

ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL



15

2001

Depósito legal: Z-451-1962
ISSN: 0570-4316

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

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Ni el ANUARIO ni el IHLADI, del cual es órgano, se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las Ponencias y Estudios, 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. Real Colegio Universitario "MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España). Telf. (34) 91 890 45 45 - Fax. (34) 91 890 66 09.

SUMARIO

	Págs.
PONENCIAS DEL XXI CONGRESO	9
<i>Las instituciones creadas por la Convención del Derecho del Mar, por Frida M. Armas Pfrter</i>	<i>11</i>
<i>La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio Hispano-Luso-Americano y Filipino, por José Carlos Fernández Rozas</i>	<i>99</i>
<i>Los Tribunales Administrativos de los organismos internacionales, por Alfredo Martínez Moreno</i>	<i>163</i>
<i>La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria, por Oswaldo Molestina Zavala</i>	<i>219</i>
COMUNICACIONES Y ESTUDIOS	291
<i>Papel actual de actores no gubernamentales y Derecho Internacional, por Juan Carlos M. Beltramino</i>	<i>293</i>
<i>Las bases culturales de la cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio Hispano-Luso-Americano, por Miguel Angel Ciuro Caldani</i>	<i>313</i>
<i>El Derecho comunitario en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, por Nelson González Sánchez..</i>	<i>321</i>
<i>El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional, por Hugo Llanos Mansilla</i>	<i>339</i>
<i>La codificación del Derecho Internacional en el umbral del Siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI, por Ana Gemma López Martín</i>	<i>367</i>
<i>El transporte aéreo internacional y el denominado "Código compartido", por Enrique Mapelli</i>	<i>391</i>
<i>Apostillas sobre el derecho del Mercosur y la jurisprudencia arbitral, por Ernesto J. Rey Caro</i>	<i>413</i>
<i>Los tribunales administrativos de los organismos internacionales, por Alfredo H. Rizzo Romano</i>	<i>425</i>

SUMARIO

	Págs.
<i>Jefes de Estado y jurisdicción universal: los casos "Cuba" y "Guatemala", por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre.....</i>	445
NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS	481
NOTICIARIO DEL IHLADI	505
<i>Cuadro de Honor del IHLADI</i>	507
<i>Consejo Directivo del IHLADI</i>	509
XXI CONGRESO DEL IHLADI	511
<i>Breve crónica del XXI Congreso del IHLADI</i>	513
<i>Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XXI Congreso del IHLADI</i>	529
<i>In memoriam</i>	547

El XXI Congreso del Instituto, cuya celebración estaba prevista para septiembre del 2000 en Quito-Guayaquil, no pudo llevarse a cabo por una serie de dificultades imprevistas e insuperables surgidas con posterioridad al Congreso de Manila.

La acogida entusiástica que un reducido grupo de internacionalistas hondureños prestó al ofrecimiento realizado por la Secretaría General motivó que, en brevísimo tiempo, la nueva Comisión organizadora pudiera tener listos los preparativos necesarios.

La celebración del XXI Congreso en Tegucigalpa (Honduras) del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000 nos permite la publicación de este Anuario dentro del tiempo previsto.

En el presente volumen se publican las ponencias debatidas en este Congreso, así como las comunicaciones presentadas en él y otros estudios enviados a la Secretaría General, junto con la habitual sección bibliográfica y el noticiario del IHLADI.

Nuestro agradecimiento más sincero a la Comisión organizadora hondureña del XXI Congreso y a todos los que con sus contribuciones científicas permiten la aparición de este nuevo volumen del Anuario.

San Lorenzo de El Escorial, a 12 de junio de 2001

Fiesta Nacional de Filipinas

**PONENCIAS
DEL XXI CONGRESO**

LAS INSTITUCIONES CREADAS POR LA CONVENCION DEL DERECHO DEL MAR

Frida M. ARMAS PFIRTER
Miembro del I.H.L.A.D.I.

INDICE

ABREVIATURAS

I.- INTRODUCCION

- 1. Un logro: la adopción de la CONVEMAR**
- 2. Un punto de partida: la adopción de la CONVEMAR**
- 3. Instituciones**
- 4. Relación con Naciones Unidas**
- 5. Asamblea General Y UNICPLOS**

II.- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR

- 1. Composición**
- 2. Jurisdicción**
- 3. Funcionamiento**
- 4. Casos**
 - A) *Causa del Buque Saiga (Casos N° 1 y 2)***
 - a) Hechos*
 - b) Pronta liberación*
 - c) Medidas provisionales*

d) Fondo

- i) Registro del buque
- ii) Relación auténtica
- iii) Agotamiento recursos internos
- iv) Nacionalidad de los damnificados
- v) Arresto del buque
- vi) Derecho de persecución
- vii) Uso de la fuerza
- viii) Cumplimiento del fallo del 4 diciembre 1997
- ix) Reparación
- x) Costas

*B) Casos del Atún de aleta azul (Nº 3 y 4)**C) Caso Camouco (Nº 5)**a) Hechos**b) Fallo*

- i) Objeciones a la admisibilidad
- ii) No cumplimiento art. 73 (2)
- iii) Razonabilidad de la multa y monto fijado por el tribunal
- iv) Detención del capitán
- v) Traducción de la sentencia

D) Puntos de interés

III.- COMISION DE LIMITES DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL (CLPC)

1. Directrices científicas y técnicas
2. El Reglamento y el Modus Operandi
3. Problemas

a) ¿Qué sanción puede aplicarse al ribereño que no cumple con los 10 años?

b) Presentaciones parciales o con información deficiente.

c) ¿Pueden explotarse los recursos más allá de las 200M antes de que el límite sea definitivo y obligatorio?

d) ¿Qué pasa si el Estado no acepta la recomendación de la CLPC?

e) Controversias

f) Antártida

4. Posible esquema de procedimiento para trazar el límite exterior.

IV.- AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS

1. Acuerdo de 1994

2. Principios de la Zona y nuevos desafíos

3. Instrumentos adoptados por la Autoridad

4. Estructura

5. Votación

6. Primeros inversores

7. El Código Minero

a) Prospección

b) Exploración

c) Temas importantes:

- i) La protección del medio marino
- ii) Ordenes de emergencia
- iii) Confidencialidad
- iv) Derechos del Estado ribereño

CONCLUSIONES

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

AJIL	American Journal of International Law
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
AIFM	Autoridad Internacional de los Fondos Marinos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CTJ	Comisión Jurídica y Técnica (Organo Subsidiario Autoridad)
CLPC	Comisión de Límites de la Plataforma Continental
Conf.	Conferencia
Doc.	Documento
SPLOS	Sigla de la documentación de Naciones Unidas adoptada en la Conferencia de Estados Partes en la CONVEMAR
CONVEMAR	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
Acuerdo 1994	Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 diciembre de 1982
CLCS	Sigla de la documentación adoptada por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental
FAO	Organización para la Agricultura y la Alimentación
IAEA	Organización Internacional de Energía Atómica
ISBA	Documentación adoptada por la Autoridad Internacional de Fondos Marinos
M	Millas marinas
NU	Naciones Unidas
TIDM	Tribunal Internacional de Derecho del Mar
UNESCO	Organización de las UN para la Educación, la Ciencia y la Cultura
ZEE	Zona económica exclusiva

I.- INTRODUCCION

1. Un logro: la adopción de la CONVEMAR

Los océanos han tenido desde siempre un papel preponderante en la vida del hombre: cubren el 70% de la superficie del planeta, son el centro de gran parte de la poesía, el arte, las leyendas y, por supuesto, juegan un rol fundamental en las comunicaciones y el comercio.

También en la formación de los iusinternacionalistas han desempeñado un rol irremplazable ya que, por una parte, a través del desarrollo del derecho del mar es posible ir identificando la evolución de algunas instituciones del derecho internacional público y, por la otra, es un ámbito donde muchos de los cambios fueron impulsados solamente por el interés y el peso numérico de los Estados en vías de desarrollo.

En este contexto, es fácilmente comprensible la gran importancia que se le asigna en el derecho internacional al instrumento que establece el *marco jurídico* para todas las actividades realizadas en los océanos y los mares (1), la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR).

La CONVEMAR fue fruto de extensas y difíciles negociaciones que, bien podría decirse, no finalizaron hasta la adopción del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 diciembre de 1982 (Acuerdo de 1994). Si bien llevó casi 12 años conseguir las 60 ratificaciones necesarias para entrar en vigor (2), la mera existencia de ese texto tan negociado fue permitiendo, a través de la práctica de los Estados, el afianzamiento de las instituciones que se había logrado plasmar en sus disposiciones.

El logro que significó su adopción es patente en la enorme cantidad de Estados que son parte en él, sin distinción entre desarrollados y en vías de desarrollo -más aún, con la participación de la mayoría de los principales

(1) AG Resolución 54/33.

(2) Entró en vigor el 16 Noviembre 1994. Guyana depositó el 60º instrumento de ratificación de la CONVEMAR el 16 de Noviembre de 1993 y, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 308 (1) de la Convención, entraría en vigencia doce meses después de la fecha en que hubiera sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión.

Estados industrializados- (3) y en la mayoritaria adecuación de las legislaciones nacionales a sus disposiciones (4).

Compartimos la opinión de algunos autores en el sentido de que la influencia de la CONVEMAR va más allá del derecho del mar, constituyendo en este momento una importante contribución a la paz y seguridad internacionales reguladas por la Carta de Naciones Unidas. Las disputas que surgen entre los Estados, ya sean grandes potencias marítimas o pequeños Estados insulares, vinculadas a la naturaleza y extensión de la jurisdicción marítima o a los usos de los océanos no se imponen por la fuerza sino por referencia a la Convención. "Might is no longer right in the oceans, and it is the law that rules the waves today because of the Convention" (5).

2. Un punto de partida: la adopción de la CONVEMAR

Ahora bien, con un pleno convencimiento de que la adopción de la Convención fue uno de los grandes logros del moderno derecho internacional, podemos afirmar también algo que podría sonar antitético: varios de los problemas que fueron el motor de su adopción todavía no se han solucionado y, lógicamente, han surgido otros nuevos. En pocas palabras, seguimos teniendo en el ámbito del derecho del mar grandes desafíos para a creatividad y prudencia de los internacionalistas.

Las negociaciones que continuaron luego de la adopción de la CONVEMAR en 1982 para tratar de lograr su entrada en vigencia, llevaron en la década de los noventa, a la adopción de dos importantes Acuerdos: el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Acuerdo del 94) y el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la CONVEMAR relativas a la conservación y ordenación de las pobla-

ciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Acuerdo de 1995) (6). El de 1994, que analizaremos más tarde, además de introducir importantísimas modificaciones en el contenido de la Convención, posibilitó su entrada en vigor pero cambió al mismo tiempo conceptos que habían sido trabajosamente acordados en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Por otra parte, la realidad -el más importante motor de los cambios jurídicos- continuó influyendo en los conceptos establecidos y en las instituciones creadas:

- La explotación de petróleo y gas costa afuera, ha aumentado constantemente su participación en la producción total mundial de petróleo o gas, y representa hoy en día entre el 25 y el 30% de ese total. La demanda creciente de energía y los avances de la tecnología permiten programar la exploración y producción en lugares remotos y difíciles en los que antes no se pensaba (7). Actualmente se prevé extraer petróleo y gas a una profundidad de 3.050 m. y hasta 250 millas costa afuera (8).

(6) El Acuerdo de 1994 lo analizaremos al tratar la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Un análisis del Acuerdo de 1995 excede el alcance de este trabajo. Cfr. sobre este último, entre otros: APPLEBAUM, Bob, "The UN Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks: The Current Canadian Perspective", en NORDQUIST, Myron H. y NORTON MOORE John, 1994 *Rhodes Papers Entry into Force of the Law of the Sea Convention*, Ed. Martinus Nijhoff, 1995, pp. 299-304; REY CARO, Ernesto J., "La Conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* N° 12, Madrid, 1995, pp. 99-162; SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis I., "Jurisdicciones rampantes y libertad de pesca en alta mar", en *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, Netherlands, 2000, 139-155; YTURRIAGA, José A. de "Acuerdo de 1995 sobre conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* VII, Córdoba, 1996-1997, pp. 15-61.

