

El primero es de origen sinalagmático (tratados internacionales entre Estados. Ejemplo en la actual Comunidad o Unión Europea: 1) Los Tratados de Roma del 25/3/1957; 2) El previo de París, del 18/8/51 creando la Comunidad del Carbón y del Acero, cada uno con múltiples protocolos y, anexos y actas, hasta llegar al Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992, en vigor desde el 1/11/93).

El segundo está formado por el conjunto de normas jurídicas que emanan de los distintos órganos de la Comunidad. No es sinalagmático sino

(12) In re: "Ekmekdjian, M.A. c/ Sofovich, G.". *La Ley*. Buenos Aires. 1992. T. 1992-C, pág. 540 y sgts.; y "FIBRACA C/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" en "El Derecho". Buenos Aires. 23/9/1993.

(13) "Nueva Constitución Nacional". Editorial Ghaem. Buenos Aires. Agosto 1994, págs. 13 y 14.

(14) EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL: *op. cit.* en nota 9. pág. 76.

unilateral y propio de los distintos poderes de la misma. Sería una especie de derecho interno comunitario, emanado de los Tratados marcos, de carácter supremo o "constitucional". Comprenden reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y recomendaciones.

Otras fuentes son las costumbres comunitarias, los principios generales del derecho, la doctrina de los grandes tratadistas y la jurisprudencia internacional. Valen aquí las mismas consideraciones que realizamos en nuestro "Derecho Internacional Público" (15).

3.- INTEGRACION POLITICA. 3.1. Sus génesis; 3.2. Estados Unitarios; 3.3. Confederación; 3.4. Federación y otros casos.

Cuando los Estados unen distintos territorios y consolidan su dominio sobre ellos, como ya relatamos en 1.1., se constituyen políticamente en:

- a) Estados Unitarios (como el caso de Chile);
- b) Estados Regionales (como España, después de 1978);
- c) Estados Federales (como la República Argentina);
- d) Estados Confederados (como Suiza);
- e) Estados con regímenes especiales (como Puerto Rico respecto a los EE.UU. y la M.E.I., a que antes aludimos).

La naturaleza de este trabajo y las personas a las que va dirigido, nos excusan de un más amplio comentario.

4.- INTEGRACION ECONOMICA

Creemos que -casi siempre- se presenta como un paso previo de la política. El caso del "Zollverein" alemán y la evolución europea desde la CECA (Comunidad Económica del Carbón y el Acero) en 1951, luego la CEE (Comunidad Económica Europea) en 1957, para llegar en 1993 a una verdadera Unión Europea, de contenido no sólo económico sino político, así parecen demostrarlo. Esta Integración reconoce distintos grados.

(15) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Ibidem* págs. 53 y sgts.

4.1. G.A.T.T.

En primer lugar, consideramos el Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio, cuya denominación en inglés: "*General Agreement on Tariffs and Trade*", hacen que se lo denomine con la sigla: "G.A.T.T."

El Tratado internacional que lo consagra, data de 1948, recién en 1962 la República Argentina se adhirió al mismo, por D-Ley 9298/62. El convenio sufrió sucesivas modificaciones en las diversas reuniones o "rondas". La registrada como ley 17799, aprobó la de 1967.

La denominada "Ronda Uruguay" (Punta del Este, 1986) se completó recién en 1994 (14/4) al suscribirse en Marrakesh, por 119 Estados, la regulación del futuro comercio mundial, en base a mutuas concesiones que se ofrecen los Estados miembros.

Para un país como la Argentina, son muy importantes las disposiciones sobre productos agropecuarios, tendientes a evitar subsidios y acuerdos sobre la propiedad intelectual. A partir del 1/1/1995 quedará constituida una Organización Mundial del Comercio (*World Trade Organization*) con un sistema para dirimir controversias.

Nuestro colega del IHLADI, Rodolfo CRUZ MIRAMONTES, calificó a estos "subsidios" y al "*dumping*", internacional ya que en 1791 el norteamericano Alexander HAMILTON acusaba a los británicos de tratar de ganarle mercado a sus productos en forma no leal, citando al respecto a Bart. S. FISHER.

Los subsidios son de distintos tipos: a) Entrega de dinero al exportador; b) Devolución de impuestos a través de certificados o bonos especiales ("*vouchers*"); c) Tipos múltiples de cambios con un beneficio a quien exporta; d) El sistema alemán posterior a la II G.M., que otorgaba facilidades a quienes exportaban, para que -con una parte de las divisas que conseguían- pudieran adquirir en terceros Estados, los bonos emitidos por su propio gobierno, a un precio de mercado muy bajo, y que luego se rescataba en Alemania a su valor a la par.

4.2. Zonas Francas.

Al parecer ya en 1547, en Italia (Livorno) se estableció un área territorial tratada como no perteneciente al Estado de su dependencia, pues las actividades comerciales e industriales desarrolladas en la misma gozaban de beneficios impositivos. Tanto en el Código Aduanero argentino (Ley 22.415), como en normas específicas de otros componentes del MERCOSUR (ver ley uruguaya 15.921, creación de la zona franca de Manaos, etc.), se exime del pago de tributos nacionales y de índole aduanera por la introducción de mercaderías, bienes, servicios y materias primas desde terceros países y la salida hacia ellos (16).

4.3. Areas fronterizas.

Cuando dos o más países limítrofes se conceden ventajas comerciales recíprocas, en una determinada zona o área geográfica, con fines de desarrollo y aumento del intercambio, estamos en presencia de un Área o Zona fronteriza de beneficio (ver el art. 19 del Tratado de Montevideo, 1960, que instituyó la ALALC, el art. 45 del T. de Montevideo, 1980, que estableció la ALADI y el art. XXIV, párrafo 3-a del GATT).

4.4. Area o Zona de Preferencias Comerciales.

También se la denomina "Sistema de Preferencias Comerciales" y se produce cuando dos o más Estados -recíprocamente- se otorgan tratamientos preferenciales comerciales, eliminando o reduciendo aranceles. Estos beneficios -obviamente- no son extensibles a terceros países.

4.5. Zona o área de libre comercio.

Al establecerla, dos o más países eliminan cualquier obstáculo, barreras arancelarias o no arancelarias para todo el intercambio comercial, con el fin de incrementar las mutuas relaciones de tal índole, sin que haga falta crear órgano alguno dotado de competencias supranacionales.

(16) ALTERINI, ATILIO A. y BOLDORINI, MARIA CRISTINA: "El Sistema Jurídico en el Mercosur". Tomo 1. Estructura General. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994. pág. 44.

4.6. Unión Aduanera.

A la "zona de libre comercio" se le agrega el establecimiento de una "barrera aduanera común", mediante la aplicación de un arancel externo común frente a terceros Estados. Se puede, así, llegar al establecimiento de una "Aduana Común" cuyos ingresos alimenten un fondo común de los países que constituyen tal Unión Aduanera.

El ejemplo más antiguo que conocemos, es el del "ZOLLVEREIN", establecido en 1833 entre el Reino de Prusia y los Estados alemanes de Hesse Cassel, Hesse Darmstadt, el Reino de Baviera y el Reino (1806) de Württemberg; del que también llegaron a formar parte otros territorios germánicos, como los municipios austríacos de Jughoz y Mittelverg y el Gran Ducado de Luxemburgo. Fue un importante antecedente de la unidad alemana.

4.7. Mercado Común.

El "Mercado Común" agrega a la Unión Aduanera la circulación totalmente libre de los diversos factores de la producción (trabajo, capital y servicios).

Así se posibilita -mediante una libre circulación de capitales- la obtención de nuevos recursos financieros fuera del Mercado y un tratamiento igualitario para los trabajadores del Mercado Común. En las profesiones liberales con títulos universitarios habilitantes suelen producirse dificultades que -con el tiempo- se superan.

Para que funcione bien, debe existir una relativa unidad entre las políticas económicas, sociales y financieras de sus Estados miembros.

4.8. Comunidad Económica o Unión Económica. El Tratado de Maastricht.

La Europa posterior a la II Guerra Mundial, a partir de 1948, con el BENELUX (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), la CECA (Comunidad Económica del Carbón y del Acero), integrada con los tres países del BENELUX, más Alemania, Francia e Italia, Tratado de París, 1951); arri-

bó en Roma (25 de marzo de 1957) al Tratado por el cual las 6 naciones integrantes de la CECA constituyeron la Comunidad Económica Europea con las características de un mercado común (art. 3) y personalidad jurídica (art. 210) (17). Asimismo, se crearon diversos órganos como el Parlamento Europeo; el Consejo de Ministros; la Comisión; la Corte de Justicia; el Consejo de Estado formado por los Jefes de Estado o de Gobierno de las naciones integrantes y sus Ministros de Asuntos Exteriores; un Ente Consultivo; el Comité Económico y Social; el Tribunal de Cuentas (1975); y el Banco Europeo de Inversiones (B.E.I.). Los seis miembros originales se elevaron a nueve en 1973, por la incorporación del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda. En 1981 se unió Grecia y en 1986 España y Portugal. Así quedó integrada la "Europa de los 12".

A fines de 1992 se estableció el Mercado Interior. La actual Unión Europea abarca 320 millones de habitantes distribuidos en un área de 2.359.529 km² correspondientes a estas 12 naciones; con exclusión de territorios dependientes.

El Acta Unica Europea vigente desde 1987 fijó como fecha tope para constituir el Mercado Común, el 31/12/92. El 7/2/92 en la ciudad de Maastricht (Holanda) se suscribió el Tratado de Unión Europea y el conjunto pasó a llamarse "Comunidad Europea", con instituciones tales como el "Defensor del Pueblo" y el ECU como moneda única, a emitirse por el Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Muchas normas del derecho comunitario europeo han inspirado las del MERCOSUR que -más adelante- analizaremos.

En Europa existe -además- una Asociación Europea de Libre Comercio (1959) integrada primitivamente por Austria, Noruega, Suecia y Suiza (hasta el resultado negativo del referéndum de 1992); los tres restantes constituyeron, el 1 de julio de 1993, junto con los doce de la Comunidad Europea, el Espacio Económico Europeo, para la circulación libre de capitales, servicios y mercaderías.

(17) Ver su texto primitivo de 247 artículos en "Tratados de Integración Económica", apartado de la "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales". Año XV, números 1 a 4, y año XVI, números 1 a 2. Montevideo, 1968, págs. 671 a 769.

La Asociación Europea de Libre Comercio de 1959, inspiró en América la ALALC del año 1960. Volviendo a la actual Comunidad o Unión Europea, debemos añadir que constituye la más importante potencia comercial del mundo y por eso la consideramos como la más evolucionada forma de unión económica, a un paso de constituirse en política.

5.- EXPERIENCIAS AMERICANAS. CONGRESOS Y CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS.

Además de lo ya expuesto en el punto 1.2., debemos añadir que los Congresos de Panamá (1826) organizado por el Libertador Bolívar, Lima (1847), Conferencia Tripartita de Santiago de Chile (1856), Congreso de Lima (1864) y las sucesivas Conferencias Panamericanas, a partir de 1889, lograron plasmar organismos como la Unión Panamericana y la actual Organización de Estados Americanos. La carta de la OEA en sus arts. 93 al 98, establece el Consejo Interamericano Económico y Social (18).

5.1. Unión Centroamericana y Mercado Común Centroamericano.

A los antecedentes históricos mencionados en el 1.2., donde aludimos al ilustre hondureño, General Francisco Morazán, debemos añadir, que después de romperse (1823) la anexión a México de los territorios de la ex Capitanía General de Guatemala, independiente de España en 1821, anexada al Imperio de Agustín de Iturbide en 1822 y rota esta anexión el 24 de junio de 1823; se constituyeron posteriormente (1 de julio) las Provincias Unidas del Centro de América, con la activa participación del prócer. Años después se constituyó la República Federal Centroamericana (Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica) que rigió Morazán entre 1830 y 1839.

En los tres últimos años de su gobierno se separaron Guatemala, Nicaragua, Honduras y Costa Rica, quedando su autoridad reducida a El Salvador; con su trágica muerte (1842), desapareció la Federación.

(18) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Ibidem* págs. 627, 628 y 728 a 729.

El 13 de diciembre de 1960 se suscribió en Managua el "Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua), estableciendo en su artículo 1 un "Mercado Común Centroamericano" (19), con la adhesión de Costa Rica en la cláusula transitoria, pasando los organismos creados por el acuerdo "... a formar parte de la Organización de Estados Centroamericanos, mediante un convenio de vinculación".

Entre otros antecedentes de la ODECA se encuentran los tratados bilaterales entre países de la región, del período 1951/57; la creación del Comité de Cooperación Económica de Centroamérica, y la elaboración de un Nomenclador Arancelario Uniforme Centroamericano (NAUCA), adoptado en 1960.

En 1958 se firmó en Tegucigalpa el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana. En 1962 se creó, en San José de Costa Rica, la Comunidad Democrática Centroamericana (El Salvador, Honduras y Costa Rica).

A estas experiencias debemos agregar las llamadas "Reuniones Cumbres Centroamericanas de Jefes de Estado" (julio 1991, San Salvador) y junio de 1992 (Guatemala), a la que asistió como observador el Presidente de la Nación Argentina. A los cinco Estados primitivos se les unió Panamá (1991).

5.2. Comunidad del Caribe (CARICOM).

También se la denomina "Mercado Común del Caribe". El 15/12/1965 se suscribió el Tratado Dickenson Bay (Antigua, Guyana y Barbados), creándose la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA). A ella se sumaron otros catorce países caribeños.

El 4 de julio de 1973 se creó la CARICOM (Tratado de Charaguamas: Barbados, Jamaica, Guyana y Trinidad-Tobago). Otros países anglófonos del Caribe se unieron a estos cuatro, creándose un Mercado Común del

(19) Ver su texto en publicación uruguaya citada en nota (17), págs. 409 a 429, de 23 artículos y una cláusula transitoria.

Caribe. La Sede del CARICOM es Georgetown (Guyana) y sus actuales miembros son: Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Guyana, Dominica, Jamaica, Montserrat, Antigua, Cristobal, Anguila, San Vicente, Santa Lucía y Trinidad Tobago.

5.3. Pacto Andino.

Su origen es la "Declaración de Bogotá" (Agosto de 1960), derivada de la reunión de los Presidentes de Colombia, Venezuela y Chile con representaciones de Ecuador y Perú. Así se llegó al Acuerdo Subregional Andino, al que se adhirió Bolivia en 1967. El Grupo o Pacto Andino (Cartagena de Indias, 1969), al que se sumó Venezuela (1973) sufrió el retiro de Chile (1976). Entre las páginas 676 a 702 de nuestro: "Derecho Internacional Público", se transcriben las normas de este acuerdo.

5.4. Sistema Económico Latinoamericano (S.E.L.A.).

Para encontrar paliativos a la grave crisis económica de fines de 1977, en Panamá (31/7 al 2/8/1975) se decidió crear un Sistema Económico Latinoamericano del que formaron parte todos los países iberoamericanos. Su objetivo es promover la cooperación regional y los procesos de integración en América Latina. La Secretaría Permanente funciona en Caracas.

5.5. A.L.A.D.I.

Sobre este punto "*brevitatis causa*", debemos remitirnos al detallado estudio de la Dra. Delia Beatriz CARUBINI, que integra nuestro "Derecho Internacional Público" (20).

El Tratado de Montevideo (12/8/1980), suscripto por la Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela, la instituyó como continuadora de la ALALC.

Se trata de una Organización compatible con el GATT, en atención a la "cláusula de habilitación", que surge de la "Ronda de Tokio".

(20) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: *Ibidem*, págs. 703 a 712.

Su funcionamiento se compatibiliza plenamente tanto con el GATT como con el MERCOSUR.

5.6. Cuenca del Plata.

La "Cuenca del Plata" es un sistema geográfico integrado por la Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, con una superficie aproximada de 3.250.000 km², entre los paralelos 17°05' y 37° 37' S. y los meridianos 67° y 42°35' o Gr., sólo superado en extensión -aunque creemos que no en importancia- por la del Amazonas. Si se canalizaran unos 120 kms., podrían unirse las cuencas del Orinoco, el Amazonas y el Plata, en la red fluvial más extensa del mundo, que permitiría unir Buenos Aires con el Caribe, en el transporte más barato y seguro.

En 1965 el Presidente argentino solicitó ante el Comité Interamericano Económico de la O.E.A., y al Banco Interamericano de Desarrollo, se financiará un estudio tendiente a lograr el aprovechamiento de tal Cuenca fluvial.

En 1967 se produjo la Declaración de Buenos Aires, de los Ministros de Relaciones Exteriores de esos cinco países, y el 23 de abril de 1969 se suscribió en Brasilia el "Tratado de la Cuenca del Plata", para promover el desarrollo armónico y la integración física de la misma y sus áreas de influencia.

Desde antiguo nos venimos ocupando de este tema, pero la naturaleza de esta comunicación nos impide entrar en mayores detalles.

5.7. Hidrovía Paraná - Paraguay.

Sobre este tema hemos colaborado -junto con otros autores- en la Edición de un libro realizado por el Centro Naval de Buenos Aires (21).

Brevemente señalaremos que se trata de un subsistema de la Cuenca del Plata. Comprende el tramo desde Puerto Cáceres hasta Nueva Palmira y Buenos Aires (unos 3.300 kms.).

(21) *Boletín del Centro Naval*. Suplemento 763-G-11: "La Hidrovía Paraguay-Paraná. Factor de Integración", Buenos Aires, 1991.

Si se realizan obras de dragado, señalización, balizamiento e instalaciones portuarias, la "Hidrovía" se convertirá en un importantísimo y muy económico eje de comunicación entre ricas e inexploradas regiones del Brasil, Bolivia, Paraguay, Uruguay y la Argentina (ver Encuentro Internacional de Campo Grande, abril 1988 y el Acuerdo de Las Leñas sobre transporte fluvial, del 26/6/1992).

5.8. Cumbres Iberoamericanas.

Se trata de reuniones de los Jefes de Estado de veintidós países iberoamericanos, de España y Portugal.

La primera se realizó en Guadalajara, (Mexico) en julio de 1991. La segunda tuvo lugar en Madrid, los días 23 y 24 de julio de 1992, con la única ausencia de Venezuela. La tercera cumbre se celebró en Salvador (Brasil), al año siguiente, habiéndose constituido un verdadero "Commonwealth Iberoamericano".

5.9. El Grupo de los Ocho.

Se constituyó el 29 de noviembre de 1987, de acuerdo al previo "compromiso de Acapulco" (10/8/1987), para adoptar líneas de acción uniformes en materia de pago de la deuda externa, integración regional y desarrollo.

5.10. El Grupo de Río.

Lo componen los Presidentes de trece países latinoamericanos, que se reúnen una vez al año, para consultas políticas y económicas.

A estas reuniones informales se las denomina "Cumbres". La quinta, realizada en Cartagena de Indias, se opuso a la ley norteamericana denominada Torricelli, imponiendo sanciones económicas a Cuba, a cuyo gobierno se instó a que ponga en práctica medidas de apertura política y económica (diciembre de 1991).

La Sexta tuvo lugar en Buenos Aires (diciembre de 1992), con la intervención de once presidentes, analizándose las situaciones políticas de Venezuela y Perú.

La séptima (Santiago de Chile, octubre de 1993), también estudió la solución de problemas políticos y económicos de la región.

5.11. El Parlamento Latinoamericano.

El 7 de diciembre de 1964, por iniciativa del Congreso del Perú se reunieron en Lima 160 legisladores de trece naciones latinoamericanas (la Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) México fue sólo observador. Allí se constituyó el "Parlamento Latinoamericano".

El 14 de julio de 1965 se realizó (en Lima) la primera reunión parlamentaria, incorporándose Honduras.

Como organismo no gubernamental internacional (I.N.G.O., según la nomenclatura de Johan GALTUNG), no representa a los países miembros pero formula recomendaciones sobre temas relacionados con la integración latinoamericana, y otros de interés para la región.

6.- EL MERCADO COMUN DEL SUR O MERCOSUR

Después de esta -tal vez tediosa- pero necesaria, consideración de antecedentes, entraremos de lleno al tema que nos ocupa: la consideración, a la luz del Derecho y la Política Internacional del MERCOSUR y los problemas de índole jurídica e institucionales en la integración de América Latina que se plantean.

6.1. Tratado de Asunción.

El "Tratado de Asunción", suscripto en dicha ciudad el 26 de marzo de 1991 por los Presidentes y Ministros de Relaciones Exteriores del país anfitrión: Paraguay, la República Oriental del Uruguay, la República Federativa del Brasil y la República Argentina, así denominado conforme lo establece su artículo 23, penúltimo de los veinticuatro que lo componen; lleva cinco anexos que integran el acuerdo multilateral: el primero de doce artículos, comprende el "Programa de liberación comercial"; el segundo de diez y nueve, el "Régimen General de Origen"; el tercero, de sólo tres cláusulas, la "Solución de controversias"; el cuarto, de siete, las

"Cláusulas de Salvaguardia"; el quinto, con una norma única, comprende los "subgrupos de Trabajo del grupo Mercado Común".

Vemos, entonces, que se trata de un conjunto de sesenta y seis normas diferentes, mucho menor que las doscientas cuarenta y siete del Tratado de Roma, que instituyó el Mercado Común Europeo.

Existe una circunstancia de carácter histórico muy especial, que debemos destacar: los cuatro países signatarios son los mismos que, hace 166 años, se enfrentaron en una cruel y tenaz lucha armada en que la Argentina, Brasil y Uruguay, entre 1865 y 1870, asolaron la tierra paraguaya. Esta circunstancia resulta suficientemente demostrativa de los nuevos ideales que imperan en la región.

El mismo año de su firma, el Convenio entró en vigor (29/11/1991), siendo aprobado legislativamente por Ley 23.981 de la República Argentina, Decreto Legislativo 197 del Brasil, Ley 9/91 del Paraguay y Ley 16.196 de la República Oriental del Uruguay.

Con posterioridad, se suscribió el "Acuerdo de alcance parcial de complementación económica", entre los mismos cuatro Estados signatarios, dentro del marco de la ALADI y del Tratado de Asunción (veintiún artículos) y dos anexos sobre "Régimen General de origen" (19 arts.) y "Cláusulas de Salvaguardia" (7 arts.), en Montevideo, el 29/11/91; y el 17 de diciembre de ese mismo año, se convino en la Capital del Brasil, el "Protocolo para la solución de controversias" (36 artículos).

El 17/6/1992, también en Montevideo y bajo el marco de la ALADI, las Partes acordaron un "Régimen de Sanciones" sobre "Falsedad de los Certificados de origen", de 28 artículos.

El Consejo del MERCOSUR sancionó un "Reglamento Interno" del grupo (arts. 10 y 11 del Tratado de Asunción) de 35 arts.; y reglamentó las "Reuniones de Ministros"; art. 10 del T. de Asunción (5 arts.).

En Las Leñas (Pcia. de Mendoza, Argentina) el 27/6/1992, los Presidentes y Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro Estados suscribieron, en el marco del MERCOSUR, un "Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa", de 36 artículos. A ello debemos agregar múltiples Resoluciones del Grupo Mercado Común, el "Protocolo de Colonia"

(R.O.U.) para la protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (17/1/1994, 12 artículos y un anexo); y los resultados de la reciente reunión de Buenos Aires, donde los cuatro Presidentes y sus Ministros de Relaciones Exteriores lograron (5 de agosto de 1994), tras laboriosas gestiones, constituir una Unión Aduanera a partir del 1 de Enero de 1995, aprobar en sesenta días un A.E.C. (Arancel Externo Común), regímenes de origen y excepciones al A.E.C., reglamentaciones sobre Zonas Francas (las áreas aduaneras especiales de Manaos y Tierra del Fuego y sus funcionamientos futuros, las Zonas francas industriales del Uruguay y las futuras de la Argentina, y las Zonas francas comerciales, como la actual de la Ciudad del Este, en el Paraguay) y normas sobre informática, bienes de capital, creación de una "Comisión de Comercio", bases para negociar con otros mercados, protección especial por cuatro años para determinados productos, reintegros y tasas de estadística y regímenes especiales en materias agroindustrial, azucarera en especial y automotriz.

Todas estas normas forman ya un voluminoso "*corpus iuris*", en sólo cuatro años de funcionamiento.

6.1.1. *Objetivos. Compromisos. Cláusulas de Salvaguardia.*

Los objetivos pueden ser clasificados en dos categorías: a) Los del período de transición 1991/1994; y b) Los posteriores a esa fecha que -por ser tan próxima y en atención a lo resuelto en la reciente cumbre de Buenos Aires- serán calificados como definitivos.

El artículo 1 del Tratado de Asunción (T.A.) los establece en forma por demás ambiciosa, bajo el Capítulo I "Propósitos, Principios e Instrumentos" (arts. 1 a 8).

Se ha observado, no obstante, que "no llegan a estructurar, al menos como están redactados, un verdadero mercado común" (22) al prestarse sólo atención al "que" (objetivos) y no al "cómo" o medios para su logro.

No obstante, creemos que la profusa normativa en sólo cuatro años de funcionamiento y -en especial- los últimos y difíciles acuerdos logrados, demuestran que se están llevando a cabo los trabajos para su concreción.

(22) EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL: *Ibidem*, pág. 193.

Este Mercado Común implica una libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los miembros.

Para ello se establece la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier medida equivalente (ello conforma una zona de libre comercio o libre tránsito, más que un M.C.). Asimismo se establece un arancel externo común (A.E.C. lo que implica ya un avance sobre la zona de libre comercio (Z.L.C.) y sienta las bases de una Unión Aduanera (U.A.) "*in status nascendi*".

Para este A.E.C. (arancel externo común) se debe referenciarlo al Estado que aplique el menor. Este tema generó múltiples dificultades en la reciente Cumbre de Colonia a la que ya nos referimos (17/1/94), ya -en gran parte- superados.

El problema se plantea con los bienes de capital e informática. Brasil estaría dispuesto a bajar el arancel de los primeros entre un 15% al 18% y la Argentina pretende bajarlos entre el 10% y el 12%; en informática la Argentina podría llegar al 4%.

Con la cumbre de Buenos Aires (agosto 94) el M.C. podrá poner en funcionamiento, para el 1/1/05 una verdadera Unión Aduanera, con las siguientes medidas: a) Definición del A.E.C.; b) Idem respecto a bienes de capital, telecomunicaciones e informática; c) Cronograma de tareas respecto al A.E.C.; d) Posiciones arancelarias excluidas -como ya vimos- del A.E.C. (hasta un máximo de 6 años); e) Reglas de origen de productos exceptuados del A.E.C.; f) Defensa contra prácticas desleales por importaciones provenientes de terceros Estados; g) Salvaguardia frente a terceros; h) Relaciones MERCOSUR-ALADI y con terceros; i) Zonas francas y áreas aduaneras; j) Trato nacional y no discriminatorio en la radicación y actividades de empresas de los miembros; k) Defensa de la competencia y del consumidor; y l) Coordinación de políticas cambiarias.

Bastante se ha avanzado en la muy reciente cumbre de Buenos Aires, pero se trata de una tarea compleja y sumamente dificultosa.

En materia de comunicaciones y transporte se está trabajando activamente, así como en la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, siguiendo -en un todo- la experiencia de la Comunidad Europea.

El muy reciente -y al parecer eficaz- plan económico brasileño, similar al argentino, contribuirá a esta deseada coordinación de políticas macroeconómicas y a la armonización de las legislaciones de los actuales cuatro miembros "... en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración" (art. 1, "*in fine*" T.A.).

La norma de estricta "reciprocidad" de derechos y obligaciones (art. 2 T.A.), al ser cumplida significará el buen funcionamiento del MERCOSUR.

El artículo 3 hace mención al "período de transición" próximo a vencer (31/12/94). Sus recomendaciones respecto al "Régimen General de Origen", "Sistema de Solución de Controversias" y "Clausulas de Salvaguardia" (Anexos del T.A.) ya han sido convenientemente articuladas.

El art. 4 se refiere a obvias recomendaciones en las relaciones comerciales del MERCOSUR con "terceros países" (debió añadirse -a nuestro juicio- organismos internacionales o instituciones similares).

El art. 5 establece los instrumentos para la constitución del MERCOSUR, durante el "período de transición" próximo a vencer:

1) Programa de Liberación Comercial ("rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas"), con eliminación de restricciones no arancelarias, para llegar el 31/12/1994 con "arancel cero", sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario (Anexo I, T.A.);

2) Coordinación de políticas macroeconómicas ya enunciadas "*ut supra*";

3) Establecimiento de un A.E.C., para que los Estados miembros puedan aumentar su competitividad económica respecto a terceros; y

4) Acuerdos sectoriales que aumenten la productividad económica.

A estas normas y recomendaciones, el T.A. las denomina, en su Capítulo I: "Propósitos, Principios e Instrumentos" (arts. 1 a 8).

Ante un menor desarrollo económico e industrial de dos integrantes del MERCOSUR (Paraguay y Uruguay) el art. 6 y el Anexo I les reconocen un tratamiento diferencial.

El art. 7 establece que en materia de impuestos, tasas y otros graváme-

nes de carácter interno, los productos originarios de un Estado del MERCOSUR, gozarán en los otros Estados partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.

El art. 8 se refiere a los tratados anteriores suscriptos por los Estados partes en el ámbito de la ALADI y en otros ámbitos, que deben preservarse, a la par que coordinarán entre sí las posiciones a asumir en futuras negociaciones comerciales externas, hasta el 31/12/1994 (período de transición).

A tales fines se fijan cuatro directivas, objetivos o metas:

1) Evitar cada Estado parte, afectar los intereses de los restantes, en las futuras negociaciones comerciales hasta el 31/12/1994;

2) Igual meta respecto a los demás Estados partes y a los objetivos del MERCOSUR, en futuros acuerdos con otros miembros de la ALADI, hasta la misma fecha;

3) Consultarse recíprocamente cuando negocien "esquemas amplios de desgravación arancelaria" tendientes a la formación de zonas de libre comercio, con los demás países de la ALADI; y

4) Extender -en forma automática a los demás Estados partes- "... cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio, que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la ALADI".

Estas normas reconocen una clara inspiración en el Tratado de Roma (1957) y sus complementarias.

Respecto a las "cláusulas de salvaguardia", son reguladas por el Anexo IV del T.A.. Se relacionan con el Programa de Liberación Comercial (P.L.C.), con las excepciones a que ya aludimos, respecto a Paraguay y Uruguay (hasta el 31/12/1994), y con las relaciones respecto a terceros Estados para evitar los subsidios, "*dumpings*" u otras prácticas desleales. Al respecto, "*videre*" lo relatado en la parte final del punto 4.1. del presente trabajo, al analizar el G.A.T.T.

Si las importaciones de un producto causarán daño o una grave amenaza de daño al mercado comercial interno de un Estado Miembro, éste podrá requerir al G.M.C. la realización de consultas para eliminar el grave perjuicio (Anexo IV, art. 2).

El G.M.C. tiene un plazo máximo de diez días para realizar consultas con los otros Miembros, y está obligado a decidir sobre la protesta, dentro de los veinte días corridos desde la iniciación del procedimiento.

Como estas decisiones deben ser tomadas por "consenso" y con la presencia de todos los Estados partes (*vid.*, art. 16 T.A.) hasta el 31/12/94 (período de transición), será muy difícil arribar -en estas circunstancias- a una determinación unánime que implique tal consenso.

La aplicación de una cláusula de salvaguardia habrá de depender -en cada Estado Parte- de la aprobación final que preste la Sección Nacional del G.M.C.

Como dicho organismo "... adopta sus decisiones por unanimidad", esta norma carece de utilidad (*vid.* art. 3, anexo IV, T.A.).

El art. 5 de este anexo IV establece que estas cláusulas de salvaguardia tendrán una duración de un año y sólo podrán ser prorrogadas por otro año consecutivo y una sola vez para cada producto. Rigen hasta el próximo 31/12/94.

6.1.2. Resolución de controversias en el MERCOSUR.

Hace poco más de tres años expresábamos respecto de este punto lo siguiente: "El Anexo III (T.A.) se refiere a la resolución de controversias. Acá estamos dentro de los habituales medios utilizados en el campo del Derecho Internacional Público de negociaciones directas, estudios por el denominado G.M.C., recomendaciones a las Partes para solucionar el diferendo y recurso ante el Consejo del Mercado Común. A diferencia del Tratado de Roma (1957), todavía no se han instituido Tribunales Internacionales para resolver los casos conflictivos, pero el art. 2 de este anexo III, establece que dentro de los ciento veinte días de la entrada en vigor del Tratado de Asunción... el G.M.C. elevará a los gobiernos de los Estados Partes, una propuesta de SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS y antes del 31/12/94, las Partes adoptarán un SISTEMA PERMANENTE DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS..." (23).

(23) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: "Memorandum 105/91 del Sr. Asesor de Gabinete..." de fecha 13/8/91, para el Ministerio de Justicia de la Nación, págs. 5 y 6.

El artículo 1 de este Anexo III alude -como se dijo- al sometimiento de la controversia a consideración del G.M.C., que luego de evaluar la situación, formulará en el lapso de sesenta días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del contencioso.

A tal efecto, el G.M.C. podrá establecer o convocar PANELES DE EXPERTOS o GRUPOS DE PERITOS con el objeto de contar con asesoramiento técnico. Si en el ámbito del G.M.C. tampoco se alcanzara una solución, se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común (C.M.C.) para que adopte las recomendaciones pertinentes.

Después de elaborado nuestro memorandum, el 17 de diciembre de 1991 se suscribió en la capital del Brasil -por los Presidentes y Cancilleres de los cuatro Estados- el "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", con seis capítulos y treinta y seis artículos (Ámbito de aplicación, Negociaciones directas, Intervención del G.M.C., Procedimiento arbitral, Reclamos de particulares y Disposiciones finales).

Este protocolo insiste en las "negociaciones directas por un plazo no mayor de 15 días (deben interpretarse como corridos) desde que se planteó la controversia" (arts. 2 y 3).

El art. 4 establece que ante la falta de una solución negociada (total o parcialmente), cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrán someterla a la consideración del G.M.C. Este escuchará a las Partes y podrá requerir el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista de veinticuatro a que alude el art. 30. Siendo cuatro los Estados miembros actuales del MERCOSUR, cada uno designará a seis "personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia".

El G.M.C., luego de oír a los expertos, "formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia tendientes a la solución del diferendo" (art. 5). Este procedimiento no podrá extenderse por más de treinta días desde que se sometió la controversia al G.M.C. (art. 6).

Ante la ausencia de solución, el Capítulo IV de este Protocolo (arts. 7 al 24) regula minuciosamente el "Procedimiento Arbitral".

En múltiples ocasiones, desde las páginas de nuestro "Derecho Internacional Público", y en diversos artículos publicados en diarios jurídicos como "La Ley", de Buenos Aires, hemos analizado el procedimiento arbitral. A ellos nos remitimos "*brevitatis causa*".

El Estado recurrente se presentará ante la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, que efectuará las comunicaciones respectivas a los otros Estados involucrados y al G.M.C. Esta Secretaría desarrollará los procedimientos respectivos (art. 7).

El artículo 8 establece la obligatoriedad de la jurisdicción del Tribunal Arbitral (T.A.).

El artículo 10 expresa que cada Estado Parte designará diez Arbitros, que integrarán una lista registrada en la Secretaría Administrativa (S.A.), la que se hará conocer a todos los integrantes del MERCOSUR.

Anteriormente -en forma no muy clara- el art. 9 estatuye que "... el procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal Arbitral ad hoc compuesto de tres Arbitros pertenecientes a la lista del art. 10".

Esta norma no contempla el caso de que sean tres -por ejemplo- y no dos, las Partes en la controversia, y estatuye en dicho art. 9, que cada Estado Parte en el contencioso, designará un Arbitro, y el tercero, que no podrá ser nacional de los Estados Partes en dicha contienda, será designado de común acuerdo por los dos restantes; "... y presidirá el Tribunal Arbitral". También se establece el plazo de 15 días para el nombramiento de los Arbitros y la designación de un Arbitro suplente.

El art. 11 prevé -ante la inacción de un Estado parte en el contencioso- su designación por la Secretaría Administrativa "... entre los Arbitros de ese Estado, según el orden establecido en la lista respectiva".

El art. 12 prevé la falta de acuerdo en la designación del tercer Arbitro, en el plazo legal, y su designación de oficio por la S.A. "... de una lista de 16 Arbitros confeccionada por el G.M.C.", vale decir cuatro por cada una de las actuales Partes del T.A., que quedará registrada en la S.A. De los 16 de la lista, ocho deberán ser nacionales de terceros Estados.

El art. 13 expresa que los Arbitros que integren las listas de los arts. 10 y 12 "deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia".

El art. 14 se refiere a la posible unificación de representación.

El art. 15 alude a que el Tribunal Arbitral fijará su sede en "... alguno de los Estados Partes y adoptará sus propias reglas de procedimiento",

que garantizarán la rapidez y libre defensa en juicio.

El art. 16 determina los informes que las Partes harán llegar al Tribunal y las exposiciones de los fundamentos de hecho y derecho.

El art. 17 establece la designación de representantes ante el T.A., así como la de asesores.

El art. 18 permite al T.A. dictar medidas provisorias, para prevenir situaciones dañosas.

El art. 19 establece las fuentes jurídicas para decidir las contiendas:

- 1) Disposiciones del Tratado de Asunción;
- 2) De los Acuerdos celebrados dentro de su marco;
- 3) Decisiones del Consejo del Mercado Común;
- 4) Resoluciones del Grupo Mercado Común; y
- 5) Principios y Normas del Derecho Internacional aplicables en la materia (al respecto observamos que debió mencionarse en primer lugar a las disposiciones y luego a los principios generales o "*principia iuris gentium*").

Al igual que en el caso del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no se restringe "... la facultad del Tribunal Arbitral de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieran".

Recordemos que los romanos definían a la EQUIDAD (*aequitas*) como la justicia del caso particular, cuando aplicando al caso las reglas generales se arribaba a una situación injusta.

En la obra de Santo Tomás de Aquino: "La Justicia. Comentarios al Libro Quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles", lección décimo sexta: la equidad (24) se sostiene -precisamente- que "... toda ley es universal; mas respecto de algunas cosas no es posible decir rectamente de manera universal. En los casos en que es necesario expresarse universal-

(24) AQUINO, SANTO TOMAS DE: "La Justicia. Comentarios al Libro Quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles", Editorial Cursos de Cultura Católica. Buenos Aires, 1946, págs. 237 y sgts.

mente, pero imposible hacerlo de este modo, correctamente, la ley toma el caso común, no ignorando que hay error. No por eso la ley es menos recta. En efecto, el error no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues desde su origen la materia del operativo es así. Por consiguiente, cuando la ley dispone de manera universal, mas acontece un caso particular fuera de lo dispuesto universalmente, entonces se procede rectamente si donde calló el legislador o donde erró al hablar en absoluto, se corrige la falta. Porque el legislador, de estar presente, hubiera estatuido así; y si lo hubiera sabido, hubiese establecido tal ley...”.