(7) Las zonas donde se desarrolla más actividad son: Brasil, Golfo de México, el Mar del Norte, el África occidental y el Asia sudoriental. Ver sobre recursos: BLAKE, G.H. y SWARBRICK, R.E., "Hydrocarbons and International Boundaries: A Global Overview" en *Boundaries and Energy: Problems and Prospects* Ed. By BLAKE, Gerald, PRATT Martin, SCHOFIELD Clive and BROWN Janet Allison, Kluwer Law International, 1998, pp. 3-27; ONG, David M., "Joint Development of Common Offshore Oil and Gas Deposits: Mere State Practice or Customary International Law?" en *AJIL*, Vol 93, N° 4, 1999 pp. 771-804; PRESCOTT, Victor, "National Rights to Hydrocarbon Resources of the Continental Margin Beyond 200 Nautical Miles en *Boundaries and Energy: Problems and Prospects* Ed. By BLAKE, Gerald, PRATT Martin, SCHOFIELD Clive and BROWN Janet Allison, Kluwer Law International, 1998, pp. 51-82; TEMPEST, Paul, "Boundaries and Energy-Changing Attitudes of the World Petroleum

(3) Hasta Octubre 2000 eran 135 los Estados Partes. Información de www.un.org/Depts/los94st.htm. Resalta la ausencia de dos grandes industrializados como Estados Unidos y Canadá.

(4) Ver A/54/429 párr. 85 a 87, en particular cuadro.

(5) NANDAN, Satya N., "An Introduction to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea", en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. and OSTRENG, W., Kluwer Law International, 1999, p. 13.

• Los nódulos polimetálicos fueron el objetivo del desarrollo de las normas regulatorias de la Zona; hoy en día se ha descubierto la importancia de otros recursos minerales en los fondos marinos y la evolución tecnológica va acercando el momento en que sea rentable su explotación. Entre ellos encontramos los hidratos de metano (gas metano congelado que se encuentra generalmente a profundidades entre 180 y 500 m.), corizas ricas en cobalto y sulfuros polimetálicos (9) (a mucha mayor profundidad).

Industry in *Boundaries and Energy: Problems and Prospects* Ed. By BLAKE, Gerald, PRATT Martin, SCHOFIELD Clive and BROWN Janet Allison, Kluwer Law International, 1998, pp. 43-49; WANG, James C.F. *Handbook on Ocean Politics & Law*, Ed. Greenwood Press, 1992, pp. 173-290.

(8) Cfr. A/55/61, párr. 137 a 138. Ver también en WORKSHOP ON MINERAL RESOURCES OF THE INTERNATIONAL SEABED AREA, Kingston, Jamaica, June 2000: *Status Report on the Data and Reporting Requirements of Brazil's Offshore Mining Policy as it Relates to Prospecting and Exploration* by Roberto Alfradique Vieira de Macedo, Petroleum Engineer, MSc and Lawyer, Presiden's Office, Petrobras, BRAZIL & Walter Sa Leit, Lawyer, Legal Department, Petrobras, BRAZIL; *Status Report on the Data and Information Requirements of the Norwegian Requirements of the Norwegian Offshore Licensing Policy as it Relates to Petroleum Activities* by Bente Nyland, Norwegian Petroleum Directorate, Stavanger, NORWAY y *Petroleum Potential and Development Prospects in Deep-Sea Areas of the World* by V. I. Vysotsky, Petroleum Institute, JSC VNII-Zarubezhgeologia, Moscow, RUSSIAN FEDERATION & A. I. Glumov, Russian Ministry of Natural Resources, Moscow, RUSSIAN FEDERATION.

(9) Cfr. A/55/61, párrafos 140 a 144, A/54/429 párr. 333 a 343 y A/53/456, párr. 302 y ss. Algunos países, como Japón, tienen estos recursos en su zona económica exclusiva, como Japón en la depresión de Okinawa y otros Estados insulares pequeños del Pacífico Sur que coordinan la investigación y explotación a través de la Comisión de Geociencia del Pacífico Sur (SOPAC), organismo técnico apoyado por 18 gobiernos de la región. Ver, entre otros: CRUICKSHANK, Michael J., "Law of the Sea and Minerals Development" en *Ocean Yearbook N° 13*, The University of Chicago Press, 1998, pp. 80-106 y WORKSHOP ON MINERAL RESOURCES OF THE INTERNATIONAL SEABED AREA, Kingston, Jamaica, 26-30 June 2000: *Polymetallic Massive Sulphide Deposits on the Modern Seafloor and their Resource Potential* by P. M. Herzig and S. Petersen -Institute of Mineralogy, Freiberg University of Mining and Technology, GERMANY & M. D. Hannington, Geological Survey of Canada, Ottawa, CANADA; *Hydrothermal Sulphide Mineralization of the Atlantic -Results of Russian Investigations 1985-2000* by G. Cherkashev- VNIOkeangeologia, St. Petersburg, RUSSIA & A. Ashadze, PMGRE, St. Petersburg, RUSSIA & A. Glumov, Moscow, RUSSIA; *Impact of the Development of Polymetallic Massive Sulphides on Deep-Sea Hydrothermal Vent Ecosystems* by S. Kim Juniper, GEOTOP Research Centre, Université du Québec à Montréal, Montréal, Québec H3C 3P8, CANADA; *Cobalt-Rich Ferromanganese Crusts: Global Distribution, Composition, Origin, and Research Activities* by James Hein -U.S. Geological Survey, California, UNITED STATES OF AMERICA; *Technical Requirements for Exploration and Mining of Seafloor Massive Sulphide Deposits and Cobalt-Rich Ferromanganese Crusts* by P. M. Herzig and S. Petersen, Institute of Mineralogy, Freiberg University of Mining and Technology, GERMANY & M.D. Hannington,

• El gran auge del uso de fibras ópticas y de la tecnología para el tendido de cables submarinos (10).

• Los adelantos tecnológicos de los últimos años que facilitan y aceleran el aprovechamiento de los recursos de fondos marinos, como los vehículos teledirigidos (ROV), los vehículos submarinos autónomos (AUV), los nuevos sistemas de posicionamiento geodésico dinámico más preciso, los usos de la biotecnología (11).

• Los nuevos descubrimientos en materia de biología marina, que plantean cuestiones muy importantes relacionadas con la diversidad biológica y los recursos genéticos de los fondos abisales más allá de la jurisdicción nacional (12).

3. Instituciones

Todas estas acciones son en cierta manera "externas" al sistema de la Convención: adopción de nuevas normas que la modifican, cambios tecnológicos, nuevos descubrimientos. Pero también la CONVEMAR tiene previsto, en algunos temas, un mecanismo de aplicación a través de las instituciones que ella crea.

Es inédito que un instrumento internacional establezca tres organismos internacionales, cada uno con un rol totalmente distinto, un ámbito de acción vinculado a temas diferentes y sin ningún órgano común que los coordine. Estas tres instituciones comenzaron a funcionar entre 1994 y mediados de 1997 y, a través de su actividad, están implementando la Convención.

Geological Survey of Canada, Ottawa, CANADA; *A comparison of Possible Economic Returns from Mining Deep-Sea Polymetallic Nodules, Polymetallic Massive Sulphides and Cobalt-Rich Ferromanganese Crusts* by Jean-Pierre Lenoble, Chairman, Legal and Technical Commission (ISA), FRANCE; *The Regional and Local Variability of Spatial Distribution of Cobalt-Bearing Ferromanganese Crust Accumulations of the World Ocean* by V. M. Yuboko, M.E. Melnikov, Ministry of Natural Resources & Y. B. Kazmin, A. I. Glumov, State Scientific Centre, Yuzhmorgeologiya, Ottawa, RUSSIAN FEDERATION; *Evaluation of the Non-Living Resources of the Continental Shelf Beyond the 200 miles Limit of the World's Margins* by Bramley J. Mutton, Lindsay M. Parson, Peter J. Hunter & Peter R. Miles, Challenger Division for Seafloor Processes, Southampton Oceanography Centre, European Way, Southampton, UNITED KINGDOM.

(10) Cfr. A/54/429, párr. 554 y A/53/456, párr. 452 a 455.

(11) Cfr. A/55/61, párr. 241 donde se recoge la utilización de un microbio tolerante a muy altas temperaturas que "engrasa" el flujo de petróleo a través de los estratos de extracción.

(12) Ver A/50/713, párr. 243 a 244; A/51/645, párr. 229 a 232.

Dos son absolutamente autónomas, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM). La tercera, la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) depende en sus servicios del Secretario General de Naciones Unidas (13). Entre ellos se establecen ciertas relaciones ya que, por ejemplo, el Tribunal puede recibir casos o solicitud de opiniones consultivas de la Autoridad y a su vez la Autoridad sufraga también los gastos del Tribunal al igual que los Estados Partes (14).

4. Relación con Naciones Unidas

Dentro del marco legal instituido por la CONVEMAR, parte de las responsabilidades para la implementación de la Convención han sido delegadas al Secretario General de Naciones Unidas y a cuerpos técnicos como la Organización Marítima Internacional, la FAO y UNESCO.

La interrelación con Naciones Unidas fue muy amplia cuando comenzaron a funcionar las tres instituciones, pero aún abarca varios campos:

- Luego de la adopción de la CONVEMAR, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó que el Secretario General asumiera las responsabilidades que le asignaba la Convención (15).

- Luego de la entrada en vigor, la misma AG volvió a reafirmar su competencia para considerar y revisar todos los desarrollos relacionados con el derecho del mar y revisarlos anualmente. Reiteró además las responsabilidades del Secretario General (16).

(13) CHITTI, Gritakumar E., "Institutional Arrangements for the Law of the Sea Convention: The International Tribunal for the Law of the Sea and the International Seabed Authority", en NORDQUIST, Myron (Ed.) *Twentieth Annual Seminar: Implementing the 1982 Law of the Sea Convention*, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia School of Law, Annapolis, MD., 1996, p. 403.

(14) Art. 19 del Anexo VI CONVEMAR. La forma y condiciones serán determinados en las reuniones de Estados Partes. Cuando una entidad distinta de un Estado o de la Autoridad sea parte en una controversia ante el Tribunal, éste fijará la suma con que dicha parte habrá de contribuir para sufragar los gastos del Tribunal. En la Quinta Reunión de Estados Partes se decidió que, sin perjuicio de lo dispuesto por este artículo, el presupuesto del Tribunal para el período inicial sería financiado por todos los Estados Partes (cfr. SPLOS/L.1, para 2).

(15) Cfr. AG/RES/37/66.

(16) Cfr. AG/RES/49/28 Preámbulo y parág. 19, 11 y 15.

- La CLPC, al igual que la Reunión de Estados Partes, no tiene acuerdos formales con Naciones Unidas y, aunque ambos funcionan de manera independiente, se apoyan en el soporte administrativo y financiero de NU y dependen por lo tanto, en los aspectos financieros, de las decisiones de los órganos de NU. En un primer momento, la Asamblea General solicitó al Secretario General que proveyera de los servicios que necesitara la Reunión de Estados Partes y la CLPC; luego esto quedó formalizado en sus respectivos reglamentos (17).

- Los otros dos órganos, la Autoridad y el Tribunal en un primer momento eran invitados por las Resoluciones de la Asamblea General a participar en sus sesiones como observadores, si bien su relación era diferente a los tradicionales observadores. Actualmente se relacionan con Naciones Unidas por medio de acuerdos, distintos de los celebrados con los observadores comunes. Ambos participan del Fondo de Pensiones y aceptan las condiciones para salarios de NU y sus organismos especializados. Por otra parte, luego de la IAEA, la Autoridad y el Tribunal son las dos primeras organizaciones internacionales a las que la Asamblea General ha concedido el privilegio de usar el *laissez-passer* de Naciones Unidas como documento válido de viaje, si bien sujeto a que sea reconocido por el país por el respectivo Protocolo de privilegios e inmunidades (18).