Esta equidad (en griego “*EPIIKIA*” y en latín “*AEQUITAS*” nos hace recordar la breve y concisa definición del Derecho en el Digesto (Celso: Lib. I, Tit. I, Ley primera), “*Ius est ars boni et aequi*”, vale decir que el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

Respecto a la equidad comentaba el Estagirita, que en idioma griego “*epiikes*” es lo conveniente o decente (de “*epi*”, que significa sobre, e “*ikos*”, que podemos traducir como obediente).

En este orden de cosas destacaba que, por medio de la “*EPIIKIA*” se obedece de manera más conveniente, observando la intención del legislador, donde disuenan las palabras de la ley.

Volviendo a nuestro tema, el art. 20 del Protocolo de Basilia otorga 60 días al T.A. para expedirse por escrito, prorrogables por 30 días más, a partir de la designación de su presidente.

El laudo se adoptará por mayoría, será fundamentado y suscripto por los tres Arbitros, pero -curiosamente- no se permite al disidente fundamentar su voto.

Los laudos serán inapelables, con fuerza de cosa juzgada (“*res iudicata pro veritate habetur*”) y obligatorios para los Estados Partes desde su notificación por escrito. A menos que el T.A. fije otro plazo, serán cumplidos dentro de los 15 días de notificados.

El art. 22 permite -no obstante- un recurso de aclaratoria dentro de los 15 días de su notificación o de interpretación sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse.

El T.A. tendrá otros 15 días para expedirse, pudiendo suspenderse el

cumplimiento del laudo arbitral, hasta que se decida sobre la solicitud presentada.

Si un Estado Parte no cumpliera en 30 días el laudo del T.A., el o “los otros Estados Partes en la controversia” (vemos que aquí se enmienda el error antes apuntado, de considerar solo dos partes en el contencioso, como posibles), “podrán adoptar medidas compensatorias temporarias” (suspensión de concesiones u otras equivalentes) “tendientes a obtener su cumplimiento”.

Por último, el art. 24 se refiere al pago de las costas del proceso.

Siendo el individuo un verdadero sujeto del Derecho Internacional, la norma del art. 25, admitiendo reclamos de particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción y aplicación -por cualquiera de los Estados Partes- de medidas legales o administrativas de efecto retroactivo, discriminatorias o de competencia desleal, que violen el Tratado de Asunción, Acuerdos consiguientes, Decisiones del Consejo del Mercado Común o Resoluciones del Grupo Mercado Común, aparece como plenamente ajustada a derecho.

Estos particulares deberán formalizar los reclamos en la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, del Estado Parte “donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”, aportando los datos necesarios para determinar -al menos- un “*fumus bonis iuris*” y la existencia o amenaza cierta de un perjuicio (art. 26).

Como en muchos casos, estos particulares tienen residencia habitual en un país miembro y la sede de sus negocios en otro, ello dará lugar a trámites engorrosos.

Los arts. 27 a 32 establecen la forma de resolver estos reclamos de particulares.

6.1.3. Naturaleza jurídica del MERCOSUR. Estructura legal. Organos y reuniones.

Según nuestro particular enfoque, puesto de relieve en el numeral 1 de esta comunicación desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, el MERCOSUR es un nuevo sujeto de tal disciplina, al que -al

menos en este estadio de su funcionamiento- denominamos -modificando la nomenclatura de Johan GALTUNG, Organismo de Negocios Internacionales Gubernamental Plurinacional- (BIGO plurinacional).

El Tratado de Asunción es un convenio de integración económica parcial, dentro del Tratado de Montevideo que instituyó la ALADI (Capítulos II y IV). Ello se desprende del art. 8 T.A.

Por lo tanto, el MERCOSUR se encuentra abierto -desde luego- a la adhesión "*ex post*" de los otros miembros de la ALADI, pero también al consentimiento unánime de los cuatro miembros originales, después de los cinco años de su vigencia (26/11/1996), salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, art. 20 T.A.

El Cap. II del T.A., para el período de transición hasta el 31/12/94, establece al Consejo del Mercado Común (C.M.C.) como órgano supremo de conducción política (art. 10, T.A.), integrándolo cuatro Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados miembros; se reúne periódicamente sin fechas ni agenda fija (art. 11 T.A.). Su presidencia es rotativa por seis meses y en orden alfabético. Por lo menos una vez al año, se reúne el Consejo Ampliado, con la presencia de los jefes de Estado.

El Grupo Mercado Común (G.M.C.) es el órgano administrativo coordinado por los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores. Cada Estado Parte aporta cuatro miembros titulares y cuatro alternos (por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por el de Economía o equivalente, y el Banco Central de cada país).

En cuatro años se ha reunido una decena de veces. El art. 13 T.A. no le otorga funciones ejecutivas.

En el numeral anterior nos hemos referido al Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia. Al no tratarse de un verdadero Tribunal permanente, integrado por jueces que permanecen en funciones *ad vitam* o por un número cierto de años, sino de un Tribunal *ad hoc*, creemos que luego del 1/1/1995 deberá encararse la institución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR, de estructura y funcionamiento permanente, con representación de todos los Estados miembros.

También debería existir -al menos en el futuro- un Congreso, Parlamento o Cámara Legislativa del MERCOSUR, similar al Parlamento Europeo.

A las denominadas "Cumbres del MERCOSUR" también se ha invitado a otros Jefes de Estado ajenos a la Organización que -repetimos- es un nuevo sujeto de la Comunidad y el Derecho Internacional.

6.1.4. Estructura definitiva. Los Acuerdos de Buenos Aires y la Unión Aduanera Imperfecta.

Conforme lo dispone el art. 18 del T.A., antes del 31 de diciembre de 1994, en una reunión extraordinaria los Estados Partes deberán acordar "... la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisión". De esta manera quedará verdaderamente establecido el Mercado Común del Sur para un futuro temporalmente ilimitado, ya que el art. 19 del T.A. le otorga al Pacto una "duración indefinida", sin perjuicio -claro está- del derecho de desvincularse del mismo, mediante el acto de denuncia, que otorga a las Partes el art. 21 y 22 del T.A.

Los recientes Acuerdos de Buenos Aires (VI Cumbre, Agosto 5 de 1994) a los que antes nos referimos, tienden a la conformación de una estructura definitiva. En los cuatro años de estructura provisoria, el comercio entre la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, se ha cuadruplicado y ya se acerca a los 10.000 millones. Si bien las empresas transnacionales (los BINGOS de Johan GALTUNG) llevan una leve delantera en cuanto a producción, comercialización y adaptaciones administrativas, las propias de los Estados miembros (en especial brasileñas y argentinas) las siguen de cerca.

Casi cuatrocientos "*joint ventures*" o "emprendimientos conjuntos", hablan a las claras del grado de cooperación alcanzado. Recientes publicaciones de negocio norteamericanas, como "*U.S. Latin Trade*", previas a este último Acuerdo, dedican espacios destacados a "*The Next Big Pact*". Este próximo gran paso fue dado el 5/8/94.

Solamente Brasil -según esa fuente- en 1993 vendió a la Argentina, Paraguay y Uruguay, por valor de U\$S 5400 y les compró por U\$S 3300 (14% de sus exportaciones y 13% de sus importaciones).

Con el tiempo esa tendencia habrá de revertirse en beneficio de los restantes Asociados.

A partir del Acuerdo de Buenos Aires (5/8/94), desde el 1/1/95 el inmenso espacio físico de casi 12 millones de kilómetros cuadrados y 200 millones de habitantes comenzará a obrar como una ZONA DE LIBRE COMERCIO y una UNION ADUANERA, todavía imperfecta, ya que del universo de productos, el arancel denominado externo común, sólo entrará en vigor por aproximadamente un 93%, y el resto lo hará gradualmente hasta los años 2001 (6%) y 2006 (1%).

Una fuerte determinación política se impuso a cualquier cálculo agorero, así como el firme deseo que naciones vecinas como Bolivia y Chile se unan al grupo original.

Aún no se han definido temas fundamentales como las Instituciones que habrán de regir definitivamente el MERCOSUR y el sistema de decisión dentro de ellas. Las antes consideradas regirán hasta el 31/12/94.

Las actuales Zonas Francas de Manaos y Tierra del Fuego se mantendrán todavía por algún tiempo (hasta el 2013) mientras que las industriales del Uruguay, y creadas en la Argentina, y las comerciales como Ciudad del Este (Paraguay), podrán ingresar con esos bienes al MERCOSUR, abonando un común arancel externo.

Un grupo pequeño de productos, afectados por el arancel interno 0 (cero) del Mercado Común del Sur, mantendrán sus actuales aranceles hasta 1999 (listas de excepción y cláusulas de salvaguardia. La Argentina logró mantener hasta esa fecha 81 productos, entre ellos textiles y papel). También se aceptó el mantenimiento de algunos reintegros a exportaciones hasta el 2005.

Convenios comerciales y financieros entre el Uruguay con la Argentina y Brasil (Ej. el denominado P.E.C. o Protocolo de Expansión Comercial y el C.A.U.C.E. o Convenio Argentino-Uruyaio de Complementación Económica) que caducaban "*ipso iure*" el 1/1/95, se prorrogarán hasta el año 2001.

Paraguay obtuvo 99 excepciones arancelarias más que sus Socios, vale decir 399.

De esta Cumbre también participó como observador el Presidente de Chile.

En un futuro próximo habrá que homogeneizar los Códigos Aduaneros de las Partes y los Alimentarios, mejorar las rutas viales y demás infraestructura del transporte y crear entidades supranacionales de gobierno y control, al estilo de la Comunidad Europea.

Una dificultad que deberá salvarse brevemente, consiste en que mientras la Argentina, Brasil y Paraguay se rigen por las normas del G.A.T.T., Uruguay todavía lo hace por las reglas de Bruselas.

6.1.5. El MERCOSUR y Chile.

El pasado 4 de agosto el Presidente de Chile Don Eduardo FREI destacó en Buenos Aires que su país sostendrá una "decisiva voluntad política" de integrarse a los países de la región; a la par que resaltó la firme intención de su gobierno de "...darle prioridad a los acuerdos latinoamericanos" (25).

Como opción de corto plazo, la nación trasandina pensaría en el MERCOSUR para superar una "meseta económica", aumentar su crecimiento consiguiendo nuevos mercados y superar así algunos problemas puntuales. En esta Nación, aproximadamente el 30% del Producto Bruto Interno tiene como fin el mercado externo. De este porcentaje, alrededor de un 15% son numerales (fundamentalmente el cobre). Los bienes de origen agrario y frutos del mar (verduras, frutas, maderas, pescados, mariscos, etc.), y manufacturas derivadas, se están distribuyendo eficazmente en los mercados más remotos, según pudimos comprobarlo durante nuestro viaje a Oriente, el pasado mes de julio (Hong Kong, Macao, Manila, etc).

Según algunas fuentes, cerca del 20% de su población, estaría empleada en tareas vinculadas a la exportación.

Los países latinoamericanos estarían recibiendo casi un 20% de todas las exportaciones de Chile (primer semestre de 1994). De ellas el 50% va destinado al MERCOSUR.

(25) VIDERE: "*El Cronista*", Edición de Buenos Aires, 5/8/94, pág. 2.

Mientras se intenta bajar la tasa inflacionaria a sólo un dígito, la economía en general crece, aunque a un ritmo algo más lento. Mercados como el europeo y el NAFTA han retraído sus compras (26).

El Presidente de la Asociación Nacional de Exportadores (se excluye el cobre) estimó que "... Las expectativas del sector exportador son nebulosas"; agregando que: "Eso motiva que gran cantidad de capitales esté emigrando a otras actividades".

Ingresar a un Mercado Común de cerca de 200 millones de seres humanos, constituye un desafío para su pujante sector exportador.

6.1.6. El MERCOSUR y Bolivia.

Ya hemos visto la buena disposición que los 4 Estados de este Mercado vienen observando, con referencia a Chile y a Bolivia.

Sus Jefes de Estado han sido invitados como observadores a varias "cumbres". Así ocurrió en Las Leñas, Pcia. de Mendoza (Argentina) en junio de 1992, suscribiendo todos ellos (el 27/6/92) una "Declaración de los países del Cono Sur", donde -entre otras cosas- manifestaron su preocupación por las consecuencias del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso de Humberto ALVAREZ MACHAIN, del que nos ocupamos en un trabajo anterior (27).

Temas tan importantes para el desarrollo del Cono Sur, como el de la "Hidrografía Paraguay-Paraná" y el más genérico de la "Cuenca del Plata", reconocen a Bolivia como protagonista necesario.

6.1.7. El MERCOSUR y los Estados Unidos.

El 19 de junio de 1991 los Estados del MERCOSUR suscribieron, con

(26) GOMEZ, GEORGINA M.: artículo publicado en la edición de "El Cronista". Buenos Aires 5/8/94, pág. 5.

(27) RIZZO ROMANO, ALFREDO H.: "La intervención como acto internacional ilícito. A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América del 15/6/92"; Comunicación presentada en el XVII Congreso del I.H.L.A.D.I., publicada en el tomo 10, pág. 351 y sgts. del "Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional", Madrid, 1993.

los Estados Unidos de América, en la ciudad de Washington, el "Acuerdo Cuatro más Uno".

El mismo consta de nueve artículos y un anexo. Al grupo MERCOSUR se lo denomina las "Partes de América del Sur".

Se determina la creación de un Consejo Consultivo sobre Comercio e Inversión, compuesto por representantes de las Partes (arts. 1 a 5) con el asesoramiento y la presencia del "sector privado". El art. 6 establece un régimen de "consultas" y el art. 7 se refiere al tratamiento -por el Consejo- de la "Agenda de Acción Inmediata" establecida en el Anexo.

El art. 8 determina la inmediata vigencia del Acuerdo y el art. 9 (final) se refiere a la validez futura del Convenio, salvo retiro por notificación escrita a las Partes, con anticipación de seis meses. La "Agenda" del Anexo incluye diez temas, incluyendo la reducción de barreras, propiedad intelectual, subsidios a las exportaciones en agricultura y contramedidas frente al "dumping" y los subsidios, *inter alia*.

Su antecedente inmediato es la "Iniciativa para las Américas", del entonces Presidente George BUSH (27/6/90) señalando que "la prosperidad de nuestro hemisferio depende del comercio, no de la ayuda"; que "el proteccionismo paraliza el progreso y que el mercado libre genera prosperidad".

6.1.8. El MERCOSUR y las Comunidades Europeas.

El Consejo del Mercado Común del Sur suscribió con la Comisión de las Comunidades Europeas (representando al primero los cuatro Ministros de Relaciones Exteriores, y a la segunda el Comisario de la misma, Abel MATUTES), el 29 de mayo de 1992, en Santiago de Chile, teniendo en cuenta la reunión de dichos Ministros y la Comisión, del 29/4/1991, y la posterior del 2/5/1992 en Guimaraes, Portugal, un Acuerdo de Cooperación Inter-institucional de diez artículos.

El art. 1 establece "la cooperación más estrecha posible", entre el grupo Mercado Común del MERCOSUR y la Comisión. El art. 2 establece cuatro objetivos de esa cooperación: 1) Intercambio de información; 2) Formación de personal; 3) Asistencia técnica y 4) Apoyo institucional (sin perjuicio de que se determinen -de común acuerdo- otros ámbitos).

Los arts. 3 a 6 reglamentan estos puntos cooperativos, mientras el art. 7 instituye un Comité Consultivo Conjunto y establece su integración y funcionamiento.

El art. 8 establece la validez del Acuerdo por tres años, su prórroga tácita por períodos anuales y la forma de rescisión. El art. 9 determina su entrada en vigor el mismo día de su firma, y el 10 y final, la autenticidad de los textos en español, portugués y francés.

7.- CONCLUSIONES

7.1. Coincidiendo con nuestro distinguido colega del IHLADI, José Roberto FRANCO da FONSECA, estimamos que el sistema adoptado para la solución de controversias, carece de la agilidad y seguridad que posee un sistema judicial permanente.

7.2. También coincidimos en que -pese a no contar, por el momento, con ningún órgano supranacional en su estructura administrativa-legislativa-, el MERCOSUR posee la naturaleza jurídica de una organización de integración.

7.3. Dada la todavía escasa integración del bloque de Estados Iberoamericanos, así como las asimetrías de sus desarrollos individuales, resulta imposible -en las actuales circunstancias- un dinamismo similar al de la Comunidad o Unión Europea que le sirve de ejemplo.

7.4. Deberá tenerse muy en cuenta esta experiencia y no incurrirse en errores como los que hicieron fracasar a la ALALC y restaron fuerza a su continuadora, la ALADI.

7.5. En Iberoamérica existe una fuerte voluntad integradora, como lo demuestran los múltiples antecedentes antes estudiados.

7.6. Los gobiernos de cuño democrático y origen legítimo, acrecientan esta voluntad integradora.

7.7. Se torna necesario crear una estructura jurídica supranacional, provista de los órganos necesarios para producir un derecho comunitario y que lo apliquen, así como el coexistente derecho originario.

7.8. Además de los órganos ejecutivos eficientes y de los judiciales que se preconizan en 7.1., deberá establecerse un Poder Legislativo Comunitario, con representantes elegidos directamente por los ciudadanos de los Estados componentes del MERCOSUR.

7.9. Paulatinamente habrá que adoptar -en lugar del consenso- un sistema de mayorías en la toma de decisiones.

**AREAS MARINAS Y SUBMARINAS QUE LE CORRESPONDEN
A VENEZUELA POR LAS LEYES NACIONALES Y
CONVENCIONES INTERNACIONALES RATIFICADAS POR
LA REPUBLICA, COMO PASO PREVIO A LA PROTECCION
DE LOS RECURSOS VIVOS EN LA ALTA MAR ***

Rafael SUREDA DELGADO **
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

PRELIMINAR

1. MAR TERRITORIAL

1.1. Definición-Ubicación

1.2. Anchura

1.3. Medición

1.3.1. Medición normal

1.3.2. Medición especial

1.4. Líneas de base recta y aguas interiores

1.5. Medición del Mar Territorial frente a frente, adyacentes o que colidan

1.5.1. Reservas venezolanas

1.6. Mar Territorial de las islas

1.7. Paso Inocente por el Mar Territorial

1.7.1. Prohibiciones para el paso inocente

* Trabajo que presentamos como anexo a la ponencia central titulada "LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS VIVOS EN LA ALTA MAR Y LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA LEGISLACION EN AMERICA LATINA", del Profesor Ernesto Rey Caro, discutida en el XVIII Congreso de IHLADI celebrado en Santiago-Viña del Mar (Chile) entre el 4 y el 10 de septiembre de 1994.

** Profesor Titular y Director de la Escuela de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela.

1.7.2. Aplicación de la jurisdicción penal

1.7.3. Aplicación de la jurisdicción civil

1.7.4. Medidas punitivas

2. ZONA CONTIGUA

2.1. Definición, anchura y derechos

3. PLATAFORMA CONTINENTAL

3.1. Definición y profundidad

3.2. Tipo de soberanía que ejerce el Estado ribereño

3.3. Jurisdicción para las islas

3.4. Actividades que no podrán realizarse

3.5. Explotación de los recursos

3.6. Actividades en las aguas adyacentes

3.7. Medición de Plataforma Continental adyacentes

3.7.1. Reserva venezolana

3.8. El Tratado sobre el Derecho del Mar

4. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

5. LA PESCA EN ALTA MAR QUE COLIDE CON LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

PRELIMINAR

A través del tiempo y del correr de la historia, los dirigentes de los diversos países del mundo y, principalmente, los subdesarrollados, se han ido percatando de la importancia crucial que el mar tiene para el desarrollo de sus economías y el desenvolvimiento de sus poblaciones, habida cuenta que si dividimos al mundo en cinco partes, sus habitantes se encuentran en una sola de ellas, expresando en forma más que evidente la magnitud del mundo acuático (1).

Los descubrimientos científico-tecnológicos han evidenciado la necesidad de proteger al máximo el medio marino por las ingentes riquezas en recursos vivos y naturales que posee, los cual bien explotados podrían resolver los problemas económicos, incluyendo el hambre que rodea y avasalla a las naciones en desarrollo, que son la mayoría.

Por otra parte, la necesidad de delimitar claramente las cuotas de acción y ejercicio del poder de los Estados, se hace cada vez más necesario, ya que al finalizar el siglo XX "los ingenios de la tecnología oceánica habrán alcanzado modos y maneras tan prodigiosos de explotar el lecho y el subsuelo de los mares, que los más avanzados de tales instrumentos podrían violar situaciones de jurisdicción territorial tenidas hoy por inmutables" (2). Esto fue escrito hace 23 años.

Más aun, hay que recalcar que el 95% del comercio internacional se lleva a cabo a través de vías de comunicación marítimas; y que la mayor parte de las reservas de los hidrocarburos del mundo se encuentran en el mar (3).

Lo anteriormente expuesto es tan cierto, que los países latinoamericanos han sido los abanderados en ir reivindicando cada vez mayor espacio marítimo, ya sea para su uso exclusivo y soberano o para preservar las riquezas de sus mares adyacentes a sus costas. Es decir, que no sólo privan intereses de soberanía política al ampliar el radio de acción gubernamental.

(1) "Moribundos los Mares". *El Nacional*: 30-1-74.

(2) DIAZ UGUETO, Manuel. "Soberanía Nacional y Poder Nacional". *El Universal*: 13-7-71.

(3) "Los Derechos del Mar". *La Verdad*: 27-12-73 y FIGUEREDO PLANCHART, Emilio. "La Conferencia del Mar. Reto para Venezuela". *El Nacional*: 26-1-74.

mental en el mar, sino que influye en ellos también la preocupación por el proceso avasallante de la contaminación de las aguas; siendo Canadá, por ejemplo, el primer país del mundo en intentar ampliar su jurisdicción territorial a 100 millas (4).

Sin embargo, el país que aprobó la primera norma en cuanto a preservar espacios marinos por cuestiones económicas, fueron los Estados Unidos; a pesar de que posteriormente se ha opuesto, por intereses de poder y financieros, que las demás naciones preservaran estos espacios como una manera de resguardar sus recursos para el futuro.

En 1945, el Presidente estadounidense Harry S. Truman, en la resolución conocida como "Declaración Truman", del 28 de septiembre, en una decisión unilateral sin precedentes, pues en aquella época ningún Estado había pretendido abiertamente ejercer derechos jurisdiccionales marinos, expuso la decisión de su gobierno de preservar espacios marítimos más allá de su mar territorial de tres millas, para su exploración y subsecuente explotación económica.

La Declaración determina que "el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica considera los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental por debajo de la alta mar próxima a las costas de los Estados Unidos, como pertenecientes a éstos y sometidos a su jurisdicción y control" (5).

Además, los EE.UU., en la misma fecha, proclamaron el establecimiento de "zonas de conservación", esta vez en "ciertas áreas de alta mar contiguas a las costas de los Estados Unidos cuando las actividades pesqueras han sido desarrolladas y mantenidas o pueden serlo en el futuro en una escala substancial" (6).

Esta declaración norteamericana fue la expresión de todo un proceso de inquietud frente al mar, pues en 1935, había decretado la Ley contra el

Contrabando, en donde se establecía jurisdicción sobre un espacio marítimo de 100 millas alrededor de un barco sospechoso; en 1939, el Presidente Roosevelt, ordena patrullar las Indias Occidentales hasta las 200 millas como protección militar. Poco después, se da a conocer la "Declaración de Panamá", por la cual USA fija un corredor de 300 millas para evitar actos hostiles a territorios norteamericanos (7).

Empero, una preocupación anterior pero sin mayores inquietudes estratégicas, la encontramos también en América Latina. En 1832, con el informe de Don Andrés Bello sobre el empobrecimiento de los mares; o con el decreto del Presidente Campo Redondo, en 1833, prohibiendo la pesca de cetáceos en las costas peruanas; o la reserva de este mismo país para la actividad pesquera, en 1840 (8).

Sin embargo, el detonante que dispara las reivindicaciones marinas por parte de Hispanoamérica fue, sin lugar a dudas, la "Declaración Truman". Entre las mas conocidas destacan las de México, en octubre de 1946 (9); en este mismo año se produce la de Panamá, el cual en 1967 reivindica las 200 millas. En 1947, Chile es el primer país que decreta oficialmente las 200 millas: "... el Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera que sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, preconservar y aprovechar los recursos y riquezas minerales..." (10).

En el mes de agosto de 1947, le toca al Perú y en 1952 esta nación reivindica las 200 millas (11).

Desde el punto de vista geopolítico y geoestratégico, el mar va a tener también una suerte de protección militar de autodefensa frente a la agresión. En 1947, los países americanos suscriben en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del

(7) STURNER, Constantin "Conferencia sobre Derecho del Mar III". *La Verdad*: 4-5-74.

(8) LEAL ESPAÑA, César. "La Conferencia de Caracas sobre Derecho del Mar". *El Universal*: 21-2-74 y NWEIHED "¿Libertad o Libertinaje?". *El Nacional*: 17-3-74.

(9) VARGAS. *Ob. Cit.* p. 23.

(10) STURNER. "Fundamentos de la tesis de soberanía y jurisdicción decretadas por Chile VI". *La Verdad*: 8-5-74 y NWEIHED "El Mar del Perú". *El Nacional*: 17-3-74.

(11) VARGAS. *Ob. Cit.* p. 23.

(4) NWEIHED, Kaldone. "Canadá y las 200 millas marítimas" *El Nacional*: 12-6-72.

(5) VARGAS CARREÑO, E. *América Latina y el Derecho del Mar*. México, 1973, p. 22. Ver también RAMÍREZ TORRES, Adolfo. "A propósito de la próxima Conferencia sobre el Mar" *El Universal*: 4-2-74 y NWEIHED *La Plataforma Continental*. Caracas, 1976, pp. 19 y ss.

(6) VARGAS. *Ob. Cit.* p. 23.

Continente, el "Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca" (TIAR o Tratado de Río), en el cual se fija un espacio marítimo entre el Polo Norte y el Sur, de 150 millas alrededor de todo el Continente "para hacer frente a los ataques armados contra cualquier Estado americano y conjurar las amenazas de agresión contra cualquiera de ellos" (12).

En 1948, Costa Rica proclama la necesidad de proteger sus recursos marinos (13); en ese mismo año lo hace Nicaragua, apropiándose de la meseta continental con agua, aire y estratosfera (14). En 1950, el Salvador y, por su parte, Nicaragua reivindica las 200 millas; en 1952, el Comité Jurídico Interamericano, en su Proyecto de Convención sobre Mar Territorial y cuestiones afines; en este año, Chile, Ecuador y Perú, naciones eminentemente pesqueras firman la "Declaración Santiago", signando además, un acuerdo para establecer una Comisión permanente sobre explotación y conservación de las riquezas marinas y del Pacífico sur (15).

El 4 de diciembre de 1954, Chile, Ecuador y Perú, firman el "Convenio Complementario a la Declaración de Soberanía de la Zona Marítima de Doscientas millas", aquí se comprometen a defender el principio de soberanía sobre las 200 millas desde sus respectivas costas (16).

Por lo que respecta a Venezuela, habíamos participado en 1930, en una conferencia internacional para codificar el derecho del mar (17); en 1942 firmamos con Gran Bretaña el primer tratado internacional sobre el Golfo de Paria, que se conoce para delimitar áreas submarinas que, con posterioridad, se va a denominar Plataforma Continental. En 1956, aprobamos la "Ley sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo" (18), la cual es sancionada después de llevarse a cabo la Convención sobre Derechos del Mar, que se celebrará en la

(12) Considerandos del TIAR. Unión Panamericana, 1965. p. 2.

(13) VARGAS. *Ob. Cit.* p. 23.

(14) DUMESMIL, Jacques "¿A quién pertenecen la Luna y el Mar?". *El Universal*: 7-9-61.

(15) VARGAS. *Ob. Cit.* pp. 23, 25 y 28.

(16) STURNER. "La tesis de las doscientas millas marinas de soberanía y sus instrumentos internacionales IV". *La Verdad*: 5-5-74.

(17) VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo *El Nuevo Derecho del Mar*. Bogotá 1976, 31.

(18) *Gaceta Oficial Extraordinaria P. N° 496 del 17-8-56.*

República Dominicana, en marzo de ese mismo, evento auspiciado por la Organización de Estados Americanos (19).

Las NN.UU. también muestran su interés en establecer normas para ir dando forma a un Derecho del Mar; es así como se llevan a cabo las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960. En la del 58 el representante norteamericano vislumbró el peligro que se cernía sobre las grandes potencias marítimas al expresar: "... el límite de las doce millas (para el Mar Territorial) de ser aceptado por todos, habría reducido el área del mar libre en 2 millones y medio de millas cuadradas" (20).

En 1966, Argentina dicta su propia ley sobre las 200 millas; en diciembre de 1969, Uruguay; en marzo de 1970 el Brasil; en mayo de ese mismo año Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay firman la "Declaración de Montevideo", cuya esencia es la elevación de los niveles de vida de sus respectivos pueblos protegiendo los recursos marinos (21).

En agosto de 1970, el Lima se aprueba la "Declaración de los Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar", donde se menciona la inquietud por la contaminación del medio marino; en octubre nuestra Institución en el VIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, cita también el problema de la contaminación de los mares. En 1972, los países del Caribe se reúnen en la República Dominicana, para diferenciar el mar territorial del espacio reservado por intereses económicos, que primeramente se le va a denominar como "Mar Patrimonial" y que hoy se le conoce como "Zona Económica Exclusiva". Esta reunión que estuvo precedida por una Conferencia de trece países que se llevó a cabo en Caracas, en noviembre de 1971, es de particular importancia, pues no solamente la declaración toca aspectos relacionados con la soberanía sobre recursos, promoción de investigaciones y medidas para evitar la contaminación, sino que habla ya de los fondos marinos como un espacio claramente determinado y determinable (22).

(19) PALMA LABASTIDA, M.A. "Zona Marítima de Pesca". *El Universal*: 28-11-73.

(20) NIHEL J. Vladimir. "Agua Internacionales". *El Universal*: 24-3-72.

(21) VARGAS. *Ob. Cit.* pp. 34 a 46.

(22) *Idem*, pp. 47 a 49.

En diciembre de 1973, se da inicio a la primera fase de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, la cual se desarrollaría en agosto de 1974, en Caracas: en aquel año, 148 naciones reunidas en Nueva York, discutieron el reparto de los mares, el régimen jurídico para las áreas oceánicas mas allá de los límites de la jurisdicción nacional (23). En esta oportunidad, los Estados Unidos mostraron la misma preocupación de 1958, al escribir Dean Rusk, ex-Secretario de Estado: "... corremos el peligro de vernos enfrentados a una carrera nacionalista para controlar los océanos y lechos marinos, comparable a la desatada en los últimos tres siglos para lograr el control de las áreas terrestre, salvo que la legislación sobre derechos del mar sea modernizada por medio de convenios dentro de los próximos tres años" (24).

La importancia del mar se expande y Venezuela en 1973, declara a ese año como el de la "Reafirmación Martítima Venezolana" (25); y en Caracas se celebra la Tercera Asamblea de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; aquí nuestro país jugó un papel esencial para imponer el criterio de Mar Patrimonial y su importancia económica (26).

Semanas antes de la Conferencia de Caracas se había reunido en Nairobi, capital administrativa de Kenia, los integrantes del llamado "Grupo de los 77", países todos subdesarrollados, donde aprobaron "el reconocimiento de los derechos de soberanía de los Estados costeros en el mar, su suelo y subsuelo dentro de las zonas de jurisdicción nacional que no superen las 200 millas, medidas desde líneas de base pertinentes" (27); en este espacio los ribereños podrían regular todo lo relativo a la pesca y explotación petrolera. La declaración que se aprueba en Nairobi pide que la Conferencia que se desarrollaría en Caracas, garantizara que "la nueva ley sobre Derechos Marítimos sea un instrumento de justicia, paz y bienestar para toda la humanidad" (28).

(23) GELINER, John. "Canadá, el Mar y la Conferencia de Caracas". *El Nacional*: 22-12-73.

(24) RUSK, Dean "Sombrias perspectivas sobre Derecho del Mar". *El Nacional*: 7-6-73.

(25) Un resumen de los acontecimientos más importantes acaecidos en el mundo durante 1973, en este campo, se encuentra en NWEIHED. *El Nacional*: 30-12-73.

(26) FIGUEREDO "Venezuela y el Mundo en la Conferencia del Mar". *El Nacional*: 23-2-74.

(27) *El Nacional*: 6-4-74.

(28) *Idem*.

Todas las inquietudes de los países del mundo se van a resumir, en 1982 con el Tratado sobre el nuevo Derecho del Mar. Un texto que recoge todas las opiniones e incluye una cláusula de prohibición para hacer reservas para los países firmantes con el fin de controlar, a su vez, las diferentes posiciones que algunos países mantienen sobre alguno de los ítem que contiene el tratado. Fue precisamente este obstáculo para dejar constancia de alguna reserva lo que ha impedido que Venezuela firmara este Tratado. Sin embargo, nuestro país no está desasistido de legislación propia que proteja sus espacios marítimos desde el punto de vista de ejercicio de soberanía político-territorial como el de protección económica.

Veamos ahora los espacios marítimos que le corresponden a Venezuela por sus propias leyes internas y las convenciones internacionales ratificadas.

1. MAR TERRITORIAL

1.1. Definición-ubicación.

La Ley venezolana sobre Mar Territorial, Plataforma Continental, Protección de la Pesca y Espacio Aéreo, de 1956, (Ley sobre MT, PC, PP y EA) ubica, mas bien que define, este espacio marítimo como:

El "situado a todo lo largo de las costas continentales e insulares de Venezuela (las instalaciones permanentes portuarias dentro del mar son consideradas parte de la costa) en el cual el Estado ejerce absoluta soberanía sobre sus aguas, suelo, subsuelo, recursos que contengan y espacio aéreo" (29).

Por su parte, la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, de 1958 (Conv. MT y ZC), ratificada por Venezuela en 1961, establece que:

"La soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas,

(29) Art. 1º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA. *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 496 del 17-8-56.

designada con el nombre de mar territorial". Dicha soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el Mar Territorial y su lecho y subsuelo de ese mar (30).

El nuevo Tratado sobre el Derecho del Mar, de 1982 (TDM), que todavía no ha entrado en vigencia, lo mencionamos en esta investigación como mera indicación académica, puesto que Venezuela no lo firmó y, por tanto, sólo está obligada por el contenido de sus propias leyes y convenciones internacionales ratificadas; sin embargo, podremos observar que poco varía su contenido de la legislación venezolana al respecto.

En cuanto al Mar Territorial su concepto es casi similar al de la Convención sobre MT y ZC:

"La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso de los Estados archipelágicos, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial" (31).

Salvo el agregado de que los "Estados Archipelágicos" (integrados por islas) tienen derecho a su Mar Territorial. Asimilándolo a la existencia de nuestro Archipiélago de Los Monjes, éste no solamente tiene derecho a su mar territorial por las leyes vigentes, sino que lo tendría también por el TDM.

1.2. Anchura

Por la Ley sobre MT, PC, PP y EA, art. 1º, le corresponde 12 millas náuticas (22 Kms. y 224 metros).

El Decreto del General en Jefe y Presidente Eleazar López Contreras,

(30) Art. 1º de la Convención sobre MT y ZC. *Gaceta Oficial* N° 26.615 del 31-7-61.

(31) Art. 2.1. del TDM. Su contenido lo hemos obtenido, en primer lugar, del Documento A/CONF 62/WP.10. "Texto Integrado Oficioso para fines de negociación". *NNUU*. Nueva York, 1978, el cual es exacto al texto definitivo, el cual se encuentra en la publicación. *El Derecho del Mar*, ONU, Nueva York, 1984, reproducido por la Dirección General Sectorial de Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, Caracas, 1986.

del 15 de septiembre de 1939 (32), fijaba como "aguas territoriales" solamente 3 millas (5 Kms, y 556 metros), igual anchura en las Leyes de Navegación del 18 de julio de 1941 (33) y del 9 de agosto de 1944 (34).

La Convención sobre MT y ZC no fija la anchura, pero el TDM sí y con 12 millas, pero condicionado:

"hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas" (art. 3º).

Cuando entre en vigencia el Tratado, los Estados partes no podrán ampliar el límite fijado de 12 millas para sus respectivos Mares Territoriales. No así Venezuela si decidiera reformar la Ley sobre MT, PC, PP y EA.

1.3. Medición

1.3.1. Medición normal

Según la Ley sobre MT, PC, PP y EA, art. 2º:

"A partir de la línea de la más baja marea" (bajamar).

Igual sistema sigue la Convención sobre MT y ZC (art. 3º) y el TDM (art. 3º).

1.3.2. Medición especial

Ley sobre MT, PV, PP y EA (art. 2º):

"Cuando las circunstancias impongan un régimen especial debido a la configuración de la costa, a la existencia de islas cercanas a esta, o cuando intereses peculiares de una región determinada lo justifiquen, la medición se hará a partir de líneas de base recta".

La Convención sobre MT y ZC (art. 4º), aclara lo referente a la línea de base recta:

(32) *Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela*. Tomo LXII. Año 1939. Caracas, 1939, pp. 828-829.

(33) *Recopilación*. Tomo LXIV. Vol. II. Año 1941. Caracas, 1943, p. 75.

(34) *Recopilación*. Tomo LXVII. Vol. II. Año 1944. Caracas, 1949, p. 169.

“En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, puede adoptarse como método para trazar la línea de base recta desde la que ha de medirse el mar territorial el de las líneas de base recta que unan los puntos apropiados”.

El parágrafo 2º, dice:

“El trazado de esas líneas de base no puede apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa, y las zonas de mar situadas del lado de tierra de esas líneas han de estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre...” (35).

El TDM, art. 7º. 3, aclara también que estas líneas no deben “apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa” (36).

Para utilizar este sistema de medición en base a líneas de base recta, podrán tomarse en cuenta los “intereses peculiares de una región determinada” (art. 2º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA); “los intereses económicos de la región de que se trate, cuya realidad e importancia estén claramente demostradas por un uso prolongado” (art. 4.4. de la Convención sobre MT y ZC) Texto este último que lo reproduce el TDM en su art. 7º. 5.

1.4. Líneas de base recta y aguas interiores

Toda el área marítima que quede dentro de esas líneas de base recta, luego de ser trazadas, se considerará como aguas interiores (art. 2º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA; Art. 5º. 1. de la Convención sobre MT y ZC y Art. 8º. 1. del TDM).

(35) Subrayamos esta frase por cuanto pudiera determinarse la línea de base recta en el Golfo de Venezuela, uniendo los puntos de Castilletes en la Península de la Guajira y Cabo San Román en la Península de Paraguaná. Tema que forma parte del llamado diferendo con Colombia, es decir, la Delimitación de Areas Marinas y Submarinas entre ambas Repúblicas. A partir de esa línea y hacia el norte se deberían fijar dichas áreas.

(36) *Idem*.

No obstante, su aplicación no podrá aislar del alta mar el mar territorial de otro Estado (art. 4º. 5. de la Convención sobre MT y ZC), ni su zona económica exclusiva aislarla tampoco del alta mar (Art. 7º.6. del TDM) (37).

1.5. Medición del Mar Territorial frente a frente, adyacentes o que colidan

1.5.1. Las reservas venezolanas

Si el límite de 12 millas coliden con el Mar Territorial de otro Estado “se resolverá la cuestión mediante acuerdos u otros medios reconocidos por el Derecho Internacional” (Art. 1. párrafo 3 de la Ley sobre MT, PC, PP y EA).

En cuanto a las costas de dos Estados que se encuentren frente por frente o sean adyacentes, el sistema de medición que establece el art. 12 de la Convención sobre MT y ZC, no se aplica a Venezuela, por cuanto en el momento de la aprobación de dicho convenio internacional, nuestro país hizo la reserva correspondiente. La razón fue que la Convención aplica el sistema de la “línea media” con puntos equidistantes “de los puntos más próximos de la línea de base a partir de las cuales se mide” el mar territorial. Venezuela siempre ha considerado que sobre el tema no deben interponerse ningún tipo de condicionamientos o situaciones, por ello se apega al Art. 1. párrafo 3 de la Ley antes citada.

(37) El Decreto general de López Contreras de 1939, que cierra los Golfos bajo la jurisdicción exclusiva de Venezuela en su abertura, la aplica la Cancillería venezolana en 1940, trazando una línea entre Castilletes y Punta Salinas, pero muy bien podría haber trazado una línea de base recta que fuera desde Castilletes hasta Cabo San Román en la Península de Paraguaná, por cerrar un área marítima entre costas venezolanas. Hubiera cumplido con la exigencia de seguir la orientación de la costa tomando en cuenta además la dirección del límite terrestre, habida cuenta de los “intereses peculiares” de la zona; los económicos y, en general, el uso prolongado demostrable desde todo punto de vista. Toda la zona al sur de la línea Castilletes-Cabo San Román (Tesis de la Prolongación para la delimitación con Colombia) sería considerada como aguas interiores. En todo caso, con el decreto de 1939 y la nota de 1940 toda el área marina y submarina al sur del paralelo de Castilletes es considerado como aguas interiores y, por tanto, imposible de delimitar en su interior.

No obstante, el art. 12º, el cual, insistimos, no se aplica a Venezuela, dice que:

“la disposición de este párrafo no será aplicable, cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma”.

Igualmente, se hizo reserva del parágrafo 5º del art. 7º de la “Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la alta Mar” (Convención sobre P. CRV de la AM), de 1958, ratificada por nuestro país en 1961 (38), pues para resolver problemas de delimitación, se remitía al art. 12º de la Convención sobre MT y ZC.

El art. 15º del TDM establece lo mismo en cuanto a sistemas para la delimitación de costas de dos Estados frente por frente o adyacentes. Este contenido es una de las causales por las que Venezuela no firmó el tratado, ya que éste prohíbe hacer reservas de ningún tipo.

1.6. Mar Territorial en las islas

Las islas son consideradas como “una extensión natural de tierra rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar” (art. 1º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y art. 10º.1. de la Convención sobre MT y ZC).

El Mar Territorial de las islas se mide de la misma forma que se mide el adyacente a la costa continental (art. 10º.2. de la Convención sobre MT y ZC).

El TDM, en su Parte VIII. Régimen de las islas, art. 121, da la misma definición de isla, pero en el parágrafo 3, dispone que “las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental”.

(38) Ley Aprobatoria de la “Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar”. *Gaceta Oficial de Venezuela* N° 26-617 del 2-8-61.

Este artículo del TDM, fue la otra causa del por qué Venezuela no firmó el Tratado (39). No obstante el TDM le otorga mar territorial a las islas sin vida humana o económica propia, mas no le concede la jurisdicción marítima que tiene que ver con los aspectos económicos como lo son la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

1.7. Paso inocente por el Mar Territorial

Se entiende por paso inocente:

El “hecho de navegar por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hasta alta mar viniendo de ellas” (Art. 14º.2. de la Convención sobre MT y ZC y art. 18º.1. del TDM).

Es “inocente” el paso “mientras no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño” (art. 14º.4. de la Convención sobre MT y ZC y art. 19º.1. del TDM); de no ser así los Estados ribereños podrán impedir este “paso” (art. 16º.3. de la Convención sobre MT y ZC y art. 25º del YDM).

Todos los Estados tienen derecho al “paso inocente” por los mares territoriales tengan litoral marítimo o no (art. 14º.1. de la Convención sobre MT y ZC y art. 17º del TDM). Lo poseen también por las aguas que queden incluidas dentro de las líneas de base recta que antes de su fijación eran mar territorial o alta mar (art. 5º.2. de la Convención sobre MT y ZC).

Los submarinos para utilizar este derecho deben navegar por la superficie y enarbolando su bandera (art. 15º.6. de la Convención sobre MT y ZC y art. 20º del TDM).

Los buques de guerra pueden hacer uso del “paso inocente” (art. 14º.1. de la Convención sobre MT y ZC y art. 20º del TDM). Las condiciones

(39) La razón se debe a la delimitación de áreas marinas y submarinas que se está negociando con Colombia. Uno de esos espacios o áreas se encuentra entre las islas venezolanas de Los Monjes y la Península de la Guajira. Venezuela exige todas las jurisdicciones marítimas para estas islas.

de este "paso" para esta específica embarcación están fijadas en el art. 23° de la Convención sobre MT y ZC (40).

1.7.1. Prohibiciones para el paso inocente.

"El Estado ribereño (Venezuela o Colombia) puede, sin discriminación entre los buques extranjeros, suspender temporalmente y en determinados lugares de su mar territorial el paso inocente de

(40) Durante las discusiones que se produjeron en 1980, cuando se dio a conocer el Proyecto de Tratado de Caraballeda, el "Frente de Defensa de la Integridad Territorial y de la Soberanía Nacional de Venezuela" presidido por Pedro José Lara Peña, insistió mucho en que de acuerdo a la tesis de la "Costa Seca" todo el cuerpo de aguas al sur de la línea de cierre (Punta Espada-Punta Macolla) eran aguas interiores y que el paso de los buques colombianos hacia Puerto López lo hacían simplemente porque ejercían el denominado "paso inocente" por aguas interiores del Golfo. No justificaban este "paso" basándose en algún artículo de ley o convención internacional, sino en una especie de concesión graciosa de Venezuela a los buques colombianos. Pedro Nikken, uno de los negociadores venezolanos que, junto a los colombianos, presentó en octubre 80 a la consideración del Gobierno de Luis Herrera Campins, la denominada "Hipótesis de Caraballeda", expuso que era un "disparate" afirmar que en aguas interiores existiera un "paso inocente". En su trabajo titulado "La "Costa Seca" favorece a Colombia", afirma: "Semejante disparate -el "paso inocente" por aguas interiores- excede los límites de lo que podría atribuirse a la ignorancia, para transformarse en muestra de clara mala fe. En efecto, ¿desde cuándo existe un derecho de "paso inocente" en aguas interiores". Reconociendo que cuando los buques colombianos pasan por Punta Espada y fondean en Puerto López, ya eso deja de ser "paso inocente", pues la característica de este especial "paso" es que no se detengan, salvo que se produzcan los "incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o por un peligro extremo" (art. 14°.3. de la Convención sobre MT y ZC), nunca nos ha quedado muy claro que, realmente, no exista un "paso inocente" por aguas interiores. Si leemos detenidamente en el art. 14°.2. de la Convención sobre MT y ZC, lo que se entiende por este "paso", observaremos un detalle interesante. Este "paso" comprende: 1°) navegar por el mar territorial para atravesarlo; 2°) navegar por el mar territorial para atravesarlo sin entrar en aguas interiores; 3°) navegar por el mar territorial para dirigirse a aguas interiores; y 4°) navegar por el mar territorial luego de haber atravesado las aguas interiores y dirigirse al alta mar. El paso 3° y 4° permite la entrada de buques por aguas interiores sin detenerse, que es lo básico de este "paso". Esto no puede considerarse un "disparate" pues está incluido en una Ley de la República. Ahora bien ¿lo que establece este artículo no es un "paso inocente" por aguas interiores?, ¿si un buque navega haciendo uso del "paso inocente" por el mar territorial deja de ser "inocente" cuando llega a las aguas interiores o cuando las atraviesa para llegar al mar territorial y alcanzar el alta mar?

buques extranjeros, si tal suspensión es indispensable para la protección de su seguridad" (art. 16°.3. de la Convención sobre MT y ZC).

Observemos que no se exigen explicaciones para la prohibición; en todo caso queda al arbitrio del Estado ribereño tomar la medida restrictiva del paso de los buques.

1.7.2. Aplicación de la jurisdicción penal.

El Estado ribereño puede aplicar sus leyes penales a buques durante la realización del "paso inocente". La Convención sobre MT y ZC, art. 19°.1. y 19°.2., determina que el Estado ribereño "no debería" ejercer la jurisdicción penal en un buque extranjero, salvo en las siguientes situaciones:

- a) Si la infracción tiene consecuencias en el Estado ribereño;
- b) Si la infracción es de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el orden en el mar territorial; y
- c) Si es necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes (41).

Las disposiciones anteriores no afectan el derecho que tiene el Estado ribereño de proceder a las detenciones o practicar las diligencias de instrucción establecidas en su legislación, a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de las aguas interiores".

El texto de esta disposición a pesar de lo ambiguo al decir que "no debería" aplicarse la jurisdicción penal, salvo en los casos allí establecidos, da una amplia libertad al Estado ribereño para aplicarla cuando lo considere prudente, pues las causales citadas son de carácter muy general.

1.7.3. Aplicación de la jurisdicción civil.

El Estado puede tomar acciones "sobre una persona que se encuentre

(41) Una causal de extrema actualidad en la lucha que se lleva a cabo a nivel mundial y, principalmente, en América Latina contra el denominado por la ONU y a solicitud de Venezuela, crimen contra la Humanidad.

a bordo" del buque que cumpla el "paso inocente". El art. 20º.1. de la Convención sobre MT y ZC, así lo indica:

"El Estado ribereño *no debería* detener ni desviar de su ruta a un buque extranjero que pase por el mar territorial, para ejercer su jurisdicción civil sobre una persona que se encuentre a bordo".

La Convención no prohíbe que se aplique y los art. 20º.2. y 20º.3. fijan las razones para la puesta en acción:

"El Estado ribereño no puede poner en práctica, respecto de ese buque, medidas de ejecución ni medidas precautorias en materia civil, a no ser que se adopten en razón de obligaciones contraídas por dicho buque o de responsabilidades en que haya incurrido con motivo de o durante la navegación a su paso por las aguas del Estado ribereño"; y

"Las disposiciones del párrafo precedente no menoscaban el derecho del Estado ribereño de tomar, respecto de un buque extranjero que se detenga en el mar territorial o pase por él procedente de las aguas interiores, las medidas de ejecución y las medidas precautorias en materia civil que permita su legislación".

1.7.4. Medidas punitivas.

Podrían tomarse diversas acciones, además de las penales y civiles establecidas en la Convención sobre MT y ZC, las indicadas en el TDM, tratado que ha firmado y seguramente ratifique. Estas están precisadas en el art. 19º, denominado "Significado de paso inocente":

"Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño si dicho buque lleva a cabo en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación:

a) Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad o la independencia política del Estado ribereño o en cualquier otra forma en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase.

c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;

d) Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño;

e) El lanzamiento, aterrizaje o recepción a bordo de aeronaves;

f) El lanzamiento, aterrizaje o recepción a bordo de cualquier dispositivo de guerra;

g) El embarco o desembarco de cualquier persona, moneda o producto en violación de los reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño;

h) Cualquier acto intencional y grave de contaminación contrario a la presente Convención;

i) Cualesquiera actividades pesqueras;

j) La realización de actividades de investigación o prospección;

k) Cualquier acto dirigido a interferir con los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño;

l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso".

2.- ZONA CONTIGUA

2.1. Definición, anchura y derechos

La Zona Contigua es un espacio adyacente al mar territorial considerado como de seguridad del país, el cual utiliza el Estado ribereño para "resguardar sus intereses" a través de una vigilancia policial marítima.

Mide 3 millas náuticas (5 kms. y 556 metros) (art. 3º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA). Es interesante destacar que esta Ley no le da ningún tipo de denominación a este espacio de protección policial-marítima.

La Ley de Navegación de 1941, la consideraba como "zona de seguridad" y le otorgaba una anchura de 3 millas, igual que las "aguas territoriales". La Ley de Navegación de 1944 amplió la anchura a 9 millas (16 kms. y 668 metros).

La Convención sobre MT y ZC, art. 24º.1., establece que el Estado ribereño puede aplicar las siguientes medidas fiscales en esta zona:

“a) Evitar las infracciones a sus leyes de policía aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que pudieran cometerse en su territorio o en su mar territorial”;

Esta Convención fija la anchura de la Zona Contigua en un máximo de 12 millas, pero “contadas desde la línea de base desde donde se mide la anchura del mar territorial” (art. 24º.2.).

Venezuela habiendo fijado dos años antes en su Ley sobre MT, PC, PP y EA, una anchura para su Mar Territorial de 12 millas, no tendría derecho a Zona Contigua si aplicáramos esta Convención, pues las 12 millas de esta Zona se miden desde la misma línea de base desde donde comienza a medirse el mar territorial y la Zona finalizaría en la misma línea del Mar Territorial.

Nuestro país al ratificar esta Convención hizo especial reserva del párrafo 2 (anchura de la zona) y párrafo 3 (medición de la misma cuando existen costas frente a frente o adyacentes) del art. 24º.

Por su parte, el TDM, que no obliga a Venezuela, insistimos, en la Sección 4. Zona Contigua. Artículo 33º.1., permite adoptar las mismas medidas de fiscalización indicadas en la Convención sobre MT y ZC. En cuanto a la anchura no la determina específicamente, sino que la misma:

“no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del Mar Territorial”.

En el caso que se aplicara a Venezuela, nuestro país tendría las primeras doce millas como Mar Territorial y las 12 siguientes como Zona Contigua. Actualmente poseemos 12 de Mar Territorial y 3 de Zona Contigua.

3.- PLATAFORMA CONTINENTAL

3.1. Definición y profundidad

La Plataforma Continental es el espacio marino netamente económico-científico que cubre el suelo y subsuelo del mar “adyacente al territorio de

la República”, más allá del Mar Territorial. Posee dos tipos de profundidad: una precisa, de 200 metros; otra imprecisa, dependiendo de la tecnología del Estado ribereño. Al indicarse que llega “hasta donde la profundidad de las aguas más allá de este límite (se refiere a los 200 metros) permita la explotación de los recursos del suelo y subsuelo de acuerdo con el avance de la técnica de exploración y explotación” (Art. 4º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y el art. 1º.a. de la Convención sobre Plataforma Continental (Conv. sobre PC) de 1958, ratificada por Venezuela en 1961 (42).

3.2. Tipo de soberanía que ejerce el Estado ribereño

Este espacio es de soberanía de Venezuela con algunas restricciones como veremos más adelante; este derecho soberano es “independiente de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa”, pero “no afecta al régimen de las aguas suprayacentes como alta mar, ni al espacio aéreo situado sobre dichas aguas” (art. 1º.3. y 3º Conv. sobre PC).

3.3. Jurisdicción para las islas

A las islas les corresponde su PC (Art. 4º, párrafo 2 de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y art. 1º.b. de la Conv. sobre PC).

3.4. Actividades que no podrán realizarse

La explotación de esta zona submarina está sujeta a la soberanía venezolana, sin embargo, ello no permite que se entorpezca la navegación, utilización de las rutas marítimas ordinarias, la pesca, la piscicultura, el tendido y conservación de cables de energía eléctrica, tuberías y oleoductos submarinos; ni la investigación oceanográfica que tenga por objeto hacer público sus resultados. (Art. 6º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y Art. 4º, 5.1. y 5º.6. de la Conv. sobre PC).

(42) Ley Aprobatoria de la “Convención sobre Plataforma Continental”. *Gaceta Oficial de Venezuela* N° 26.614 del 29-7-61.

3.5. Explotación de los recursos

Es exclusiva del Estado ribereño, en nuestro caso, Venezuela, la explotación de los recursos naturales: “minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo; organismos vivos, pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en el subsuelo, o sólo pueden moverse en contacto físico con dicho lecho y subsuelo” (la langosta) (Art. 2º.4. Conv. sobre PC).

En el caso que Venezuela no explore o explote estos recursos, por las causas que fueren, ningún Estado podrá hacerlo sin nuestro permiso (art. 2º.2.); sin embargo, “no negará normalmente su consentimiento” para que otros países o instituciones realicen investigaciones en la PC, pero éstas tendrán que ser “puramente científicas referentes a las características físicas y biológicas” de la zona y pueda Venezuela “tomar parte en esas investigaciones o hacerse representar en ellas”; además de ser necesario que se publiquen los resultados (Art. 5º.8.).

De esta manera se trata de evitar que las potencias poseedoras de sofisticada tecnología se aprovechen unilateralmente de los recursos o de los resultados de las investigaciones.

3.6. Actividades en las aguas suprayacentes

En esta área se podrá levantar todo tipo de instalaciones y dispositivos que sean necesarios para la exploración y explotación de recursos, las cuales podrán tener una zona de seguridad de 500 metros a su alrededor; en dicha de seguridad deberán protegerse “los recursos vivos del mar contra agentes nocivos”; este espacio de seguridad deberá ser respetado por los buques de cualquier nacionalidad (Art. 5º de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y Art. 5º.2. y 5º.3. de la Conv. sobre PC).

Dichas instalaciones no podrán ser consideradas islas y no poseerán ningún tipo de jurisdicción marítima; ni podrán afectar “la delimitación del Mar Territorial del Estado ribereño” (Art. 5º.4. de la Conv. sobre PC).

3.7. Medición de PC adyacentes

3.7.1. Reserva venezolana

Venezuela al ratificar la Conv. sobre PC, hizo especial reserva de todo el contenido del art. 6º, por cuanto si bien establecía que la delimitación debía realizarse por acuerdo entre los Estados ribereños, ordenaba que de no haber acuerdo se aplicaría la “línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado”.

Nuestro país siempre ha considerado que todo tipo de delimitación debe ser el resultado de negociaciones bilaterales y sobre las cuales no presione algún tipo determinado de llegar a ese fin.

3.8. El Tratado sobre el Derecho del Mar

El TDM no agrega nada a lo que acabamos de analizar, salvo lo referente a la anchura y profundidad. El art. 7º.6. establece que la PC comprende “todo lo largo de la prolongación natural del territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”. Esto es para evitar la situación de algunas costas que caen abruptamente y otras que se entienden mucho más allá de las 200 millas.

En el caso que el TDM se aplicara a Venezuela, la PC mediría 200 millas en total menos las 12 millas de Mar Territorial, es decir, 188 millas.

Al analizar ahora la Zona Económica Exclusiva observaremos como ésta hace desaparecer la PC.

4.- LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA

El art. 8º de la ley sobre MT, PC, PP y EA, permite la fijación de espacios marinos, fuera del Mar Territorial, que puedan ser dedicados a la protección de los recursos económicos. El mencionado artículo dice textualmente:

“Fuera del mar territorial o de la zona contigua, el Estado fijará las

zonas marítimas en las cuales ejercerá su autoridad y vigilancia y para velar por el fomento, conservación y explotación racional de los recursos vivos del mar que en ellas se encuentren, ya sean aprovechados dichos recursos por venezolanos o por extranjeros”.

Esta Ley venezolana es de 1956. Nos adelantamos en dos años a las Convenciones sobre MT y ZC y la de PC que fijan áreas marítimas para proteger los recursos que allí se encuentren. Veintidos años más tarde, en 1978, durante el Primer Gobierno de Carlos Andrés Pérez, se aprobó la “Ley por la cual se establece una Zona Económica Exclusiva a lo largo de las costas continentales e insulares de la República de Venezuela” (43).

La anchura de la ZEE (art. 2º) no puede sobrepasar las 200 millas medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el Mar Territorial. Es decir que en esas 200 millas se incluye el Mar Territorial. Para Venezuela que posee un Mar Territorial de 12 millas, la ZEE mide solamente 188 millas y serán sobre estas 188 millas donde se aplican las estipulaciones de la Ley. Esta curiosa forma de medir la ZEE es para evitar que algún país decida incrementar su Mar Territorial más allá de las 12 millas y pretenda con ello incrementar la anchura de la ZEE. En todo caso nuestra Ley está de acuerdo con lo que establece el art. 57 del TDM.

Fuera del art. 5º.1. de la Ley venezolana que crea la ZEE, que permite al Ejecutivo venezolano fijar “periódicamente la captura permisible de recursos vivos en la ZEE de la República”, no hay nada más diferente a lo que ya conocemos derivado de la Ley sobre MT, PC, PP y EA y de la Convención sobre PC. Es decir, que prácticamente la ZEE engloba y hace desaparecer la PC.

5.- LA PESCA EN ALTA MAR QUE COLIDE CON LA PC Y LA ZEE

Tanto la Convención sobre la Alta Mar (44) como la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar (45) estable-

(43) *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 2.291 del 26-7-78.

(44) Ley Aprobatoria de la “Convención sobre la Alta Mar”. *Gaceta Oficial* N° 26.616 del 1-8-61.

(45) Ley Aprobatoria de la “Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar”. *Gaceta Oficial* N° 26.617 del 2-8-61.

cen en sus artículos 2º y 1º.1. respectivamente, que todos los Estados tienen el derecho de ejercer la libertad de pesca en el Alta Mar; entendiendo por Alta Mar la parte del mar no perteneciente al Mar Territorial ni a las aguas interiores de un Estado.

Sin embargo, la anterior disposición colide claramente con la Convención sobre PC y la Ley que crea en Venezuela la ZEE. Si bien es cierto que arriba de la PC y de la ZEE es Alta Mar y, por tanto, todos los Estados tienen derecho a navegar libremente y a sobrevolar la zona, les está vedado pescar sin permiso del Estado ribereño, tal y como así lo determina el art. 2º.2. de la Convención sobre PC y art. 6º.2. de la Ley que crea la ZEE.

En conclusión, la verdadera libertad de pesca sin interferencias de Estados ribereños, puede realizarse a partir del límite exterior de las 200 millas, donde ningún país está supeditado a normas de otros Estados ribereños que puedan impedirle ejercer esta libertad económica o ponerle condiciones. En todo caso las únicas condiciones para el ejercicio de la libertad económica de pesca y de otra índole, están fijadas en el art. 1º.1, del TDM, que acuerda denominar como “Zona”: “los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. Es decir, esa Zona, convertida, por cierto, en patrimonio común de la humanidad (art. 136 del TDM) comienza más allá de las 200 millas, medidas estas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del Mar Territorial.

Agosto de 1994

DERECHO INTERNACIONAL, SUPRANACIONALIDAD E INTEGRACION

Juan Vicente UGARTE DEL PINO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Partiendo de la exposición y conclusiones de la Ponencia del profesor José Roberto Franco da Fonseca de Brasil, creemos, sinceramente, que América Latina tiene en estos momentos el reto de sostener su estirpe jurídica europea, en su versión "lusio-hispana" inspirada en la Escuela de Derecho Internacional surgida en Salamanca en el Siglo XVI, frente a las ideas contenidas en los Acuerdos de Libre Comercio tipo GATT, NAFTA o el "Grupo de los 3", inspirados en el Derecho Anglo-Sajón, lo cual nos plantea el problema de la carencia en el Continente Americano de una misma cultura jurídica, hecho que nos está imponiendo una informalidad y un retroceso en el sistema jurisdiccional dentro de los procesos de integración.

Nadie pone en duda que todos los procesos de integración han surgido de un Tratado Internacional, o Tratado Marco, en el cual los países signatarios han transferido libre, voluntariamente y de buena fe sólo algunas y específicas competencias, conservando otras mucho más importantes.

Según Federico Mancini, Magistrado del Tribunal de Luxemburgo, (1) los países ligados por un Tratado de esta naturaleza, sin embargo, siempre tienden a coordinar sus poderes en el marco de una colaboración más estrecha e institucionalizada cuando se trata de asuntos de política exterior. Aquí aprovechamos para aclarar que a pesar de que la fuente de donde mana el Derecho de la Integración es el Tratado y éstos se encuentran siempre sobre el Derecho Interno de los Estados, inevitablemente se produce un rechazo inicial, tanto en los ciudadanos de los países miembros como en sus políticos y, lo que es más grave en sus juristas que inmediatamente discuten sobre el tema de la Supranacionalidad de las normas

(1) MANCINI, Federico, "El fenómeno de los Incumplimientos en las Comunidades Europeas", en *Memoria 1991*, publicación del T.J.A.C., p. 61 y ss.

y la capacidad de derogatoria del derecho interno de los Estados frente a la soberanía.

Por eso sostenemos, que no es posible hablar de Integración, si no se parte de un riguroso respeto al *pacta sunt servanda*, dado que el respeto a lo pactado, es decir a los Tratados, es la piedra angular de todo proceso comunitario. No es posible caminar seriamente en busca de metas comunes con países díscolos que luego de suscribir un Tratado, al cambiar sus gobiernos políticos, aducen supuestas o reales deficiencias para excusar el incumplimiento del mismo, o incompatibilidades con su derecho interno. De ahí por qué surgió la Convención de Viena sobre "Derecho de los Tratados" (2).

De otra parte, tampoco debemos soslayar los objetivos de todo proceso de integración. Básicamente siempre se habla de integración económica. En su modelo original la actual "Unión Europea", fue "Comunidad Económica Europea". En América tenemos la experiencia centroamericana a partir de la creación del Mercado Común Centroamericano (MCCA) en virtud del Tratado de Managua de 13 de diciembre de 1960. Igualmente la creación de la "Organización de Estados Centroamericanos" (ODECA), en virtud de la Carta de San Salvador de 1962; en los que al igual que en el modelo sudamericano de la ALALC, surgida con el Tratado de Montevideo en 1960, es el tema del libre comercio el "leif motiv" del mismo a cuyo amparo va a surgir el Tratado de Cartagena que da origen al denominado "Pacto Andino".

Evidentemente el subdesarrollo económico ha sido sin duda alguna, el más importante de los problemas sociales, económicos y políticos de iberoamérica y como lo dice Raymond Barre en "El Desarrollo Económico" (3) el subdesarrollo expresa desigualdades intolerables en el plano moral y político".

De otra parte hispanoamérica cayó en las décadas de los 70 y 80, en la trampa del endeudamiento externo, que aún hoy agobia a la mayoría de los países, impulsado por la falta de dinamismo en sus economías y en

una nula mentalidad exportadora, en la mayoría de los países de la región y en definitiva por el casi nulo ahorro interno. Por eso la mayor parte de los analistas recuerdan a la década del setenta como el: "decenio perdido", comparándola con los retos del último decenio del Siglo.

Ha surgido entonces el movimiento de integración, que no lo debemos ver como una amenaza a la soberanía, ni como una forma de supranacionalidad imperial, sino como un verdadero imperativo para la subsistencia de las naciones en vías de desarrollo. En el Tratado constitutivo del Acuerdo de Cartagena se afirma: "Art. 1º.- El presente Acuerdo tiene como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión".

Salir del subdesarrollo es sin duda alguna, una de las preocupaciones de iberoamérica, para solucionar los problemas sociales y políticos de la región. Salir de la dualidad de una estructura económica caracterizada por la existencia de sectores precapitalistas autóctonos -artesánías, agricultura de subsistencia, etc.- y de otra parte un sector capitalista dominado desde el exterior o en el peor de los casos dedicado a la especulación. En un recordado artículo periodístico del gran editorialista venezolano Arturo Usler Pietri, señalaba como coadyuvante: "El lenguaje, los temas, el vocabulario, los conceptos, las promesas de los políticos de América Latina, son el más activo y amenazante factor de subdesarrollo mental"... Esa es la razón -sostenemos nosotros-, por qué en países como el Perú, con partidos políticos longevos:..." todo ese aparato verbal y conceptual, en gran parte anacrónico, mal conocido, y peor asimilado de ideologías, muchas veces en proceso de extinción"... ha producido la crisis de la partidocracia y el desplome de los viejos partidos e ideologías. Para todos fue una sorpresa, la respuesta dada por el "Perú Profundo" -como solía llamar al campesinado peruano, un conocido político de los sesenta- en las elecciones de 1990.

Pero países como el Perú, que han derrotado al terrorismo genocida,

(2) PALMA VALDERRAMA, Hugo, *El Sistema Internacional en sus textos*, CEPEI, Lima (Perú), 1990.

(3) BARRE, Raymond, *El Desarrollo Económico*, F.C.E., México, 1992.

con un gobierno que encontró una Banca Central quebrada, con una inflación incontrolable, con nula inversión foránea, y con una multimillonaria deuda externa, han sabido sobreponerse para construir una sólida Caja Fiscal, que de menos cero, ha pasado a más de seis mil millones de dólares frescos, con un creciente flujo de capitales que vienen a radicarse en áreas como la minería, inversión telefónica, banca comercial y pesquería y no como capitales "golondrina", en menos de cinco años de trabajo sacrificado, podría correr peligro de chocar con los "grandes conglomerados económicos", que han producido un tipo de regionalización determinado por el desarrollo tecnológico, la absorción de empresas entre las que nítidamente se perciben muchas industrias líderes de América Latina y que indudablemente constituyen el sector económico de mayor dinamismo.

Hay quienes suponen que este fenómeno estaría frustrando la posibilidad de lograr un desarrollo autónomo de tipo capitalista en la región, generándose un nuevo ciclo de dependencia externa. Celso Furtado, economista brasileño, en su libro: "Economía Mundial: Transformación y Crisis" (4) sostiene "que los centros nacionales de decisión quedaron prácticamente incapacitados para utilizar los instrumentos tradicionales de política monetaria, cambiaria y fiscal, debido al proceso de integración de amplios segmentos del aparato productivo en estructuras dirigidas desde el exterior y principalmente a causa de la internacionalización de los circuitos monetarios y financieros".

El endeudamiento externo desordenado sostiene: "no sería así más que una consecuencia de esa pérdida de dominio, además de ser un factor autónomo de realimentación del mencionado proceso de internacionalización". El endeudamiento entonces no es creación de doctrina alguna, sino una manifestación en la periferia de cambios estructurales que están operando en el conjunto del sistema.

Si esto es así, nuestros países, tan celosos de su soberanía y de su destino no tienen otro camino que aquel que soñara nuestro compatriota el jesuita arequipeño Juan Pablo Viscardo y Guzmán, en su célebre "Carta a

(4) FURTADO, Celso, *Economía Mundial: Transformación y Crisis*, Edic. Tercer Mundo, Bogotá, 1990.

los españoles americanos" (5) publicada en Londres en 1799, teniendo como editor a Francisco de Miranda, cuando Bolívar cumplía recién 15 años y en la que formula un llamado a la unión de nuestros pueblos porque sostenía que: "América es nuestra patria y en ella debemos buscar nuestro destino"... Ahora por otras circunstancias, ajenas al ocaso de los imperios políticos se impone la necesidad de lograr por lo menos una regionalización sudamericana fundada en un proyecto marco de desarrollo económico de gran amplitud que lógicamente desborda nuestras fronteras nacionales. De no hacerlo estaríamos expuestos a una forma de transnacionalización impuesta y controlada por los "conglomerados extraños" a esta parte de iberoamérica. La integración por eso resulta, paradójicamente, la última esperanza, el último refugio, antes del fin del presente Siglo, donde pueden intentar defenderse las soberanías nacionales.

SUPRANACIONALIDAD Y DERECHO DE LA INTEGRACION

Para poder entender la complementariedad existente entre el Derecho de la Integración y el Derecho Interno de los Estados miembros, debemos partir de la noción de supranacionalidad que conlleva. Este es un tema clave en todo proceso de integración. En Europa tampoco fue fácil la aceptación de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros, ya lo dijo Federico Mancini, (6) cuando recordó la anécdota de Michel Debré, el Primer Ministro francés, frente a una de las primeras sentencias del Tribunal de Luxemburgo en el caso Van Duyn en 1974, que "consideró inmediatamente aplicables las normas precisas e incondicionadas de las Directivas a las que no se hubieran adaptado los derechos nacionales". Este fallo que despertó grandes polémicas entre constitucionalistas, provocó la afirmación de Debré en el sentido de que "había que cortar las uñas a los megalómanos de Luxemburgo".

Es pues un camino lento el del convencimiento a todo nivel, el de las sutilezas del Derecho de la Integración, y de que éste de ninguna manera

(5) VISCARDO Y GUZMAN, Juan Pablo, *Obra Completa*, Biblioteca Clásicos del Perú, Publicación del Centenario del Banco de Crédito del Perú, Lima 1988.

(6) MANCINI, Federico, ob. cit.

atenta ni contra la identidad nacional de los Estados ni sobre su soberanía. Al contrario, como hemos afirmado líneas arriba aunque parezca irónico la integración lo repetimos es el último refugio de la soberanía.

El escozor que esta noción produce en muchos espíritus, se debe precisamente a un enfoque viciado de etnocentrismo, juzgándose con criterios valorativos propios del derecho político tradicional, una concepción novísima y respetuosa de la soberanía interna de los Estados que le dan vida y gracias a la cual surge el nuevo ente o "Comunidad" vertebrada en torno a fines previamente pactados.

Evidentemente la noción de supranacionalidad se ha ido afilando desde el nacimiento de la primitiva "Comunidad Económica Europea", -hoy "Unión Europea"- y ya no podría sostenerse en pureza de verdad que la idea de Supranacionalidad es la de un Super Estado con soberanía e *imperium* a la manera romana. Desde el Tratado de París de 18 de abril de 1951, se ha decantado la definición como una autonomía de gestión por intermedio de los órganos creados por los propios Estados que la integran.

Lo dicho nos permite apreciar que en el caminar de los procesos de integración europeo como americano -hispano-luso-americano, se entiende, (Pacto Andino) (Mercosur), la complejidad de asuntos como es el caso de la propiedad industrial, por ejemplo, en el que se acepta que muchos de sus aspectos continúen siendo competencia del legislador nacional, hasta tanto la comunidad pueda cubrir a cabalidad con una nueva y única normativa su configuración comunitaria.

SOLUCION DE CONTROVERSIAS

El Derecho de la Integración es un derecho privativo y por tanto necesita de un órgano jurisdiccional igualmente privativo, que le dé unidad a la jurisprudencia de tema tan especializado. Los grandes "Conglomerados Transnacionales", normalmente originados en el seno de una cultura jurídica diferente, la anglosajona, prefieren el camino de la informalidad, es decir la del Arbitraje mediante Pactos Compromisorios ante Arbitros elegidos libremente por las partes. Ello podría parecer práctico, pero trae consigo muchos interrogantes y sobre todo el problema de no tener un órgano jurisdiccional que asegure independientemente de los gobiernos

de los Países Miembros y de los otros órganos del sistema, la aplicación uniforme del derecho comunitario, dirima las controversias y lo interprete uniformemente, como una garantía de seguridad jurídica.

Creemos que solo ante un Tribunal especializado, funciona perfectamente el axioma de que el Derecho de la Integración no deroga el Derecho interno de los Estados, sino que lo vuelve inaplicable en tanto cuanto colisione con el Tratado Marco o el derecho comunitario. Y esto es así porque este principio fluye de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Seguir un camino opuesto, ya lo dijimos en un trabajo anterior (7), será sembrar el caos jurisprudencial en América, mediante soluciones contradictorias en cada zona y retrasar la llegada de la "Unión Luso-Hispano-Americana".

(7) UGARTE DEL PINO, J. Vicente, "Un Tribunal Interamericano de Derecho de la Integración", en la revista *Sociedad Peruana de Derecho Internacional*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Lima, 1994.

LOS MARES PRESENCIALES: DEL DICHO AL HECHO NO HAY TANTO TRECHO

José Antonio de YTURRIAGA BARBERAN *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- INTRODUCCION

II.- REGULACION DE LAS POBLACIONES TRANSZONALES EN LA CONVENCION DE LAS NU DE 1982 SOBRE EL DERECHO DEL MAR

- 1.- Proceso negociador en la Conferencia.
- 2.- Disposiciones de la Convención.
- 3.- Problemas de aplicación de la Convención.

III.- CONFERENCIA DE RIO SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESA- RROLLO

- 1.- Preparativos de la Conferencia.
- 2.- Conferencia de Río de Janeiro.

IV.- CONFERENCIA DE NU SOBRE POBLACIONES TRANSZONALES Y ALTAMENTE MIGRATORIAS

- 1.- I sesión.
- 2.- II sesión.
- 3.- III sesión.
- 4.- IV sesión.
- 5.- Proyecto de Acuerdo de la Presidencia.

(*) Embajador Representante Permanente de España ante NU en Viena.

V.- TEORIA Y PRACTICA DEL MAR PRESENCIAL

- 1.- Teoría del mar presencial.
- 2.- El mar presencial en la legislación chilena.
- 3.- El mar presencial en la legislación argentina.
- 4.- Juicio crítico.

VI.- EXTENSION UNILATERAL DE LA JURISDICCION DE CANADA HACIA LA ALTA MAR

- 1.- Modificación de la "Coastal Fisheries Protection Act".
- 2.- Reserva a la jurisdicción obligatoria del TIJ.
- 3.- Controversia pesquera canadiense-comunitaria en NAFO.
- 4.- Controversia hispano-canadiense por el apresamiento del pesquero español "Estai".
- 5.- Posible solución de las controversias jurídicas.

VI.- CONCLUSIONES

I.- INTRODUCCION

El principio consuetudinario de libertad de pesca en alta mar se ha ido erosionando considerablemente en los últimos tiempos. El alta mar es hoy más una "res communis" que una "res nullius", y la Convención de las Naciones Unidas de 1982 sobre el Derecho del Mar (la Convención), aunque formalmente mantiene la libertad de pesca, no la consagra de manera irrestricta, sino que la somete a ciertos límites (1).

En efecto, la libertad de pesca -como las otras libertades de la alta mar- deberá ser ejercida por todos los Estados "teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar", y con sujeción a lo dispuesto a la sección 2 de la Convención, relativa a la "Conservación y administración de los recursos vivos en la alta mar". El derecho de los Estados a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar se supedita a sus obligaciones convencionales y a los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños previstos en los artículos relativos a las poblaciones transzonales, especies altamente migratorias, mamíferos marinos, poblaciones anádromas y especies catádromas (2).