- La Autoridad utilizó al principio a la Secretaría General de Naciones Unidas como Secretaría interina y su primer presupuesto provino de NU. Esto fue excepcional porque la Autoridad no es un órgano de NU ni tiene un vínculo institucional con ella; se hizo por un concepto de costo-efectividad (19).

- Entre las secretarías de la Autoridad, del Tribunal y el Secretario General de Naciones Unidas -que está a cargo de la Secretaría de la CLPC- se ha establecido una gran vinculación, implementando de este modo el principio del preámbulo de CONVEMAR "los problemas de los

(17) Cfr. *Ibidem* y SPLOS/2/Rev. 3, arts. 3, 25 y 50 y CLCS/3, arts. 15 y 17. En la CONVEMAR, Anexo II, art. 2 (5) se establece que el Secretario General de Naciones Unidas proveerá los servicios de la Secretaría de la Comisión.

(18) AG/RES/49/28. Cfr. GOLITSYN, *op. cit.*, pp. 138-142.

(19) Cfr. Anexo del Acuerdo 1994, Sección 1 (14). Ver también CHITTI, *op cit*, p. 410.

espacios marinos están estrechamente relacionados entre sí y han de considerarse en su conjunto”.

5. Asamblea General Y UNICPLOS

Desde la adopción de la CONVEMAR, la Asamblea General de Naciones Unidas examina anualmente los problemas de los espacios marinos, sobre la base de amplios informes preparados por el Secretario General. Como ha dicho la misma Asamblea en sus resoluciones, es a Naciones Unidas, como institución mundial, a la que compete el estudio y el examen anuales de los asuntos oceánicos y del derecho del mar (20).

En 1999, la Asamblea General estableció un “Proceso abierto de consultas oficiosas de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar” (21), a cargo de tres tareas: a) examinar los acontecimientos ocurridos con relación a los asuntos oceánicos, b) determinar las cuestiones concretas que deba examinar la AG y c) hacer hincapié en las esferas en que deba mejorarse la coordinación y cooperación intergubernamental e interinstitucional.

Su objetivo es lograr una política integral para los temas oceánicos. Ya ha celebrado su primera reunión y producido el primer informe (22). Si bien su propósito principal pareciera ser facilitar el trabajo de la Asamblea General de Naciones Unidas, es importante seguir cuidadosamente sus reuniones y recomendaciones de manera que no se vayan favoreciendo cambios en aspectos que son competencia de otros ámbitos del derecho del mar.

(20) AG Resolución 54/33, Preámbulo.

(21) Establecido por la Resolución AG 54/33 del 24 noviembre 1999. Este proceso se estableció “en consonancia con el marco jurídico constituido por la CONVEMAR y los objetivos establecidos en el capítulo 17 del Programa 21”, con el objetivo de “facilitar el examen anual por la Asamblea General, de una manera efectiva y constructiva, de los acontecimientos registrados en relación con los asuntos oceánicos, mediante un análisis del informe del Secretario General sobre los océanos y el derecho del mar y la formulación de sugerencias a la Asamblea General para que examine cuestiones concretas, con especial hincapié en la determinación de esferas en que deba mejorarse la coordinación y la cooperación en los planos intergubernamental e interinstitucional”, párrafo 2 de la Resolución.

(22) A/55/274.

II.- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR

Dentro del sistema de la CONVEMAR, la solución de controversias ocupa un lugar importante. Las concesiones mutuas entre los Estados ribereños y las potencias marítimas, consagradas en la Convención, reclamaban que hubiera posibilidad de una revisión a cargo de un tercero imparcial. El sistema instaurado es de una cierta jurisdicción compulsiva, si bien hay limitaciones y excepciones, como las referidas a las pesquerías, investigación científica marina en la zona económica exclusiva, fronteras y actividades militares, etc. (23).

Entre los medios instaurados por el art. 287 de la CONVEMAR, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar es una de las cuatro opciones. Este órgano judicial universal, creado por la misma Convención, es permanente y tiene jurisdicción sobre cualquier controversia relativa a la interpretación o aplicación de sus disposiciones: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (24).

Hasta el momento, quince Estados aceptaron su competencia (25). En el Anexo I se detallan las opciones que han hecho algunos Estados sobre el modo de solucionar sus controversias.

El Tribunal tiene personalidad jurídica y puede celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes o entablar acciones judiciales. Se ha dado su Reglamento y ha celebrado un Acuerdo de Inmunidades y Privilegios con Naciones Unidas que entró en vigor una vez aprobado por la Asamblea General de NU y por el propio Tribunal (26).

(23) Cfr. Parte XV CONVEMAR. Ver también MNSAH, Thomas A., “The Role of Peaceful Dispute Settlement in Contemporary Ocean Policy and Law”, en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International, 1999, pp. 81-94.

(24) Parte XV y Anexo VI.

(25) Según Platzöder, relacionando las opciones hechas por todos los Estados, entre 210 potenciales controversias entre los 21 Estados que han hecho la opción del art. 287, sólo 40 casos se presentarían ante el Tribunal, contra 46 ante la CIJ y más de 100 ante Arbitraje (PLATZÖDER, Renate, “Impact of Arbitration Established under Annex VII on the Implementation of the Law of the Sea Convention”, en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International, 1999, pp. 108 y Anexo).

(26) La Conferencia de Estados Partes en la CONVEMAR dio su consentimiento tácito, ya que tomó nota del informe del tribunal en el que constaba la firma del Acuerdo, en su Octava Sesión, Mayo 1998. Esta aquiescencia también fue evidente en la aprobación del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Tribunal, cuyo art. 2 establece que el Tribunal tiene capacidad jurídica.

1. Composición

El Tribunal está integrado por 21 miembros independientes elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad y sean de reconocida competencia en materia de derecho del mar (27). No podrán ejercer ninguna función política o administrativa, ni tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la exploración o explotación de los recursos del mar o de los fondos marinos o en otra forma de aprovechamiento comercial de estas mismas zonas, ni tener un interés financiero en estas empresas. Lógicamente, no podrán ejercer funciones de agente, consejero ni abogado en ningún asunto, ni podrán intervenir cuando hubieran intervenido anteriormente ya sea como agentes, consejeros o abogados o miembros de un tribunal nacional o internacional. Si se planteara una cuestión sobre este tema, el Tribunal puede decidir por mayoría de los demás miembros presentes. También tiene el derecho de decidir dejar vacante el cargo de uno de los miembros cuando, en opinión unánime de los demás, haya dejado de reunir las condiciones requeridas (28).

Los miembros del Tribunal que sean nacionales de cualquiera de las partes en una controversia, conservarán su derecho a actuar en la causa. Si el Tribunal, al conocer en una controversia, incluyere algún miembro que sea nacional de una de las Partes, la otra podrá designar una persona de su elección que actúe como juez "ad hoc". Si ninguna tuviere un miembro en el Tribunal, ambas podrán designarlo. Esto se aplica tanto al pleno como a las salas (29).

(27) CONVEMAR, Anexo VI, arts. 2 y 3. En la composición del Tribunal se garantizarán la representación de los principales sistemas jurídicos y una distribución geográfica equitativa. No podrá tener dos miembros que sean nacionales del mismo Estado. A estos efectos, toda persona que pueda ser tenida por nacional de más de un Estado será considerada nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos. No habrá menos de tres miembros por cada uno de los grupos geográficos establecidos por la Asamblea General de Naciones Unidas. Sus miembros fueron elegidos en agosto de 1996, celebrando el primer período de sesiones en octubre de 1996, en la sede del Tribunal en Hamburgo (Alemania).

(28) Cfr. CONVEMAR, Anexo VI, arts. 7 a 9.

(29) Cfr. art. 17. En el caso de las salas, el Presidente debe pedir a tantos integrantes de la sala como sea necesario que cedan sus puestos a los miembros del Tribunal nacionales de las partes interesadas y, si no los hubiere o no pudieren estar presentes, a los miembros especialmente designados por las partes. Si varias partes tuvieran un mismo interés, se considerarán una sola parte a estos efectos. Los jueces "ad hoc" deberán reunir las mismas condiciones que los jueces del Tribunal y participarán en las decisiones en un pie de absoluta igualdad.

2. Jurisdicción

Tiene jurisdicción sobre todas las disputas que se le sometan de acuerdo con la CONVEMAR y sobre todos los temas específicamente previstos en acuerdos especiales.

La solución de disputas sobre fondos marinos caen bajo la jurisdicción compulsoria de la *Sala de Fondos Marinos* creada especialmente en la Convención. Es decir, el Tribunal tiene jurisdicción exclusiva, a través de la Sala de Fondos Marinos, con respecto a todas las controversias relativas a las actividades en la Zona. Esto incluye las controversias entre Estados Parte sobre implementación de las normas de la Convención o del Acuerdo de 1994 relativos a fondos marinos y las controversias entre Estados parte o un contratista y la Autoridad Internacional de Fondos Marinos.

La Convención también le otorga jurisdicción residual en dos puntos importantes, basados en la urgencia: *pronta liberación del buque* y su tripulación cuando no se ha llegado a un acuerdo en otra instancia y las *medidas provisionales* solicitadas según el art. 290.

En relación al primero, cuando las autoridades de un Estado Parte en la Convención hayan detenido un buque de pabellón de otro Estado Parte sin cumplir con las disposiciones de la Convención sobre la pronta liberación del buque o de su tripulación, si no ha habido acuerdo entre las partes, puede someterse el caso al Tribunal (30).

Por el segundo, hasta que se constituya el tribunal designado por las partes, el TIDM podrá dictar medidas provisionales si estima que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación lo requiere. Si no está sesionando o no tiene quórum, las medidas provisionales pueden ser adoptadas por la Sala de procedimiento sumario. Las medidas que adopte están sujetas a revisión por el tribunal al que se someta finalmente la controversia.

A partir del Acuerdo de 1994, las políticas de producción se deben basar en las normas del GATT y la OMC. Por lo tanto, la solución de controversias relativas a estas disposiciones podrán realizarse mediante los

(30) Cfr. Art. 292 CONVEMAR.

procedimientos previstos en estos Acuerdos, si los Estados partes afectados son Partes en ellos. Si no lo fueran, podrán recurrir a los procedimientos de solución de controversias establecidos en la CONVEMAR (31).

Tiene también el TIDM una jurisdicción consultiva sobre las cuestiones jurídicas que el planteen la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos, dentro del ámbito de actividades de esos órganos.

La Convención sólo prevé el ejercicio de la competencia consultiva por parte de la Asamblea o del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, en cuestiones legales emergentes de la esfera de sus actividades y específicamente ante la *Sala de los Fondos Marinos*, no ante el Tribunal en pleno (32).

El Estatuto, en los artículos 21 y 22 permite que se someta al Tribunal todas las cuestiones "expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal", más aún, cuando se trate de un tratado que ya esté en vigor, y en el que, por lo tanto, es imposible que se reconozca competencia, se acepta que "Si todas las partes de un tratado ya en vigor que verse sobre las materias objeto de esta Convención así lo acuerdan, *las controversias relativas a la interpretación o aplicación de ese tratado* podrán ser sometidas al Tribunal de conformidad con dicho acuerdo".

Con este fundamento, el Tribunal, al dictar su reglamento estableció en el último artículo su competencia para emitir una opinión consultiva en una cuestión jurídica si un acuerdo internacional relativo a los propósitos de la Convención específicamente prevé el sometimiento al Tribunal de un pedido de opinión consultiva. Este pedido debe ser transmitido al Tribunal por cualquier órgano autorizado por el acuerdo para hacerlo (33).

(31) Cfr. Acuerdo 1994, Anexo, Sección 6, parag. 1, (b) y (f).

(32) Arts. 159 (10), 191 de la CONVEMAR, art. 40 del Estatuto y arts. 130 a 137 del Reglamento del Tribunal.

(33) Art. 138 del Reglamento del Tribunal.

Algunos doctrinarios entienden que la CONVEMAR no estableció ninguna norma expresa sobre el pedido de opiniones consultivas al Tribunal porque hubiera sido una carga muy pesada para el mismo, pero sostienen que tampoco prohíbe una jurisdicción de este tipo, por lo cual sería viable la "cuasi innovación" efectuada en el art. 138 del Reglamento, aceptando la presentación cuando estuviere prevista por un acuerdo internacional de manera expresa. En este caso deberían aplicarse las normas de procedimiento establecidas para las opiniones consultivas de la Sala de Fondos Marinos (34).