En relación con las poblaciones transzonales, varios Estados de amplia fachada marítima trataron de consagrar en la Convención derechos o intereses especiales de los Estados ribereños en la alta mar, pero sus propuestas fueron rechazadas por la Conferencia. En vista de ello, llevaron el tema a la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y de allí surgió la iniciativa de convocar una Conferencia sobre "las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias" (3).

(1) PASTOR RIDRUEJO, José Antonio "La jurisdicción rampante de los Estados ribereños sobre la pesca en alta mar". En *"Estudios en Homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco"*. Madrid, 1993, p. 521.

(2) Artículos 87 y 116 de la Convención. ONU. "Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar". Nueva York, 1984, pp. 54 y 62.

(3) La traducción al español del título de la Conferencia deja bastante que desear, especialmente la de la expresión "straddling stocks", que se traduce nada menos que con 14 palabras: "las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las ZEE". Aparte de no tener "territorios", los peces se encuentran bien "dentro o fuera"

En el plano doctrinal, militares y juristas chilenos elaboraron la doctrina del "mar presencial", para justificar la extensión de la jurisdicción del Estado ribereño más allá de su ZEE en materia pesquera. Estas tesis inspiraron la adopción por Chile y Argentina de disposiciones tendentes a reconocer ciertas competencias a los respectivos Estados en la alta mar.

En esta misma línea -aunque sin preocupaciones doctrinales- Canadá decidió en 1994 extender sus competencias normativas y ejecutivas en materia pesquera más allá de su ZEE, en el área de la alta mar regulada por la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO).

II.- REGULACION DE LAS POBLACIONES TRANSZONALES EN LA CONVENCION

Como los peces ignoran las líneas imaginarias y artificiales que los hombres han dibujado sobre el mar, existe un conflicto de intereses entre los Estados ribereños -para quienes las grandes flotas pesqueras pueden hacer inútiles las medidas de conservación adoptadas en sus respectivas ZEE- y los Estados que practican la pesca de altura, que han visto considerablemente reducidas las áreas de libre pesca con la expansión de las jurisdicciones nacionales (4). Este conflicto de intereses se puso de manifiesto en la Conferencia, en la que un grupo de Estados de amplia facha marítima pretendieron que se recogiera en la Convención el "interés especial" del Estado ribereño en las zonas de la alta mar adyacentes a sus ZEE, especialmente en relación con las especies transzonales (5).

(no "dentro y fuera") de la ZEE, bien "a caballo" entre dos ZEE, o una ZEE y la alta mar. Aunque no sea excesivamente ortodoxa desde el punto de vista de la Real Academia de la Lengua Española, me parece más adecuado recurrir al latinismo -utilizado, por otra parte, en Naciones Unidas y en documentos de la Conferencia- de "poblaciones transzonales".

(4) CASADO RAIGON, Rafael. "La pesca en alta mar". Sevilla, 1994, p. 25. Véase Ellen HEY. "The Regime for the Exploitation of Transboundary Marine Fisheries Resources". Dordrecht-Boston-Londres, 1989, pp. 73-74.

(5) REY CARO, Ernesto. "La Conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina". XVIII Congreso del IHLADI de Viña del Mar. Madrid, 1994, p. 20. Reproducida en el presente Anuario, pp. 99 y ss. Véase J.A. GALLAND. "Some Problems of the Management of Shared Stocks". FAO

1.- Proceso negociador en la Conferencia

El Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación (TUOFN) incluyó un artículo sobre las poblaciones de peces y especies asociadas que se hallaban entre dos ZEE o entre una ZEE y la alta mar, que preveía la cooperación entre los Estados interesados -directamente o a través de las organizaciones regionales competentes- en la adopción de medidas de conservación (6).

Durante la segunda parte de la VIII sesión (verano de 1979), Argentina sugirió una enmienda oficiosa al artículo 63-2 del Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación (TIOFN), por la que se establecía la obligación de los Estados ribereños y los Estados que pescaran poblaciones de peces situadas a caballo entre la ZEE y la alta mar (poblaciones "transzonales") de acordar las medidas necesarias para la conservación de tales poblaciones en las áreas adyacentes a la citada zona. Asimismo propuso la adición de la siguiente frase:

"Los acuerdos respectivos preverán las medidas a que se hace referencia en los incisos b), c), d), e) y k) del artículo 62. De no llegar a un acuerdo sobre esta materia en un plazo razonable, el tercer Estado que practique la pesca de las poblaciones mencionadas en el párrafo 2 de este artículo *deberá sujetarse a las reglamentaciones que dicte el Estado ribereño* para la conservación de dichas poblaciones, en las materias que traten los incisos arriba mencionados del artículo 62" (7).

El representante de España criticó esta propuesta por suponer la extensión de los derechos soberanos del Estado ribereño más allá de las 200 millas, en relación con la exploración, explotación, conservación y admi-

Fisheries Technical Paper. Roma, 1980. Moritaka HAYASHI. "The Management of Transboundary Fish Stocks under the Convention". *The International Journal of Marine and Coastal Law* 8 (2), 1993, pp. 245-261.

(6) Artículo 52 del TUOFN/Parte II. Doc. A/CONF. 62/WP.8/Parte II, de 7 de Mayo de 1975. En *Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Nueva York, 1975. Vol. IV, p. 169.

(7) Doc. C.2/Informal Meeting/48, de 20 de Agosto de 1979. En Renate PLATZÖDER. "The United Nations Conference on the Law of the Sea. Documents". Dobbs Ferry, 1983. Vol. V, p. 56.

nistración de los recursos vivos, y concluyó que -a esas alturas de la Conferencia- no se podían aceptar sugerencias que rompieran el delicado equilibrio conseguido y las soluciones que se habían ido alcanzando durante tantas sesiones de trabajo (8).

A la sesión siguiente (primavera de 1980), la delegación argentina volvió a la carga y presentó una sugerencia oficiosa aún más elaborada. En ella se preveía que, si no se llegara a un acuerdo en un plazo razonable y se iniciara un procedimiento obligatorio de solución de controversias, el tribunal pertinente determinaría las medidas aplicables para la conservación de las especies en cuestión en el área de alta mar adyacente a la ZEE, debiendo ser tales medidas compatibles con las aplicadas por el Estado ribereño a esas mismas especies en su ZEE (9).

En la segunda parte de la IX sesión (verano de 1980), la propuesta argentina fue apoyada por varios países de plataforma amplia, quienes copatrocinaron una nueva versión suavizada de la misma, al suprimir la referencia a la obligación de aplicar las medidas provisionales adoptadas por el Estado ribereño (10).

En la primera parte de la X sesión (primavera de 1981), la II Comisión acordó incluir la cuestión de la reglamentación de las poblaciones transzonales en las "consultas y negociaciones para lograr una rápida solución" de ciertas cuestiones que "se consideraba no estaban resueltas definitivamente a satisfacción de las partes interesadas". La propuesta fue duramente criticada por España, los países miembros de la CE, Japón y los Estados socialistas, y no se logró el requerido consenso (11).

(8) Intervención del Embajador José M. LACLETA, de 21 de Agosto de 1979.

(9) Doc. C.2/Informal Meeting/54, de 19 de Marzo de 1980. En PLATZÖDER. *Op. cit.*, en la nota 7, p. 59.

(10) Sugerencia oficiosa sobre el artículo 63-2, copatrocinada por Argentina, Australia, Canadá, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Islandia, Nueva Zelanda, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona y Uruguay. Doc. C.2/Informal Meeting/54/Rev. 1, de 14 de Agosto de 1980. En PLATZÖDER. *Op. cit.*, en la nota 7, p. 60.

(11) Informe del Presidente de la II Comisión. Doc. A/CONF. 62/L.69, de 15 de Abril de 1981. En *Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Nueva York, 1982. Vol. XV, pp. 166-167.

En la primera parte de la XI sesión (primavera de 1982) se presentaron varias enmiendas a diversos artículos de la Parte V del Proyecto de Convención dedicada a la ZEE. Entre ellas figuraba la de un grupo de 8 Estados de amplia fachada marítima que propusieron la siguiente reformulación del artículo 63-2 del proyecto de Convención:

"Cuando tanto en la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta adyacente a ella se encuentre la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente *adoptarán por acuerdo mutuo*, directamente o por conductos de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, las medidas *que puedan ser* necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente. *En el caso de que no se llegue a un acuerdo sobre esas medidas dentro de un plazo razonable y se inicien procedimientos ante el tribunal apropiado con arreglo al artículo 286, ese tribunal determinará las medidas que habrán de aplicarse en el área adyacente para la conservación de esas poblaciones. Si no se pueden determinar medidas definitivas dentro de un plazo razonable, el tribunal determinará, a petición de cualquiera de los Estados interesados, medidas provisionales para esa misma área. Al establecer medidas definitivas o provisionales, el tribunal tendrá en cuenta las medidas aplicadas a las mismas poblaciones por el Estado ribereño en su zona económica exclusiva y los intereses de otros Estados que pesquen estas poblaciones*" (12).

Ante el llamamiento del Presidente de la Conferencia, Tomy KOH, los copatrocinadores accedieron de mala gana a retirar la enmienda, que no llegó, por tanto, a ser sometida a votación (13).

(12) Enmienda copatrocinada por Australia, Cabo Verde, Canadá, Filipinas, Islandia, Santo Tomé y Príncipe, Senegal y Sierra Leona. Doc. A/CONF. 62/L.114, de 13 de Abril de 1982. En *Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Nueva York, 1984. Vol. XVI, p. 232.

(13) N. NANDAN, Satya/ROSENNE, Shabtai. "United Nations Convention on the Sea 1982. A Commentary". Dordrecht-Boston-Londres, 1993. Vol. II, p. 646. Véase José A. de YTURRIAGA BARBERAN. "Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española". Madrid, 1993, pp. 92-93.

2.- Disposiciones de la Convención

El texto finalmente retenido en la Convención fue el siguiente:

"1. Cuando en las zonas económica exclusivas de dos o más Estados ribereños se encuentre la misma población o poblaciones de especies asociadas, esos Estados *procurarán*, directamente o *por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas*, acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y desarrollo de dichas poblaciones, sin perjuicio de las demás disposiciones de esta Parte.

2. Cuando tanto en la zona económica exclusiva como en un área más allá de ésta y adyacente a ella se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen estas poblaciones *procurarán*, directamente o *por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas*, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente" (14).

Se trata de medidas de carácter potestativo, como cabe deducir del uso de la expresión "*procurarán*" en vez de "*acordarán*". Existe, sin embargo, un deber de cooperación, de intentar llegar a un acuerdo en base al principio de la buena fe expresamente consagrado en la Convención (15): una obligación de "comportamiento", aunque no de "resultado" (16).

El artículo 63 sitúa al Estado ribereño como pieza indispensable en la negociación. Como ha señalado MESEGUER, "en la aplicación del prin-

cipio de cooperación internacional, el punto de vista del Estado ribereño debe ser necesariamente tenido en cuenta" a tales efectos, si bien "no existe obligación alguna de adoptar medidas de conservación que satisfagan las pretensiones del Estado ribereño de imponer en alta mar medidas de conservación adoptadas unilateralmente en el interior de la zona económica exclusiva" (17).

El deber de cooperación -que se hallaba implícito en el Convenio de 1958 sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar- se consagra de forma explícita en la Convención, que considera las organizaciones internacionales como los conductos adecuados para que los Estados cumplan dicho deber en materia de conservación de recursos vivos (18).

3.- Problemas de aplicación de la Convención

Aunque las organizaciones internacionales han hecho útiles aportaciones, cabe afirmar que no han resuelto los principales problemas de la pesca en alta mar, entre otras razones porque muchas de ellas han solido reflejar los intereses de las potencias pesqueras, y han regulado de forma inadecuada las actividades de conservación y administración de los correspondientes recursos (19). Tras la firma y ulterior entrada en vigor de la Convención, las funciones de las organizaciones internacionales pesqueras se hallan en proceso de revisión (20).

(17) L. MESEGUER SANCHEZ, José. "Le régime juridique de l'exploitation de stocks communs de poissons au-delà des 200 milles", *Annuaire Français de Droit International* vol. XXVIII, 1982, p. 899.

(18) MESEGUER SANCHEZ, José Luis/BERMEJO MARTINEZ, Vicente. "Participación de España en las Organizaciones Internacionales de Pesca". En Antonio POCH GUTIERREZ DE CAVIEDES (Ed.). "*La actual revisión del derecho del Mar: una perspectiva española*". Madrid, 1974. Vol. I (2), p. 167.

(19) CASADO. *Op. cit.*, en la nota 4, p. 54. Véase ONU. "*El Derecho del Mar. Régimen de pesca en la alta mar. Situación actual y perspectivas*". Nueva York, 1992, p. 26.

(20) Véanse CARROZ, Jean. "Institutional Aspects of Fishery Management under the New Regime of the Oceans". *San Diego Law Review* vol. 21, 1984, pp. 516-519; SAVINI, Michel. "Información resumida sobre la función de los Organismos Internacionales de Pesca en lo que respecta a la conservación y ordenación de los recursos vivos de alta mar". FAO. *Circular de Pesca* n° 835/rev. 1. Roma, 1992.

(14) Artículo 63-1 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, p. 44. Véanse J.A. GULLAND. "Some Problems of the Management of Shared Stocks". FAO. *Fisheries Technical Paper* n° 206. Roma, 1980; G. SAETERSDAL. "Problems of Managing and Sharing of Living Resources under the New Ocean Regime". *Ocean Yearbook* vol. 4, 1982, pp. 45-49; J. F. CADDY. "Algunas consideraciones a propósito de la definición de stocks compartidos y su distribución entre zonas económicas adyacentes". FAO. *Circular de Pesca* 749, Roma, 1983; Davis A. COSLON. "Transboundary Fishery Stocks in the EEZ". *Oceanus* 27 (4), 1984-1985, pp. 48-51.

(15) Artículo 300 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, p. 136. Véase Francisco ORREGO VICUÑA. "La zone économique exclusive: régime et nature juridique". *RCADI* 1986. Vol. 199, p. 61.

(16) PASTOR. *Op. cit.*, en la nota 1, p. 522.

En el ínterin, se están produciendo conflictos entre algunos Estados ribereños y los Estados de pesca de altura en el seno de organizaciones internacionales de pesca. Notorio es el caso de la NAFO, en la que Canadá mantiene continuos enfrentamientos con potencias pesqueras tradicionales como España y Portugal, y con la CE, que ha asumido en la Organización las competencias de sus Estados miembros (21).

Así, aunque la NAFO debe fijar la captura permisible en la zona del Atlántico Noroccidental y distribuirla entre sus miembros mediante la concesión de cuotas, la Organización no siempre ha logrado ponerse de acuerdo a tales efectos, lo que ha provocado que las partes discrepantes establezcan sus propias cuotas. Más adelante trataremos de la controversia concreta que ha surgido en el seno de la NAFO entre Canadá y los países miembros de la CE, que ha llevado al apresamiento en alta mar del pesquero español "Estai" por buques canadienses.

Es cierto que en algunos acuerdos bilaterales y en algún tratado constitutivo de organizaciones regionales de pesca se ha reconocido el "interés especial" de los Estados ribereños sobre las especies transzonales, pero se trata de una práctica limitada que ha encontrado la firme oposición de los países de pesca de altura (22).

Pese a que las propuestas en este sentido no fueron aceptadas por la Conferencia, los Estados interesados no han cejado en su empeño tras la adopción de la Convención. Así, plantearon la cuestión ante otros foros, alegando las dificultades y los conflictos surgidos en el Atlántico Norte, el Pacífico y el Mar de Bering, con motivo de la falta de adecuadas disposiciones en relación con las especies transzonales, así como la impre-

(21) Convenio sobre futura cooperación multilateral en las Pesquerías del Atlántico Noroccidental. Ottawa, 24 de Octubre de 1978. En Kenneth R. SIMMONDS. "New Directions in the Law of the Sea". Londres-Roma-Nueva York, 1986, pp. 1-7. Ellen HEY estima que el Convenio constitutivo de la NAFO está en contradicción con el artículo 63 de la Convención ya que, si los Estados ribereños no participan en la pesca en el área de la alta mar, no tienen derecho a ser miembros de la Organización que ejerce funciones de administración y conservación en relación con la pesca en dicha área. Véase HEY. *Op. cit.*, en la nota 4, pp. 97 y 179.

(22) CASADO. *Op. cit.*, en la nota 4, p. 45. Véanse: Tullio TREVES. "Codification du droit international et pratique des Etats dans le Droit de la Mer". *RCADI* 1990-IV, pp. 230 y ss.; MESEGUER. *Op. cit.*, en la nota 17, p. 891.

sión de la distribución de competencias entre el Estado ribereño y los Estados que pescan en las áreas adyacentes a su ZEE (23).

III.- CONFERENCIA DE RIO SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO

1.- Preparativos de la Conferencia

La cuestión de las especies transzonales fue planteada por Canadá ante las NU, cuando se iniciaron los preparativos de la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED). Así, en la primera reunión de su Comisión Preparatoria (PREPCOM) -celebrada en Agosto de 1990- se identificó la siguiente cuestión como una de las que debería ser objeto de recomendación por parte de la UNCED: "Medidas apropiadas para la conservación, utilización racional y desarrollo sostenido de los recursos vivos de la alta mar y protección de los ecosistemas" (24).

En Septiembre de ese año Canadá convocó en San Juan de Terranova una Conferencia sobre conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar, en la que participaron expertos de 15 países "afines" (Argentina, Australia, Canadá, Cabo Verde, Chile, Islas Cook, Estados Unidos, Islandia, Marruecos, Mauricio, Nueva Zelanda, Perú, Rusia, Senegal y Uruguay). La opinión prevaleciente en la Conferencia fue la de que el régimen de administración de las especies transzonales en la alta mar debería estar en conformidad con el aplicable por el Estado ribereño en su ZEE (25).

(23) REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, p. 29. Véase Edward MILES/William T. BURKE. "Pressures on the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stock". *Ocean Development and International Law* vol. 20, 1989, p. 343-357.

(24) Report of the Preparatory Committee for the UNCED. Doc. A/45/46, de 17 de Octubre de 1990. Nueva York, 1990. p. 37.

(25) Conference on the Conservation and Management of the Living Resources of the High Seas. San Juan, 5-7 de Septiembre de 1990. Anejo 2, p. 2. Véase Moritaki HAYASHI. "United Nations Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks: An Analysis of the 1993 Sessions". *Ocean Yearbook* vol. 11, 1994, pp. 26-27.

La cuestión fue asimismo examinada en las Reuniones de Expertos de Santiago de Chile y de Nueva York de 1991. Esta última fue organizada por la Oficina de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de la ONU - a la sazón dirigida por Satya NANDAN- en Julio de 1991, y la inmensa mayoría de los expertos invitados (Argentina, Australia, Canadá, Barbados, Brasil, República de Corea, Chile, Estados Unidos, India, Islandia, Italia, Japón, Marruecos, Noruega, Nueva Zelanda, Rusia, Sri Lanka y Tailandia) provenían de países "expansionistas".

La reunión llegó a la conclusión de que la aplicación adecuada de la Convención "requiere una clara comprensión de los derechos y deberes concretos de los Estados que reclaman el derecho de dedicarse a la pesca en alta mar", pero teniendo bien en cuenta que dicho derecho "se ejerce con sujeción a las obligaciones que impone la Convención respecto de la conservación y administración del recurso en cuestión y -en el caso de las poblaciones compartidas y de las especies altamente migratorias-, *respecto de los derechos, deberes e intereses de los Estados ribereños en cuyas ZEE se encuentran también dichas poblaciones*, según lo estipulado en la Convención". De conformidad con los artículos 63-2, 64 y 65 de la Convención -concluía la reunión- "el ejercicio de la pesca en alta mar requiere el debido reconocimiento de los *derechos* de los Estados ribereños" (26).

Entre las directrices sugeridas por la reunión, figura la siguiente:

"El Estado que no conceda el reconocimiento adecuado de los *derechos, deberes e intereses de un Estado ribereño* y de otros Estados, respecto de *poblaciones compartidas* o de especies altamente migratorias, *de conformidad con lo dispuesto en la Convención, contravendrá las disposiciones pertinentes* (en especial el artículo 116)" (27).

(26) Párrafos 128 y 130 de las conclusiones de la Reunión del Grupo de Expertos técnicos sobre la pesca en la alta mar, celebrada en Nueva York del 22 al 26 de Julio de 1991. ONU. "El Derecho del Mar: Régimen de la pesca en alta mar". Nueva York, 1992, p. 39.

(27) *Ibid.*, p. 42.

Semejantes afirmaciones ofrecen una interpretación sesgada, parcial e incorrecta de la Convención, y de sus artículos 63-2 y 116 en especial. Es cierto que el Estado ribereño tiene derechos e intereses genéricos en la alta mar adyacente a sus costas, que se concretan en la obligación de dicho Estado y de los Estados que pesquen las poblaciones transzonales en el área adyacente a la ZEE de aquél de *procurar* "acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente" (28).

Nada más y nada menos. Como hemos tenido ocasión de exponer en la sección 1 de este estudio, la Conferencia rechazó la pretensión de los países de plataforma amplia de que se les reconociera un "*derecho especial*" sobre la conservación y administración de las poblaciones transzonales en la alta mar. Las conclusiones de la reunión de Nueva York -a la que no fue invitada España, ni otros Estados que se habían caracterizado por su oposición a las reivindicaciones maximalistas de los países de amplia fachada marítima- son, cuando menos, ambiguas y reabren el debate debidamente cerrado en la Conferencia.

En la III sesión de la Prepcom (Agosto de 1991), Canadá y otros países afines presentaron una propuesta sobre conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar (29), que fue substituída un año después por un documento revisado copatrocinado por 40 países, entre los que figuraban Australia, Kenya, Marruecos, Noruega, Papua-Nueva Guinea, Sri Lanka, Tanzania y Túnez. En él se afirmaba que los Estados que pescaran poblaciones transzonales en la alta mar deberían tomar las medidas adecuadas para dar efecto al "*interés especial* y la responsabilidad del Estado ribereño", en relación con la parte de estas poblaciones que se encuentre en la alta mar (30).

(28) Artículo 63-2 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, p. 44.

(29) Propuesta de Argentina, Barbados, Canadá, Cabo Verde, Chile, Fiji, Guinea-Bissau, Islandia, Kiribati, Nueva Zelanda, Perú, Salomón, Samoa, Senegal y Vanuatu. UNCED. "Conservation and Management of Living Resources of the High Seas: Proposals Submitted to the Third Session of the Preparatory Committee for UNCED". Ginebra, 1991. *Law of the Sea Bulletin* vol. 19, Octubre 1991, pp. 42-44.

(30) Doc. A/CONF. 151/PC/WG.II/L.16/Rev. 1, de 16 de Marzo de 1992.

En Mayo de 1992 se celebró en Cancún (Méjico) una Conferencia sobre Pesca Responsable, en la que se adoptó una Declaración que preveía -entre otras cosas- que la libertad de los Estados para pescar en la alta mar se compensaba con la obligación de cooperar con otros Estados para garantizar la administración racional de los recursos vivos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención. La Conferencia pidió a la FAO que elaborara un proyecto de Código de Conducta sobre Pesca Responsable (31).

2.- Conferencia de Río de Janeiro

La Conferencia de Río de Janeiro (Junio-Agosto de 1992) abordó la cuestión y dedicó, en su Informe Final, un capítulo a la "Protección de los océanos y de los mares de todo tipo, incluidos los mares cerrados y semi-cerrados, y de las zonas costeras, y protección, utilización racional y desarrollo de sus recursos vivos". Canadá y otros países de amplias fachadas marítimas interesados en la revisión del régimen de pesca de las especies transzonales habían propuesto la convocatoria de una Conferencia Internacional sobre Pesca para revisar, entre otras, las disposiciones contenidas en el artículo 63, a lo que se opusieron la mayoría de los Estados partidarios de mantener el "*statu quo*" de la Convención, especialmente los miembros de la CE (espoleados por España, Portugal y Francia) y Japón (32).

Al fin se llegó a un compromiso en los siguientes términos:

"Los Estados deben convocar, tan pronto como sea posible, una Conferencia intergubernamental bajo los auspicios de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta las actividades pertinentes a nivel subregional, regional y global, con miras a promover el cumplimiento efectivo de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre poblaciones pesqueras superpuestas y especies altamente migratorias. La Conferencia, basándose *inter alia* en estudios científicos y técnicos de la FAO,

(31) Párrafo 12 de la Declaración de Cancún. En FAO. *Fisheries Report* N° 484, Anejo II. Roma, 1992.

(32) PASTOR. *Op. cit.*, en la nota 1, p. 526; HAYASHI. *Op. cit.*, en la nota 25, p. 28.

deberá identificar y valorar los problemas existentes que se refieran a la conservación y administración de tales especies pesqueras, así como considerar los medios para mejorar la cooperación entre los Estados en materia de pesca, y formular las recomendaciones apropiadas. El trabajo y los resultados de la conferencia *deberán ser enteramente compatibles con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, en particular con los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y los de los Estados que pesquen en la alta mar" (33).

En Septiembre de 1992 se celebraron en Roma unas Consultas Técnicas de la FAO sobre "Pesca en la Alta Mar", en las que se elaboró un informe sobre esta cuestión para la Conferencia de las NU sobre las poblaciones transzonales y altamente migratorias (34), que la Asamblea General -atendiendo a la petición de la Conferencia de Río- convocó con el siguiente mandato: "a) Identificar y evaluar los problemas existentes en relación con la conservación y administración de tales poblaciones; b) examinar los medios posibles para mejorar la cooperación pesquera entre los Estados; y c) *formular las recomendaciones adecuadas*" (35).

IV.- CONFERENCIA DE NU SOBRE POBLACIONES TRANSZONALES Y POBLACIONES ALTAMENTE MIGRATORIAS

1.- I Sesión.

La primera sesión de la Conferencia se celebró en Nueva York del 19 al 23 de Abril de 1993, con un fin exclusivamente organizativo y procesal, y eligió como Presidente a Satya NANDAN (Fiji). Uno de los principales problemas planteados fue el de la participación de la CE en la Conferencia. Al fin se llegó a un acuerdo sobre la base de la fórmula pre-

(33) Párrafo 17.49-e) del Informe de la Conferencia. Doc. A/CONF.151/26/Rev. 1, de 13 de Agosto de 1992. Vol. I, p. 124.

(34) Informe de las Consultas, de 15 de Septiembre de 1992. En Doc. A/CONF.164/INF/2, de 14 de Mayo de 1993.

(35) Resolución 47/1972, de 22 de Diciembre de 1992. En *Documentos Oficiales de la Asamblea General*. Nueva York, 1992.

vista en la Convención para las Organizaciones Internacionales a los que los Estados miembros hubieran transferido competencias: no aumento de la representación que correspondería a sus Estados miembros (36).

La Conferencia encargó a su Presidente que preparara una lista de temas y cuestiones que sirviera de base para su trabajo en las siguientes sesiones, pues no existía ningún documento sobre el que centrar el debate. A tales efectos, el Presidente NANDAN pidió a los Estados participantes que presentaran propuestas concretas (37), y -en base a las respuestas recibidas- elaboró para la siguiente sesión una "Guía de Cuestiones para la Conferencia" (38).

2.- II Sesión.

La II sesión de la Conferencia se celebró asimismo en Nueva York del 12 al 30 de Julio de 1993. Argentina, Canadá, Chile, Islandia y Nueva Zelanda presentaron un proyecto de Convención sobre la conservación y ordenación de las poblaciones transzonales y altamente migratorias en la alta mar. En él se preveía el derecho de los Estados Parte a visitar e inspeccionar cualquier buque de otra Parte en una "zona de regulación" situada en alta mar, a apresarlo cuando tuviera pruebas de que había violado las normas internacionales sobre conservación, y a retenerlo hasta que el Estado del pabellón hubiera tomado las medidas adecuadas. En relación con las poblaciones transzonales, el proyecto establecía que, en los casos en que el Estado ribereño determinara que existía una emergencia, se aplicarían las medidas por él decididas de forma unilateral, durante un período de tiempo razonable en el que se celebrarían las correspondientes consultas entre dicho Estado y los demás Estados interesados (39).

Los Estados miembros de la CE, por su parte, propusieron que la Conferencia elaborara un conjunto de "recomendaciones realistas y tácti-

(36) Artículo 4-4 del Anejo IX a la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, pp. 191-192.

(37) HAYASHI. *Op. cit.*, en la nota 25, p. 32.

(38) Doc. A/CONF.164/10, de 24 de Junio de 1993.

(39) Artículo 13 del proyecto y párrafo 8 del Anexo II al mismo. Doc. A/CONF.164/L.13/Rev.1, de 28 de Julio de 1993.

camente viables", relacionadas con el establecimiento, la mejora o la ampliación de la cooperación internacional en materia de conservación y administración de este tipo de poblaciones, que serían recogidas en una resolución de la Asamblea General (40). Estados Unidos también se inclinó por este "*modus operandi*", y afirmó que no sería "apropiado, ni siquiera posible, que la Conferencia intentase elaborar un tratado u otro instrumento vinculante desde el punto de vista jurídico" (41).

Rusia propuso la adopción de unos "Principios" orientadores de la conducta de los Estados interesados en la captura de las poblaciones en cuestión, entre los que destacaba los de "unidad e indivisibilidad de las poblaciones transzonales", de "pesca responsable" y de "desarrollo sostenible" (42). A este respecto, la CE destacó igualmente los principios de "pesca responsable" y de "utilización racional y sostenible de los recursos" (43). Japón, por su parte, señaló que el punto de partida para establecer los principios fundamentales era el del "*debido respeto*" a las necesidades, intereses y prácticas, tanto de los Estados ribereños, como de los Estados que faenen en aguas distantes (44).

Un grupo de Estados en desarrollo presentaron sendos documentos sobre sus "*necesidades especiales*" en materia de acceso a las poblaciones transzonales y altamente migratorias, y en materia de investigación científica y asistencia técnica (45). Argentina, a su vez, presentó su vieja propuesta de que, en caso de falta de acuerdo de cooperación entre los Estados interesados sobre administración y conservación de las poblaciones transzonales, deberían aplicarse provisionalmente las medidas de conservación adoptadas por el Estado ribereño (46). El Presidente de la Conferencia, Embajador NANDAN, elaboró un texto de conclusiones, en

(40) Doc. A/CONF.164/L.8, de 17 de Julio de 1993.

(41) Doc. A/CONF.164/L.15, de 16 de Julio de 1993.

(42) Doc. A/CONF.164/L.25, de 16 de Julio de 1993.

(43) Doc. A/CONF.164/L.20, de 16 de Julio de 1993.

(44) Doc. A/CONF.164/L.28, de 27 de Julio de 1993.

(45) Doc. A/CONF.164/L.24 y L.30, de 26 y 27 de Julio de 1993.

(46) Doc. A/CONF.164/L.10, de 17 de Julio de 1993. Véase REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, pp. 24-28.

el que pretendió, sin éxito, conciliar los diferentes puntos de vista expresados en la Conferencia (47).

En Noviembre de 1993, la FAO elaboró un proyecto de Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar, que fue sometido a la consideración de la Conferencia (48).

3.- III Sesión.

La III sesión se celebró en Nueva York del 14 al 31 de Marzo de 1994. Los Estados de amplia fachada marítima volvieron a reiterar las propuestas tendentes a establecer un mayor control del Estado ribereño sobre la pesca en las áreas de alta mar adyacentes a sus ZEE. En esta línea se situaba el proyecto de Convención propuesto por Ecuador, en el que se matizaba, no obstante, la cuestión de la aplicación de medidas efectivas por Estados distintos al del pabellón. Así, preveía que “los Estados *deberán* adoptar de común acuerdo, entre otras cosas, procedimientos en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado puedan subir a bordo de un buque pesquero con derecho a enarbolar el pabellón de otro Estado, inspeccionarlo y, si fuese procedente, detenerlo” (49).

El Presidente NANDAN presentó al término de la sesión un texto revisado de negociación, en el que se sentaba el objetivo de que los Estados ribereños y los que faenaran en la alta mar tenían “la obligación de cooperar para adoptar medidas compatibles para la conservación y ordenación eficaces de las poblaciones de peces transzonales” en alta mar. Tales medidas no deberían ser “menos estrictas que las establecidas, de conformidad con la Convención, en las zonas bajo jurisdicción nacional en lo

(47) Texto del Presidente de la Conferencia para la Negociación. Doc. A/CONF.164/13, de 29 de Julio de 1993. Véase CASADO. *Op. cit.*, en la nota 4, pp. 59-61.

(48) Acuerdo elaborado por un Grupo de Trabajo de la FAO en Noviembre de 1993. Véase HAYASHI. *Op. cit.*, en la nota 25, p. 40.

(49) Artículo 27 del Proyecto de Convención sobre conservación y ordenación de poblaciones de peces transzonales y de poblaciones de peces altamente migratorias en alta mar. Doc. A/CONF.164/L.44, de 28 de Marzo de 1994, p. 25.

que respecta a la misma población”. De no llegarse a un acuerdo, los Estados interesados deberían resolver sus divergencias de conformidad con los procedimientos de arreglo de controversias especialmente previstos para el caso (50).

Conforme al texto presidencial, el Estado del pabellón debería velar por que sus buques cumplieran las disposiciones aplicables sobre conservación y ordenación de los recursos vivos en la alta mar y, a tales efectos, adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias. Se preveía que los Estados deberían adoptar “procedimientos en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado puedan subir a bordo de un buque pesquero autorizado a enarbolar el pabellón de otro Estado, inspeccionar y, cuando corresponda, detenerlo”. Estas medidas se aplicarían asimismo a los buques sin nacionalidad (contra los que se podría incoar un procedimiento “con arreglo a las normas generales del Derecho Internacional”), y a los buques que ocultaran su identificación o indicaran un registro que no les correspondía (51).

El representante de la Comisión Europea se quejó de que las posturas extremistas manifestadas no sólo se apartaban del equilibrio logrado en la Convención, sino también estaban creando barreras contra los objetivos de conservación perseguidos por la Conferencia. Señaló que el documento presentado por el Presidente no contaba con el apoyo de todos los participantes, y afirmó que no existía alternativa a la cooperación para la protección efectiva de las poblaciones transzonales. Añadió, por último, que sólo se podría realizar una efectiva conservación de tales poblaciones sobre la base del concepto de “unidad biológica”, aplicable en toda la zona regulada (52).

(50) Párrafos 1, 7-d) y 8 del Texto de Negociación Revisado. Doc. A/CONF.164/13/Rev.1, de 30 de Marzo de 1994, pp. 2 y 7.

(51) Párrafos 27, 31, 33 y 34 del Texto de Negociación Revisado. *Ibid.*, pp. 14-16. Véase Moritaka HAYASHI. “The Role of the United Nations in Managing the World's Fisheries”. En “*The Peaceful Management of Transboundary Resources*”. Londres-Dordrecht-Boston, 1995, pp. 385-387.

(52) Intervención del representante de la Comisión Europea, de 31 de Marzo de 1994.

4.- IV Sesión.

Durante la IV sesión -celebrada en Nueva York del 15 al 26 de Agosto de 1994- se pusieron una vez más de manifiesto las discrepancias existentes en el ámbito formal, pues mientras los Estados ribereños de amplia fachada marítima propugnaban la adopción de un nuevo instrumento jurídico vinculante, las potencias pesqueras preferían la adopción de una declaración o un conjunto de recomendaciones, que desarrollaran las disposiciones pertinentes de la Convención. El Embajador NANDAN abandonó su neutralidad presidencial y se inclinó por la primera de estas tesis, pese a reconocer que "no había consenso en ese momento acerca de la forma que debería revestir el resultado de la Conferencia" (53).

5.- Proyecto de Acuerdo de la Presidencia.

Así, el Presidente de la Conferencia presentó al término de la sesión un "Proyecto de Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar, de 10 de Diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias". Aunque en él se afirma que nada de lo dispuesto en el Acuerdo "menoscabará las disposiciones de la Convención", y que sus disposiciones "se interpretarán y aplicarán en el contexto de las disposiciones de la Convención y de manera acorde con ella" (54), el Proyecto contiene algunas disposiciones que van más allá de la Convención ("*praeter legem*") y otras que son incluso contrarias a la misma ("*contra legem*").

Teniendo en cuenta que la Convención se limita a establecer que el Estado ribereño y los Estados que pesquen poblaciones transzonales en el área adyacente a la ZEE de aquél "*procurarán*, directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, *acor-*

(53) Declaración del Presidente NANDAN, de 26 de Agosto de 1994. *Informe sobre el cuarto período de sesiones de la Conferencia*. Doc. A/CONF.164/25, de 11 de Octubre de 1994, p. 7.

(54) Artículo 4 del Proyecto de Acuerdo. Doc. A/CONF.164/22, de 23 de Agosto de 1994, p. 4.

dar las medidas necesarias para la *conservación* de esas poblaciones en el área adyacente" (55), cabe llamar la atención sobre las siguientes disposiciones del Proyecto:

a) Los Estados ribereños y los Estados que pescan en la alta mar "*tienen la obligación* de cooperar para lograr medidas *compatibles*, con respecto a las poblaciones de peces transzonales", y "*se asegurarán* de que las medidas establecidas con respecto a la alta mar *no menoscaben la eficacia de las medidas establecidas* con respecto a la misma población o poblaciones *por los Estados ribereños, en las zonas sometidas que se encuentren bajo su jurisdicción nacional*" (56).

b) Sólo tendrán acceso a la pesquería a la que se apliquen las medidas de conservación y *ordenación* establecidas por una organización o un acuerdo subregional o regional de ordenación pesquera, aquellos *Estados que participen en la labor de esa organización o acuerdo*, o que coope- ren de algún otro modo en la aplicación de esas medidas (57).

c) Al cumplir sus obligaciones de cooperar a través de las organiza- ciones o acuerdos subregionales o regionales de ordenación pesquera, los Estados "*establecerán* mecanismos de cooperación adecuados para reali- zar actividades eficaces de observación, *control*, *vigilancia* y *ejecución*" (58).

d) El Estado del pabellón autorizará la utilización de buques que enar- bolen su pabellón para pescar en la alta mar *sólo* en los casos en que pueda ejercer eficazmente sus responsabilidades con respecto a tales buques, en virtud de lo dispuesto en el *Acuerdo* (59).

e) Entre las medidas que deberá adoptar el Estado del pabellón respec- to a sus buques, figuran las de la observación, el control y la vigilancia de tales buques y de sus operaciones pesqueras, mediante la puesta en prác- tica de planes de inspección y programas -nacional y regionalmente con-

(55) Artículo 63-2 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, p. 44.

(56) Párrafo 2-a) del artículo 7 del Proyecto. *Ibid.*, p. 7.

(57) Artículo 8-4 del Proyecto. *Ibid.*, p. 9.

(58) Artículo 10-h) del Proyecto. *Ibid.*, p. 10.

(59) Artículo 17-2 del Proyecto. *Ibid.*, p. 13.

venidos-, que permitan el acceso de inspectores y observadores de otros Estados (60).

f) En los casos en que esté en vigor un sistema regionalmente convenido de supervisión, control y vigilancia, los Estados *velarán* porque las medidas que impongan a los buques que enarbolan su pabellón *sean compatibles con ese sistema* (61).

g) El Estado del pabellón entablará sin demora una acción contra un buque que enarbole su pabellón y, cuando corresponda, procederá a detenerlo, cuando existan pruebas suficientes de que el buque en cuestión haya infringido las medidas, normas o reglamentos convenidos en los planos subregional o regional para la conservación y *ordenación* de las poblaciones transzonales (62).

h) El Estado del pabellón *cooperará* con los Estados ribereños correspondientes para la formulación de procedimientos regionalmente convenidos, *para la realización de actividades de supervisión, control, ejecución y vigilancia con respecto a la pesca* (63).

i) Los Estados convendrán en procedimientos en virtud de los cuales *las autoridades pertinentes de un Estado puedan abordar un buque pesquero, que enarbole el pabellón de otro Estado, e inspeccionarlo, arrestarlo y detenerlo* (64).

j) En los casos en que un buque pesquero oculte su identidad o indique un registro que no le corresponda, y haya motivos suficientes para sospechar que ha menoscabado la eficacia de las medidas subregionales o regionales de conservación y *ordenación*, los Estados podrán *abordar el buque, inspeccionarlo y entablar una acción contra él* (65).

k) El Estado del puerto *podrá inspeccionar* los documentos, *los aparejos de pesca y la captura que se encuentren a bordo de los buques pesqueros*, cuando dichos buques se encuentren voluntariamente en sus puer-

tos y en las terminales frente a la costa, y *podrá negar el acceso de los citados buques a esas instalaciones* (66).

l) En los casos en que, *tras un abordaje* o una inspección por el Estado del puerto, haya motivos razonables para creer que un buque ha contravenido o menoscabado las medidas subregionales o regionales de conservación y *ordenación*, o ha pescado en la alta mar sin licencia, el Estado del puerto informará al del pabellón y le pedirá que se haga cargo del buque a los efectos de exigir el cumplimiento de las medidas. Cuando el Estado del pabellón no esté en condiciones de hacerse cargo de inmediato del buque, los oficiales del Estado del puerto *podrán proseguir el abordaje* hasta que el Estado del pabellón se haya hecho cargo del buque (67).

m) Un Estado que no coopere con una organización o acuerdo subregional o regional de ordenación pesquera *no autorizará* a los buques que enarbolan su pabellón, a operar en las pesquerías que estén sujetas a las medidas de conservación y *ordenación* establecidas por esa organización o ese acuerdo (68).

n) Los Estados que sean miembros de una organización o acuerdo subregional *adoptarán medidas, compatibles con el Acuerdo* y con el derecho internacional, *para disuadir* a los buques que enarbolan el pabellón de Estados no miembros, a que realicen actividades pesqueras que menoscaben la eficacia de las medidas de conservación y *ordenación* subregionales o regionales (69).

ñ) Los Estados Partes en el Acuerdo *tomarán medidas, compatibles con el mismo* y con el derecho internacional, *para disuadir* a los buques que enarbolan el pabellón de Estados no Partes, a que realicen actividades pesqueras que menoscaben la *aplicación eficaz del Acuerdo* (70).

o) El Acuerdo *no alterará los derechos ni las obligaciones* que se deriven para los Estados Partes de otras convenciones y acuerdos *compatibles con el Acuerdo*, y que no afecten al goce por los demás Estados Partes de

(60) Párrafo 3-g) del artículo 17 del Proyecto. *Ibid.*, p. 14.

(61) Artículo 17-4 del Proyecto. *Ibid.*, p. 15.

(62) Párrafo 1-e) del artículo 18 del Proyecto. *Ibid.*, p. 15.

(63) Artículo 20-1 del Proyecto. *Ibid.*, p. 16.

(64) Artículo 20-2 del Proyecto. *Ibid.*, p. 17.

(65) Artículo 20-4 del Proyecto. *Ibid.*, p. 17.

(66) Artículo 21-2 del Proyecto. *Ibid.*, p. 17.

(67) Artículo 21-3 del Proyecto. *Ibid.*, p. 18.

(68) Artículo 32-2 del Proyecto. *Ibid.*, p. 22.

(69) Artículo 32-2 del Proyecto. *Ibid.*, p. 22-23.

(70) Artículo 34 del Proyecto. *Ibid.*, p. 23.

sus derechos, ni al cumplimiento de las obligaciones que les imponga el mismo (71).

La Conferencia señaló la conveniencia de celebrar dos nuevos períodos de sesiones en Marzo-Abril y Julio-Agosto de 1995 (72), y la Asamblea General accedió a ello, si bien instó a la Conferencia a que concluyera sus labores antes del 50º período de sesiones de la Asamblea (73).

V.- TEORIA Y PRACTICA DEL "MAR PRESENCIAL"

De forma paralela al intento de los Estados de amplia fachada marítima de extender su jurisdicción más allá de sus ZEE, se ha gestado en Chile la tesis del "mar presencial", como soporte jurídico para amparar y justificar semejante pretensión. Esta tesis ha pasado, no obstante, del ámbito doctrinal al de la práctica estatal, al ser recogida -explícita o implícitamente- en las legislaciones de Chile y de Argentina.

1.- Teoría del "Mar Presencial".

El padre de la criatura ha sido el, a la sazón, Comandante en Jefe de la Armada de Chile, Almirante Jorge MARTINEZ BUSCH, quien expuso la tesis del "mar presencial" el 4 de Mayo de 1990, en una conferencia pronunciada en Viña del Mar. El citado concepto "incide en la necesidad de estar en esta alta mar, observando y participando en las mismas actividades que en ella desarrollan otros Estados y que, actuando dentro del *status* jurídico de la alta mar establecido por la Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, constituyan para el Estado de Chile una forma de cautelar los intereses nacionales y de contrarrestar amenazas directas o indirectas a su desarrollo y, por lo tanto, a su seguridad". Dicho concepto -añadía el Almirante chileno- "no significa el desconocimiento de la alta mar como tal, sino que reconoce una continuidad espacial entre

(71) Artículo 43 del Proyecto. *Ibid.*, p. 26.

(72) Informe del cuarto período de sesiones de la Conferencia. *Doc. cit.*, en la nota 53, pp. 6-7.

(73) Párrafos 2 y 4 del proyecto de resolución presentado por Fiji. *Doc. A/AC.49/L.5*, de 27 de Octubre de 1994, adoptado por la Asamblea General.

el territorio continental y antártico y la isla de Pascua, derivada de la necesidad de ejercer acciones que resguarden nuestra soberanía y, mediante éstas, dar seguridad a la zona económica exclusiva y al mar territorial" (74).

MARTINEZ BUSCH señalaba la necesidad de "generar una relación de uso económico del mar presencial", que encierre la idea de una explotación racional de los recursos, evitando su depredación y la ruptura del equilibrio natural del ámbito que se explota. Reivindicaba la necesidad de establecer mecanismos de control y de fiscalización de las actividades pesqueras, a través de acuerdos internacionales, de alcance universal o regional, con la finalidad de establecer un régimen de administración de los recursos, conservando las especies y protegiendo el medio ambiente. El Almirante chileno daba la siguiente definición del mar presencial:

"Aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo de Arica (Hito nº 1) hasta el Polo Sur" (75).

Tom CLINGAN ha calificado de *enorme* el mar presencial, ya que cubre unos 19.967.337 kilómetros cuadrados -según los cálculos de Jane DALTON (76)-, y observado que constituye la mayor zona de influencia o hegemonía existente (77) (desde la bula "*Inter Caetera*" de Alejandro VI, añadiría yo).

La tesis del mar presencial constituye -en opinión de DUVAUCHE-

(74) MARTINEZ BUSCH, Jorge. "Ocupación efectiva de nuestro mar: Tarea de esta generación". *Revista de Marina de Chile* 90 (3), 1990.

(75) MARTINEZ BUSCH, Jorge. "El mar presencial: Actualidad, desafíos y futuro". *Mes del Mar*. Viña del Mar, 1991, pp. 12-13 y 40. Asimismo en *Revista de Marina de Chile* 91 (3), 1991, p. 231.

(76) G. DALTON, Jane. "The Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?". *The International Journal of Marine and Coastal Law* 8 (3), 1993, p. 397.

(77) A. CLINGAN, Thomas. "Mar Presencial (The Presencial Sea): *Dejà Vu* All Over Again?. A Response to Francisco Orrego Vicuña". *Ocean Development and International Law* 24 (1), 1993, p. 94.

LLE- una respuesta a los problemas generados a los Estados ribereños "tanto con el manejo y extracción de poblaciones pesqueras ubicadas a horcajadas de sus ZEE o que se desplazan -según sea la época del año- desde la alta mar a dichas zonas y viceversa, como con el resguardo de los ecosistemas marinos y el uso y conservación de tales riquezas". Esta tesis supone el "establecimiento de una nueva institución de Derecho Internacional Marítimo", destinada a subsanar las insuficiencias de la Convención (especialmente sus artículos 63-2, 89 y 118). Fue planteada jurídicamente ante la falta de claridad de la Convención, lo que ha exigido complementarla "a fin de hacer efectivamente aplicables sus disposiciones" (78).

Según MARTINEZ BUSCH, sólo las grandes potencias marítimas disponen de la capacidad tecnológica adecuada para explotar los recursos de la alta mar y serán, en consecuencia, las únicas en condiciones de influir en la aplicación de las normas reguladoras previstas en la Convención. Existe, por tanto, el peligro de que, una vez entrada en vigor la Convención, el vacío de poder que cree sea rápidamente colmado por las grandes potencias marítimas. Si Chile quiere mantener su lugar en un futuro orden internacional, habrá de actuar -y actuar *ahora*- para colmar el vacío de poder que se cree en el Pacífico Sudeste. Deberá asumir una función activa en la regulación y explotación de las pesquerías, la investigación científica y la explotación de los recursos minerales de la alta mar. El mar presencial es -en opinión DALTON- el medio que permitirá a Chile lograr estos objetivos (79).

En el mar presencial existe un "germen de soberanía", que MARTINEZ BUSCH denomina "soberanía de subsistencia" (80). Es este

(78) DUVAUCHELLE RODRIGUEZ, Mario. "La propuesta del Mar Presencial, su vinculación con la Convención del Mar, sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados en el mundo académico". *Comunicación al XVIII Congreso del IHLADI de Viña del Mar*, 1994. El texto figura en el presente Anuario, pp. 187 y ss.

(79) DALTON, *Op. cit.*, en la nota 76, p. 400.

(80) MARTINEZ BUSCH, Jorge. "Oceanopolítica: Una alternativa para el desarrollo". Santiago de Chile, 1993. *Ibid.* "El Mar Presencial: Un nuevo concepto unificador del Derecho Internacional del Mar". *Revista de Derecho* n° 192, Julio-Diciembre, 1992; "Naturaleza conceptual del Mar Presencial: Hipótesis y perspectivas". Conferencia pronunciada el 8 de Septiembre de 1992 en la Universidad de Santiago de Chile.

"embrión de soberanía", proporcionado por el artículo 117 de la Convención -que impone a los Estados el "deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de la alta mar. O de cooperar con otros Estados en su adopción"- el que, en opinión de DUVAUCHELLE, faculta a los Estados que tienen la calidad de ribereños a "instar el establecimiento de regulaciones destinadas a la conservación y *captura* de las especies vivas que se desplazan entre la alta mar y sus ZEE" (81). VERGARA y THAUBY señalan, por su parte, que es objetivo permanente de Chile ejercer soberanía en todas las áreas de jurisdicción marítima "de conformidad con el derecho internacional". El mar presencial no está en contradicción con el Derecho Internacional, pues lo que Chile pretende en esa zona no es más que "estar y mirar" (82).

DALTON define el mar presencial como una especie de *zona contigua* a la ZEE, en la que el Estado ribereño impedirá que se violen sus intereses pesqueros, investigadores y de explotación de los recursos en su ZEE (83). El mar presencial implica -para ORREGO- la participación activa del Estado ribereño en las actividades que se lleven a cabo en las zonas de alta mar que le son de *especial interés*, "no para excluir a nadie, sino para asegurarse de que el *interés* de ese Estado esté debidamente presente". Se trata principalmente de "asegurar una presencia económica competitiva" (84).

El concepto no supone el reconocimiento de derechos soberanos para el Estado ribereño, ni el trazado de nuevas fronteras marítimas en sentido jurídico. No implica que el Estado ribereño interfiera en las actividades que en la zona realicen terceros Estados, sino que simplemente le permite ejercer sus propios derechos en dicha zona. Alienta al Estado ribereño a realizar actividades en alta mar para promover su desarrollo económico,

(81) DUVAUCHELLE. *Op. cit.*, en la nota 78, p. 192.

(82) A. VERGARA VILLALOBOS, Miguel/THAUBY GARCIA, Fernando. "El factor naval en la proyección de Chile en el Océano Pacífico". *Revista de Marina de Chile* 90 (6), 1990, p. 568.

(83) DALTON, *Op. cit.*, en la nota 76, p. 415.

(84) ORREGO VICUÑA, Francisco. "De Vitoria a las nuevas políticas de conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar". En "*La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América: del pasado al futuro*". Salamanca, 1993, p. 152.

e impide que las actividades que otros Estados realicen en la zona, perjudiquen directa o indirectamente dicho desarrollo (85).

El mar presencial se explica -según el profesor chileno- a la luz de la evolución producida últimamente en el Derecho del Mar. Corresponde al "interés especial" del Estado ribereño en los espacios marítimos adyacentes a su ZEE, sin que involucre reclamaciones de orden jurisdiccional (86).

2.- El mar presencial en la legislación chilena.

Según el Código Civil chileno de 1855 -inspirado por el gran jurista Andrés BELLO-, "las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres -como la alta mar- no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. Su uso y goce son determinads entre individuos de una nación por sus leyes y, entre distintas naciones, por el Derecho Internacional" (87).

En Agosto de 1991, Chile modificó su Ley General de Pesca y Acuicultura, de 22 de Diciembre de 1989, para incorporar a ella la noción del mar presencial, que -siguiendo la formulación del Almirante MARTINEZ BUSCH- define como "aquella parte de la alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la isla de Pascua, se prolonga, desde el paralelo del Hito N° 1 de la línea fronteriza internacional que separa Chile de Perú, hasta el Polo Sur" (88). Su mentor, MARTINEZ BUSCH, obser-

(85) ORREGO VICUÑA, Francisco. "Towards an Effective Management of High Sea Fisheries and the Settlement of the Pending Issues of the Law of the Sea". *Ocean Development and International Law* 24 (1), 1993, p. 88.

(86) ORREGO VICUÑA, Francisco. "The 'Presential Sea': Defining under International Law Coastal State's Special Interests in High Seas Fisheries and Other Activities Therein". *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1993.

(87) Artículo 585 del Código Civil, de 14 de Diciembre de 1855. Santiago, 1975, p. 138. Véase Francisco GARCIA AMADOR. "América Latina y el Derecho del Mar". Santiago de Chile, 1976.

(88) Artículo 3-25 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, de 28 de Agosto de 1991. *Diario oficial de la República de Chile*, 21 de Enero de 1992.

vaba que el mar presencial era un mero reconocimiento de la "naturaleza tricontinental de Chile" y de su necesidad de actuar para proteger sus *intereses* en tal área (89). Como ha señalado ORREGO, el mar presencial ha sido definido, desde el punto de vista geográfico, en relación al cuadrángulo del Pacífico Sud-Oriental de *interés especial* para Chile, pero se trata de una situación que "naturalmente variará en relación a cada caso y en función de las diferentes realidades geográficas" (90).

La Ley no vuelve a hacer mención del mar presencial, ni contiene especificación alguna de derechos que pudieran reivindicarse en dicha zona, pero en su artículo 1 se establece que quedarán sometidas a sus disposiciones la preservación de los recursos biológicos y toda actividad pesquera extractiva de acuicultura, de investigación y deportiva, que se realice en las aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o ZEE de la República, y "en áreas adyacentes a esta última sobre las que exista o pueda llegar a existir jurisdicción nacional de acuerdo con las leyes y tratados internacionales" (91).

Un mes más tarde Chile adoptó otra ley por la que se facultaba al Gobierno chileno a "establecer normas de conservación y manejo sobre aquellas poblaciones comunes o especies asociadas existentes en la zona económica, y a regular el desembarque de capturas o productos derivados de éstas, cuando éstas se hayan obtenido contraviniendo dichas normas". La Ley permitía a las autoridades chilenas "prohibir el desembarque, abastecimiento y cualquier tipo de servicios directos o indirectos a embarcaciones en puertos de la República y en toda la zona económica exclusiva y mar territorial, cuando existan antecedentes que hagan presumir fundamentalmente que la actividad pesquera extractiva que realicen esas naves, *afecta los recursos pesqueros o su explotación por naves nacionales en la zona económica exclusiva*" (92).

Como observa PASTOR, los pesqueros extranjeros de países distantes corren el riesgo de que no se les autorice el desembarque de sus capturas

(89) MARTINEZ BUSCH. *Op. cit.*, en la nota 75, p. 232.

(90) ORREGO, *Op. cit.*, en la nota 84, p. 152.

(91) REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, p. 5.

(92) Artículo 124 de la Ley n° 19.080, de 6 de Septiembre de 1991. *Boletín Oficial de la República de Chile*, 6 de Septiembre de 1991.

en puertos chilenos o, incluso, la escala técnica en los mismos. Por tanto, aunque dichas sanciones no sean en sí mismas contrarias al Derecho Internacional -ya que el Estado ribereño es libre de autorizar o no el acceso a sus puertos de buques extranjeros-, cabía, sin embargo, destacar el carácter riguroso de estas medidas en el terreno de los hechos, "dada la lejanía de las aguas en cuestión, y la verosímil necesidad de los buques que faenan en ella de servirse de los servicios de los puertos chilenos". El temor a estas sanciones -concluía el profesor de Madrid- "puede disuadir a los pesqueros extranjeros del incumplimiento de las normas chilenas sobre conservación de los recursos vivos del mar" (93).

Estas disposiciones han sido confirmadas por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente n° 19.300, en la que se estipuló que -para desarrollar los pertinentes programas de medición y control de la contaminación- los organismos competentes deberían compilar los antecedentes del mar presencial en Chile (94).

Algunos Gobiernos europeos -como España, Francia y Bélgica- y la CE han protestado por la extensión de la jurisdicción de Chile más allá de su ZEE que conlleva la teoría del mar presencial, alegando que dicho concepto -amén de no tener sustento alguno en la Convención- pone en peligro el régimen jurídico aplicable a los espacios oceánicos (95).

ORREGO ha señalado que, tras la adopción de la Ley de 1991, el concepto del mar presencial ha adquirido "*status*" jurídico en Chile, y se ha convertido en objetivo de la política oficial de su Gobierno (96). DALTON ha expresado la esperanza de que las autoridades de Chile no apliquen las medidas que la nueva legislación le autorizan de forma discriminatoria entre pesqueros chilenos y extranjeros, y afirmado que, en tanto que la aplicación de tales medidas se mantengan dentro del ámbito permitido por la Convención, sus actividades en el mar presencial no supondrían una amenaza al régimen de la misma (97). CLINGAN, por su parte,

(93) PASTOR. *Op. cit.*, en la nota 1, pp. 525-526.

(94) DUVAUCHELLE. *Op. cit.*, en la nota 78.

(95) KWIATOWSKA, Bárbara. "The High Seas Fisheries Regime: at a Point of No Return?". *The International Journal of Maritime and Coastal Law* 8 (3), 1993, p. 341.

(96) ORREGO, *Op. cit.*, en la nota 85, p. 88.

(97) DALTON, *Op. cit.*, en la nota 76, pp. 406-407.

confía en que Chile se haya limitado a hacer una declaración nacional de aspiraciones en una zona internacional, ya que la participación de los Estados ribereños en la resolución de problemas regionales "puede y debe hacerse de forma cooperadora, al amparo de un régimen internacional acordado" (98).

3.- El mar presencial en la legislación argentina.

Aunque Argentina no ha incorporado a su normativa el concepto de mar presencial, ha actuado de forma paralela y sincronizada con su vecino austral. Por extraña coincidencia, también en 1991 actualizó Argentina su legislación sobre los distintos espacios marítimos, so pretexto de fijar las líneas de base a partir de las cuales se mide la extensión de dichos espacios. Aprovechando que el Río de la Plata pasa por Buenos Aires, la nueva Ley preveía que "las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán más allá de las 200 millas marinas, sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquéllas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina" (99).

Esta disposición se complementó ese mismo año con un proyecto de Ley en el que -a la par que se declaraba el dominio y jurisdicción exclusiva de la Nación sobre los recursos vivos existentes en las aguas de la ZEE y en la plataforma continental argentina-, se establecía lo siguiente:

"La jurisdicción nacional se extiende más allá del límite exterior de la Zona Económica Exclusiva sobre los recursos migratorios o que pertenezcan a una misma población o a poblaciones de especies asociadas a la Zona Económica Exclusiva argentina".

El proyecto preveía asimismo la regulación por parte de las autoridades argentinas de la pesca en la zona adyacente a la ZEE argentina, en relación con los citados recursos (100).

(98) CLINGAN, *Op. cit.*, en la nota 77, p. 96.

(99) Artículo 5 de la Ley n° 23.968, de 14 de Agosto de 1991, sobre líneas de base para medición de los espacios marítimos. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 5 de Diciembre de 1991.

(100) Artículos 5 y 6-e) del Proyecto de Ley sobre Régimen Nacional de Pesca. Cámara de Diputados Argentina. Trámite parlamentario n° 162, de 20 de Diciembre de 1991, p. 4.590.

El Decreto 2232/91 prevé la concesión por parte de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de -entre otros- permisos de gran altura, que autoricen a operar sobre el talud continental, fuera de la ZEE o en alta mar, y -con la oportuna licencia- en aguas de terceros Estados; asimismo establece la obligatoriedad de desembarcar las capturas en puertos argentinos o en zonas habilitadas (101).

REY CARO ha intentado justificar la extensión de la aplicación de la legislación nacional sobre conservación de los recursos más allá del límite de las 200 millas al afirmar -sin excesiva convicción- que "*podría encontrar sustento en lo que disponen los arts. 63 y 64 de la CNUDM, aunque consideramos que los derechos reconocidos a los Estados costeros en estas hipótesis son más reducidos y condicionados*" (102). Y en este mismo volumen, el querido colega cordobés destaca, con cierto tono de excusa, que las "normas nacionales sobre conservación de los recursos" a las que alude la Ley n° 23.968 no han sido dictadas aún, por lo que "la citada revisión legal carece de efectos prácticos y el proyecto de ley de pesca no ha completado el trámite legislativo" (103).

Es, sin embargo, una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los países de pesca a distante, pues en cualquier momento el Gobierno argentino puede promulgar el proyecto de Ley anteriormente citado, con lo que sería automáticamente de aplicación en la alta mar las disposiciones de la legislación argentina. Como señala PASTOR, se trata de "un acto unilateral que extiende la aplicación de disposiciones nacionales en materia de pesca a áreas que indudablemente forman parte del alta mar" (104).

(101) Decreto 2236/91, de 24 de Octubre de 1991. *Boletín Oficial de la República Argentina*, de 30 de Octubre de 1991. Véase Frida ARMAS PFIRTER. "El Derecho Internacional de Pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata". Buenos Aires, 1994, p. 251.

(102) REY CARO, Ernesto. "Los espacios marítimos argentinos en la Ley 23.968". *Anuario Argentino de Derecho Internacional* vol. IV, 1990-1991, p. 239.

(103) REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, p. 6.

(104) PASTOR, *Op. cit.*, en la nota 1, p. 524.

4.- Juicio crítico.

Los partidarios de la tesis juran y perjuran que el mar presencial no lleva aparejada una extensión de los derechos soberanos del Estado ribereño sobre los recursos vivos de la alta mar. Así, ORREGO ha afirmado que, desde la firma de la Convención, han aparecido nuevos e importantes problemas en relación con la conservación y utilización de los recursos del mar, que no fueron previstos del todo en la misma, o lo fueron sólo en términos muy generales, "dando así origen a la búsqueda de soluciones apropiadas, que bien podrían llevar a la adaptación o perfeccionamiento de las normas contenidas en esa Convención". Situaciones de esta naturaleza son, por ejemplo, las que se plantean con respecto al desarrollo de la pesca en alta mar. Observa ORREGO que, "en algunas ocasiones, esta búsqueda de nuevas soluciones jurídicas se ha interpretado como un nuevo esfuerzo destinado a ampliar la jurisdicción nacional en un sentido espacial". Pero, en general, no es éste el propósito de tales iniciativas, "*excepto quizás en casos aislados*". Su fundamento radica en que, debido a que los océanos constituyen un ecosistema integrado, la intensa interacción existente entre la alta mar y las zonas que se encuentran bajo la jurisdicción nacional determina que "los Estados ribereños comienzan a expresar *interés* en las actividades que se llevan a cabo en la alta mar". Se trata, en todo caso, de "*formas de jurisdicción funcional*, muchas de las cuales ya han sido reconocidas por el derecho internacional y la práctica estatal, a la luz de las exigencias de una política ambiental sostenida y de la necesidad de tomar en cuenta todos los intereses involucrados" (105).

Estas tendencias -ha señalado REY CARO- indican la posibilidad de que los Estados ribereños puedan ejercer competencias o facultades para prevenir acciones que consideren lesivas a sus intereses en una zona adyacente a sus ZEE, en materia de conservación y administración de los recursos naturales (106). Ello ha llevado a Frida ARMAS a preguntarse si

(105) ORREGO. *Op. cit.*, en la nota 84, pp. 144-145. Véanse Bárbara KWIA-TOWSKA. "Creeping Jurisdiction Beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Convention Law of the Sea Convention and State Practice". *Ocean Development and International Law* 22 (2), 1991, pp. 153-187; Daniel BARDONNET. "Frontières terrestres et frontières maritimes". *Annuaire Français de Droit International* vol. 35, 1989; L. JUDA/R.H. BURROUGHS. "The Prospects for Comprehensive Ocean Management". *Marine Policy* vol. 14, 1990, pp. 23-35.

(106) REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, p. 6.

sólo se trata de avances que ponen de manifiesto la necesidad de una más exigente cooperación internacional para la conservación de los recursos vivos de la alta mar, o se estaría gestando una nueva zona marítima, en la que el Estado ribereño pretendiera el ejercicio de cierta jurisdicción (107). Tullio TREVES, a su vez, estima que el concepto de mar presencial puede ser interpretado como un punto de partida de una nueva expansión de las pretensiones de los Estados ribereños en la alta mar (108).

El concepto del mar presencial -ha repetido incansablemente ORREGO- no tiene un contenido jurisdiccional, mas el subconsciente traiciona al colega chileno cuando afirma que "podría tener eventualmente implicaciones jurisdiccionales, si no existieran mecanismos internacionales de cooperación o éstos no fueran efectivos", en cuyo caso el Estado ribereño se vería obligado a establecer medidas de conservación en áreas de la alta mar, en ausencia de una autoridad reguladora y en tanto no se llega a una solución mediante la negociación entre los Estados interesados en la pesca en dichas áreas (109).

El citado concepto -añade el profesor chileno-, aún cuando es plenamente conforme con el Derecho Internacional vigente en la actualidad, abre nuevas fronteras a su desarrollo a la luz de las realidades cambiantes en la administración de los recursos marinos. Cabe, por tanto esperar que se produzcan, en un futuro inmediato, cambios en el régimen jurídico de la pesca en la alta mar, y que el concepto del mar presencial acabe por convertirse en norma consuetudinaria; el Estado ribereño actúa en nombre de la comunidad internacional, cuando ésta no garantiza la adecuada conservación de los recursos de la alta mar (110).

La tesis es, sin duda, ocurrente y atractiva. La música suena bien, mas la letra es otro cantar. Con su proverbial ingenio y erudición, ORREGO hace un guiño de complicidad a la Escuela de Salamanca de Derecho Internacional al afirmar lo siguiente:

(107) ARMAS PFIRTER, Frida. "Más allá de la Zona Económica Exclusiva". *Communitas* n° 2. Diciembre de 1992, p. 111. Véase de esta autora *op. cit.*, en la nota 101, pp. 123-125.

(108) TREVES. *Op. cit.*, en la nota 22, p. 235.

(109) ORREGO, *Op. cit.*, en la nota 85, p. 88. Véase CLINGAN. *Op. cit.*, en la nota 77, p. 95.

(110) *Ibid.*, pp. 88-89.

"La España del siglo XV tenía el poder para haber clausurado muchos mares y océanos en función de su interés, pero la clarividencia del pensamiento de Vitoria consagró en vez la libertad de navegación, que se mantiene incólume hasta hoy día. La España del Siglo XXI, en conjunto con la Comunidad Económica Europea y otras naciones industrializadas, tendría el poder para oponerse a un ordenamiento de la pesca y de los recursos marinos, que hoy exige su desarrollo sostenible en el tiempo y su compatibilidad con las necesidades del medio ambiente, pero ello no estaría acorde con esa tradición vitoriana. La conveniencia de largo plazo de la comunidad internacional, hoy como ayer, debe prevalecer sobre lo que en apariencia sería el interés nacional de naciones individuales" (111).

Pues no, querido Paco. A tu ilustre tocayo se le pueden atribuir muchas cosas en el ámbito del Derecho Internacional -incluida la patente de su invención-, pero no la paternidad (en este caso la "abuelidad") de la tesis del mar presencial. El deseado equilibrio entre los derechos, intereses y deberes de los Estados de pesca habitual y de los Estados ribereños ni siquiera se ha logrado en la Convención, que ha ignorado -no ya los derechos históricos, adquiridos o establecidos de aquéllos, en los ámbitos consuetudinario y convencional-, sino incluso sus genuinos e innegables intereses. Y ahora, al amparo de habilidosas teorías -como la del mar presencial, en el caso de Chile-, o "*quo nominor leo*" -como en el caso de Canadá-, se está pretendiendo negarle a los Estados de pesca habitual el pan, la sal y los peces, excluyéndolos incluso de los pocos bancos pesqueros que aún quedan en la alta mar. No basta con que se haya pasado de la alta mar como *res nullius* a su consideración como *res communis*. Con una frivolidad no exenta de demagogia y bajo el sagrado manto de la protección de la necesidad de desarrollo económico de los países en vías de desarrollo (como Canadá, Noruega, Islandia, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Argentina o Chile), se pretende "*hic et nunc*" convertirla en *res singularis* de los Estados ribereños.

Como he tenido oportunidad de afirmar recientemente ante la ONU -entre serio y en broma-, las naciones de pesca a distancia son una más de las especies en vías de extinción, y deberían, por consiguiente, ser califi-

(111) ORREGO, *Op. cit.*, en la nota 84, p. 153.

cadadas de *especies protegidas*, como la ballena azul o los bebés de focas peleteras (112). Lo malo del caso es que aún no hemos conseguido encontrar nuestra Brigitte BARDOT.

VI.- EXTENSION UNILATERAL DE LA JURISDICCION DE CANADA HACIA LA ALTA MAR

Como hemos expuesto en la sección I del presente estudio, Canadá -que ha sido, junto con Argentina, el principal campeón de la extensión de la jurisdicción del Estado ribereño allende el límite exterior de su ZEE- no encajó deportivamente su fracaso, al ver rechazada por la Conferencia la propuesta de los países de amplia fachada marítima relativa a las poblaciones transzonales. Aún no se había secado la tinta de la firma de la Convención -pese al calor tropical de Montego-Bay-, cuando las autoridades canadienses iniciaron sus maniobras para conseguir su objetivo por otros medios.

Tales medios han sido internacionales y nacionales. Entre los primeros destaca la celebración, a instancias suyas, de la Conferencia de las NU sobre las poblaciones transzonales y altamente migratoria, aún pendiente de finalizar. En ella Canadá -de consuno con otros países afines- ha reiterado sus tesis expansionistas.

1.- Modificaciones de la "Coastal Fisheries Protection Act".

El recurso a la vía internacional no ha bastado al Gobierno canadiense y, en Mayo de 1994 -mientras se estaba celebrando la Conferencia por él solicitada para resolver el supuesto problema de la pesca en alta mar- decidió modificar su "Coastal Fisheries Protection Act". El objetivo de las enmiendas se explicaba de la siguiente manera:

"El texto modifica la "Coastal Fisheries Protection Act" a fin de prohibir a cierto tipo de buques extranjeros que pesquen poblacio-

(112) Intervención ante el Congreso de NU sobre derecho Internacional Público, de 14 de Marzo de 1995, en el debate acerca de la ponencia de Profesor Achol DENG, sobre "La gestión pacífica de los recursos naturales transfronterizos". Nueva York, 13-17 de Marzo de 1995.

nes de peces transzonales en la zona sujeta a la reglamentación de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO), en infracción de ciertas medidas de conservación y de administración...

El texto incluye asimismo disposiciones que autorizan al Gobernador en Consejo a adoptar disposiciones sobre los buques pesqueros extranjeros y a las poblaciones transzonales a los que se aplicarán la prohibición, y las medidas de conservación y administración que deberán observar los buques en cuestión..." (113).

La Ley canadiense enmendada contiene las siguientes disposiciones, que suponen una violación del derecho Internacional vigente en materia de pesquerías en la alta mar (114):

a) Es imperioso que todos los buques de pesca se ajusten en la zona sujeta a la reglamentación de la NAFO [*que se encuentra en alta mar*] a las medidas de conservación y administración racionales de las poblaciones transzonales (115).

b) Nadie que se encuentre a bordo de un buque de pesca extranjero de los prescritos podrá pescar poblaciones transzonales en la zona NAFO, en contravención con las medidas de conservación y administración estipuladas (116).

c) Se establece la manera y la medida en que los funcionarios canadienses podrán recurrir a la fuerza contra buques de pesca extranjeros en

(113) Nota explicativa de la Ley C-8, de 12 de Mayo de 1994, sobre modificación de la Ley de Protección de las Pesquerías Costeras. Cámara de Comunes de Canadá. Doc. 7292, de 9 de Mayo de 1994.

(114) Aparte de las normas consuetudinarias, que reconocen la libertad de pesca en la alta mar, existen los Convenios de Ginebra, de 29 de Abril de 1958, sobre la Alta Mar, y sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, en los que España es Parte (Canadá es sólo signataria de dichos Convenios). Está asimismo en vigor para Canadá y España (a través de su pertenencia a la CE) el Convenio de Ottawa, de 24 de Octubre de 1978, sobre la Cooperación Multilateral Futura en las Pesquerías del Atlántico Noroccidental. Finalmente, está también en vigor la Convención de Montego-Bay, de 10 de Diciembre de 1982, de la que tanto España como Canadá son signatarios.

(115) Adición de un párrafo 5-1 a la "Coastal Fisheries Protection Act", de 12 de Mayo de 1994. En *Boletín del Derecho del Mar* nº 28. Octubre, 1994, pp. 11-12.

(116) Adición de un párrafo 5-2. *Ibid.*, p. 12.

la zona NAFO, así como las modalidades que pueden utilizarse en los procedimientos penales incoados contra tales buques (117).

d) Se autoriza a los funcionarios canadienses a visitar, inspeccionar y registrar cualquier buque de pesca (y su cargamento), que se encuentre en la zona NAFO. Dichos funcionarios podrán realizar estas actividades sin necesidad de una orden expresa a tales efectos (118).

e) Se autoriza a los funcionarios canadienses a utilizar la fuerza para neutralizar la actividad de un buque de pesca extranjero, y a detener al patrón u otro miembro de la tripulación (119).

f) Las personas que infrinjan las órdenes de prohibición de pesca serán considerados culpables de un delito y responsables en tal carácter (120).

g) Se incluye la presunción de que todo acto u omisión que se considere delito conforme a las leyes canadienses, cometido en la zona NAFO, se considerará perpetrado en Canadá. Esta presunción operará incluso cuando el buque sea detenido fuera de la citada zona, tras la correspondiente persecución iniciada en la misma (121).

h) Los jueces de cualquier circunscripción territorial canadiense tendrán jurisdicción para autorizar la detención, visita, registro, investigación o incautación de un buque extranjero, como si el delito hubiese sido cometido en su circunscripción. La acción judicial contra dicho buque podrá iniciarse en cualquier circunscripción territorial de Canadá (122).

Unos días después, el Gobierno canadiense adoptó un reglamento de aplicación de la Ley por la que calificaba como buques "prescritos" a los que carecieran de pabellón y a los que utilizaran pabellón de complacencia (123). En una explicación sobre la modificación de la Ley, el Director General de Pesca de Canadá APPLEBAUM señaló que los Estados miembros de la CE -que es parte en el Convenio NAFO en nombre de

dichos Estados- estaban cumpliendo las disposiciones de la NAFO y limitando sus capturas, pero que había 34 pesqueros de países no miembros de la Organización -por lo general con pabellones de complacencia de Honduras, Panamá, Belize y Sierra Leona- que estaban depredando los recursos de la zona NAFO (124).

2.- Reserva a la jurisdicción obligatoria del TIJ.

Un par de días antes de que enmendara su ley pesquera, Canadá presentó una reserva a su aceptación de la jurisdicción obligatoria del TIJ, exceptuando de su ámbito -entre otras- "las controversias derivadas de las medidas de conservación y administración adoptadas por Canadá con respecto a los buques que pescan en la zona sujeta a la reglamentación de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental (NAFO), tal como está definida en la Convención sobre la Cooperación Multilateral Futura en las Pesquerías del Atlántico Noroccidental, de 1978, o vinculadas con esas medidas, así como la aplicación de tales medidas" (125). Ello era una prueba palpable de que no estaba tan segura de lo bien fundado en derecho de su decisión (126).

En el mes de Junio, la CE presentó a Canadá una nota de protesta por la modificación de su ley pesquera, y de reserva de derechos, en la que se dejaba constancia de lo siguiente:

a) La ley y los reglamentos que la desarrollaban conferían a las autoridades canadienses poderes de intervención sobre buques extranjeros que desarrollaran sus actividades pesquera en la alta mar, y ello constituía un acto unilateral inaceptable, pues ningún Estado podía someter válidamente a su soberanía una parte de la alta mar.

(117) Apartados b.4 y b.5 del artículo 5. *Ibid.*, p. 12.

(118) Apartados a) y b), y párrafo 2 del artículo 7. *Ibid.*, pp. 12-13.

(119) Artículo 8-1. *Ibid.*, p. 13.

(120) Artículo 18-1. *Ibid.*, p. 13.

(121) Adición de un artículo 18-1. *Ibid.*, pp. 13-14.

(122) Nuevos párrafos 2 y 3 del artículo 18. *Ibid.*, p. 14.

(123) Reglamento de 25 de Mayo de 1994.