3. Funcionamiento (35)

El Tribunal tiene su sede en la ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo (36), si bien puede sesionar donde sea necesario.

Los Estados que no son parte en la controversia pero que consideren que los asiste un interés jurídico tienen derecho a intervenir. Cuando se discuta la interpretación o aplicación de la CONVEMAR o de otro acuerdo, el Secretario notificará a todos los Estados Partes en estos instrumentos, quienes tendrán derecho a intervenir.

Las decisiones del Tribunal son definitivas y deben ser cumplidas por las partes en la controversia, pero sólo tienen valor vinculante entre ellas. Es importante destacar que, si bien han sido pocos los casos, hasta el momento todas sus providencias y fallos han sido cumplidos (37).

En octubre de 1997 el Tribunal adoptó su Reglamento, las Directrices sobre la preparación y presentación de casos ante el Tribunal y la Resolución interna sobre Práctica Judicial (38).

Con relación a la parte presupuestaria, el presupuesto presentado a la última reunión de Estados Partes contempla la previsión por un incre-

(34) MOULDI MARSIT, Mohamed, *Le Tribunal du droit de la mer*, Edit. Pedone, 1999, pp. 43-45. El autor es miembro del Tribunal.

(35) Cfr. ROSENNE, Shabtai, "International Tribunal for the Law of the Sea: 1996-97 Survey" en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. N° 13, N° 4, Kluwer Law International, 1998, pp. 487-514.

(36) CONVEMAR, Anexo VI, art. 1. El tribunal celebró un acuerdo de sede con Alemania.

(37) SPLOS/60 parag. 8.

(38) ITLOS/10, ITLOS/24.

mento de causas (39). En la Décima Reunión de Estados Partes se adoptó una decisión (40) por la que se recomienda a la Asamblea General que establezca un fondo fiduciario con el objeto de prestar asistencia financiera a los Estados en las actuaciones ante el Tribunal del Derecho del Mar (41). Este fondo deberá estar financiado con contribuciones voluntarias de los Estados, las organizaciones intergubernamentales, las no gubernamentales y particulares y sería administrado por el Secretario General de las Naciones Unidas (42). La preocupación que motivó esta decisión es que el costo inhiba a los Estados de elegir el tribunal como procedimiento para arreglo de sus controversias, especialmente en los países en desarrollo.

El Estatuto del Tribunal recoge y desarrolla la previsión de la CONVEMAR, brindando diferentes posibilidades de sesionar en salas: salas pre-constituidas o constituidas en consulta con las partes y aún creando una ad-hoc cuando las partes así lo desean (43).

Hasta el momento se han constituido cuatro salas: la Sala de Fondos Marinos (44), la Sala de Procedimiento Sumario, la Sala de Controversias de Pesquerías y la de Controversias del Medio Marino (45).

La Sala de procedimientos sumarios se forma anualmente y está integrada por cinco miembros y dos suplentes. El presidente y Vicepresidente del Tribunal son miembros natos de la Sala (46). Las otras dos están integradas por siete miembros, elegidos por tres años.

(39) Décima Reunión de Estados Partes, Nueva York, 22 al 26 mayo 2000, SPLOS/60, parág. 8.

(40) SPLOS/57.

(41) Existe un fondo similar para prestar asistencia a los Estados ante la Corte Internacional de Justicia y un Fondo de Asistencia Financiera relativo a la Corte Permanente de Arbitraje. Los fondos se podrían utilizar para la preparación de los alegatos, los honorarios de los abogados, los gastos de viaje a la sede del Tribunal. Pero no para cubrir una indemnización, por ejemplo.

(42) La propuesta provino de la delegación del Reino Unido. SPLOS/60 parág. 41 a 47.

(43) Cfr. arts. 14 y 15 Anexo VI CONVEMAR y Reglamento. También CHITTY, *op. cit.*, p. 416.

(44) Arts. CONVEMAR arts. 186 a 191 y art. 14 Anexo VI.

(45) Conforme al art. 15 del Anexo VI CONVEMAR. Se han establecido también varios grupos de trabajo: Comisión de Presupuesto y Fianzas, Comisión sobre el reglamento y la práctica judicial, Comisión sobre el personal y la administración y Comité sobre biblioteca y publicaciones.

(46) Art. 28 del Reglamento.

La Sala de Fondos Marinos está compuesta por once miembros elegidos por la mayoría de miembros del tribunal y funciona con un quórum de siete. En la designación de los miembros se debe asegurar la representación de los principales sistemas jurídicos, así como una distribución geográfica equitativa. La Asamblea de la Autoridad podrá adoptar recomendaciones de carácter general respecto de la representación y distribución (47).

Es destacable que la jurisdicción obligatoria de esta Sala esté aceptada por los 135 Estados Partes en la CONVEMAR, y que son amplias sus facultades en controversias que involucran Estados, organizaciones internacionales y otras entidades. La obligatoriedad y amplio marco de la jurisdicción de esta Sala fue aceptada por el contrapunto del art. 189 que dispone que no tendrá competencia sobre el ejercicio por la Autoridad de sus facultades discrecionales de conformidad con la Convención, asegurándole así a la AIFM la libertad y discrecionalidad que, en teoría, le permitiría cumplir con sus responsabilidades en nombre de toda la humanidad (48). Tampoco puede pronunciarse, salvo las opiniones consultivas, sobre la conformidad de normas, reglamentos o procedimientos de la Autoridad con las disposiciones de la Convención ni declarar la nulidad de las mismas. Su competencia se limita a determinar si la aplicación de esas normas a casos particulares estaría en conflicto con las obligaciones contractuales de las partes en la controversia o con las derivadas de la Convención, y a conocer de las reclamaciones relativas a extralimitación en el ejercicio de la competencia o desviación de poder, así como de las reclamaciones por daños y perjuicios u otras reparaciones que hayan de concederse a la parte interesada en caso de incumplimiento por la otra parte de sus obligaciones contractuales o derivadas de la Convención (49).

La Sala de Fondos Marinos, a diferencia del Tribunal en pleno o de otras Salas, tiene posibilidad de hacer obligatorio el cumplimiento de sus decisiones, ya que el Consejo, a recomendación de la Comisión Jurídica y Técnica de la Autoridad, notificará a la Asamblea los fallos que la Sala

(47) Cfr. CONVEMAR, Anexo VI, art. 35.

(48) Cfr. Mensah, P., *op. cit.*, p. 90.

(49) Cfr. Art. 189 CONVEMAR.

hubiere dictado y formulará las recomendaciones que considere apropiadas con respecto a las medidas que hayan de adoptarse. Asimismo, sus decisiones serán ejecutables en los territorios de los Estados Partes de la misma manera que las sentencias o providencias del tribunal supremo del Estado Parte en cuyo territorio se solicite la ejecución (50).

4. Casos

Desde su constitución, en 1997, se han planteado cinco casos ante el Tribunal, si bien involucran solamente tres hechos diferentes.

Los casos 1 y 2 son sobre la misma situación y entre las mismas partes, pero el primero referido a la pronta liberación del buque y el segundo sobre el fondo incluyendo medidas provisionales.

El 3 y 4 son sobre el mismo hecho pero con un actor distinto cada uno: Nueva Zelandia y Australia contra Japón respectivamente. Sólo se solicitaron medidas provisionales, el fondo del caso se sometió a un tribunal arbitral.

El último caso fue sobre pronta liberación.

Uno se planteó en 1997, otro en 1998, dos en 1999 y uno este año (51).

A) *Causa del Buque Saiga*

(Casos N° 1 y 2) (52)

a) *Hechos*

El M/V Saiga es un buque petrolero con pabellón de San Vicente y

(50) Cfr. Arts. 162 (2)(v), 165 (2)(j) Y Anexo Vi, arts. 15 (5) y 39 de la CONVEMAR. Ver también ROSSENNE, Shabtai y SOHN, Louis (Volume Editors) "Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea", en NORDQUIST, Myron, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 - A Commentary, Volume V*, Ed. Martinus Nijhoff, 1989, pp. 331-418.

(51) Probablemente haya este año otro caso más ante el Tribunal entre Chile y la Unión Europea por la prohibición de acceso a puertos chilenos a los barcos que no cumplen normas de conservación del pez espada.

(52) Cfr. OXMAN, Bernard and BANTZ, Vincent, "International Decisions: The M/V Saiga N° 2", en *AJIL*, Vol. 94, N° 1, pp. 140-150; ROSENNE, Shabtai, "International Tribunal for the Law of the Sea: 1998 Survey" en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14 N° 4, Kluwer Law International, 1999, pp. 453-465.

Granadinas (53). Su charteador, al tiempo de la detención era Lemania Shipping Group Ltd., registrada en Ginebra, Suiza. Su capitán y la tripulación eran ucranianos e incluía tres senegaleses trabajando como pintores. Partió de Dakar, Senegal, el 24 octubre 1997 y estaba sirviendo de buque cisterna, proporcionando combustible a pesqueros.

En la mañana del 27 octubre 1997 entró en las doscientas millas de Guinea, para proveer de combustible a tres buques pesqueros (54) que tenían licencia de ese país para pescar en su zona económica exclusiva.

Al día siguiente, el 28 de Octubre, fue arrestado por la prefectura de Guinea, fuera de su zona económica exclusiva, frente a Sierra Leone. Dos miembros de la tripulación fueron heridos, se llevó el buque a Conakry (Guinea), donde quedó detenido junto con la tripulación, salvo los heridos que fueron liberados. El combustible a bordo fue descargado (55).

b) *Pronta liberación*

El 13 de Noviembre de 1997, San Vicente y Granadinas interpuso ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar una demanda contra la República de Guinea por la pronta liberación del buque Saiga, con fundamento en el art. 292 de la CONVEMAR. Sostenía que se lo había detenido en zona económica exclusiva de Sierra Leone, sin jurisdicción y sin cumplir con el art. 73.2.

Guinea en cambio, afirmó que la demanda no estaba en conformidad con art. 110 del Reglamento y que art. 292 no era aplicable al caso, porque el buque estaba involucrado en contrabando, una infracción al Código Aduanero de Guinea. Por otra parte, defendió la detención como ejercicio del derecho de persecución de acuerdo al art. 111 de la Convención.

El Tribunal destacó dos características del procedimiento previsto en el art. 292: la necesidad de ser resuelto sin demoras y la naturaleza de su

(53) Su dueño era una Compañía de Nicosia (Chipre) Tabona Shipping Company Ltd y estaba administrado por Seascot Shipmanagement Ltd. de Glasgow, Escocia.

(54) Los buques eran "Guiseppe Primo" y "Kriti" con bandera de Senegal y "Eleni S", pabellón griego.

(55) Tenía aproximadamente 5.000 tn de gasoil por valor de aproximadamente un millón de dólares estadounidenses.

relación con los procedimientos internos o con otros procedimientos internacionales. Sostuvo que la decisión sobre la liberación por el TIDM no prejuzga sobre el fondo de cualquier demanda interpuesta ante un tribunal nacional. Este último, al considerar el fondo del caso, no está obligado por las cuestiones de hecho o derecho que el TIDM haya tenido en cuenta para llegar a sus conclusiones (56). En sus consideraciones resaltó que, en el Reglamento, el procedimiento de pronta liberación está considerado de diferente manera que las medidas provisionales, las que están contempladas como un procedimiento incidental (57).

Estas dos características tuvieron consecuencias en el nivel de apreciación que el Tribunal hizo de los alegatos de las Partes, ya que consideró que sólo debía dilucidar si eran aceptables y posibles para el recurso que se intentaba en ese momento. Esto no impedía que, si el caso fuera presentado para resolver el fondo con un examen exhaustivo, pudiera llegar a una conclusión diferente.

El TIDM evitó pronunciarse sobre si el aprovisionamiento de combustible a un buque pesquero dentro de la zona económica exclusiva de un Estado es una actividad comprendida dentro del ejercicio de derechos de soberanía del ribereño, ya que entendió que no le era necesario tratar este tema para declarar admisible la aplicación de pronta liberación del buque.

Al examinar la normativa de Guinea aplicable al caso, el Tribunal encontró que el aprovisionamiento de combustible en varias leyes se consideraba como auxiliar a la pesca y en otras podía entrar como infracción aduanera. Al elegir la norma que iba a aplicar, el TIDM no lo hizo por una segura o íntima convicción. En efecto, evaluó que, si se clasificara el hecho como una violación "aduanera", las circunstancias del caso harían muy criticable la actuación de las autoridades de Guinea, pudiendo llegar a constituir una violación al derecho internacional. En cambio, la clasificación bajo art. 73 permitía asumir que Guinea estaba convendido de que arrestando al M/V Saiga estaba actuando dentro de los derechos que le otorga la Convención. *Es opinión del Tribunal que, existiendo una posi-*

(56) Cfr. Art. 292 y sentencia, párrafo 49.

(57) El Reglamento del Tribunal regula la pronta liberación del art. 292 como un procedimiento separado, independiente, en la Sección E de Parte III. En cambio las medidas provisionales del 290 con relación al fondo en la Sección C de Parte III, como procedimiento incidental.

bilidad de elección entre una clasificación jurídica que implica una violación del derecho internacional y una que la evita, debe optarse por la última.

Con relación a la fianza, el Tribunal determinó que la obligación de depositarla es un requerimiento de la Convención para que se libere el buque, pero no es un requerimiento depositar la fianza para poder iniciar el procedimiento. En otras palabras, puede haber un incumplimiento del 73,2 aún cuando no se haya depositado de hecho la fianza -por alguna razón justificada- y esto no obsta a invocar el 292. El requerimiento de prontitud en la liberación tiene un valor por sí mismo y debe prevalecer cuando el depósito de la fianza no ha sido posible, ha sido rechazado, no está previsto en las leyes del Estado ribereño o cuando se alega que el monto solicitado en ese concepto es irrazonable.

Por todo esto, el Tribunal encontró admisible la demanda, bien fundados los argumentos de San Vicente para los fines de este procedimiento y decidió que Guinea debía liberar prontamente al buque y los miembros de su tripulación que estuvieran detenidos (58).

Para fijar el monto de la multa consideró que el criterio de razonabilidad abarca el monto, la naturaleza y la forma de la fianza. Todo el balance debía ser razonable. Tomó en consideración el valor comercial del gasoil descargado en Conakry y las dificultades para volverlo a las bodegas del Saiga. Tomó el valor del gasoil como garantía y agregó 400 mil dólares a ser depositados de acuerdo al art. 113,3 del Reglamento, en forma de carta de crédito o garantía bancaria o de otra forma si las partes así lo acuerdan.

c) Medidas provisionales

San Vicente y Granadinas envió a Guinea el 22 diciembre 1997 una notificación para instituir un procedimiento arbitral de acuerdo al Anexo VII de la Convención sobre el fondo de la controversia relacionada con el

(58) La decisión fue adoptada el 4 de diciembre de ese mismo año; por unanimidad a favor de la jurisdicción del Tribunal bajo art. 292 y por 12 contra 9 en las otras cuestiones. Datos en la página de internet de la División Derecho del Mar: www.un.org/Depts/los.

Saiga. El 13 enero 1998 San Vicente pidió, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 290 (5) de la CONVEMAR, medidas provisionales.

El 20 febrero 1998, mediante un acuerdo por intercambio de notas, las Partes resolvieron someter el fondo del caso al Tribunal y transferir por tanto los procedimientos que se habían instituido para el procedimiento arbitral. El pedido de medidas provisionales de San Vicente y Granadinas, pendiente el fondo ante tribunal arbitral, se consideró como sometimiento bajo el art. 290 (1).

El Tribunal resolvió favorablemente sobre su propia jurisdicción y el 11 marzo 1998, por unanimidad, ordenó que Guinea se abstuviera de adoptar medidas judiciales o administrativas contra M/V Saiga, su capitán, tripulación o dueños en conexión con los incidentes que llevaron a su detención el 28 de octubre de 1997. Además de las disposiciones relacionadas con esta orden, el TIDM también *recomendó* que San Vicente y Guinea se esforzaran en llegar a un acuerdo para ser aplicado mientras esté pendiente la decisión final y que ambos aseguren que no se tomarán medidas por sus respectivas autoridades o buques de su pabellón que puedan agravar o extender la controversia sometida al Tribunal.

d) Fondo

El fondo, como acabamos de ver, fue sometido al Tribunal por el acuerdo de febrero de 1998 y la sentencia dictada el 1º de julio de 1999. Luego de decidir sobre su jurisdicción y de resolver algunas objeciones a la admisibilidad, el Tribunal analizó los temas de fondo.

i) Registro del buque

El Saiga se había registrado provisionalmente el 12 marzo de 1997, con un certificado provisonal del 14 de abril, válido hasta el 12 de septiembre del mismo año. El certificado definitivo recién se otorgó el 28 de noviembre de 1998.

Sobre esta base, Guinea sostenía que el buque no estaba válidamente registrado bajo bandera de San Vicente el día de su arresto; en ese momento era, a su entender, un buque sin nacionalidad. Cuestionaba además que realmente hubiera sido dado de baja del registro Maltés que tenía previamente.

San Vicente sostenía que un buque registrado bajo su pabellón permanece tal hasta que es borrado del Registro, de acuerdo a los procedimientos expresamente especificados en su Merchant Shipping Act, y ninguno de esos procedimientos se había aplicado al Saiga. Bajo su legislación un buque no pierde nacionalidad porque expire su certificado provisorio de registro, existe una norma que dice que este provisorio tiene el mismo efecto que el definitivo hasta un año después de su expedición y, por otra parte, la tasa por anotación provisorio es anual. Sobre registro previo sostuvo que sus autoridades habían recibido del dueño del buque la evidencia que requería su legislación interna acerca de la cancelación de su registro en el último país.

El Tribunal recordó el art. 91 de la Convención, que codifica una norma existente de derecho internacional: cada Estado tiene derecho a establecer los requisitos necesarios sobre la concesión de nacionalidad a sus buques. Tiene obligación de expedir los documentos pertinentes, pero la calificación de pertinentes depende del derecho interno. La determinación del criterio y el establecimiento de los procedimientos para conceder y cancelar la nacionalidad a los buques son materias que están dentro de la jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón. Sin embargo, recordó que las controversias sobre este tema están sujetas a los procedimientos de la Parte XV, especialmente cuando hay temas de interpretación o aplicación de la Convención involucrados.

En consecuencia, el Tribunal consideró que la nacionalidad del buque es una cuestión de hecho que debía ser determinada según la evidencia producida por las partes. A su juicio, San Vicente había producido numerosa evidencia: las disposiciones relevantes de su legislación interna, indicaciones de nacionalidad vicentina en el buque (inscripción de Kingstown como puerto de registro en popa del buque), o a bordo (documentos a bordo y el sello del buque como pabellón de vicentino). Su evidencia había sido reforzada por su conducta, ya que todo el tiempo actuó sobre la base que era de su nacionalidad, desde el procedimiento por pronta liberación. Por otra parte, Guinea no objetó o planteó dudas sobre el registro o nacionalidad del buque hasta la contramemoria en octubre 1998. El momento oportuno hubiera sido durante el procedimiento de pronta liberación de noviembre 1997 o las medidas provisionales de febrero 1998. También destacó el Tribunal que las autoridades de Guinea, en los proce-

dimientos que se le iniciaron en el ámbito interno, señalaron a San Vicente como Estado de pabellón de Saiga.

Concluyó que Guinea no había podido comprobar que se había extinguido el registro o nacionalidad del Saiga y que, en el caso particular, la conducta consistente de San Vicente proveía suficiente soporte para la conclusión de que el buque retenía el registro y nacionalidad de San Vicente al tiempo de la controversia. A mayor abundamiento, sostuvo que, teniendo en cuenta también que Guinea no había cuestionado en el momento oportuno la nacionalidad del buque, en estas particulares circunstancias no sería consistente con la justicia si el Tribunal declinara entrar en el fondo de la disputa (59).

ii) Relación auténtica

Con relación a la necesidad de que exista una relación auténtica entre el Estado y el buque, dispuesta por el art. 91, el Tribunal se plantea dos preguntas: Si la ausencia de un vínculo genuino entre ambos autoriza a otro Estado a rechazar reconocer la nacionalidad del buque y si esa relación auténtica existía entre San Vicente y Saiga al tiempo del incidente (60).

No encontrando respuesta en el texto de las normas de la CONVENCIÓN MAR (61), el Tribunal analizó los antecedentes de las mismas. Recordó que la CDI, en los artículos provisionales adoptados en 1956 (62), propuso el concepto de vínculo genuino como criterio no sólo para atribución de nacionalidad al buque sino también para el reconocimiento por otros

(59) Cfr. párrafo 73.

(60) Guinea negaba la existencia de un vínculo genuino entre San Vicente y Saiga. San Vicente, en cambio sostenía que nada en la Convención exige una relación auténtica como condición para otorgar la nacionalidad al buque, o que su ausencia prive al Estado de pabellón del derecho de plantear una demanda internacional contra otro Estado sobre las medidas ilegales que tomaron contra él. Pero de todas formas se opone a la afirmación de que no hay vínculo genuino. Destaca varios hechos que, a su entender, dan evidencia de esta relación como que el dueño del buque está representado en San Vicente por una compañía formada y establecida en ese Estado y Saiga está sujeto a supervisión de las autoridades vicentinas para asegurar el cumplimiento de varias convenciones internacionales de las que San Vicente es parte. También llama la atención sobre los grandes esfuerzos hechos por sus autoridades en proteger al Saiga en el plano internacional.

(61) Los arts. 91, 92 y 94.

(62) Art. 29.

Estados de esa nacionalidad. El proyecto decía que los buques deben tener la nacionalidad de aquellos Estados cuya bandera ostentan y, a los fines del reconocimiento de la nacionalidad del buque por otros Estados, debe existir un vínculo genuino entre ambos. Esta frase no se incluyó en art. 5 (1) de la Convención de Alta Mar de 1958, que solamente mantuvo la obligación de vínculo pero no adoptó la propuesta de que fuera la base para reconocimiento de nacionalidad. La CONVENCIÓN MAR sigue la línea de la Convención de 1958, que solamente mantuvo la obligación de vínculo pero no adoptó la propuesta de que fuera la base para reconocimiento de nacionalidad. La CONVENCIÓN MAR sigue la línea de la Convención de 1958, el art. 94 establece el procedimiento que puede seguirse cuando se cree que el Estado de pabellón no ejerce jurisdicción y control sobre el buque, pero no hay nada que permita rehusar reconocer el derecho del barco de usar pabellón.

La conclusión del Tribunal es que el propósito de las disposiciones de la Convención sobre la necesidad de una relación auténtica entre el buque y su Estado de pabellón es asegurar una efectiva implementación de los deberes del Estado pabellón y no establecer un criterio en referencia según el cual la validez de la registración de buques en el Estado pueda ser cuestionada por otros (63).

El Tribunal también toma en consideración convenciones internacionales no en vigor, que establecen detalladas obligaciones para el Estado de pabellón de los pesqueros, pero ninguna regula las condiciones que deben llenar su registro.

A la luz de estas consideraciones el Tribunal concluyó que no había bases legales para que Guinea rechazara reconocer el derecho de Saiga de ostentar el pabellón por falta de relación auténtica. Sobre la segunda pregunta, decidió que la evidencia producida por Guinea no era suficiente para justificar su afirmación sobre la ausencia de vínculo genuino.

iii) Agotamiento recursos internos

El Tribunal analiza el art. 295 de la CONVENCIÓN MAR, que remite al derecho internacional a la hora de fijar los requerimientos sobre la aplicación

(63) Cfr. párrafo 83.

de la norma de agotamiento de los recursos internos (64). En este caso, los derechos cuya violación alega San Vicente y Granadinas son todos derechos que le son otorgados por la Convención (arts. 33, 56, 58, 111 y 292) o por el derecho internacional (libertad de navegación y otros usos del mar internacionalmente lícitos, derecho a no estar sujeto a las leyes de aduana y contrabando de Guinea, derecho de no estar sujeto a un derecho de persecución ilegal, derecho de obtener pronta liberación en cumplimiento sentencia 7 diciembre, derecho de no ser citado ante tribunales penales de Guinea).