(124) APPLEBAUM, Bob. "The UN Conference on Straddling Stocks and Highly Migratory Stocks. Where Canada is coming from". En *COLP's Seminar on Entry into Force of the Law of the Sea Convention*. Rodas, 1994.

(125) Párrafo 2-d) de la notificación del Gobierno de Canadá a la Secretaría del TIJ, de 10 de Mayo de 1994. En *Boletín del Derecho del Mar* n° 26. Octubre, 1994, p. 10.

(126) Intervención de José A. de YTURRIAGA BARBERAN en el Seminario de COLP de Rodas, de 25 de Mayo de 1994. *Op. cit.*, en la nota 124.

b) Dichas disposiciones eran contrarias al Derecho Internacional y a los esfuerzos de la comunidad internacional para mejorar la administración de los recursos pesqueros en la alta mar. Asimismo, comprometían el normal desarrollo de la Conferencia de las NU sobre poblaciones transzonales y altamente migratorias.

c) Dichas disposiciones constituían un lamentable precedente en vísperas de la entrada en vigor de la Convención (127).

Copia de dicha nota fue asimismo remitida a varios Estados que simpatizaban con las tesis canadienses (Argentina, Australia, Brasil, Chile, Estados Unidos, Indonesia, Marruecos, Méjico, Nueva Zelanda, Perú, Sudáfrica y Venezuela).

3.- Controversia pesquera canadiense-comunitaria en la NAFO.

La disparidad de criterios entre la CE y Canadá se puso de manifiesto en reiteradas ocasiones en el seno de la NAFO, y han alcanzado su punto culminante con la controversia sobre la distribución de capturas del fletán negro. La NAFO está compuesta en la actualidad por 12 Estados y la CE (que engloba a sus Estados miembros, algunos de los cuales -como Portugal- habían sido partes en el Convenio NAFO con anterioridad a su ingreso en la Comunidad). Las decisiones sobre la fijación de la máxima captura permisible (TAC) y la distribución del TAC se adoptan por consenso entre los miembros. Si no hubiere acuerdo al respecto, los Estados podrán fijar unilateralmente sus cuotas autónomas dentro del máximo permitido en el TAC (128).

A finales de 1994, todos los miembros de la NAFO acordaron reducir el TAC de fletán negro para 1995 a 27.000 Tms. (frente a las 60.000 Tms. pescadas en 1994). En Febrero de 1995, ante la falta de acuerdo en el seno de la NAFO sobre la distribución del TAC, Canadá impuso una votación al respecto, y la propuesta canadiense fue aprobada por 6 votos a favor (Canadá, Cuba, Islandia, Japón, Noruega y Rusia), 5 en contra (CE,

Estonia, Letonia, Lituania y Polonia) y 2 abstenciones (Bulgaria y Rumania) (129). La distribución del voto -procedimiento inhabitual en la praxis de la NAFO- se explica por el reparto del TAC propuesto por Canadá:

	Media 1991/93		1995	
- Canadá	6.400 Tms.	12,95%	16.300 Tms.	60,37%
- CE	37.000 Tms.	74,90%	3.400 Tms.	12,59%
- Rusia	900 Tms.	1,82%	3.600 Tms.	11,85%
- Japón	3.600 Tms.	7,28%	2.600 Tms.	9,63%
- Otros	1.500 Tms.	3,00%	1.500 Tms.	5,96%

Todos los miembros vieron incrementadas sus cuotas a expensas de la CE, que había capturado hasta entonces hasta tres cuartas partes del TAC. Canadá (cuyos pescadores han esquilado los recursos de fletán negro que había en su ZEE) justificaba el aumento de sus cuotas en un 300% con el falaz argumento de que, en cuanto Estado ribereño, tenía derecho a reservarse el 50% del TAC, a lo que había que añadir la parte que le correspondiera por su cuota media en los últimos 4 años. Lo sorprendente del caso fue que países tradicionalmente enfrentados a Canadá en el tema de la pesca en alta mar -como Japón y Rusia-, y que habían adoptado una posición radicalmente contraria a las tesis de los países de amplia fachada marítima, "vendieran su progenitura" al Jacob canadiense por un plato de fletán. La decisión sobre la distribución de cuotas es contrario a la letra y al espíritu del Convenio NAFO, que prevé el criterio de proporcionalidad de las capturas al fijarse la distribución de las cuotas.

(127) Nota Verbal de la CE y sus Estados miembros al Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá, de 13 de Junio de 1994.

(128) Artículo XII-1 del Convenio NAFO. *Op. cit.*, en la nota 21.

(129) Comunicado de Prensa de la Comisión Europea, de 10 de Marzo de 1995. Resulta un tanto sorprendente que la CE -que está compuesta por 15 Estados- sólo cuente con un voto en la NAFO. En la mayoría de los tratados en los que la CE es parte -incluida la Convención- se prevé que, en temas de su incumbencia por transferencia de competencias, la CE dispondrá de los votos de sus miembros, aunque no de un voto adicional en cuanto tal Comunidad. Lo que ocurre es que, en el Convenio NAFO sólo la CE es parte, y no sus Estados miembros.

La CE no aceptó obviamente la polacada canadiense y, con el pleno respaldo del Parlamento Europeo (130), estableció una cuota autónoma para sus miembros de 18.630 Tms., equivalente al 69% del TAC para 1995 (6 puntos porcentuales por debajo de la cuota que le hubiera correspondido de acuerdo con el criterio de proporcionalidad), y así lo comunicó al Gobierno canadiense el 3 de Marzo de 1995.

En una bien orquestada campaña de relaciones públicas y de intoxicación de la opinión pública, Canadá ha presentado la controversia con la CE y España como derivada del esfuerzo canadiense en pro de la conservación de los recursos vivos en general, y del fletán negro en particular, en la zona de alta mar reglamentada por la NAFO. Sin embargo, ello es una falacia ya que la CE aceptó la reducción acordada en la NAFO de un 54,65% del TAC para 1995 por mor de la conservación de la especie. Lo que no aceptó, por razones obvias, fue la arbitrariedad de Canadá al pretender pasar su cuota del 12,95% al 60,37% del TAC, y reducir la cuota de la CE del 74,90% al 12,59%. Como le ha recordado la Comisión Europea, "bajo el manto del conservacionismo, Canadá se ha adjudicado un elevado porcentaje de la cuota total, lo que resulta inaceptable e injustificado" (131).

Canadá rechazó la decisión de la Comunidad y, el mismo día 3, adoptó sendas decisiones contrarias al Derecho Internacional: dictó un reglamento por el que se autorizaba el apresamiento de buques de pesca de Estados comunitarios en la zona de alta mar de la NAFO (132), y estableció de forma unilateral una moratoria de 60 días durante los que se prohibía la pesca del fletán negro en la zona NAFO. Asimismo amenazó a la CE con apresar a los buques de Estados comunitarios que faenaran en la zona de la NAFO durante el período de moratoria por ella impuesta, sin fundamento jurídico alguno en qué apoyarse.

El Consejo de Asuntos Generales de la CE hizo el 6 de Marzo una declaración, en la que rechazó -por injustificada- la moratoria impuesta

(130) Resolución de 16 de Febrero de 1995, sobre reparto del TAC de fletán negro para 1995.

(131) Declaración de la Comisión Europea, de 9 de Marzo de 1995. Comunicado de prensa de la CE de esa misma fecha.

(132) Reglamento de 3 de Marzo de 1995.

por Canadá, denunció la acción unilateral de su Gobierno, y reiteró la posición de la Comunidad contraria a la Ley canadiense que permitía el control de las actividades de los buques de pesca más allá de su ZEE (133).

4.- Controversia hispano-canadiense por el apresamiento del pesquero español "Estai".

El 9 de Marzo, las autoridades canadienses -parodiando a GARCIA MARQUEZ- escribieron la poco gloriosa "crónica de un apresamiento anunciado", al detener a las 16,52 horas al pesquero español "Estai" en aguas de la alta mar. Mientras se encontraba legítimamente pescando en el "pico" de los Grandes Bancos de Terranova, varias millas más allá de la ZEE de Canadá, el "Estai" fue interceptado por la patrullera canadiense "Cape Roger", auxiliado por la patrullera "Leonard J. Cowley" y el guardacostas "Sir Wilfred Grenfell". Tras un intento fallido de abordaje por parte de los buques canadienses, el "Estai" cortó sus redes y emprendió la huida, siendo perseguido durante varias millas por aquéllos en unas condiciones climatológicas poco propicias. El pesquero tuvo que detenerse tras recibir 4 salvas de aviso con fuego real; acto seguido fue apresado por agentes del Ministerio de Pesca y de la Real Policía Montada de Canadá, y conducido al puerto de San Juan. Allí estuvo retenido hasta que los propietarios del "Estai" abonaron una fianza de 500.000 \$ canadienses, y su patrón fue enjuiciado por pesca ilegal de especies protegidas y resistencia a la autoridad (134).

Al día siguiente, el Ministro español, de Asuntos Exteriores Javier SOLANA convocó al Embajador de Canadá en Madrid para trasmitirle la más enérgica protesta por el apresamiento del "Estai", en flagrante violación de las normas del Derecho Internacional consuetudinario, codificadas en la Convención de las NU de 1982 sobre el Derecho del Mar. El Ministerio de Asuntos Exteriores entregó ese mismo día a la Embajada

(133) Declaración de 6 de Marzo de 1995. Comunicado de prensa de la Comisión Europea de ese mismo día.

(134) Comunicado de prensa del Ministerio de Pesca del Canadá, de 9 de Marzo de 1995, y comunicado de la Agencia EFE de 10 y 13 de Marzo.

canadiense en Madrid una Nota Verbal de protesta y de reserva de derechos, en la que se dejaba constancia de -entre otras cosas- lo siguiente:

- a) Las autoridades canadienses habían violado la norma consuetudinaria de Derecho Internacional -codificada en los artículos 92 y concordantes de la Convención de Montego-Bay- según la cual el Estado del pabellón posee jurisdicción exclusiva en alta mar sobre los buques que enarbolan su pabellón.
- b) El acto ilícito cometido por buques de la Armada canadiense no podía ampararse en manera alguna en supuestas preocupaciones de conservación de las pesquerías de la zona, al violar lo establecido en la Convención constitutiva de la NAFO.
- c) La detención del "Estai" era una infracción grave del Derecho Internacional, que se había hecho al amparo de una legislación unilateral no oponible a terceros Estados, y el Gobierno español exigía la anulación de la citada legislación canadiense (135).

Ese mismo día, la Comisión Europea -en nombre de la Comunidad y de sus Estados miembros- presentó una nota de protesta al Ministerio de Asuntos Exteriores del Canadá, en la que se expresaba -entre otras cosas- lo siguiente:

- a) Manifestación de la más firme condena por el apresamiento violento del "Estai" mientras pescaba legalmente en la alta mar, lo que constituía un acto ilegal del todo inaceptable.
- b) El apresamiento de un buque en aguas internacionales por un Estado que no era el del pabellón violaba tanto el Convenio NAFO, como las normas consuetudinarias de Derecho Internacional, y no podía ser justificado en forma alguna. Canadá no sólo había violado de forma flagrante el Derecho Internacional, sino que también había dejado de comportarse como un Estado responsable.
- c) La actuación canadiense resultaba especialmente inaceptable, porque socavaba los esfuerzos que venía realizando la comunidad internacional -a través de la FAO y de la Conferencia de las NU

(135) Nota Verbal de 10 de Marzo de 1995. Comunicado de prensa de la Oficina de Información Diplomática nº 7.806, de esa misma fecha.

sobre poblaciones transzonales y altamente migratorias- para lograr la conservación efectiva de los recursos pesqueros a través de la cooperación internacional.

d) El apresamiento del "Estai" constituía una acción ilegal contra la soberanía de un Estado miembro de la CE, y había puesto en peligro las vidas de los tripulantes del buque.

e) Petición de inmediata liberación del "Estai" y de reparación de cualquier daño que hubiera sufrido el buque.

f) Exigencia de que Canadá dejara de acosar a los buques con pabellón de Estados miembros de la CE.

g) Petición a Canadá para que derogara las disposiciones de la ley en la que se basaba para realizar su ilegal acción unilateral.

h) Reserva de derechos en cuanto a la adopción de las medidas que estimara pertinentes (136).

El Parlamento Europeo adoptó una nueva resolución en la que condenaba al Gobierno canadiense por la comisión de un acto ilegal perpetrado en aguas internacionales, e instaba a la Comisión y al Consejo a que siguieran manteniendo una actitud de firmeza, en defensa de los principios del Derecho del Mar y de los derechos de la flota pesquera comunitaria que operaba en la zona NAFO, y a que ejercieran "todo tipo de acciones legales contra el Canadá" (137).

5.- Posible solución de las controversias jurídicas.

El Ministro español de Asuntos Exteriores, a su vez, comentó a los medios de comunicación, que se habían "puesto en marcha los mecanismos para plantear esta cuestión ante el Tribunal Internacional de La Haya" (138).

El Gobierno canadiense ha prestado oídos sordos a las protestas y peti-

(136) Nota Verbal de la Comisión Europea al Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá, de 10 de Marzo de 1995. Comunicado de prensa de la CE, de esa misma fecha.

(137) Resolución B4-0422, de 16 de Marzo de 1995.

(138) "ABC" de 14 de Marzo de 1995.

ciones de España y de la CE, y se ha mantenido en sus trece: ha iniciado un proceso judicial contra el "Estai" y su patrón, ha mantenido la prohibición de pesca en la zona NAFO durante los dos meses de moratoria unilateralmente impuesta, ha amenazado con proceder a nuevos apresamientos en alta mar, y se ha negado a la convocatoria de una reunión de la NAFO para examinar el conflicto. Al mismo tiempo ha montado una demagógica campaña "*pro domo*" ante su opinión pública doméstica y ante la opinión pública internacional, envuelta en la rentable bandera del conservacionismo y el ecologismo.

El propio Jefe del Gobierno Jean CHRETIEN se ha sumado a la ceremonia de la confusión de la xenofobia anti-española, de la mano de su Ministro de Pesca Brian TOBIN. Se está tratando con ello de distraer la atención de los problemas domésticos (agotamiento de los recursos en la ZEE canadiense, incremento del paro, bajo nivel de vida en los pequeños Estados costeros... etc), con el socorrido argumento de echarle la culpa al forastero. En el presente caso los pesqueros españoles no han hecho más que ejercer un derecho, que cada vez les resulta más difícil ejercitar. En el caso de que el "Estai" u otros pesqueros españoles hubieran infringido las normas de conservación de la NAFO, tanto la Organización como el Gobierno canadiense disponían de métodos bastante efectivos para comprobar las supuestas infracciones, sin embargo prefirió abordar el buque de forma violenta. Se da la coincidencia de que los buques comunitarios -especialmente los españoles- son el objetivo ideal de los celosos inspectores canadienses; tales buques han recibido 430 visitas de inspección en 1994, siendo sumamente reducidas las infracciones detectadas. En el caso concreto del "Estai" padeció 9 inspecciones de la NAFO en 1994 y 5 en lo que va de año, y sólo en una ocasión se detectó una infracción menor.

Canadá -que se ha erigido en los últimos años en el adalid del unitarismo en materia de Derecho del Mar- se ha pasado en demasía de la raya en esta ocasión, y ya va siendo hora de que la comunidad internacional le retire la bula y le llame al orden. Como ha observado ATIENZA, "cuando se imponen la demagogia y el nacionalismo, la razón y las razones quedan, al parecer, aparcadas" (139).

(139) ATIENZA SERNA, Luis. "En soledad disputan los piratas su botín". "ABC", de 26 de Marzo de 1995.

Aunque estrechamente vinculadas, existen en el caso presente dos tipos de controversias diferentes: la pesquera y la del apresamiento del "Estai" mediante el recurso a la fuerza. La controversia pesquera presenta, a su vez, un doble aspecto: uno general (legalidad de la modificación de la "Coastal Fisheries Protection Act"), y otro concreto (distribución del TAC de fletán negro entre los Estados miembros de la NAFO).

Mientras el apresamiento del "Estai" sólo afecta directamente a España, el conflicto pesquero (el general y el específico) afecta principalmente a la CE y subsidiariamente a sus Estados miembros (España incluida), dado que es la CE, y no sus Estados miembros, quien es parte en el Convenio NAFO.

En ambos tipos de controversias, Canadá ha violado numerosas normas de Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional. Así, en la controversia hispano-canadiense, Canadá ha ignorado las libertades de la alta mar y no ha respetado la jurisdicción exclusiva en alta mar de los Estados sobre los buques que enarbolan su pabellón, reconocidos por el Derecho Internacional consuetudinario y consagrados en los Convenios de Ginebra de 1958 y en la Convención. Por otra parte, el Gobierno canadiense ha recurrido de forma ilícita al uso de la fuerza en contra de los principios de la Carta de la ONU. Si Canadá es un país amante de la paz y de la regla del derecho, deberá aceptar la sumisión de la controversia a una instancia judicial imparcial, sea el TIJ o un tribunal de arbitraje "*ad hoc*".

En la controversia comunitario-canadiense de carácter general centrada en la legalidad o ilegalidad de las modificaciones introducidas en su "Coastal Fisheries Protection Act", Canadá ha infringido asimismo un buen número de normas y principios del Derecho Internacional, especialmente las normas consuetudinarias sobre libertad de pesca y navegación en la alta mar. La Convención introdujo ciertas limitaciones a estas libertades, pero la legislación canadiense ha ido mucho más allá y ha ignorado las pertinentes disposiciones en la materia de dicha Convención, con las siguientes acciones:

a) Concesión de facultades normativas en materia de conservación y administración de las poblaciones transzonales en alta mar, sumisión de una parte de la alta mar a la soberanía del Estado ribereño, o no intento de

negociación con los Estados que pescan en la zona para tratar de acordar las medidas necesarias para la conservación de las poblaciones transzonales (140).

b) Imposición a los buques de pesca extranjeros que faenan en alta mar de las medidas de conservación y administración establecida por el Gobierno canadiense, en contra del citado principio libertad de pesca en alta mar (141).

c) Autorización a los funcionarios canadienses para que recurran a la fuerza contra buques de pesca extranjeros en la alta mar, en contra de los principios de libertad de navegación en alta mar y de jurisdicción exclusiva en dicha zona del Estado del pabellón sobre sus buques (142).

d) Extensión de las leyes procesales y penales canadienses -que tienen carácter territorial- a zonas extraterritoriales, en las que el Estado ribereño sólo tiene jurisdicción sobre sus nacionales.

e) Sumisión del Derecho Internacional al derecho interno.

Canadá debería aceptar la sumisión de esta controversia con los Estados miembros de la CE (dado que la Comunidad carece del necesario "*locus standi*") a una instancia judicial imparcial. No parece que tal sea su intención, puesto que -en una prueba de reserva mental y desconfianza en el fundamento jurídico de sus nuevas disposiciones en materia pesquera-, Canadá hizo una reserva a su admisión de la jurisdicción obligatoria del TIJ. Canadá demostraría su buena fe y respeto al derecho si no invocara su reserva y admitiera la sumisión de estas controversias al citado Tribunal o a un Tribunal arbitral.

Existe, por último, una controversia pesquera específica entre Canadá y la CE sobre la interpretación y aplicación del Tratado NAFO, que se ha concretado en la disputa por la distribución de las cuotas de fletán negro. Aquí, Canadá ha infringido varias disposiciones del Tratado de Ottawa, pese haber sido éste hecho a su imagen y semejanza. Dado el carácter relativamente menor de la controversia, se podría llegar a una solución

(140) Artículos 92-1 y 63-2 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, pp. 55 y 44.

(141) Artículos 87-1-e) y 116 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, pp. 54 y 62.

(142) Artículos 87-1-a) y 92-1 de la Convención. *Op. cit.*, en la nota 2, pp. 54-55.

por la vía de la negociación, la conciliación o el arbitraje técnico, por menos que las partes afectadas tuvieran un mínimo de voluntad política. La CE ha dado sobradas muestras de tal voluntad, con su propuesta de negociaciones multilaterales en el seno de la NAFO (rechazadas por la parte canadiense) o incluso bilaterales (que han fracasado ante el mantenimiento obcecado de las posiciones unilaterales y maximalistas de las autoridades canadienses).

Canadá no sólo no ha rectificado su condenable conducta, sino que sigue dando muestras de prepotencia y menosprecio del Derecho Internacional, como ayer puso una vez más de manifiesto al agredir 5 patrulleras a la flota pesquera española -que se hallaba ejerciendo su derecho de pesca en alta mar, fuera de la jurisdicción canadiense-, cortar los cables de las redes del "Pescamar-Uno", intentar apresarlos, y perseguir durante una hora al "Verdel" por aguas libres con idéntico propósito. La acción solidaria de la flota pesquera y la presencia de la patrullera española "Vigía" impidieron que se consumaran semejantes desafueros (143).

VII.- CONCLUSIONES

Reza el refrán castellano que "del dicho al hecho hay mucho trecho". En el caso que nos ocupa, sin embargo, no es tan largo el trecho que separa la disquisición doctrinal sobre el mar presencial y su circunstancia, de la acción unilateral, ilegal y violenta. Como he señalado recientemente, mientras distinguidos juristas de Argentina y Chile elaboran ingeniosas teorías -como la doctrina del mar presencial- para justificar lo injustificable, Canadá no se anda con disquisiciones jurídicas y recurre sin ambages a la diplomacia de la cañonera (144).

Y metidos en refranes, recordemos el castizo dicho madrileño: "Los inventos en casa y con gaseosa". Hay que evitar que las burbujas de esta peculiar "Casera" hagan saltar el tapón de seguridad y se expandan por la ya no tan ancha mar.

(143) Comunicado de la Agencia EFE, de 26 de Marzo de 1995.

(144) YTURRIAGA BARBERAN, José A. de. "Canada' a presencial sea *de facto*". A publicar en el próximo número del boletín del "Law of the Sea Institute" de la Universidad de Hawái, "L.O.S. Lieders".

Como observa DALTON, el concepto del mar presencial ofrece un precedente muy perturbador (145), y existe el riesgo de que se produzca un fenómeno mimético entre los países de amplia fachada marítima. El trecho puede, por tanto, ser hartamente corto: la adopción del proyecto de ley argentino o una decisión de rango menor del Gobierno chileno, por ejemplo. De aquí mi preocupación en el XVIII Congreso de nuestro IHLADI por las conclusiones de la excelente ponencia de Ernesto REY CARO, en las que se afirmaba que “los actos legislativos de Chile y Argentina, a pesar de las circunstancias que dificultan el esclarecimiento de los verdaderos alcances, se insertarían dentro del marco normativo que regula los derechos, obligaciones e intereses de los Estados ribereños en el Derecho del Mar contemporáneo”, y que el ejercicio de tales derechos se apoyaba en la doctrina sustentada por el Instituto desde 1953 (146).

Las conclusiones a las que finalmente llegamos en Marbella (Viña del Mar) resultaron más equilibradas, al emplearse formulaciones como las siguientes:

“1. La conservación y administración de los recursos o del medio ambiente marino *sólo* podrán asegurarse mediante la cooperación internacional entre *todos* los Estados comprometidos en las actividades extractivas, cooperación que tiene el carácter de un imperativo jurídico.

2. La obligación de cooperar exige de los Estados obrar de *buena fe* y observar una conducta que garantice su efectividad.

7. Las medidas de conservación aplicadas por los Estados pesqueros en el alta mar deben guardar coherencia con las adoptadas por los Estados ribereños. Asimismo, *las medidas de conservación aplicadas por éstos deberían estar en concordancia con las aprobadas por los Estados pesqueros...*

8. Las disposiciones sobre la pesca en el alta mar de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar *necesitan ser debidamente aplicadas*, requiriéndose una *mayor precisión* del concepto de “*interés especial*” de los Estados ribereños.

(145) DALTON, *Op. cit.*, en la nota 76, p. 415.

(146) Párrafos 14 y 15 de la ponencia de REY CARO. *Op. cit.*, en la nota 5, p. 32.

9. El principio de “*pesca responsable*” puede constituir un marco adecuado para resguardar la utilización sustentable de los recursos pesqueros, en compatibilidad con la explotación del medio ambiente y con el uso de prácticas de captura no perjudiciales para el ecosistema y sus recursos.

10. Los mecanismos de cooperación *deben institucionalizarse* fundamentalmente a través de acuerdos u organizaciones subregionales o regionales... (147).

Los problemas -reales o supuestos- que se han puesto de manifiesto con motivo de la aplicación de las disposiciones sobre la pesca en alta mar de la Convención “*explican* la adopción de actos legislativos internos como los de Chile y la Argentina” (148), pero *no los justifican*.

En mi opinión, el concepto del mar presencial está -como las poblaciones transzonales- a horcajadas o a caballo entre la legalidad y la ilegalidad internacional. Aunque ORREGO se empeñe en que el mar presencial no tiene implicaciones jurisdiccionales, concuerdo con CLINGAN en que sí las tiene, y las tiene desde ya (149). La balanza se inclinará de uno u otro lado, según el comportamiento de las autoridades competentes (chilenas, argentinas o de cualquier otro país que se pueda ver tentado por esta doctrina), y de la aplicación práctica que del concepto hagan. Confiemos en que la teoría del mar presencial se quede en el ámbito del “dicho” y no pase al del “hecho” consumado.

(147) Párrafo 4 de las Conclusiones de la II Comisión sobre “La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina”, incluidas en el presente volumen, pp. 484 y ss.

(148) Párrafo tercero de las Conclusiones citadas de la II Comisión. *Ibid.* p. 485.

(149) CLINGAN. *Op. cit.*, en la nota 77, p. 95.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

Anuario de Derecho Internacional, vol. X, Pamplona, 1994, 796 págs.

El volumen X del Anuario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, incluye en la sección doctrinal los siguientes estudios: "Legitimidad, legalidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza armada contra Irak", de José B. ACOSTA ESTEVEZ y Joan Lluís PIÑOL I RULL; "Aspects juridiques du déploiement préventif des forces des Nations Unies: le cas de l'ex-République yougoslave de Macédoine", de Georges ASSONITIS; "Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso", de Julio A. BARBERIS; "La circunscripción regional en la hipótesis de una ley electoral uniforme para el Parlamento Europeo", de José Luis DE CASTRO RUANO; "En torno a las Opiniones del juez Rafael Altamira y Crevea en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional", de Yolanda GAMARRA; "La reglamentación internacional del transporte de materiales radioactivos", de Esteban PERALTA LOSILLA; "Las fronteras de Ceuta y Melilla", de José Ramón REMACHA; y "La partecipazione straniera alla pesca nella zona economica esclusiva", de Tulio SCOVAZZI. Se completa este extenso Anuario con unas secciones muy completas y actualizadas de jurisprudencia, notas, práctica española en materia de Derecho internacional público, documentación -con los acuerdos entre Israel y la O.L.P. y las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia de mantenimiento de la paz- y recensioni.

ARMAS PFIRTER, Frida M.: *El Derecho internacional de pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata*. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Instituto de Derecho Internacional, Buenos Aires, 1994, 405 págs.

La zona común de pesca argentino-uruguaya en el frente marítimo del Río de la Plata, creada en 1973, constituye el núcleo de la investigación

realizada por la profesora Frida M. ARMAS PFIRTER bajo la dirección del profesor Julio A. BARBERIS. Esta tesis doctoral, de marcado carácter interdisciplinario, aporta, como destaca el profesor Barberis en su prólogo, soluciones ineludibles a los problemas suscitados entre el Uruguay y la Argentina en la interpretación y aplicación del Tratado del Río de la Plata. Estructurada en dos partes, dedica la primera al régimen jurídico internacional de la actividad pesquera y la segunda al problema específico de la pesca en el frente marítimo del Río de la Plata. La primera parte consta de cuatro capítulos, dedicados a la evolución del Derecho del mar; a los elementos a tener en cuenta en la administración de las pesquerías internacionales, como los factores biológicos y geográficos que influyen en su distribución y captura, los objetivos socioeconómicos, los métodos de conservación y las reservas comunes; a los acuerdos internacionales en materia de pesquerías, de ámbito universal, regional, zonas especiales y organizaciones internacionales; y a las reglas generales del Derecho internacional de pesquerías, derivadas de la jurisprudencia y de la práctica de las comisiones internacionales. La segunda parte, también con cuatro capítulos, versa sobre la realidad bio-geográfica, sistemas jurídico-institucionales y aspectos económicos de las pesquerías argentina y uruguaya, el frente marítimo del Río de la Plata en el Tratado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, la zona común de pesca y el problema de la repartición de los cupos de captura y la pesca en el frente marítimo del Río de la Plata a la luz del nuevo Derecho internacional de pesquerías.

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL: *El Derecho internacional en la Argentina*. Córdoba, 1993, 275 págs.

Con el subtítulo "Veinticinco años de aportes (1968-1993)", la Asociación Argentina de Derecho Internacional, con sede en la ciudad de Córdoba (Argentina), publica esta obra recopilatoria de las actividades realizadas por la Asociación. Consta de seis apartados: el primero da cuenta de los miembros de su Consejo Directivo -presidido en la actualidad por el Dr. Luis I. Savid Bas y con la presencia de los más destacados

iusinternacionalistas argentinos- y del Consejo de Redacción de su Anuario -presidido por el Dr. Ernesto Rey Caro-. El segundo apartado ofrece una memoria histórica de la Asociación: antecedentes, fundación, consolidación institucional y presente. En el tercer apartado se expone la actividad realizada: sus seminarios de 1968 y 1969, los once congresos ordinarios celebrados entre 1971 y 1991, el congreso extraordinario de 1992, las Jornadas Rioplatenses de 1978 y 1981, y las jornadas nacionales de Derecho internacional privado de 1986 y 1988. El apartado cuarto se dedica a la organización institucional: Estatuto y Reglamentos de la Asociación, del Anuario y del Premio A.A.D.I. El apartado quinto es una relación de los doce Consejos Directivos de la Asociación entre 1969 y 1993. El apartado sexto, por último, ofrece una relación de los Miembros Honorarios, Miembros Titulares, Asociados y Miembros Correspondientes. Para facilitar el acceso a las ponencias de los congresos se incluye un índice temático y por autores.

BARBERIS, Julio A.: *Formación del Derecho internacional*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994, 324 págs.

Autor de obras tan relevantes como *Fuentes del Derecho internacional* (1973), *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho internacional* (1979) o *Los sujetos del Derecho internacional actual* (1984), el profesor BARBERIS ha redactado una nueva obra, en esta ocasión sobre la formación de las distintas fuentes del Derecho internacional, que consta, además de una completa bibliografía sobre el tema y de unos índices temático y de la jurisprudencia citada, de siete capítulos, sobre cada una de las fuentes y sobre su formación. El Capítulo I versa sobre los tratados internacionales, su concepto, límites y ensayo de una sistematización, a modo de conclusiones; el Capítulo II, sobre la costumbre internacional, sus diversas concepciones, identificación, características y codificación; el Capítulo III, sobre los actos jurídicos unilaterales; el Capítulo IV, sobre las resoluciones de las organizaciones internacionales; el Capítulo V, sobre la jurisprudencia, sentencias judiciales y arbitrales, y precedentes jurisprudenciales; el Capítulo VI, sobre los principios gene-

rales de derecho; y el Capítulo VII, sobre la formación de las normas jurídicas internacionales, la identificación de las normas en el orden jurídico internacional, la jerarquía de las normas internacionales y sus límites. Constituirá, sin duda alguna, una obra de obligatoria referencia en el estudio de las fuentes del Derecho internacional.

BELTRAMINO, Juan Carlos M. (Coord.): *Jornada sobre Derecho y Geografía*. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 1994, 120 págs.

La Jornada sobre Derecho y Geografía, realizada por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales en octubre de 1992, tenía el objetivo de promover el estudio interdisciplinar del Derecho y la Geografía, con especial referencia a la Argentina. En este debate se expusieron los siguientes temas, recogidos en esta obra: "Rationale de la relación interdisciplinaria Derecho/Geografía", de Juan Carlos M. BELTRAMINO; "Derecho, geografía urbana y urbanismo", de Patricio H. RANDELE; "Límites internacionales y geografía", de Horacio A. BASABE; "La región geográfica frente al Derecho", de Raúl C. REY BALMACEDA; "El factor geográfico en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", de Calixto A. ARMAS BAREA; "Cuencas hídricas y Derecho", de Julio A. BARBERIS; y "Los factores geográficos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", de Angel L. DAVEREDE.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, 174 págs.

Como señala en su introducción el profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, junto al principio de soberanía de los Estados, fundamento del ordenamiento internacional, manifestado en la preservación de los

derechos de las personas mediante la protección diplomática que ejerce el Estado, ha aparecido un nuevo principio constitucional que modifica la naturaleza misma del Derecho internacional contemporáneo: la protección de los derechos humanos. Soberanía estatal y derechos humanos se limitan en el actual Derecho internacional, haciendo necesario un estudio de su proceso de internacionalización y de las tensiones creadas. Esta monografía consta, con este objetivo, de cinco capítulos en los que se estudian los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas; la declaración universal de derechos humanos; la tensión entre soberanía de los Estados y derechos humanos en los tratados que han desarrollado normativamente la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos; la tensión entre la soberanía de los Estados y derechos humanos en la naturaleza y funcionamiento de los procedimientos de protección internacional de los derechos humanos; y derechos humanos y soberanía: innovación y tradición en el Derecho internacional de los derechos humanos. Este estudio conduce al autor a la conclusión de que la persona humana no puede ser considerada como simple objeto de protección del Derecho internacional puesto que los Estados están obligados frente a toda la comunidad internacional a respetar los derechos humanos; por ello es necesario analizar muy detalladamente tanto la dialéctica entre soberanía estatal y derechos humanos, principios constitucionales del Derecho internacional contemporáneo, como los procedimientos internacionales de protección de los derechos humanos, incluido el deber de injerencia de la comunidad internacional cuando sean violados masivamente. Esta obra cuenta además con unos anexos con los textos internacionales más relevantes en esta materia.

CORRAL SUAREZ, Margarita: *La conservación de los recursos biológicos del mar en el Derecho internacional vigente*. Universidad de Valladolid, 1993, 253 págs.

Partiendo de la consideración de que la conservación es esencial para el desarrollo de una explotación racional de los recursos vivos marinos, la autora desarrolla en esta obra los antecedentes en el Derecho internacio-

nal y el estado actual del Derecho del mar en materia de conservación. Tras una introducción sobre el medio marino y sus recursos vivos, y la necesidad de conservarlos, dedica la primera parte de la obra a la génesis del derecho de conservación de los recursos vivos del mar: sus antecedentes, la Conferencia de Ginebra de 1958, la revisión del Derecho del mar en la III Conferencia de las Naciones Unidas y la problemática que plantea hoy la conservación de los recursos vivos marinos, en particular los objetivos que se persiguen, la jurisdicción sobre estos recursos, la necesidad de una investigación científica previa y las medidas técnicas y de control adoptadas por Estados y organizaciones, en el marco de la cooperación internacional. La segunda parte se centra en el estudio del estado actual del Derecho internacional en materia de conservación, en concreto de las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1958 no derogadas por costumbre internacional posterior y del Convenio sobre Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982, analizando en este marco no sólo el régimen de la zona económica exclusiva, sino también de los espacios bajo soberanía del Estado ribereño y del alta mar. Se completa este estudio con la exposición de las nuevas corrientes en materia de conservación en la práctica internacional y los principios emergentes en torno a las obligaciones de conservar y de cooperar.

FERNANDES, Carlos: *Lições de Direito Internacional Privado. I. Teoria Geral do DIP com incidência no Sistema Português*. Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 584 págs.

El manual de Derecho internacional privado elaborado por el embajador Carlos FERNANDES, profesor de la Universidad Internacional de Lisboa, consta de dos partes, esta, la primera, sobre la teoría general, y una segunda parte, de próxima aparición, sobre el sistema portugués. El objetivo del autor, como señala en su introducción, no es otro que el de sistematizar y completar las lecciones impartidas a sus alumnos, así como proporcionarles los textos legales más útiles para la comprensión y estudio de esta disciplina. Esta Parte Primera está estructurada en dos títulos y unos apéndices. El Título Primero, sobre consideraciones generales,

consta de cinco capítulos, dedicados a las nociones preliminares; la evolución del Derecho internacional privado; las relaciones entre Derecho internacional, el Derecho interno y el Derecho privado; la nacionalidad portuguesa, la condición jurídica de los extranjeros, y la extradición, expulsión y asilo de extranjeros; y el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero o por declaración judicial de otro Estado. El Título Segundo, sobre la diversidad de sistemas en cuanto a derecho material y a normas de conflictos de leyes, tiene tres capítulos, dedicados al Derecho internacional privado y el conflicto de ley; y la interpretación y aplicación de estas normas, con la especial problemática que plantean. En el apéndice se incluyen siete textos legales, leyes portuguesas y convenios internacionales, sobre nacionalidad, entrada de extranjeros, asilo y extradición, así como una completa bibliografía.

FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio (Coord.): *Refugiados: Derecho y solidaridad*. Universidad de Sevilla, 1994, 205 págs.

Esta publicación recoge las ponencias presentadas en las Jornadas sobre Refugiados celebradas en la Universidad de Sevilla en febrero de 1994, en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Consejo General del Poder Judicial y la Junta de Andalucía, que culminaron con la redacción de una Declaración sobre refugiados y solidaridad internacional, que se incluye en un anexo. Los ponentes fueron: Guilherme DA CUNHA, sobre "La tarea desbordante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados"; Pablo Antonio FERNANDEZ SANCHEZ, con el título "Hacia un concepto jurídico amplio de refugiado"; Albert GALINSOGA JORDA, sobre "El estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo"; María del Carmen MARQUEZ CARRASCO, sobre "La acción del Consejo de Seguridad por razones humanitarias: el caso de los refugiados kurdos"; Isabel María MARTINEZ PORTILLA, con el título "Mujeres y hombres en el exilio: una diferencia necesaria"; José Manuel PELAEZ MARON, sobre "Refugiados y Comunidad Europea"; Joaquín ALCAIDE FERNANDEZ, "Refugio, terrorismo y ciudadanía europea (A propósito

de las extradiciones de Luis Moreno y Raquel García, solicitadas por España y pendientes de resolución por Bélgica); Concepción Mónica MONTERO ELENA, sobre "Asilo y refugio en la legislación española"; Juan María BANDRES MOLET, respecto a "La Comisión Española de Ayuda al Refugiado"; y Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, sobre "Refugiados y solidaridad internacional". Por último, incluye como epílogo "Reflexión de un refugiado", de Maglajlic NENAD.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO AERONAUTICO Y DEL ESPACIO Y DE LA AVIACION COMERCIAL: XXX Aniversario. 1994, 161 págs.