El TIDM acude esta vez al Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado adoptado en la primera lectura de la CDI. Allí se dispone que el agotamiento de los recursos internos es exigible cuando la conducta del Estado ha creado una situación contraria a una obligación internacional concerniente al tratamiento que debe acordarse a los extranjeros. Ninguna de las violaciones de los derechos reclamados por San Vicente, pueden ser descriptos como violación de obligaciones concernientes al tratamiento que debe acordarse a extranjeros. Son todas violaciones directas de los derechos del Estado y los daños que puedan haber sufrido las personas involucradas en la operación del barco surgen de allí. En consecuencia, el Tribunal decide que los reclamos sobre esos daños no están sujetos a la norma de agotamiento de recursos internos.

El Tribunal avanza más aún y afirma que, teniendo en cuenta su decisión en los párrafos siguientes sobre el carácter ilícito de la persecución llevada a cabo por Guinea, de ninguna manera podría aplicarse la regla del agotamiento de los recursos internos.

iv) Nacionalidad de los damnificados

Guinea sostuvo que los reclamos por los daños o pérdidas sufridos eran

(64) Guinea sostenía que las personas físicas -el capitán, los dueños del Saiga o los dueños de la carga- deberían haber agotado recursos internos, de acuerdo art. 295 Convención. San Vicente y Granadinas negaba la aplicación de esta regla porque la demanda en este caso se planteaba por las acciones de Guinea contra Saiga, en violación de sus derechos como Estado del pabellón bajo la Convención, incluyendo el derecho de libertad de navegación de sus buques y otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con esta libertad, el arresto ilegal del buque con uso excesivo e irrazonable de fuerza, escolta del buque a Conakry y su detención allí, la descarga de la carga, la persecución criminal y procesamiento del capitán y imposición de sentencia penal y multa, así como la confiscación de la carga y embargo del buque como garantía de la multa.

claramente reclamos de protección diplomática, ante lo cual opuso la falta de nacionalidad vicentina de los damnificados.

San Vicente y Granadinas, por su parte, afirmó que la protección diplomática no se aplica a los reclamos con relación a personas o cosas a bordo de un buque del pabellón. En estos casos, a su entender, el Estado tiene derecho a proteger el buque de su pabellón y todos los que estuvieran a bordo, cualquiera fuera su nacionalidad.

El Tribunal analizó las disposiciones de la Convención sobre obligaciones de los Estados del pabellón sobre sus buques, sobre las medidas tomadas por un Estado contra un buque extranjero, la compensación por daño o pérdida por medidas injustificadas, o sobre pronta liberación (65). En ninguna de ellas se hace distinción entre nacionales y no nacionales, sino que el buque, toda su carga y las personas involucradas en sus operaciones son tratadas como una entidad ligada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no es relevante.

El tribunal también llamó la atención sobre un aspecto de hecho que cobra relevancia en este caso y que son dos características básicas del transporte marítimo moderno: la transitoriedad y multinacional composición de las tripulaciones de los buques y la multiplicidad de intereses que podrían estar involucradas en la carga a bordo de un solo barco. Una nave que transporta mucha carga, en general pertenece a personas de diferentes nacionalidades. Si cada persona que reclama un daño estuviera obligada a buscar protección del Estado del cual es nacional, se plantearían intrincadas dificultades.

Por lo tanto, no aceptó la objeción de Guinea de que San Vicente y Granadinas no estaba habilitado a presentar reclamos por los daños con relación a las personas físicas y jurídicas que no fueran sus nacionales.

v) Arresto del buque (66)

El Tribunal, en la línea de la jurisprudencia de la Corte Permanente de

(65) Con arts. 94, 106, 110 (3), 111 (8), 217, 292.

(66) San Vicente alegó que no violó ninguna ley ni regulación de Guinea que le fuera aplicable y que, si existiera una norma que le fuera aplicable en la zona económica exclusiva, sería incompatible con la Convención. Por lo tanto, la detención del Saiga había sido ilegítima.

Justicia Internacional (67), consideró el derecho interno un mero hecho que expresa la voluntad del Estado y constituye su actividad. Por lo tanto, no correspondía interpretarlo, pero debía decidir si, en la aplicación de sus leyes internas, el Estado había actuado conforme a sus obligaciones para con San Vicente de acuerdo a la Convención y al derecho internacional.

De acuerdo con el art. 58 (3) de la CONVEMAR, el Tribunal se consideró competente para determinar la compatibilidad de las normas internas del ribereño con la Convención.

A su juicio, la Convención no autoriza al ribereño a aplicar sus leyes aduaneras en la zona económica exclusiva, fuera de las islas artificiales, instalaciones y estructuras (68).

Ante el argumento de Guinea sobre que el art. 58 (3) y otras normas de derecho internacional le otorgarían un derecho inherente de protegerse contra actividades económicas que puedan considerablemente afectar su interés público o en la doctrina de necesidad, el TIDM analizó estos dos últimos conceptos. Sostuvo que aplicar el principio de interés público como lo invoca Guinea, autorizaría al ribereño a prohibir cualquier actividad en la zona económica exclusiva que, a su arbitrio, caracterice como actividad que afecta el interés público o lleva pérdidas fiscales. Esto restringiría enormemente los derechos de otros Estados en esa zona.

El análisis de Estado de necesidad lo basó en el Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado que reflejarían derecho consuetudinario (69). Para el TIDM, Guinea no probó que los intereses esenciales requeridos en esta norma estuvieran en inminente peligro.

La principal acusación de Guinea contra Saiga fue que violó una norma que prohíbe la importación de combustible dentro del área aduanera de Guinea. Es práctica usual de Guinea entender como parte del país el área aduanera. Esta decisión no puede ser cuestionada porque el Tribunal no tiene competencia para considerar si una legislación interna fue bien aplicada por las autoridades de Guinea y sus tribunales. Guinea mantuvo que podía prohibir la venta no autorizada de combustible a buques pesqueros que operan en su zona económica exclusiva ya que no es parte de las libertades de navegación y otros usos lícitos sino una actividad comercial.

(67) Hace referencia a *Certain German interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment N° 7, 1926, P.C.I.J. Series A, N° 7, p. 19.*

(68) El Tribunal analiza la procedencia de la normativa interna, pero previamente observa que Guinea no aportó evidencia de que sus leyes le permitieran la acción que fue tomada contra Saiga.

(69) Art. 33 del Proyecto y *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 40 and 41, paragraphs 51 and 52.*

Por lo tanto, el tribunal decidió que, aplicando sus leyes aduaneras a un área que incluye parte de la zona económica exclusiva, Guinea actuó de manera contraria a la Convención. En consecuencia, el arresto y detención del Saiga, la persecución y condena de su capitán, confiscación de la carga y embargo del buque fueron contrarios a la Convención.

El Tribunal dejó una importante pregunta sin contestar. Ambas partes, en sus escritos le habían pedido que hiciera declaraciones sobre los derechos del ribereño y otros Estados con relación al aprovisionamiento de combustible offshore, como por ejemplo la venta de combustible a buques en el mar. San Vicente pidió al Tribunal que juzgue y declare que el aprovisionamiento en zona económica exclusiva constituye el ejercicio de la libertad de navegación y otros usos internacionalmente legítimos del mar y Guinea, por el contrario, que es una actividad comercial; diferenciando el aprovisionamiento a buques que operan en la zona de los que están en tránsito.

El Tribunal destacó la inexistencia de una disposición específica sobre el tema en la Convención y, consideró que lo decisivo en el caso era fallar sobre si las acciones tomadas por Guinea eran consistentes con la aplicación de las disposiciones de la Convención. Habiendo llegado a una decisión sobre este punto sobre la base del derecho aplicable a las particulares circunstancias del caso, no consideró necesario tener que contestar la cuestión sobre los derechos del ribereño y otros Estados con relación a aprovisionamiento en zona económica exclusiva -que tiene un ámbito más amplio que el presente caso- y, por lo tanto, no falló sobre este tema.

vi) Derecho de persecución

El Tribunal destacó que las condiciones para el ejercicio del derecho de persecución bajo art. 111 de la CONVEMAR son acumulativas, cada una de ellas debe ser cumplida para que la persecución sea legítima. En este caso concreto, encontró que varias de esas condiciones no se cumplieron. Ante las contradictorias aseveraciones de Guinea, analizó las distintas soluciones que hubieran correspondido según el día que hubiera comenzado la persecución. Si había comenzado el 27 de octubre, sólo había sospechas de que se habían violado las leyes de Guinea en su zona económica exclusiva, por lo tanto, ninguna señal visual o auditiva pudo ser enviada. Además fue interrumpida cuando cambió su curso el Saiga.

Si hubiera empezado el 28, Guinea no puede sostener que había dado las señales antes de comenzada la persecución, porque estaba muy lejos. Además dado que el Tribunal ya sostuvo que ninguna ley o reglamentos de Guinea aplicables fueron violadas por Saiga, no había motivo para la persecución. Por esto, la detención de Saiga en esas circunstancias no justificaba el derecho de persecución de acuerdo con la Convención.

El Tribunal observó que Guinea en algunos momentos sugirió que las acciones contra Saiga en parte habían sido justificadas porque suplía de combustible a los pesqueros en la zona contigua de la isla de Alcatraz. Sin embargo, como en los procedimientos orales, Guinea sostuvo lo contrario, el Tribunal consideró que había ocurrido en la zona económica exclusiva. De todas maneras, si hubiera tenido lugar en la zona contigua, también hubieran faltado los otros requisitos necesarios para el ejercicio legítimo del derecho de persecución.

vii) Uso de la fuerza (70)

El Tribunal tuvo en cuenta las circunstancias del arresto en el contexto de las normas aplicables según el derecho internacional. Si bien la Convención no contiene norma expresa para el uso de la fuerza en el arresto de barcos, el derecho internacional -que es aplicable conforme art. 293- requiere que se evite en lo posible el uso de la fuerza y, cuando es inevitable, no puede ir más allá de lo razonable y necesario en las circunstancias concretas. También deben aplicarse consideraciones de humanidad, al igual que en otras áreas del derecho internacional. La práctica normal para detener un buque en el mar es dar primero una señal auditiva o visual, por medio de señales reconocidas internacionalmente. Cuando esto no tiene éxito, hay varias acciones, incluyendo posibles y sólo si todo esto falla puede utilizarse la fuerza (71).

(70) San Vicente y Granadinas sostiene que se usó la fuerza de manera excesiva e irrazonable al detener y arrestar al Saiga. Que era un buque cisterna desarmado, lleno de combustible, con una velocidad máxima de 10 nudos. Las autoridades de Guinea realizaron disparos de largo alcance de armas automáticas. Guinea dice que no tuvieron otra alternativa ya que se rehusaron a detenerse después de repetidos mensajes de radio y a pesar de ver que los perseguían y que usaron la fuerza como último recurso.

(71) El Tribunal cita aquí jurisprudencia arbitral y que el principio básico sobre el uso de la fuerza ha sido reafirmado en Acuerdo de 1995, art. 22 (1)(f).

En este caso, el Tribunal observó que el Saiga estaba casi totalmente cargado, a ras del agua y a poca velocidad en el momento en que se aproximó la patrullera. Por lo tanto, podía ser abordado sin mucha dificultad por los oficiales de Guinea. Nuevamente constató que Guinea cambió su argumento de una etapa a la otra. No encontró excusa para el hecho de que los oficiales dispararon al barco con munición verdadera desde una patrullera en rápido movimiento sin hacer las señales de peligro requeridas por el derecho internacional y la práctica. Además, los oficiales guineanos usaron excesiva fuerza a bordo del Saiga, ya que lo abordaron sin resistencia y, a pesar de que no hubo evidencia del uso o amenaza de la fuerza por parte de la tripulación, dispararon indiscriminadamente mientras estaban sobre cubierta y usaron disparos para parar el motor del barco. No parecen haber dado importancia a la seguridad del buque o de las personas a bordo, ya que se hizo mucho daño a los equipos y, de más gravedad aún, el uso indiscriminado de armas de fuego causó daños graves a dos personas que se encontraban a bordo.

Por estas razones, el Tribunal falló que Guinea hizo uso excesivo de la fuerza y puso en peligro vidas humanas antes y después de abordar el Saiga, violando por lo tanto los derechos reconocidos a San Vicente y Granadinas por el derecho internacional.

viii) Cumplimiento del fallo del 4 diciembre 1997

El buque fue liberado 80 días después de depositada la fianza, lo que no puede considerarse pronta liberación. Sin embargo, debido a que no todos los factores que demoraron la liberación son imputables a Guinea, el Tribunal decidió que Guinea violó los arts. 292 (4) y 296 de la Convención, pero no dejó de cumplir el fallo del 4 diciembre 1997.

ix) Reparación

Teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 111 (8) y 304 de la Convención, el Tribunal recordó que es una regla establecida del derecho internacional que un Estado que sufre daños como resultado de un acto internacionalmente ilícito de otro Estado tiene derecho a obtener reparación por el daño sufrido y que esa reparación debe, en lo que sea posible, cubrir todas las consecuencias del acto ilegítimo y restablecer la situación

que hubiera existido si el ilícito no se hubiera cometido (72). La reparación debe ser restitución en especie o podría tomar forma de compensación monetaria por el daño económicamente cuantificable así como por el daño no material, dependiendo de las circunstancias del caso. Las circunstancias incluyen aquellos factores como la conducta del Estado que cometió el ilícito y la manera en que esa violación ocurrió. La reparación como satisfacción podría ser provista por una declaración judicial de que ha ocurrido la violación de un derecho.

Después de un cuidadoso escrutinio, el Tribunal decidió otorgar compensación monetaria con intereses por: daños al buque, pérdida del charreador por no poder alquilar el buque, costos por la detención del Saiga en Conakry, valor del combustible desembarcado, detención del capitán y de otros miembros de la tripulación, gastos médicos y daños físicos y psicológicos de las víctimas. Consideró justo y razonable que el interés fuera pagado con relación a pérdidas económicas. En el presente caso puso una tasa de interés del 6% como compensación. Para determinarla se ha tenido en cuenta, entre otras, las condiciones económicas prevalecientes en los países donde los gastos ocurrieron o donde las operaciones principales de la parte que debe ser compensada están ubicadas. Una tasa mayor, del 8%, se adoptó con relación al valor del combustible para incluir la pérdida de ganancia. Una menor, del 3%, fue adoptada para compensación por la detención y por los daños físicos y psíquicos pagables desde los tres meses después de la fecha del juicio.

Sobre la compensación pedida por San Vicente y Granadinas por la violación de sus derechos sobre un buque de su pabellón, el Tribunal considera que la declaración en la sentencia de esa violación (73) constituye una adecuada reparación.

No accedió a la compensación solicitada por San Vicente a causa de la posible disminución de inscripciones de buques en su registro por estos hechos, ni tampoco por los gastos de este tiempo perdido por sus oficiales por el arresto, porque eran el mismo que en operaciones normales de buque.

(72) Cita *Factory at Chorzów, Merits, Judgment N° 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, p. 47 y el art. 42 (1) del Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad internacional.

(73) Parágrafos 136 a 139.

En cuanto a la fianza depositada para la pronta liberación, con relación al combustible ya se determinó que indemnizara. Y por el resto del dinero debe devolverse el documento a San Vicente y Granadinas.

x) Costas

La regla general en materia de costas para el Tribunal es que cada Parte debe cubrir sus propias costas a menos que el Tribunal decida otra cosa (74) y en este caso no vio necesidad de apartarse de la regla general.

Sin embargo, hubo una opinión disidente importante (75), porque las partes habían acordado que los costos serían a cargo de la vencida. Lo incluyeron en su Acuerdo de febrero de 1998 y lo repitieron en su alegato final. La disidencia consideró que el Art. 34 del Estatuto del Tribunal es comparable al de la CPJI, que no excluye la posibilidad de división de las costas entre las partes de acuerdo a lo que ellas hayan acordado (76). Sostuvieron que en este caso fue claro el acuerdo entre ellas. También consideraron que al haber otorgado indemnización por los actos contrarios a la Convención, lo que hubiera sido concordante es que, apartándose de la regla general, se relevaran de ciertas costas a San Vicente, como parte ganadora en general. Sin embargo, coinciden con la mayoría en los costos para las medidas provisionales, ya que no hubo, a su entender una parte ganadora en esa fase.

B) Casos del Atún de aleta azul

(N° 3 y 4) (77)

Nueva Zelanda y Australia presentaron el 15 julio 1999 una notificación instituyendo sendos procedimientos arbitrales, de acuerdo al Anexo VII CONVEMAR, para someter la disputa que ambos tenían con Japón

(74) Cfr. art. 34 Estatuto.

(75) En declaración conjunta de los jueces Caminos, Yankov, Akl, Anderson, Vukas, Treves and Eiriksson.

(76) Hacen una interesante referencia a los trabajos preparatorios en la Sociedad de Naciones, cuando se adoptó el Estatuto de la Corte Permanente.

(77) Nueva Zelanda c/Japón y Australia c/Japón. Sentencia del 27 de Agosto de 1999. Datos en la página de internet de la División Derecho del Mar: www.un.org/Depts/los.

por el atún de aleta azul (78). El 30 de julio, antes de que vencieran las dos semanas de plazo, pidieron al TIDM medidas provisionales de acuerdo con art. 290 (5) Convención (79).

La Convención para la Conservación del atún de aleta azul del sur de 1993 regula la pesquería de esta especie y Japón había comenzado en 1998, unilateralmente, un proyecto experimental de pesca, que luego prorrogó por el trienio 1999-2001. Sus capturas dentro del proyecto experimental sobrepasaban la cuota que le había sido adjudicada por la Comisión. Los tres países habían acordado en 1989 una captura total permisible de 11,750 tn. y la mantuvieron hasta 1997, a pesar de que Japón solicitaba un incremento la cuota. Ambas Partes valoraban de forma distinta la evidencia científica.

Australia y Nueva Zelandia alegaron que Japón, llevando a cabo el programa de pesca experimental elaborado unilateralmente, había violado: las obligaciones establecidas por los arts. 64, 116 a 119 de la CONVEMAR, las disposiciones de la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul de 1993 y normas del derecho internacional consuetudinario. Pidieron al tribunal arbitral que declare que Japón había violado sus obligaciones con relación a la conservación y administración del stock de atún de aleta azul, incluyendo la obligación de adoptar medidas de conservación para sus nacionales que pescan en alta mar de manera de mantener o restaurar el stock del atún a niveles en que pueda producir el máximo rendimiento sostenible (arts. 119 y 117). Con el programa experimental había sobrepasado las cuotas nacional adjudicadas previamente por la Comisión de Conservación y con esta acción unilateral fue contra los intereses de Nueva Zelandia y Australia como Estados ribereños, tal como los reconoce el art. 116 (b). Permitiendo a sus nacionales pescar una cuota adicional por medio de ese programa en cierta manera se discriminó a los pescadores de ambos ribereños contra lo dispuesto en el art. 119

(78) Arts. 286 y 287 CONVEMAR.

(79) El artículo, en lo pertinente dispone: "Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección (...) a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (...) podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere.

(3). También alegaron violaciones al principio precautorio y a la obligación de cooperar de buena fe para conservación.

Japón se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral. Sostuvo que, en todo caso, se deberían empezar negociaciones por seis meses para determinar las cuotas a ser adjudicadas a cada país para el año 2000. Su opinión era que la controversia concernía a la interpretación o implementación de la Convención de 1993 y no a la CONVEMAR.

Sobre la competencia que, en principio, tendría el tribunal arbitral, el TIDM sostuvo, contra lo afirmado por Japón en el sentido que la controversia era científica y no legal, que a su juicio había diferencias entre las Partes que se referían a puntos jurídicos. Apelando a precedentes de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, afirmó que una controversia es un desacuerdo sobre un tema de hecho o de derecho, un conflicto de intereses o de posiciones jurídicas (80).

Para considerar la jurisdicción evaluó que Australia y Nueva Zelandia invocaban normas de la CONVEMAR, normas consuetudinarias y de la Convención de 1993; que el atún de aleta azul del sur (*thunnus maccoyii*) está entre las especies señaladas en el Anexo I de la Convención como altamente migratorias y que la conducta de las Partes dentro de la Comisión del atún es relevante. Sobre la afirmación de Japón de que el recurso al tribunal arbitral del anexo VII está excluido porque la Convención de 1993 posee su propio mecanismo de solución de controversias, el Tribunal consideró que eso no obstaba al recurso a los procedimientos de la Parte XV de la CONVEMAR.

Aceptó la afirmación de Australia y Nueva Zelandia sobre que las negociaciones habían terminado, sosteniendo que un Estado Parte no está obligado a continuar con los procedimientos de la Parte XV Sección 1, si considera que las posibilidades de alcanzar un acuerdo se han agotado.

Australia y Nueva Zelandia solicitaban las medidas provisionales sobre la base de que si continuaban las capturas de atún mientras estaba

(80) Se refirió a *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment N° 2, 1924, P.C.I.J., Series A, N° 2, p. 11* y a *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328.*

sustanciándose el procedimiento ante el tribunal arbitral se causarían daños a sus derechos. Los dos actores consideraban que el programa experimental de Japón constituía una amenaza para el stock y Japón sostenía no sólo que no lo era sino que, al contrario, era necesario para poder evaluar más confiablemente la potencialidad del stock para recuperarse.

A juicio del Tribunal, las Partes deberían actuar con prudencia y precaución para asegurar que las medidas efectivas de conservación son tomadas para prevenir un daño serio al stock de atún de aleta azul del sur. Especialmente porque hay acuerdo entre las Partes en que el stock está severamente depredado y que ha alcanzado el nivel más bajo históricamente y existe además incertidumbre científica y falta de acuerdo entre las partes sobre las medidas que deben tomarse para conservar el stock.

A pesar de no poder evaluar concluyentemente la evidencia científica presentada por las Partes, el TIDM decidió que las medidas deberían tomarse urgentemente para preservar los derechos de las Partes y para evitar un mayor deterioro del stock. En una declaración conjunta (81), seis de los jueces reforzaron la opinión mayoritaria sobre la urgencia en la adopción de medidas, debido a lo gravemente depredado que se encontraba el stock. Consideraron que la cooperación entre los miembros de la Comisión de Conservación tanto a nivel científico como gubernamental no había sido efectiva en los últimos años y que se había aumentado significativamente el total de capturas, a causa de los Estados no miembros de la Comisión y los nuevos integrantes de la pesquería. Estas circunstancias imponían la obligación a todos los involucrados en la pesquería de colaborar para que se recobrara el stock. Recordaron que el art. 64 de la CONVEMAR establece una obligación de cooperar para este fin.

A juicio del Tribunal, las capturas dentro del marco de un programa experimental de pesca no deberían exceder los niveles establecidos por las Partes para cada uno, excepto que se acuerde otro criterio. Y teniendo en cuenta que, si bien el agente de Japón había expresado que para 1999 el proyecto experimental iba a finalizar el 31 de agosto, no se había dicho nada para los años siguientes. Por esta razón, el Tribunal consideró que

(81) Opinión conjunta del Vice-presidente Wolfrum, y los jueces Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson and Eiriksson.

las medidas provisionales eran apropiadas para las circunstancias y, recordando que el art. 89 (5) de Reglamento le permitía prescribir medidas diferentes total o parcialmente de las requeridas, estableció las siguientes:

- Los tres países deben asegurar que no toman ninguna acción que puede agravar o ampliar la controversia sometida al tribunal arbitral ni perjudicar la adopción de alguna decisión sobre el fondo que deba tomar dicho tribunal;

- Los tres deben asegurar, salvo acuerdo en contrario, que sus capturas anuales no excederán las cuotas nacionales adjudicadas que, sin prejuzgar sobre la decisión del tribunal arbitral, se tomarán las capturas del programa experimental como parte de la captura de 1999;

- Los tres evitarán desarrollar un programa experimental de pesca que involucre captura de atún de aleta azul del sur, salvo acuerdo con las otras partes o salvo que esa captura experimental se cuente como parte de la adjudicación anual para ese país;

- Iniciarán negociaciones para acordar sobre medidas de conservación del atún entre ellos y con otros Estados que pesquen ese stock, de manera de asegurar la conservación y promover la óptima utilización del stock.