Con ocasión de su treinta aniversario el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, presidido por el Dr. Enrique Mapelli, publica una nueva obra en la que se explica, en primer lugar, su historia, fines y actividades, así como las resoluciones de sus veintitrés primeras jornadas, celebradas en Salamanca (1960 y 1964), Granada (1967), Quito (1970), Valencia (Venezuela, 1971), Santiago de Chile (1972), Sevilla (1973), Buenos Aires (1975), Panamá (1977), México (1978), San José dos Campus (Brasil, 1979), Santo Domingo (1981), Madrid (1983), Lima (1984), Montevideo (1985), Barcelona (1986), Río de Janeiro (1987), Asunción (1988), Madrid (1989), Miami (1990), Lisboa (1991), Santiago de Chile (1992) y Curaçao (Antillas Holandesas, 1993). Precisamente este treinta aniversario, conmemorado en 1994, ha motivado la celebración de las Vigésimo Cuartas Jornadas de nuevo en la ciudad de Salamanca.

LEON STEFFENS, Avelino (Coord.): *Nuevos enfoques del Derecho internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, 127 págs.

Con el título "Nuevos enfoques del Derecho internacional" se publican cinco ponencias presentadas en las XXI Jornadas de Derecho Público

organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile celebradas en noviembre de 1990. Esta obra incluye los estudios sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, en particular en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de los individuos, de prestigiosos profesores de Derecho internacional: Santiago BENADAVA, con su ponencia sobre "Las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno ante los tribunales chilenos"; Samuel DURAN BACHLER, sobre "El individuo como sujeto del Derecho internacional: nuevas tendencias"; Claudio GROSSMAN, con el título "Algunas consideraciones sobre el valor del Derecho internacional de derechos humanos en el Derecho interno"; Avelino LEON STEFFENS, sobre "La competencia jurisdiccional y legislativa del Derecho chileno en un presunto abordaje en la zona económica exclusiva de nuestro país"; y Francisco ORREGO VICUÑA, con el estudio titulado "Inmunidades diplomáticas y consulares y los derechos humanos".

LLANES TORRES, Oscar B.: *Derecho diplomático: Teoría y práctica*. San Salvador, 1993, 642 págs.

El Dr. Oscar B. LLANES, diplomático y profesor paraguayo muy vinculado a la República de El Salvador, como señala en el prefacio de esta obra el profesor Alfredo MARTINEZ MORENO, ha redactado una monografía completa y sistemática sobre el derecho diplomático de manifiesto carácter pedagógico. La obra está estructurada en nueve temas, con distintos subtemas teóricos, una unidad práctica y la bibliografía del tema estudiado. El tema primero lo dedica al concepto, las fuentes y la evolución del Derecho internacional público; el segundo, al concepto, fuentes y evolución del Derecho diplomático; el tercero, a las estructuras y presupuestos de la misión diplomática; el cuarto, a los privilegios e inmunidades diplomáticos; el quinto, a los actos y acciones de naturaleza jurídica diplomáticas, como el asilo, deportación o extradición; el sexto, a otras formas de diplomacia, como las cumbres o la diplomacia *ad hoc*; el séptimo, a la situación jurídica del extranjero y los principios jurídicos de la nacionalidad; el octavo, al tratamiento de los delitos comunes y políticos

en el orden internacional; y el noveno, al servicio exterior mexicano, con la colaboración de Juan Manuel PORTILLA. Se completa la obra con los textos más importantes en la materia, como el Convenio de Viena de 1961 o la Carta de las Naciones Unidas, un diccionario de las expresiones jurídico-diplomáticas, redactado por Raúl VALDES, y una extensa bibliografía auxiliar sobre Derecho diplomático.

LLANES TORRES, Oscar B.: *Derecho internacional público*. Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, 1993, tercera edición, 530 págs.

La tercera edición del manual de Derecho internacional público del profesor LLANES TORRES es una obra completa y actualizada de esta disciplina estructurada en veintinueve capítulos, con unos apéndices con los textos internacionales más relevantes y unos modelos de tratados de extradición, y una amplia bibliografía. Los Capítulos I y II introducen este manual con la evolución histórica de las relaciones internacionales y la influencia de las ideologías políticas; los Capítulos III y IV exponen el concepto de Derecho internacional público y las doctrinas negadoras del mismo; los Capítulos V a XIV versan sobre las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional, la universalidad y las fuentes internacionales; los Capítulos XV y XVI, sobre el Estado y el reconocimiento de Gobiernos; los Capítulos XVII a XIX, sobre las organizaciones internacionales; los Capítulos XX a XXIII, sobre el territorio, el individuo, la nacionalidad y las inmunidades diplomáticas y consulares; el Capítulo XXIV, sobre la solución de las controversias internacionales; los Capítulos XXV y XXVI, sobre la extranjería y el asilo; los Capítulos XXVII y XXVIII, sobre la represión de los delitos en el orden internacional y la extradición; y el Capítulo XXIX sobre las Naciones Unidas.

MEDINA, Manuel: *Hacia una constitución europea*. Cuadernos de la Cátedra "J.B. Scott", Universidad de Valladolid, 1994, 61 págs.

El profesor y diputado en el Parlamento Europeo Manuel MEDINA ORTEGA explicó en el Curso de Verano de la Universidad de Valladolid

la incidencia del Tratado de Maastricht en la construcción de la unión europea y en particular su aportación a la superación del "déficit democrático" y el "desequilibrio institucional" en la Unión Europea, estudio realizado en la perspectiva, asimismo, de los trabajos que viene realizando el Parlamento Europeo para la formalización de una constitución europea. Esta conferencia se recoge, debidamente anotada y documentada, en este nuevo número de los Cuadernos "J.B. Scott" de la Universidad de Valladolid con el siguiente contenido: 1. Aplicación del concepto de "constitución" a la Unión Europea; 2. El Tratado de la Unión como documento preconstituyente; 3. Los proyectos de una constitución federal para Europa; 4. La "Constitución Europea" en los proyectos del actual Parlamento Europeo; 5. La opción constitucional fundamental: la pequeña Europa comunitaria frente a la gran Europa política; 6. La Comisión institucional y las reformas constitucionales; 7. El concepto de la Unión europea; 8. El juego de las instituciones: democracia y directorio de potencias; 9. La división de poderes; 10. Federalismo y subsidiariedad; 11. Reforzamiento de las instituciones; 12. Derechos y deberes de los ciudadanos; 13. El papel de las regiones; y 14. Conclusiones. Se incluye, por último, un anexo con el Proyecto de informe sobre la Constitución de la Unión Europea.

MILLAN MORO, Lucía: *La Comunidad Europea ante el conflicto del Golfo*. Cuadernos de la Cátedra "J.B. Scott", Universidad de Valladolid, 1993, 70 págs.

En este estudio la profesora Lucía MILLÁN MORO realiza un análisis de las medidas adoptadas por la Comunidad Europea y por sus Estados miembros con ocasión de la guerra del Golfo, en el marco de la cooperación política europea. La naturaleza jurídica, el fundamento y la valoración de estas medidas centran el interés de este trabajo, desarrollado en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad de Valladolid, y que contiene los siguientes puntos: 1. La posición de la Comunidad Europea ante el conflicto del Golfo, con la incidencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad, el fundamento de las medidas comunitarias de

aplicación del embargo económico y la reacción de la Comunidad ante los crímenes internacionales cometidos por Irak; 2. Los ámbitos propios de los Estados miembros: la reacción de los Estados comunitarios; 3. Los ámbitos de la integración y de la cooperación política comunitarias: la reacción de la Comunidad Europea, con las declaraciones de la Comunidad y de sus Estados miembros, la posición del Parlamento Europeo, las disposiciones comunitarias de aplicación del embargo económico a Irak y su control, y las acciones de ayuda humanitaria y financiera a los Estados de la región; y 4. Conclusiones.

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro: *Manual de Derecho internacional público*. Colección Jurídica Lehmann, San José de Costa Rica, 4ª edición, 1994, 242 págs.

Esta nueva edición del Manual de Derecho internacional público del profesor Alejandro MONTIEL ARGÜELLO se estructura en ocho partes. La primera parte, "Generalidades", contiene dos capítulos, con la definición, concepto y fuentes del Derecho internacional, y las relaciones del Derecho internacional y el Derecho interno. La segunda parte se centra en la evolución histórica del Derecho internacional, con cinco capítulos: Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna, Edad Contemporánea y doctrinas. La tercera parte, con nueve capítulos, versa sobre los sujetos del Derecho internacional; la cuarta, con siete capítulos, sobre el territorio; la quinta, con diez capítulos, sobre las relaciones entre los Estados; la sexta, con siete capítulos, sobre la guerra; la séptima, con cuatro capítulos, sobre las organizaciones internacionales; y la octava, con dieciocho capítulos, sobre distintos casos internacionales relativos a Centroamérica. Este manual, de fácil lectura para los alumnos de la licenciatura de Derecho, no sólo ofrece unas lecciones teóricas sistemáticas y concisas del Derecho internacional, sino que también incluye los casos prácticos más importantes de esta disciplina con referencia a Centroamérica, para su más completo estudio.

MOYANO BONILLA, César y ORTIZ AHLF, Loretta: *La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios de Derecho Internacional Público n° 21, México, 1994, 219 págs.

Como señalan sus autores, la deuda externa latinoamericana no es un problema exclusivamente regional, sino un problema característico de la realidad internacional actual que se constituye en importante obstáculo para el desarrollo económico y social de muchos países. Su difícil solución por medios políticos y económicos requiere la determinación de su exacto marco jurídico, mediante opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, al parecer de los profesores César MOYANO y Loretta ORTIZ. Este tema, de absoluta actualidad, es analizado en cuatro capítulos; en el primero establecen el concepto de deuda externa, sus causas, propuestas de solución y cobro no compulsivo de la deuda; en el segundo repasan las nociones teóricas más relevantes en materia de responsabilidad internacional: concepto, hecho ilícito y circunstancias que excluyen la ilicitud; en el tercer capítulo desglosan una de estas causas, el estado de necesidad, determinando su concepto, justificación, diferencia de fuerza mayor y reconocimiento por la doctrina, la jurisprudencia, la práctica de los Estados y la Comisión de Derecho Internacional; y en el capítulo cuarto exponen la relación entre el estado de necesidad y la moratoria de la deuda pública externa. Las conclusiones de este trabajo son del todo elocuentes para una solución jurídica de este grave problema que pone en peligro el desarrollo y la estabilidad, entre otros, de los países latinoamericanos.

PELAEZ MARON, José Manuel (Coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*. Cuadernos de Derecho Internacional n° 5, Universidad de Córdoba, 1993, 312 págs.

La Universidad de Córdoba ofrece la publicación de los estudios presentados en sus Segundas Jornadas de Derecho Comunitario Europeo,

realizadas en marzo de 1992, en el momento "más dramático de las negociaciones de Maastricht", como señala su Director, el profesor José Manuel Peláez Marón. En esta ocasión se incluyen los siguientes artículos: "Modificación de los procedimientos de adopción de decisiones por el Tratado de la Unión Europea", de Marycruz ARCOS VARGAS; "Política comunitaria de desarrollo en el Convenio de Lomé IV", de Carmen CAMACHO GONZALEZ; "La noción de supranacionalidad en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 12 de octubre de 1993", de Juan Antonio CARRILLO SALCEDO; "Unión Europea, Derechos Humanos y Convenio de 1950", de Rafael CASADO RAI-GON; "La política comunitaria del medio ambiente en el Tratado sobre la Unión Europea", de Mireya CASTILLO DAUDI; "La libre circulación de capitales ante la Unión Europea", de Antonio FERNANDEZ TOMAS; "Algunas consideraciones sobre el mito de la supranacionalidad de la Comunidad Europea", de Manuel HINOJO ROJAS; "La política comunitaria del medio ambiente", de José JUSTE RUIZ y Mireya CASTILLO DAUDI; "Maastricht o la engañosa ubicuidad de la soberanía", de José Manuel PELAEZ MARON; "El Parlamento Europeo tras la reforma del Tratado de la Unión Europea", de Alejandro J. RODRIGUEZ CARRION; "Génesis y realización de la integración europea", de Antonio TRUYOL SERRA; "Reflexiones sobre el presente y el futuro de la ayuda oficial al desarrollo de la C.E. a América Latina", de Máximo A. UGARTE VEGA CENTENO; "Evolución jurisprudencial en materia de libre prestación de servicios", de Michel WAELEBROECK; y "Situación actual de Europa: de la guerra fría a la convivencia", de José Antonio DE YTURRIAGA BARBERAN.

Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, nº 17, San José de Costa Rica, enero-junio 1993, 337 págs.

Este nuevo volumen de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos contiene en su sección de doctrina los artículos "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos", de Asdrúbal AGUIAR; "O processo preparatório da Conferência

Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", de Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE; "Policía, derechos humanos y libertades individuales", de Víctor Alberto DELGADO MALLARINO; y "El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia", de Claudio GROSSMAN. Además de estos estudios, incluye una memoria de las actividades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su Comisión, la sentencia del "Asunto Cayara" contra el Perú, las modificaciones del Reglamento de la Corte, la práctica iberoamericana de las Naciones Unidas en la sentencia sobre el "Caso Plinio Apuleyo Mendoza" de la Corte Constitucional colombiana y el discurso del Secretario Ejecutivo de la CEPAL con ocasión de la reunión regional para América Latina y el Caribe preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

SILVA ALONSO, Ramón: *Derecho de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo*. Intercontinental Editora, Asunción, 1994, 4ª edición actualizada, 373 págs.

El manual sobre el Derecho civil paraguayo en materia de obligaciones del profesor SILVA ALONSO, jurista de reconocido prestigio nacional e internacional, está organizado en trece capítulos en los que se estudian el concepto de obligaciones, los elementos -sujetos, objeto y causas de las obligaciones-, los efectos -cumplimiento directo y ejecución indirecta-, el patrimonio del deudor como prenda común de sus acreedores -medios de garantía y acciones conservatorias-, las obligaciones naturales -concepto, enumeración del Código, efectos, Derecho comparado y naturaleza-, la clasificación de las obligaciones por el objeto y por los sujetos, las obligaciones principales y accesorias, las modalidades -condición, plazo y modo-, la transmisión, la extinción y las fuentes de las obligaciones -voluntarias y no voluntarias-. La cuarta edición de la obra del profesor Silva Alonso ofrece un estudio sistemático, completo y actualizado de esta disciplina.

URIBE VARGAS, Diego: *Los últimos derechos de Colombia en el Canal de Panamá*. Universidad Nacional de Colombia, 1993, 439 págs.

Esta nueva obra del profesor Diego URIBE VARGAS, Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Colombia en 1981 cuando se firmó el tratado que lleva su nombre y el del Dr. Carlos OZORES TYPALDOS, en nombre de Panamá, muestra una visión completa de la historia política e internacional de Colombia referente a Panamá, desde sus más remotos antecedentes hasta los hechos más próximos en ambas repúblicas. Además del prólogo del Dr. Ricardo SANCHEZ ANGEL, que califica la obra de completa, valiente y polémica, de un anexo con el tratado con Panamá, bibliografía sobre el tema y la reseña de los documentos más importantes, incluye dieciocho capítulos con los siguientes sugerentes títulos: el testamento del padre Adán, la Anficciónia, navíos de guerra frente a Cartagena, los rieles de oro, el gran francés, las aulagas financieras, ruido de pólvora, dos prórrogas nefastas, la guerra por todas partes, Martínez Silva en Washington, la cabeza de turco, el Tratado Herrán-Hay, el zarpazo, memorial de agravios, el Tratado Urrutia-Thomson, volar por los aires hecho añicos, el Tratado Uribe Vargas-Ozores y la invasión de Panamá.

VV.AA.: *América Latina: De la marginalidad a la inserción internacional*. Colección Estudios Iberoamericanos, Fundación CIPIE, Santiago de Chile, 1994, 170 págs.

La Fundación CIPIE, organización no gubernamental radicada en España y cuya delegación en América está en Santiago de Chile, tiene como principales objetivos el acercamiento, la comprensión y la cooperación entre España -y Europa- y América Latina. De conformidad con estos fines ha editado un volumen sobre la integración y reinserción internacional de América Latina, con la participación de profesores, diplomáticos y estadistas de España y América. Los estudios que forman esta obra son los siguientes: "El nuevo orden internacional y América Latina", de Andrés ZALDIVAR; "América Latina en un mundo en transición", de

Alberto VAN KLAVEREN; "Iberoamérica: integración o desintegración", de Mateo MAGARIÑOS DE MELLO; "El proceso de integración de América Latina y la nueva realidad mundial", de Horacio H. GODOY; "La Iniciativa de las Américas, un marco para la integración y reinserción internacional de América Latina", de Miguel Angel GUTIERREZ; "La perspectiva del Mercosur en el marco de la reinserción internacional de América Latina", de Guido DI TELLA; "Perspectivas para las inversiones externas en América Latina", de Rafael CALDERA; "La renegociación de la deuda externa como base para la reinserción internacional: el caso de Chile", de Eduardo ANINAT; "Cooperación Europea y reinserción internacional de América Latina", de Héctor CASANUEVA; y "El Parlamento Europeo y las relaciones entre la Comunidad Europea y América Latina", de Carlos María BRU y Gustavo PALOMARES.

José Antonio Perea Unceta

NOTICIARIO DEL IHLADI

CUADRO DE HONOR DEL IHLADI**MIEMBROS DE HONOR DEL INSTITUTO**

Fournier Jiménez, Fabio (Costa Rica).

Asociado: Reunión extraordinaria del Consejo Directivo, Coimbra, 1952; Miembro: III Congreso, Quito, 1957; Director del Instituto: 1980-1982; Presidente del Instituto: 1985-1989; Miembro de Honor: XV Congreso, Santo Domingo, 1989.

Truyol y Serra, Antonio (España).

Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: XI Congreso, Madrid, 1977; Miembro de Honor: XVII Congreso, Cáceres, 1992.

Gómez Robledo, Antonio (México).

Asociado: II Congreso, Sao Paulo, 1953; Miembro: IV Congreso, Bogotá, 1962; Consejero del Instituto, 1962-1966; Miembro de Honor: XVIII Congreso, Santiago de Chile, 1994.

Sepúlveda Gutiérrez, César (México).

Asociado: IV Congreso, Bogotá, 1962; Miembro: V Congreso, Santiago de Compostela, 1966; Consejero del Instituto: 1966-1974; Presidente del Instituto: 1974-1977; Miembro de Honor: XVII Congreso, Cáceres, 1992.

Febres Pobeda, Carlos (Venezuela).

Asociado: IV Congreso, Bogotá, 1962; Miembro: V Congreso, Santiago de Compostela, 1966; Secretario Adjunto del Instituto: 1966-1972; Consejero del Instituto: 1972-1977; Presidente del Instituto: 1980-1982 y 1991-1992; Miembro de Honor: XVI Congreso, Mérida, 1991.

PRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Echeverría, Luis (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Herrera Campins, Luis (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980).

Belaúnde Terry, Fernando (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

S.M. el Rey de España D. Juan Carlos I
(XVII Congreso, Cáceres, 1992).

VICEPRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Rabassa, Emilio O. (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Zambrano Velasco, José Eduardo (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980).

Arias Stella, Javier (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

MIEMBROS DE HONOR DE CONGRESO

Oreja Aguirre, Marcelino (España).
(XI Congreso, Madrid-Salamanca, 1977).

Llosa Pautrat, Jorge Guillermo (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

CONSEJO DIRECTIVO

(1994-1996)

PRESIDENTE:

Dr. Hugo Llanos Mansilla (Chile).

DIRECTORES:

Dr. Julio A. Barberis (Argentina).
Dr. Geraldo E. do Nascimento e Silva (Brasil).
Dr. María Teresa Infante Caffi (Chile).
Dr. Jorge Salvador Lara (Ecuador).
Dr. Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador).
Dr. José Juste Ruiz (España).
Dr. Alberto Herrarte (Guatemala).
Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (México).
Dr. Felipe Paolillo (Uruguay).
Dr. Carlos Febres Pobeda (Venezuela).

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Prometeo Cerezo de Diego (España).

XVIII CONGRESO DEL IHLADI

BREVE CRONICA DEL MISMO

La aceptación por la sección nacional chilena de la invitación formulada por la Junta de Miembros del Instituto en el XVII Congreso, celebrado en Cáceres (España) en septiembre de 1992, tuvo como feliz resultado la organización y desarrollo del XVIII Congreso en Chile, el primero que se celebraba en esta república iberoamericana desde la creación del IHLADI. La Comisión organizadora, presidida por los profesores Hugo Llanos y María Teresa Infante, con esfuerzo y tenacidad dignos de todo encomio, conseguiría superar las dificultades que inicialmente surgieron.

Alojados los congresistas en el Hotel Fundador de Santiago, la inauguración del Congreso tuvo lugar el lunes 5 de septiembre de 1994 en el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el Salón de Honor de la ex Cámara de Diputados. En el acto intervinieron el Secretario General del IHLADI, profesor Prometeo Cerezo, el Presidente del Instituto, profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, el Presidente de la Comisión organizadora, profesor Hugo Llanos Mansilla y el Director Jurídico de la Cancillería, embajador Eduardo Vío Grossi.

El Dr. Vío Grossi en su discurso puso de relieve cómo el Derecho internacional está privilegiando los intereses de la sociedad mundial en su conjunto por encima de los intereses particulares de los Estados. En este contexto, sostuvo que la democracia debe entenderse como una obligación jurídica internacional y que por ello la OEA puede actuar, a través de recomendaciones a los Estados miembros, en los supuestos de quiebra democrática. El Director Jurídico de la Cancillería se refirió también a los medios de solución pacífica de controversias, cada día más normales en la vida internacional. Citó el caso de la Laguna del Desierto y los convenios sobre promoción y protección recíproca de inversiones para ejemplificar cómo los conflictos entre Estados comienzan a convivir con la solidaridad entre ellos.

Después de un cóctel ofrecido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la Academia Diplomática, los congresistas partieron en los buses hacia Viña del Mar, alojándose en el Hotel Marbella Resort, sede del Congreso.

Una vez instalados los asistentes, se iniciaron los trabajos de la primera Comisión con la ponencia del profesor español José Juste Ruiz: "La

regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas”.

El martes día 6 los congresistas y acompañantes nos trasladamos a Valparaíso para continuar las sesiones en el Auditorio Naval del Cerro Artillería con los trabajos de la segunda Comisión a cargo del profesor argentino Ernesto Rey Caro: “La conservación de los recursos vivos en el alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina”. En la sesión también intervino el contraalmirante de la Armada chilena, D. Mario Duvauchelle Rodríguez, que disertó sobre: “La propuesta del mar presencial: su vinculación con la Convención del mar, sus perspectivas y una evaluación de sus actuales resultados en el mundo académico”. La sesión matutina fue seguida de un almuerzo ofrecido por la Armada de Chile en el Club Naval.

El miércoles día 7 los participantes en el Congreso retornamos a Santiago en donde los miembros del Instituto fueron obsequiados con un vino de honor en la Embajada de España y asistieron a una recepción en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Mientras tanto los acompañantes pudieron visitar la ciudad y hacer sus compras en Parque Arauco.

Los trabajos de la tercera Comisión comenzaron el jueves día 8 con la ponencia del profesor brasileño José Roberto Franco da Fonseca: “Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: El MERCOSUR y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio”. Después de un almuerzo en la Refinería de Petróleo Con-Con, ofrecido por la Universidad Católica de Valparaíso, y la magnífica presentación de música folclórica chilena, comenzarían por la tarde las sesiones de trabajo de la cuarta Comisión a cargo del embajador chileno Rodrigo Díaz Albónico: “Nuevos enfoques relativos a las inversiones en la producción de materias primas y su comercio internacional: incidencia en la evolución del Derecho internacional económico”.

La tranquilidad de los trabajos del Congreso se vio alterada con la repentina dolencia de nuestro querido colega el profesor José Pérez Montero que precisó ser hospitalizado, pero que tras de una rápida convalecencia pudo retornar a España una semana después de finalizado el Congreso.

El Jurado calificador del Premio “Luis García Arias”, compuesto por su presidente el Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela) y como vocales los Drs. Hugo Llanos Mansilla (Chile) y Juan Antonio Carrillo Salcedo (España) aprobaron por unanimidad otorgar el mencionado premio al trabajo “La conservación de los recursos vivos en el alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina” cuyo autor es el miembro del Instituto profesor Ernesto Rey Caro (Argentina).

En la Junta de Miembros, celebrada el sábado día 10, se nombró por aclamación Miembro de Honor del Instituto al profesor y embajador Dr. Antonio Gómez Robledo (México). Se eligieron ocho nuevos Miembros y veintitrés Asociados. En cuanto a la elección de la sede del XIX Congreso del Instituto a celebrar en 1996, en conformidad con las previsiones establecidas, se acordó dar un voto de confianza a la propuesta formulada en el Congreso de Cáceres por el recordado colega Henrique Martins de Carvalho y encomendar al profesor y embajador Carlos Fernandes la continuación de las gestiones oportunas para la organización del mismo.

El Congreso tuvo un brillante colofón con la invitación que realizó el colega del Instituto, Dr. Edgardo Riveros Marín, Subsecretario General del Gobierno, en el Palacio de la Moneda.

Prometeo Cerezo

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DEL XVIII CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, PROFESOR DR. HUGO LLANOS MANSILLA, EN LA SESION INAUGURAL

Estimados Señores Congresistas:

Nuestro país se siente muy complacido de ser sede del XVIII Congreso del IHLADI.

Miembros y asociados procedentes de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, que junto con los observadores y acompañantes, totalizan un número de 104 asistentes, nos honran con su valiosa presencia. Esperamos corresponder, con nuestra hospitalidad, el generoso interés de todos Uds. de concurrir a este Congreso del IHLADI celebrado por primera vez en Chile, cuyas ponencias y discusiones señalarán, como en anteriores ocasiones, las nuevas tendencias del DI.

La Sección Chilena del IHLADI, con el gran apoyo prestado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por la Armada de Chile, y por el comercio y la empresa privada, colaboraciones que esta mañana me hago un deber de agradecer públicamente, ha organizado este Congreso que esperamos que contribuya a que Uds. se lleven de nuestro país una muy grata impresión, especialmente por el cariño que hemos puesto todos en su organización.

Los estudios que se efectuaron sobre América poco después de su descubrimiento, revelaron la existencia de principios rudimentarios de Derecho Internacional. El Emperador Azteca de *Tenochtitlan* envió embajadores al encuentro de Cortés, a quien recibió luego, con riguroso protocolo. Las tribus indígenas tenían constituida una *liga política* para coordinar su acción frente a conflictos con terceros extraños y para resolver los surgidos entre sus propios miembros.

Luego de independizados, los Estados del nuevo mundo, sin previo acuerdo, creyeron y afirmaron que los principios de Derecho Internacional en vigor en Europa eran, por este solo hecho, aplicables en nuestro continente. Podían repudiar estos principios y proclamar otros

contrarios a los dominantes en Europa, siempre que los estimaren necesarios para mantener su independencia y afirmar su libre desarrollo (Miguel Cruchaga Tocornal: *Derecho Internacional*. Tomo I, Págs. 233 y 234. Ed. Nascimento, Santiago, 1944).

Por otra parte, los Estados americanos proclamaron en sus constituciones y leyes el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros en la adquisición de los derechos civiles.

Chile fue el primero en hacerlo, en 1855.

Antes, en 1832, Don Andrés Bello publicaba, en esta ciudad de Santiago, el primer texto hispanoamericano sobre Derecho Internacional con el título de "Principios de Derecho de Gentes". A él se debe la organización del Ministerio de Relaciones Exteriores, que hoy alberga la inauguración de este Congreso, donde fue contratado en 1837, como Oficial Mayor, y prestó funciones durante 38 años.

A Bello se debe la disposición incorporada en nuestros primeros convenios internacionales, según la cual "Chile se reserva el derecho de conceder a los demás países condiciones superiores a las de la cláusula de la nación más favorecida, la que se conoce con el nombre de 'cláusula Bello'". (Ibidem, Pág. 182).

Una de las ponencias de este Congreso analizará un tema muy importante para Chile, la pesca en la alta mar.

Para Chile, el mar ha sido un factor gravitante en su desarrollo nacional.

En efecto, en 1947, un Presidente de nuestro país, González Videla, proclama aquí en Santiago, el 23 de Junio de 1947, por primera vez, la ampliación de los derechos de soberanía y jurisdicción del Estado costero en un área situada más allá del mar territorial hasta las 200 millas marinas, "para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza que sobre dichos mares y en ellos y bajo ellos se encuentren, sometiendo a la vigilancia del gobierno, especialmente, las faenas de pesca y caza marítimas, con el objeto de impedir que las riquezas de este orden sean explotadas en perjuicio de los habitantes de Chile y mermadas o destruidas en detrimento del país y del continente americano".

Esta revolucionaria tesis chilena será recogida el 18 de agosto de 1952, en la primera conferencia sobre conservación y explotación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur, reunida aquí en Santiago. De esta reunión emanó la "Declaración de Santiago sobre zona marítima", en la que tres países del Pacífico Sur, Chile, Ecuador y Perú, consagran en el primer instrumento internacional celebrado sobre el particular, la soberanía y jurisdicción exclusivas del estado ribereño sobre zona adyacente a sus costas de 200 millas marinas.

He aquí el origen de la zona económica exclusiva que será recogida por la comunidad internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en 1982.

Para Chile, país cuya pesca, el año pasado, ascendió a un desembarque total de 6.190.000 toneladas, lo que lo coloca en el quinto lugar como potencia mundial pesquera, le interesa especialmente los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas en la alta mar y las poblaciones de peces altamente migratorias en la alta mar, tema que será objeto de una ponencia en el presente congreso.

Un problema de especial preocupación para Chile ha constituido la pesca que realizan flotas de aguas distantes en alta mar, en zonas adyacentes a nuestra zona económica exclusiva, en desmedro de los recursos contenidos en éstas.

La intensificación de esta pesca irrestricta amenaza la sostenibilidad de nuestros recursos, desconociendo asimismo, los derechos e intereses de los Estados costeros.

La posición del CORE Group, en el que participa Chile en la Conferencia de las NU arriba señalada, es establecer, de conformidad con el principio del desarrollo sostenible, un régimen efectivo de conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales en la alta mar y las poblaciones de peces altamente migratorias, que sea compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que está próxima a entrar en vigor.

Sobre el particular, en nuestro país, el Almirante Martínez Busch ha dado origen al concepto del *Mar Presencial*, recogido en la Ley de Pesca

Chilena, y que se le define como "Aquella parte de alta mar, existente para la comunidad internacional, entre el límite de nuestra zona económica exclusiva continental y el meridiano que, pasando por el borde occidental de la plataforma continental de la Isla de Pascua, se prolonga desde el paralelo de Arica (Hito N° 1) hasta el Polo Sur".

Este concepto no significa desconocer el estatuto jurídico de la alta mar.

Distinguidos Congresistas:

Otra ponencia de este Congreso se refiere a los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina.

El XVIII Congreso del IHLADI se celebra en un continente en que la integración económica figura en la agenda de todos nuestros países, y en especial en la de Chile. Es así que nuestro país espera iniciar antes de fines de año las negociaciones tendientes a la adhesión al *Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLC o NAFTA-*; o la suscripción de un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Por otra parte, Chile ha iniciado las negociaciones para conformar una Zona de Libre Comercio con el *MERCOSUR*.

Con ello está culminando la propuesta de asociación hecha por nuestro país a los cuatro países miembros de este bloque económico.

Recientemente, el gobierno de Chile ha planteado su interés en negociar bilateralmente, a través del *MERCOSUR*, un esquema de Asociación que perfeccione la relación existente con la Unión Europea. Se trata de contar con disposiciones similares a las que tienen los países que integran esta Unión con Israel, y que se pretende hacer extensiva también a México y Sudáfrica.

Chile adhiere al principio del "regionalismo abierto", mediante el cual los acuerdos regionales son concedidos como mecanismos para incentivar el comercio y las inversiones, no sólo con los países del área, sino con el resto del mundo.

Lo anterior es una de las expresiones de la voluntad pacifista de nuestro país, el que en sus relaciones internacionales ha privilegiado, asimismo, la solución pacífica de controversias. Ejemplo de esto último, es su

confianza en el mecanismo de solución arbitral, que ha permitido que por primera vez un problema limítrofe se entregue a la solución de un Tribunal Arbitral integrado solo por juristas latinoamericanos.

En otro orden, y en temas fundamentales de la agenda internacional del presente, Chile ha tomado la iniciativa para que la comunidad internacional convoque una *Conferencia Mundial sobre Desarrollo Social*, la que se realizará el año próximo en Copenhague (6 al 12 de Marzo) a fin de fomentar la integración social, reducir la pobreza y expandir el empleo productivo.

Dicha acción fue el resultado de la percepción del ex presidente Aylwin cuando intervino en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1990, del empeoramiento de los problemas sociales que vive nuestro mundo y la necesidad de reorientar las políticas sociales al respecto: la salud, la educación, la protección social, la igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de los ingresos y la participación en las decisiones, son los puntos más relevantes de esta conferencia que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó mediante la resolución 47-92 del 16 de Diciembre de 1992.

Señores Congresistas:

Un tema de especial preocupación para los países de nuestro continente, y que será objeto de una ponencia en este Congreso, es el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.

Sobre el particular, los países que integran la Comisión Permanente del Pacífico Sur -Chile, Ecuador, Perú- más Panamá, se encuentran estudiando el borrador de un protocolo sobre el control en el Pacífico Sudeste de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Se está analizando la conveniencia de incorporar o no en este Protocolo los desechos peligrosos de origen radiactivo, que se han incluido en el borrador del Protocolo propuesto, y se ha solicitado a los respectivos gobiernos su opinión sobre el particular.

Señores Congresistas:

Después de muchos años, constatamos en el continente americano la existencia en la casi totalidad de los países que lo integran, de regímenes democráticos.

Justamente, en esta ciudad de Santiago, tuvo lugar, en 1991, la celebración del vigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, suscribiéndose en ésta el *compromiso de Santiago con la democracia* en el que los Ministros de Relaciones Exteriores de nuestros países declaran: "Su compromiso indeclinable con la defensa y promoción de la democracia representativa y de los derechos humanos en la región, dentro del respeto a los principios de libre determinación y no intervención".

A la sombra de este compromiso nos reunimos hoy día para dar comienzo a nuestro XVIII Congreso, cuyo éxito será tarea de todos nosotros.

Sean Uds. muy bienvenidos.

Muchas gracias.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SECRETARIO GENERAL
DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL, PROFESOR
DR. PROMETEO CEREZO DE DIEGO, EN LA SESION
INAUGURAL DEL XVIII CONGRESO**

Excmo. Sr. Embajador D. Eduardo Vio Grossi, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores; Ilmo. Sr. Profesor Dr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, Presidente del IHLADI; Ilmo. Sr. Profesor Dr. Hugo Llanos Mansilla, Presidente de la Comisión Organizadora del XVIII Congreso; Miembros y Asociados del Instituto; señoras y señores.

Como Secretario General del Instituto me cabe el honor de abrir las intervenciones de este acto solemne de la inauguración del XVIII Congreso del IHLADI que por primera vez, desde su creación en 1951, se celebra en Chile. En este país, en cuya atmósfera todavía pervive el hábito del gran internacionalista americano Don Andrés Bello, rector de la Universidad de Santiago y redactor del Código civil de Chile, que definía al Derecho internacional o de Gentes como "la colección de las leyes o reglas generales de conducta que las naciones o Estados deben observar entre sí para su seguridad y bienestar común".

Pero el propio Bello reconocía que muchas de las reglas del Derecho internacional son "vagas e indeterminadas", lo cual impide que puedan aplicarse con claridad y precisión en muchos casos. De aquí que la labor del internacionalista es de capital importancia para delinear los principios rectores y contenidos básicos de las nuevas normas de la actual sociedad internacional cada vez más interdependiente, más humana, más participativa.

En la tarea de la codificación del Derecho internacional han prestado una contribución de inapreciable valor las asociaciones científicas, destacando en el ámbito iberoamericano el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

La afinidad e identidad del pensamiento cultural y jurídico de los países del mundo hispano-luso-americano y filipino posee, creemos, una virtualidad excepcional, para servir de puente entre mundos de expresión tan

diferente como los países del llamado Tercer Mundo y el ámbito de los países europeos, que permita la construcción de un nuevo Derecho internacional más justo y más humano, basado en la paz, la equidad y el desarrollo integral y armónico de los pueblos.

Al Instituto le cabe una tarea de colaboración de fundamental importancia en la construcción de este nuevo orden internacional configurador de una nueva sociedad que, respetando los principios del Derecho internacional, suprima las desigualdades y alumbre nuevos cauces de diálogo, de cooperación y de solidaridad internacional.

En este Congreso, la labor del Instituto se va a centrar en el estudio de las siguientes ponencias:

1. "La regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas". Ponente: José Juste Ruiz (España).
2. "La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina". Ponente: Ernesto Rey Caro (Argentina).
3. "Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: el MERCOSUR y el modelo de los acuerdos de libre comercio". Ponente: José Roberto Franco da Fonseca (Brasil).
4. "Nuevos enfoques relativos a las inversiones en la producción de materias primas y de su comercio internacional: incidencia en la evolución del derecho internacional económico". Ponente: Rodrigo Díaz Albónico (Chile).

En cuanto al desarrollo de la vida interna del Instituto desde el pasado Congreso, celebrado en Cáceres (España) en 1992, me cabe destacar entre otras actividades de la Secretaría General, la publicación y distribución de los volúmenes X y XI, referentes a los Congresos de Mérida de los Andes y Cáceres, del folleto de Conclusiones y Acuerdos adoptados en éste último, la impresión de las ponencias del presente Congreso, el envío de las Circulares por Vds. ya conocidas, etc.

También quiero referirme a las fructíferas gestiones realizadas por nuestro colega el Dr. Efraín Schacht Aristeguieta, Ex-Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, aquí presente, gracias a cuyos des-

velos y a la generosidad del Gobierno de su país, es posible contar con la dotación del premio "Luis García Arias", que en la presente edición cumple su vigésimo aniversario.

Desde nuestra última reunión en Cáceres son numerosos y destacados los miembros del Instituto que hoy no pueden estar aquí con nosotros. Me refiero al distinguido colega costarricense, Gonzalo Ortiz Martín; al profesor Francisco García-Amador, de Cuba, premio "Luis García Arias" en su última edición; al maestro César Sepúlveda, Miembro de Honor de nuestro Instituto y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la UNAM de México; al profesor y estadista Julio E. Linares, Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá y antiguo Secretario General interino del IHLADI; al profesor y embajador Andrés Avelino Aramburú Menchaca, del Perú, ex presidente de nuestro Instituto; al profesor Henrique Martins de Calvalho, de Portugal, Secretario General de la Universidad Internacional de Lisboa; y al profesor de la Universidad del Zulia, Jesús Soto Amesty, de Venezuela.

A todos ellos queremos rendir en el presente acto nuestro inolvidable recuerdo y merecido homenaje por los destacados servicios prestados al Derecho internacional y al Instituto. Que en paz descansen.

Cumplido este doloroso trámite, me corresponde agradecer públicamente los trabajos y desvelos de la Comisión organizadora chilena, presidida por los profesores Hugo Llanos Mansilla y María Teresa Infante Caffi, y a todos aquellos que con su colaboración desinteresada han contribuido a la realización de este magnífico evento. Para todos ustedes el reconocimiento obligado de los congresistas.

Y una vez más, fieles al lema agustiniano que figura en nuestro escudo de "tranquillitas ordinis", con la tranquilidad y el ordenado sosiego, que tanta falta hace en nuestro tiempo, vamos a acometer las tareas científicas de este XVIII Congreso. Que Dios nos ilumine. Muchas gracias.

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS DEL XVIII CONGRESO DEL IHLADI

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA COMISION

El XVIII Congreso del IHLADI:

Considerando la ponencia presentada por el Profesor José Juste Ruiz, "LA REGULACION INTERNACIONAL DE LOS MOVIMIENTOS TRANSFRONTERIZOS DE DESECHOS Y OTRAS MATERIAS PELIGROSAS", le expresa su agradecimiento por el estudio realizado.

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que el tránsito internacional de desechos y otras materias peligrosas nunca resulte incompatible con la protección de la salud humana y el medio ambiente, así como con la gestión racional de los mismos.

SEGUNDO.- Los Estados reducirán progresivamente al mínimo y controlarán rigurosamente los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, y regularán debidamente las condiciones del transporte internacional de otras materias peligrosas, para evitar que estos movimientos puedan constituir supuestos de "exportación de la contaminación" o la transferencia a terceros de los costos medioambientales.

TERCERO.- El Convenio de Basilea de 1989 sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación constituye, en la actualidad un instrumento esencial para el logro de los objetivos señalados. Para su eficacia se requiere que sea suscrito por un número más amplio de Estados y, en particular, por los Estados industrializados a los que corresponde la responsabilidad principal en este campo.

CUARTO.- Asimismo será necesario que las reglas del Convenio de Basilea se apliquen a todos los desechos peligrosos, en especial, a los desechos radioactivos. Deberá ponerse fin a los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, desde los países industrializados a los países en desarrollo e impedir el envío de tales desechos a Estados que no posean capacidad para tratarlos adecuadamente.

QUINTO.- Se considera conveniente extender gradualmente la aplicación de las disposiciones esenciales del Convenio de Basilea, en especial

los principios de notificación y consentimiento previos a los movimientos transfronterizos de otras materias y productos peligrosos mediante la adopción de los instrumentos internacionales pertinentes. Mientras este objetivo no se logre, deberán perfeccionarse las disposiciones, tanto internacionales como nacionales, sobre el transporte terrestre, marítimo y aéreo en vistas a garantizar la seguridad del tránsito de estos materiales y productos peligrosos.

SEXTO.- Los derechos reconocidos a los Estados de tránsito deben aplicarse no sólo al tránsito a través del territorio terrestre, sino también al tránsito por los espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción de los Estados.

SEPTIMO.- Se destaca la importancia fundamental que revisten los aspectos relativos al depósito, tratamiento y eliminación de los desechos.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA COMISION

El XVIII Congreso del IHLADI:

Considerando la ponencia presentada por el Profesor Ernesto Rey Caro, "LA CONSERVACION DE LOS RECURSOS VIVOS EN LA ALTA MAR Y LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA LEGISLACION EN AMERICA LATINA", le expresa su agradecimiento por el estudio realizado.

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- Los océanos y mares, desde una perspectiva biológica y ecológica, constituyen un sistema integrado que exige una amplia interacción entre las zonas sometidas a las jurisdicciones nacionales y el alta mar.

SEGUNDO.- La realidad ha puesto de manifiesto que las obligaciones de los Estados recogidas en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no han sido efectivas en muchas áreas del alta mar, existiendo problemas de prácticas de pesca perjudiciales, sobrepesca, falta de supervisión y control, y otros problemas no resueltos.

TERCERO.- Estos hechos explican la adopción de actos legislativos internos, como los de Chile y la Argentina, así como los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas en búsqueda de una solución equilibrada al problema de la conservación y ordenación de las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias.

CUARTO.- Prosiguiendo la doctrina sostenida por el IHLADI desde 1953, el Instituto adopta la siguiente resolución:

1. La conservación y administración de los recursos y del medio ambiente marino sólo podrá asegurarse mediante la cooperación internacional entre todos los Estados comprometidos en las actividades extractivas, cooperación que tiene el carácter de un imperativo jurídico.

2. La obligación de cooperar exige de los Estados obrar de buena fe y observar una conducta que garantice su efectividad.

3. Los regímenes de conservación y administración de los recursos vivos marinos deben asegurar la relación ecológica entre poblaciones dependientes y asociadas, prevenir la disminución de las poblaciones explotables para garantizar su recuperación, e impedir impactos adversos o modificaciones perjudiciales en el ecosistema marino.

4. La libertad de pesca en el alta mar, como derecho restringido, está condicionada por las obligaciones que recaen sobre los Estados que practican la actividad pesquera para asegurar la conservación y administración de los recursos, en función de los derechos, obligaciones e intereses reconocidos a los Estados ribereños en las zonas marítimas sometidas a su jurisdicción, así como los derechos, obligaciones e intereses de otros Estados.

5. Tales derechos, obligaciones e intereses se proyectan, *inter alios*, sobre las especies asociadas y compartidas, especies altamente migratorias, mamíferos marinos y especies anádromas y catádromas.

6. En consecuencia, la pesca en el alta mar no debe tener un resultado adverso sobre los recursos bajo jurisdicción de los Estados ribereños, ni afectar sus derechos.

7. Las medidas de conservación aplicadas por los Estados pesqueros en el alta mar, deben guardar coherencia con las adoptadas por los Estados ribereños. Asimismo, las medidas de conservación adoptadas por éstos deberían estar en concordancia con las aprobadas por los Estados pesqueros, especialmente cuando se establecieren a través de las organizaciones regionales o subregionales.

8. Las disposiciones sobre la pesca en el alta mar de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar necesitan ser adecuadamente aplicadas, requiriéndose una mayor precisión del concepto de "interés especial" de los Estados ribereños.

9. El principio de "pesca responsable" puede constituir un marco adecuado para resguardar la utilización sustentable de los recursos pesqueros en compatibilidad con la conservación del medio ambiente y con el uso de prácticas de captura no perjudiciales para el ecosistema y sus recursos.

10. Los mecanismos de cooperación deben institucionalizarse fundamentalmente a través de acuerdos u organizaciones subregionales o regionales, sin perjuicio de la necesidad de convenios de alcance general, que incorporen los principios y directrices sobre los que debe asentarse la cooperación.

11. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas y las poblaciones de peces altamente migratorias, puede y debe constituirse en una de las principales vías para establecer principios y directrices que aseguren la efectividad de los derechos, obligaciones e intereses estatales reconocidos.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA COMISION

El XVIII Congreso del IHLADI:

Considerando la ponencia presentada por el Profesor José Roberto da Fonseca, titulada "LOS NUEVOS PROBLEMAS JURIDICOS E INSTITUCIONALES EN LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA: EL MERCOSUR Y EL MODELO DE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO", le expresa su agradecimiento por el estudio realizado.

Teniendo en cuenta la tendencia universal de crear grandes agrupaciones regionales económicas, los procesos de integración de América Latina, en especial el Pacto Andino, el Mercado Común Centroamericano, y el Mercosur, que han significado avances importantes, aunque no suficientes, para colocar a nuestra región en el lugar que le corresponde en el concierto de las naciones, en materia de integración.

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- Estos procesos deben conducir, en forma paulatina, a una integración de mayor envergadura, como sería una *Comunidad Iberoamericana de Naciones*, que comprendería un mercado común y políticas macroeconómicas coordinadas y comunes.

SEGUNDO.- Se estima que las bases del proceso están constituidas por los pueblos iberoamericanos, ya que en ellos se encuentran las mayores afinidades: históricas, culturales, idiomáticas y de religión. Esto no es obstáculo para que la Comunidad Iberoamericana celebre acuerdos con otros Estados o agrupaciones regionales.

TERCERO.- Tal proceso de integración debe basarse en el derecho, de manera que los actores gocen de plena seguridad jurídica.

Para esto es necesario el predominio de las normas comunitarias sobre las de los Estados Miembros; que ellas se apliquen directamente y que exista un órgano jurisdiccional que dirima las controversias y conduzca a su interpretación uniforme.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de algunos acuerdos de libre comercio se puede justificar una estructura jurídica e institucional acorde con su naturaleza funcional.

CUARTO.- El proceso de integración iberoamericano debe basarse en los principios de democracia y participación, de solidaridad, justicia social y reciprocidad, y tener una finalidad de desarrollo integral sustentable que incluya el fomento de la actividad privada y que comprenda aspectos económicos, sociales, culturales, políticos, humanos, científicos, tecnológicos y otros.

QUINTO.- Debe, igualmente, corresponder a un regionalismo abierto que, junto con asegurar la inserción de la región en el intercambio mundial, permita a la comunidad iberoamericana estar en mejores condiciones para incrementar su comercio, y tener un mayor poder de negociación en sus relaciones económicas internacionales.

SEXTO.- En lo que se refiere al MERCOSUR:

a) Expresar su satisfacción por los avances experimentados, resultado de la voluntad política manifestada por los gobiernos de los países miembros, en cuanto a la liberación del comercio recíproco y al arancel externo común;

b) Formular los deseos de que puedan ingresar a él, en calidad de Miembros o Asociados, otros Estados iberoamericanos, y

c) Manifestar su acuerdo con las aspiraciones en cuanto a que el perfeccionamiento institucional y jurídico es indispensable para la continuación y profundización de su proceso, mediante el establecimiento de órganos multifuncionales, con mayor agilidad en la adopción de decisiones, y, en especial, con la creación de un sistema judicial permanente, de jurisdicción obligatoria.

CONCLUSIONES DE LA CUARTA COMISION

El XVIII Congreso del IHLADI:

Considerando la ponencia presentada por el Profesor Rodrigo Díaz Albónico, "NUEVOS ENFOQUES RELATIVOS A LAS INVERSIONES EN LA PRODUCCION DE MATERIAS PRIMAS Y SU COMERCIO INTERNACIONAL: INCIDENCIA EN LA EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO", le expresa su agradecimiento por el estudio realizado.

Teniendo en cuenta que la inversión extranjera constituye uno de los instrumentos esenciales en el desarrollo económico y social de los Estados en el actual contexto de la sociedad internacional.

Adopta las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- La inversión extranjera ha generado nuevos esquemas, técnicas e instituciones nacionales e internacionales en los que están involucrados aspectos pertenecientes al derecho internacional público, al derecho internacional privado y otros sectores normativos.

SEGUNDO.- El régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras se encuentra en un proceso de evolución marcado por la existencia de numerosos tratados bilaterales, instituciones de solución de las controversias que pudiesen surgir y modalidades de seguro de las inversiones.

En mérito de lo expresado, el IHLADI:

Considera que la complejidad y progresiva evolución de las cuestiones planteadas requerirá seguir estudiando los futuros desarrollos de estos problemas y se propone continuar examinándolos en próximos congresos.

OTROS ACUERDOS DEL XVIII CONGRESO

Tanto en las Sesiones Plenarias y de Clausura, como en la Junta de Miembros, se adoptaron sobre la base de las oportunas propuestas o mociones, formuladas oralmente o por escrito, los siguientes

ACUERDOS

- Voto de agradecimiento al Gobierno, instituciones nacionales y autoridades regionales y locales de la República de Chile por las atenciones y el apoyo prestado a la celebración del Congreso.

- Voto de agradecimiento al Presidente, Secretaria y demás miembros de la Comisión organizadora por la eficaz y meritoria labor desarrollada en la preparación y realización del Congreso, así como al personal de apoyo de la Secretaría por su valiosa colaboración.

- Voto de agradecimiento al Gobierno de Venezuela por la continuidad en la dotación del premio "Luis García Arias".

- Voto de pésame por el fallecimiento de los recordados colegas José María Ruda (Argentina), Gonzalo Ortiz Martín (Costa Rica), Francisco García-Amador (Cuba), César Sepúlveda (México), Julio E. Linares (Panamá), Andrés Avelino Aramburú Menchaca (Perú), Henrique Martins de Carvalho (Portugal), Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay) y Jesús Soto Amesty (Venezuela). Que en paz descansen.

- Voto de felicitación a los ponentes Drs. José Juste Ruiz (España), Ernesto J. Rey Caro (Argentina), Roberto Franco da Fonseca (Brasil) y Rodrigo Díaz Albónico (Chile) por el valioso aporte científico de sus trabajos, que prestigiaron las labores del XVIII Congreso.

- La Junta de Miembros aprobó por unanimidad, a propuesta del Dr. Efraín Schacht Aristeguieta, modificar el artículo 1 del Reglamento de los premios "Luis García Arias" y "José de Yanguas Messía" que dice: "Bajo los auspicios del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho

Internacional (IHLADI) han quedado instituidos dos premios destinados a recompensar, en las condiciones establecidas en el presente Reglamento, a los autores de los mejores estudios consagrados a cuestiones de Derecho internacional", añadiendo "o, en su defecto, de las ponencias presentadas al Congreso en que se otorguen".

- Igualmente se acordó que el Secretario General realice las gestiones oportunas para hacer efectivo el premio de Derecho internacional privado "José de Yanguas Messía", instaurado en el X Congreso del Instituto (México-Guanajuato) y no convocado hasta el momento.

- En relación con la elección de la sede del XIX Congreso del Instituto a celebrar en 1996, la Junta de Miembros acordó dar un voto de confianza a la propuesta del embajador Carlos Fernandes, de Portugal, expresada por escrito, y, en caso de no resultar posible, promover otras alternativas sugeridas por las Secciones nacionales de Argentina, El Salvador, etc.

- La Junta de Miembros delegó en el Presidente del Instituto y en la Dra. María Teresa Infante, en contacto con la Secretaría General, la selección de temas y ponentes para el próximo Congreso.

- A propuesta de la Secretaría General, se aprobó el envío gratuito del Anuario a las bibliotecas de dos o tres centros que las Secciones nacionales de cada país elijan.

- También se acordó que los asistentes a los Congresos que presenten comunicaciones en ellos lleven consigo las copias de las mismas que deseen repartir, a los efectos de no sobrecargar con esta tarea a las Comisiones organizadoras.

- El Jurado calificador del Premio "Luis García Arias", compuesto por su Presidente el Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela), y como vocales los Drs. Hugo Llanos Mansilla (Chile) y Juan Antonio Carrillo Salcedo (España), en sustitución de los Drs. Geraldo do Nascimento e Silva (Brasil) y Antonio Marín López (España), ausentes, aprobó por unanimidad otorgar el mencionado premio al trabajo: "La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina", del que es autor el miembro del Instituto Dr. Ernesto Rey Caro (Argentina).

- Para la próxima edición del Premio "Luis García Arias", se nombró como Jurado calificador al Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela), como presidente, y los Drs. Juan Antonio Carrillo Salcedo (España) y Miguel Angel Espeche Gil (Argentina), como vocales.

PROPUESTA DEL PRESIDENTE DEL IHLADI, PROFESOR DOCTOR JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, SOBRE LA RECOMENDACION DEL XVII CONGRESO (CACERES, SEPTIEMBRE 1992) RELACIONADA CON LA PROPUESTA DE SOLICITUD, POR PARTE DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DE UNA OPINION CONSULTIVA A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ACERCA DE LOS ASPECTOS JURIDICOS DE LA DEUDA EXTERNA

Me dirijo al XVIII Congreso del IHLADI a fin de dar cumplimiento al encargo, que me fue conferido en el Congreso de Cáceres, de continuar con las gestiones encomendadas a mi eminente antecesor en esta Presidencia, el profesor doctor Carlos Febres Pobeda, para procurar la aprobación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de una solicitud de opinión consultiva al Tribunal de la Haya acerca de la licitud o ilicitud del alza unilateral e irrestricta de las tasas de interés de la deuda externa.

Desde el Congreso de Cáceres se han producido diversos hechos que demuestran la vigencia permanente del problema de la deuda externa de los países en desarrollo, en particular los de América Latina, problema que no sólo no ha desaparecido, como pretenden hacer creer algunos medios de comunicación masiva, sino que subsiste ominosamente como obstáculo al progreso de los países deudores. Cabe destacar que, a pesar de los enormes desembolsos de los deudores, que se han convertido en exportadores netos de capital hacia el primer mundo, el total de la deuda externa supera actualmente los 440.000 millones de dólares, cuando los préstamos no alcanzaron los 80.000 millones de dólares. Carece de sentido pretender que, con esa deuda pendiente, la cuestión pueda ser consi-

derada como superada por las distintas formas de composición y escalonamiento de pagos que algunos Estados han pactado con la banca acreedora.

Lo angustioso del problema fue advertido con lucidez por la XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea/América Latina en mayo pasado en San Pablo, cuando formuló la siguiente declaración:

"Acuerda:

Manifestar su preocupación por el esfuerzo de exportación de ahorro que están realizando los países latinoamericanos para hacer frente al servicio de la Deuda Externa, y que ha creado problemas tales como la agudización de la pobreza, dificultades para el funcionamiento y la modernización de su aparato productivo y de las infraestructuras sociales;

considerar que a pesar de las soluciones aplicadas, la dimensión de la Deuda sigue sobrepasando las posibilidades reales de reembolso de las economías de estos países;

pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta de que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de Justicia de la Haya un dictámen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico que debe regular los términos de los préstamos internacionales;..."

En septiembre de 1993, en el Congreso Federal de Brasilia, con el auspicio del Parlamento Latinoamericano, tuvo lugar una mesa redonda en la que participó, entre otros, el doctor Rafael Caldera, quien el pasado febrero asumió por segunda vez la Presidencia de la República de Venezuela. En esa oportunidad el problema de la deuda fue abordado, no sólo como cuestión pendiente a ser corregida por su inequidad histórica, sino también y muy especialmente como renovado riesgo que se cierne sobre los países deudores en función del nuevo aumento de las tasas de interés previsto por diversos indicadores económicos internacionales. La perspectiva de otra escalada de los intereses sometería, a las ya abrumadas naciones deudoras, a una nueva ordalía de desenfrenado anatocismo o espiral sin fin de intereses sobre intereses.

Es por ello que el papel del Derecho como regulador de esa grave cuestión debe ser defendido y puesto en práctica. La vía elegida inicialmente en el Congreso de Santo Domingo de 1989 por el IHLADI sobre la ponencia del Embajador doctor Miguel Angel Espeche Gil ha tenido cada vez más aceptación en foros internacionales. El recurso al procedimiento consultivo se presenta, entonces, como el medio más idóneo para prevenir las consecuencias de una renovada alza de las tasas de interés.

Iniciativas en ese sentido se han repetido en diversos parlamentos de América Latina y el CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina), entidad académica empeñada en difundir esta propuesta y procurar su aprobación, ha publicado tres valiosos volúmenes con aportes científicos en distintas disciplinas jurídicas y económicas. En cuatro seminarios sus miembros han elaborado trabajos que convergen hacia la fundamentación de la propuesta, buscando dar voz al Derecho en la solución de este acuciante problema.

A partir de la reunión del CEISAL en Roma, en julio de 1992, los esfuerzos se han dirigido principalmente a buscar apoyo para la llamada "fórmula de Roma", redactada en esa oportunidad, que contiene las cuestiones que eventualmente deberían ser llevadas a la Corte de la Haya. La fórmula dice así:

"La Asamblea General de las Naciones Unidas solicita a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre:

1) ¿Cuál es el marco jurídico de Derecho internacional en el que se sitúan las obligaciones que resultan de la deuda externa y su cumplimiento?

2) En particular, ¿Qué consecuencias produce sobre dichas obligaciones el aumento imprevisto en términos reales de los capitales y de los intereses?"

Estas preguntas, que eventualmente serán sometidas a la Corte, en caso de ser aprobadas por la Asamblea General, abarcan toda la problemática jurídica del tema y por ello estimo que nuestro Instituto, en consonancia con su inalterable posición de principios, debería prestarle también su decidido apoyo, ofreciendo su asesoramiento jurídico a los países que decidan presentar la propuesta ante la AGNU.

Por ello me permito proponer al plenario del Congreso del IHLADI que se reitere a mi ilustre sucesor en la Presidencia, el profesor doctor Hugo Llanos Mansilla, el mandato de continuar los esfuerzos tendentes a obtener que la cuestión de la deuda externa sea finalmente reconocida en su faz jurídica y llevada en consulta al Tribunal internacional.

NUEVOS MIEMBROS DE HONOR, MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En la Junta de Miembros celebrada el día 10 de septiembre de 1994 fue nombrado por aclamación MIEMBRO DE HONOR:

Antonio GÓMEZ ROBLEDO (México)

En las elecciones estatutarias resultaron elegidos los siguientes ocho MIEMBROS, que obtuvieron mayoría absoluta:

Julio BARBOZA (Argentina)

Rodrigo DÍAZ ALBÓNICO (Chile)

Francisco ORREGO VICUÑA (Chile)

Alberto RIOSECO VÁZQUEZ (Chile)

Rafael NIETO NAVIA (Colombia)

José Manuel PELÁEZ MARÓN (España)

Leandro RUBIO GARCÍA (España)

Ramón SILVA ALONSO (Paraguay)

Asimismo fueron elegidos los siguientes veintitrés ASOCIADOS:

Frida ARMAS PFIRTER (Argentina)

Juan CARLOS BELTRAMINO (Argentina)

Miguel Angel CIURO CALDANI (Argentina)

Jorge GINER (Argentina)

Hortensia GUTIÉRREZ POSSE (Argentina)

Felipe TREDINNICK-ABASTO (Bolivia)

João GRANDINO RODAS (Brasil)

Santiago BENADAVA (Chile)
 Javier ILLANES (Chile)
 Avelino LEÓN STEFFENS (Chile)
 Germán CAVELIER (Colombia)
 Rodrigo MADRIGAL NIETO (Costa Rica)
 Ricardo CASTANEDA CORNEJO (El Salvador)
 José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (España)
 Rodolfo ARIZALA (Filipinas)
 Raúl S. MANGLAPUS (Filipinas)
 Tomás SYQUIA (Filipinas)
 Luis CHAVEZ ESCOTO (Nicaragua)
 Aristides ROYO SÁNCHEZ (Panamá)
 Oscar B. LLANES TORRES (Paraguay)
 Rui Manuel MOURA RAMOS (Portugal)
 Fausto DE QUADROS (Portugal)
 Didier OPERTTI BADAN (Uruguay)

COMISIONES DEL XVIII CONGRESO

Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, sobre "La regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Carlos FEBRES POBEDA (Venezuela)
 Vicepresidente: Alejandro MONTIEL ARGÜELLO (Nicaragua)
 Ponente: José JUSTE RUIZ (España)
 Secretario: Raúl VINUESA (Argentina)

La *Segunda Comisión*, sobre "La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América latina", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Francisco ORREGO VICUÑA (Chile)
 Vicepresidente: Vicente UGARTE DEL PINO (Perú)
 Ponente: Ernesto José REY CARO (Argentina)
 Secretario: José Manuel PELAEZ MARON (España)

La *Tercera Comisión*, sobre "Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en América Latina: El 'MERCOSUR' y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Alfredo MARTINEZ MORENO (El Salvador)
 Vicepresidente: Alberto RIOSECO (Chile)
 Ponente: José Roberto FRANCO DA FONSECA (Brasil)
 Secretario: César MOYANO BONILLA (Colombia)

La *Cuarta Comisión*, sobre "Nuevos enfoques relativos a las inversiones en la producción de materias primas y su comercio internacional: incidencia en la evolución del derecho internacional económico", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Calixto ARMAS BAREA (Argentina)
 Vicepresidente: Rogelio SOTELA MONTAGNE (Costa Rica)
 Ponente: Rodrigo DIAZ ALBONICO (Chile)
 Secretario: Jorge ALBORNOZ (Venezuela)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de Honor

(M) Miembro

(A) Asociado

(O) Observador

ARGENTINA:

ARMAS BAREA, Calixto A. (M)

BARTOLOMEO CARLOMAGNO, Roberto (M)

COCCA, Aldo Armando (M)

ESPECHE GIL, Miguel Angel (M)

FERRER, Manuel Augusto (M)

MOYA DOMINGUEZ, María Teresa (M)

REY CARO, Ernesto (M)

RIZZO ROMANO, Alfredo (M)

BELTRAMINO, Juan Carlos (A)

BOGGIO-MARZET, Pablo Alberto (A)

CIURO CALDANI, Miguel Angel (A)

GINER, Jorge A. (A)

GUTIERREZ POSSE, Hortensia (A)

SAVID BAS, Luis Ignacio (A)

PAGLIARI, Arturo (A)

VINUESA, Raúl Emilio (A)

AEL, Rubén (O)

BIOCCA, Stella Maris (O)

GALATRO, María Alejandra (O)

GALENTRO, Alejandra (O)

VASQUEZ RAMOS, Alberto (O)

BRASIL:

FRANCO DA FONSECA, José R. (M)

DE MATTOS PIMENTA DE GAMA E SILVA, Eddy (O)

RIBEIRO, Clotilde K. (O)

COLOMBIA:

MOYANO BONILLA, César (A)

COSTA RICA:

FOURNIER JIMENEZ, Fabio (MH)

SOTELA MONTAGNE, Rogelio (M)

CHILE:

DIAZ ALBONICO, Rodrigo (M)

INFANTE CAFFI, María Teresa (M)

LLANOS MANSILLA, Hugo (M)

ORREGO VICUÑA, Francisco (M)

RIOSECO V., Alberto (M)

BENADAVA, Santiago (A)

ILLANES, Javier (A)

IRIGOIN, Jeannette (A)

LEON STEFFENS, Avelino (A)

RIVEROS, Edgardo (A)

ARNELLO, Mario (O)

ESPALIAT LARSON, Astrid (O)

GAETE, Eugenio (O)

GARFE, Farouk (O)

MONTT, Luis (O)

MORAL LOPEZ, Pedro (O)

RAMIREZ NECOCHEA, Mario (O)

SALINAS BURGOS, Hernán (O)

VALENZUELA LAFOURCADE, Mario (O)

VIO GROSSI, Eduardo (O)

ECUADOR:

SALVADOR LARA, Jorge (M)

EL SALVADOR:

MARTINEZ MORENO, Alfredo (M)

SERRANO GARCIA, Carlos (M)
GALLARDO DE GUTIERREZ, Michelle (A)

ESPAÑA:

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (M)
CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol (M)
CEREZO DE DIEGO, Prometeo (M)
CORRIENTE CORDOBA, José Antonio (M)
JUSTE RUIZ, José (M)
MAPELLI LOPEZ, Enrique (M)
PELAEZ MARON, José Manuel (M)
PEREZ MONTERO, José (M)
RUBIO GARCIA, Leandro (M)
YTURRIAGA BARBERAN, José Antonio de (M)
FERNANDEZ TOMAS, Antonio (A)
JIMENEZ PIERNAS, Carlos (A)
SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio (A)
BADENES CASINO, Margarita (O)
BOUZA VIDAL, Nuria (O)

NICARAGUA:

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro (M)
MUNGUIA NOVOA, Juan (M)
ARGÜELLO GOMEZ, Carlos (A)

PANAMA:

OZORES, Renato (M)

PARAGUAY:

SILVA ALONSO, Ramón (M)

PERU:

UGARTE DEL PINO, Vicente (M)

SRI LANKA:

AMERASINGHE, Ranjan (O)

VENEZUELA:

FEBRES POBEDA, Carlos (MH)
ALBORNOZ OLIVER, Jorge (M)
GONZALEZ SANCHEZ, Nelson (M)
SCHACHT ARISTEGUIETA, Efraín (M)
MUJICA BAUTISTA, Francisco Eudes (A)
SALGUEIRO, Adolfo P. (A)
SUREDA DELGADO, Rafael (A)
AVENDAÑO ANGOLA, José Francisco (O)

COLABORADORES DEL CONGRESO

Erica VILA ROURE
Marta PINO MARTINEZ
Marcela de ANDRACA CRESPO
Héctor GAETE CRISOSTOMO
Guido ARIAS BADILLA

IN MEMORIAM

FRANCISCO V. GARCIA AMADOR

(1917 - 1993)

Sorprendente y dolorosa ha sido para el IHLADI la inesperada noticia del fallecimiento, a consecuencia de una afección cardíaca, de nuestro eminente colega el Dr. Francisco V. García Amador, ocurrido el día 10 - XI - 93 en la ciudad de Miami, en cuya Universidad desempeñaba con singular brillantez desde hacía varios años la cátedra de Derecho Internacional, contribuyendo eficazmente con su labor magistral al prestigio académico de dicho centro de estudios.

Nacido en Cuba el 23 de marzo de 1917, acertó a orientar su firme vocación jurídica por el rumbo que habría de ser su especialidad profesional y docente, alcanzando en su ejercicio un renombre tan alto como justificado. En la Universidad de La Habana recibió el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas; el de *Master* en las Universidades de Harvard y de Columbia y, en ésta última, el Doctorado en Filosofía.

Con tan sólido bagaje cultural y político, obtuvo pronto en la Universidad de La Habana la cátedra de Derecho Internacional y la misma posición en la Universidad de Villanueva en dicha ciudad. Y conocida en los ámbitos académicos su gran labor profesional, fué especialmente contratado por la Universidad Interamericana de Panamá, recién fundada entonces, para ocupar la cátedra de Derecho Internacional en los años de 1944 a 1946.

Fué Profesor Visitante en el Programa de Estudios Internacionales de la Universidad de Harvard y conferenciante en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales en Ginebra; en la Escuela de Funcionarios Internacionales de Madrid; en la Universidad de San Marcos, de Lima y en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, en Estrasburgo. En los años 1965 y 1967, con el patrocinio de la *American Society of International Law*, ofreció varias conferencias en Vellagio (Italia) sobre los temas *Legal Advisers of*

International Organizations y Effectiveness of International Decisions. En 1972 participó en el Simposium patrocinado por el Instituto Max Planck de Derecho Comparado y Público celebrado en Heidelberg, y en 1973 en el *International Symposium on Universalism and Regionalism in International Economic and Trade Law*, celebrado en Christ Church, Oxford (Inglaterra).

En el año de 1943 publica en La Habana un libro titulado "El Proceso Internacional Panamericano" y en 1956, también en La Habana, "La Explotación y Conservación de las riquezas del mar - Estudio de Derecho Internacional Contemporáneo", obra ésta tan valiosa y útil que su versión en inglés fué publicada en La Haya en 1959, mereciendo una segunda edición en 1963. En 1959 se edita en Madrid su obra "Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo" y en 1963, también en Madrid, "Principios que rigen la Responsabilidad-Análisis crítico de la concepción tradicional". En 1976 publica en Chile "America Latina y el Derecho del Mar" y al año siguiente, en Buenos Aires, "El Ordenamiento Jurídico Andino - Un nuevo Derecho Comunitario". "El Derecho Internacional del Desarrollo - Una nueva dimensión del Derecho Internacional Económico" es editado en Madrid en 1987.

Para la "Enciclopedia de Derecho Internacional Público" que se publica con los auspicios del Instituto Max Planck, de Heidelberg, preparó tres importantes trabajos sobre los temas "Organización de los Estados Americanos"; "La Cooperación Regional y la Organización de los Estados Americanos" (Vol. 6) y "La Doctrina Calvo y la Cláusula Calvo" (Vol. 8). El texto de las conferencias que ofreció en la "Fundación Getulio Vargas" (Rio de Janeiro) fué reproducido en el "Curso de Derecho Internacional", publicado por la OEA.

Por ser muy numerosos, resulta imposible mencionar aquí todos sus trabajos sobre temas jurídicos de muy amplio radio, publicados en revistas especializadas de varios países de América y de Europa, verdaderos modelos de erudición y claridad, así como los casos de asistencia técnica y dictámenes brindados y emitidos a solicitud de algunos Gobiernos, como el de El Salvador en su disputa con Honduras.

Su carrera profesional se inicia prácticamente en 1950, cuando es nombrado Asesor Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba y

Embajador itinerante, cargos que desempeña hasta 1960, si bien antes, en 1948, había sido Oficial Letrado de la Secretaría General de la ONU. Desde 1949 hasta 1954 es miembro del Comité Jurídico Interamericano y en 1953 es elegido por la Asamblea General de las Naciones Unidas miembro de la Comisión de Derecho Internacional de dicho organismo y, en atención y como reconocimiento a su admirable labor, en 1956 es reelegido para completar así un período total de ocho años, llegando a presidir dicha Comisión.

Desde 1961 a 1962 es Asesor del Departamento Jurídico de la OEA y desde el mes de agosto de 1962 hasta julio de 1977 ocupa el alto cargo de Director del mismo, fecha en que se acoge a la jubilación para volver a la enseñanza.

Desde el momento en que se hizo cargo de la cátedra de Derecho Internacional en la Universidad de Miami inició y prosiguió una intensa y fructífera docente organizando y dirigiendo seminarios y publicando diversos trabajos como "El Sistema Interamericano: Tratados, Convenciones y otros Documentos" en varios volúmenes, obra indispensable para consulta y referencia; "Soberanía y Desarrollo: Una nueva posición latinoamericana" (en Anuario Jurídico Interamericano); "La Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones internacionales de Cuba en la materia"; "El Tratado de Río de Janeiro: Génesis, Desarrollo y la Declinación del Sistema Regional de Seguridad Colectiva"; "La Cuestión Cubana en la OEA y la Crisis del Sistema Interamericano", y otras. Desde 1960 fijó su residencia en los Estados Unidos y en 1985 adquirió la nacionalidad de ese país.

Para nuestro Instituto, del que fuera Director y participante frecuente en nuestros Congresos, habiéndonos acompañado, entre otros, en los más recientes, de Santo Domingo, Mérida y Cáceres, la desaparición de tan eminente internacionalista representa un vacío especialmente sensible, que será lamentado con sinceridad. Fué la suya una vida consagrada por entero al estudio, a la enseñanza y a la práctica del Derecho Internacional y fervoroso defensor de los principios que informan la conciencia jurídica universal. Descanse en paz.

Renato Ozores

CESAR SEPULVEDA GUTIERREZ

(1916 - 1994)

El fallecimiento del maestro César Sepúlveda el 11 de junio de 1994 en México, D.F., constituye una pérdida irreparable para el Derecho internacional, para México, la U.N.A.M., y para el IHLADI del que llegó a ser Miembro de Honor.

El licenciado César Sepúlveda, como él gustaba ser llamado, nació en 1916 en Monterrey, Nuevo León (México), pero su actividad académica y profesional la desarrollaría en la capital del Estado. De acusada personalidad, su presencia era la del maestro serio, solemne y de hablar preciso; poseía una capacidad de trabajo incansable y una inteligencia hecha para las disciplinas científicas más exigentes.

Su carrera académica se inició impartiendo la asignatura de Derecho internacional público como ayudante de D. Manuel Pedroso. Por oposición conseguiría la cátedra de esta disciplina en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ocupó el puesto de Director del Instituto de Derecho Comparado y de Decano de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., cargo para el que fue elegido en 1962 y que desempeñó hasta 1966, en que forzado por los acontecimientos dejó el decanato y no volvió a reintegrarse a la cátedra. Durante los años de su decanato, la U.N.A.M. con Ignacio Chávez en el rectorado y Sepúlveda en la Facultad de Derecho llegaría a uno de sus momentos de mayor prestigio intelectual, un prestigio basado en el concepto de autoridad y disciplina sin cuyo soporte lo académico no es posible.

Dotado de una gran capacidad de trabajo fueron innumerables los congresos y reuniones en los que participó y los cursos y conferencias que impartió en diversas universidades de Europa y de los Estados Unidos. En una carta que me escribía en enero de 1991 afirmaba: "Aunque retirado más o menos de cosas académicas, contribuyó constantemente con cursos, conferencias, mesas redondas, simposio y todo eso. Y es que no puede uno abstraerse, no obstante el peso de los años".

Como funcionario del sector público, ocupó los cargos de Asesor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, embajador en la

República Federal de Alemania, Director General de la Propiedad Industrial, Director del Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social, Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y, muy especialmente, Fundador y Director del Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos.

Don César perteneció a numerosas asociaciones científicas, ocupando el puesto de presidente de la Barra Mexicana, del Colegio de Abogados, de la Asociación Mexicana de Derecho Internacional, de la sección nacional mexicana de la "International Law Association", miembro de la Comisión de Derecho Internacional, miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, Correspondiente a la Española, etc.

Como escritor su obra científica es muy importante. Si bien es verdad que la mayor parte de ella pertenece al campo del Derecho internacional, destacando su tratado de *Derecho Internacional*, que ha conseguido 16 ediciones, también incursiona en la doctrina de la propiedad industrial, de la historia de México y el Derecho ecológico. Fue también editorialista y colaborador de prestigiosos periódicos y revistas, como *El Excelsior* y otros.

En el ámbito de su vida científica y personal, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional ocupó un lugar destacado. Don César ingresó como Asociado en el IV Congreso, celebrado en Bogotá en 1962, y fue elegido Miembro en el V Congreso de Santiago de Compostela de 1966. Le unió a él y a su esposa Alicia una gran amistad y compenetración con el primer Secretario General, D. Luis García Arias, y con tantos compañeros del IHLADI. Después ocuparía el puesto de Presidente del Instituto de 1974 a 1977, y en el XVII Congreso de Cáceres (España) de 1992 sería nombrado Miembro de Honor.

En junio de 1972 le traté por primera vez con ocasión de una visita que los integrantes de la cátedra de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la antigua Universidad Central de Madrid, dirigida por el profesor García Arias, "Luisón" entre los amigos, realizaron al Monasterio de El Escorial y al Colegio Universitario "María Cristina". Entre ellos se encontraban el maestro Sepúlveda y su hijo Rodolfo que entonces estudiaba en España. Detrás de su porte serio y casi solemne,

que parecía distante en un primer momento, encontré una gran sencillez y trato afable. Desde aquel momento iniciaríamos una gran amistad que se intensificaría durante la celebración del X Congreso del Instituto en México-Guanajuato en septiembre de 1974 y que mantendríamos hasta el final.

Esta breve nota necrológica del desaparecido maestro y amigo quiero cerrarla con estas palabras que el Lcdo. Santiago Roel pronunció con ocasión del "Homenaje en Memoria del Dr. César Sepúlveda", tenido en el Instituto "Matías Romero" de Estudios Diplomáticos, el 17 de junio de 1994, en la ciudad de México: "Mexicano insigne, maestro universitario emérito, académico, escritor riguroso, internacionalista informado, embajador distinguido, amigo impoluto y miembro de las más relevantes instituciones diplomáticas del orbe, César Sepúlveda había trascendido hacia lo universal desde la provincia que le vio nacer".

Prometeo Cerezo