- Cada parte debe presentar un informe inicial prescripto en art. 95 (1) del Reglamento no después del 6 octubre 1999 y se autoriza al Presidente a solicitar los informes que crea apropiados.

El tribunal consideró apropiado, de acuerdo a lo establecido en el art. 290 (4), comunicar las medidas provisionales a los Estados Parte de la CONVEMAR que participan en la pesquería del atún de aleta azul del sur.

C) *Caso Camouco* (Nº 5) (82)

a) *Hechos*

El Camouco es un buque pesquero de pabellón panameño (83), pro-

(82) Panamá c/Francia. La demanda fue interpuesta el 17 de enero 2000. Press Releases (Boletines informativos) ITLOS/Press 33, 34 y 35. Sentencia del 7 de febrero 2000. Datos en la página de internet de la División Derecho del Mar: www.un.org/Depts/los.

(83) El 21 de septiembre de 1998 el Camouco fue registrado en Panamá provisionalmente, válido hasta el 20 septiembre 2000.

piedad de la Compañía "Merce-Pesca S.A." (84), registrada en Panamá. El 21 de septiembre de 1998 fue registrado provisionalmente (85) en Panamá. Tenía licencia para pescar austromerluza negra en aguas internacionales del Atlántico Sur entre latitud 20° a 50° Sur y longitud 20° a 80° este.

El 16 de septiembre de 1999 partió del puerto de Walvis Bay (Namibia) con el capitán Hombre Sobrido, español, al mando.

El 28 de septiembre a las 15,29 fue abordado por la nave de vigilancia francesa *Floreal* en la zona económica exclusiva de las Islas Crozet. Los cargos fueron: pescar sin autorización en la zona económica de las Islas Crozet, bajo jurisdicción francesa, no declarar -al entrar en dicha zona- que tenía 6 tn de pescado a bordo, tener ocultas las marcas de identificación del buque y haber huido tratando de evitar la inspección del *Floreal* huyendo. Francia sostuvo, además, que desde el Camouco se habían echado al mar cajas conteniendo pescado fresco y documentos. Una de las cajas que se recogió más tarde contenía 34 kg. de merluza negra fresca. Durante la inspección del barco se encontraron 6 tn. de merluza congelada, pescado fresco y pedazos de sardina usados como carnada.

Panamá negó que estuviera tratando de escapar, argumentando que estaba toda la tripulación a bordo y que era normal que pasaran unos minutos hasta que pudiera detenerse. Sostuvo que no se encontró pescado fresco y negó que la caja con pescado que se recogió del mar hubiera pertenecido al Camouco, a pesar de que la boya y la línea encontradas estaban hechas del mismo material ya que en esa zona hay muchísimos pescadores que usan el mismo equipo.

El Camouco había pescado en años anteriores con bandera francesa y con el nombre Saint Jean. El nombre nuevo no estaba claramente pintado, y Panamá alegó se debía a las condiciones meteorológicas de esas aguas, con olas de diez metros, que arruinaban la pintura.

El buque con la tripulación fue llevado a la Isla de Reunion. Se iniciaron procedimientos en los tribunales internos. Se liberó a la tripulación,

(84) Los dueños de la Sociedad Merce-Pesca son Pesquera y Bempesia Armadore, dos compañías españolas.

(85) Hasta 20 de septiembre de 2000.

se confiscó la carga y el capitán, si bien no está preso, no se puede mover de Reunion ya que le sacaron el pasaporte y tiene que presentarse periódicamente ante las autoridades.

El 17 de enero de 2000 Panamá presentó una demanda contra Francia basada en el art. 292 de la CONVEMAR, pidiendo la pronta liberación del buque y su capitán.

En los alegatos orales se realizaron interesantes consideraciones sobre la pesca en la zona abarcada por la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, sobre las medidas tomadas por el Estado de pabellón para imponer restricciones a la pesca por parte de sus buques en zonas con especies amenazadas. También se hace referencia a la preocupante pesca ilegal en gran escala en los mares del sur, que está teniendo desastrosas consecuencias para las zonas económicas exclusivas francesas.

Se afirmó que la pesca ilegal ("poaching") supera en seis veces las capturas autorizadas y se compromete la política de conservación. También se destacaron los cambios de bandera que se efectúan en los barcos que pescan en zonas controvertidas, y el cambio de las tripulaciones entre los distintos barcos pescando en la misma zona (86). Francia sostuvo que, este tipo de pesca ilegal, está orquestado por los dueños de buques con banderas de conveniencia, que continuamente rotan los puertos, mezclan las tripulaciones, etc.

b) Fallo

El Tribunal analizó en primer lugar su propia jurisdicción de acuerdo al art. 292 y 110 y 111 del Reglamento. De acuerdo a estas normas y a que su jurisdicción no ha sido objetada por el demandado, encontró que tenía jurisdicción para entender en la demanda.

(86) Francia en sus alegatos sostuvo que la mayoría de la tripulación, incluyendo el capitán estaban a bordo del Camouco cuando, con bandera francesa y llamándose St. Jean se le informó de las áreas de pesca y las normas aplicables en la zona económica exclusiva de las Islas Crozet porque habían pescado ilegalmente entre septiembre 1998 y 30 junio 1999. El capitán estaba como segundo en el barco Mar del Sur II cuando fue citado por acciones similares en febrero 1998. El Camouco antes de St. Jean se había llamado Merced y, con bandera panameña, había cometido varias infracciones en la misma zona económica exclusiva.

i) Objeciones a la admisibilidad

El demandado objetaba la admisibilidad de la demanda porque el actor había demorado tres meses en interponerla. Alegaba que el procedimiento de pronta liberación del art. 292 tiene inherente la característica de urgencia y, al no actuar prontamente el actor creó con su conducta una situación de estoppel, por lo que no era admisible la acción. El actor, por su parte, afirmaba que el art. 292 no impone ningún límite de tiempo para hacer la demanda y que, de todas maneras, no hay demora de su parte, como alega el demandado porque tomó la decisión de plantear el caso cuando el tribunal interno confirmó el monto irrazonable de la multa.

El Tribunal rechazó los argumentos del demandado sobre la demora en la presentación de la demanda. El art. 292 requiere la pronta liberación del barco y su tripulación cuando el Tribunal encuentra que la demanda está bien fundada. No exige al Estado del pabellón hacer la demanda en un tiempo determinado después de la detención del buque o su tripulación. El período de 10 días a que se refiere el art. 292 (1) de la CONVEMAR es para permitir a las partes someter la cuestión de la liberación a un tribunal acordado. No sugiere que si no se presenta la demanda inmediatamente después de los 10 días al TIDM no será tratada como una demanda de "pronta liberación" dentro del significado del art. 292 (87).

Con relación a la objeción a la admisibilidad por falta de agotamiento de los recursos internos (88), el Tribunal sostuvo que no debía incluirse el requerimiento de agotamiento de recursos internos u otra norma análoga dentro del art. 292. Este procedimiento está pensado para liberar un barco y su tripulación de una detención prolongada a cuenta de la imposición de una multa irrazonable en las jurisdicciones internas o a la falla del derecho interno de proveer para la liberación de poner una multa razonable, infligiendo por lo tanto un daño evitable al dueño del barco u otras personas afectadas por esa detención. Igualmente, salvaguarda los intereses del Estado ribereño proveyendo para la liberación sólo contra el pago de una multa razonable u otra seguridad financiera determinada por el tribu-

(87) Parágrafo 54.

(88) El demandado alegaba que aún estaban pendientes procedimientos ante sus tribunales internos cuyo objeto era alcanzar el mismo resultado que se buscaba con la demanda por el art. 292. Invocaba el art. 295 sobre agotamiento de los recursos internos.

nal al que se refiere el art. 292, sin perjuicio de los méritos del caso en el ámbito interno contra el buque, su dueño o su tripulación. El procedimiento de pronta liberación es un remedio independiente y no una apelación contra una decisión de un tribunal nacional. Más aún, el art. 292 permite efectuar la demanda dentro de un corto período desde la fecha de detención y normalmente en ese corto período los recursos internos no pueden ser agotados (89).

Con relación a la petición del actor de que se declare que el demandado ha violado otras disposiciones de la Convención además de las relacionadas con la pronta liberación (90), el Tribunal sostuvo que el procedimiento del art. 292 sólo comprende los casos en los cuales "se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de esta Convención respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera". Los incisos 3 y 4 del art. 73, a diferencia del inciso 2, no se refieren a la pronta liberación, por lo tanto las peticiones concernientes a su violación no son admisibles. Sin embargo, el Tribunal señaló que había una conexión entre los parágs. 2 y 4 del art. 73, ya que la ausencia de pronta notificación puede dificultar la posibilidad del Estado de pabellón de invocar el art. 73 (2) y art. 292 en tiempo y de manera eficiente. También aplicó estas consideraciones a los alegatos del actor, no reiterados en su presentación final, sobre que el demandado había violado las disposiciones de la Convención de libertad de navegación y que su legislación interna era incompatible con las disposiciones de la Convención (91).

(89) Parágrafos 58 y 59.

(90) Francis sostuvo que la jurisdicción del Tribunal en el contexto del art. 292 está limitada por el objeto y propósito de ese artículo que tiende a evitar injusticias que pudieran resultar de la captura de un buque extranjero si no se hubieran instituido procedimientos judiciales después de la captura o si el sistema legal no previera su liberación por medio de una fianza. En este contexto, el tribunal ve limitada su jurisdicción a la pregunta del 292 (3) y del art. 113 (1) del Reglamento. En este caso, el Tribunal sólo es competente para determinar si la alegación de Panamá que Francia no respetó las disposiciones CONVEMAR sobre CAMOUCO liberación está fundada. Niega competencia del Tribunal para las otras violaciones de CONVEMAR alegadas por Panamá: incompatibilidad entre legislación francesa y Convención, violación de libertad de navegación, requerimiento de pronta notificación del arresto del porque es art. 73 (4) ni sobre violación art. 73 (3), no imposición penas prisión.

(91) Parágrafos 59 y 60.

ii) No cumplimiento art. 73 (2)

En este caso, a diferencia del Saiga, claramente el procedimiento se inscribía en el ámbito del art. 73 (2), ya que el capitán del Camouco había sido acusado de violar las leyes francesas sobre recursos pesqueros en la zona económica exclusiva francesa.

El demandado objetó la admisibilidad de la demanda porque sostuvo que el depósito de la fianza u otra garantía financiera era una condición necesaria que debía ser satisfecha antes de que el buque o su tripulación pudieran ser liberados y que en este caso el actor no la había depositado. El actor, en cambio, sostuvo que el depósito de la fianza no es una condición previa a la demanda del art. 292.

El Tribunal reiteró lo que había afirmado en la sentencia del 4 de diciembre 1997 en M/V Saiga, que el establecimiento de una multa u otra seguridad no es necesariamente una condición previa para interponer una demanda bajo el art. 292 de la Convención (92).

iii) Razonabilidad de la fianza y monto fijado por el tribunal (93)

El Tribunal reiteró lo dicho en Saiga, que el criterio de razonabilidad abarca el monto, la naturaleza y la forma de la fianza o seguridad financiera. El balance de los tres ítems debía ser razonable. Agregó que varios factores eran relevantes en un evaluación de la razonabilidad de la garantía financiera, incluyendo la gravedad de las ofensas alegadas, las penalidades impuestas o imponibles bajo las leyes del Estado que detuvo, el

(92) According to article 292 of the Convention, the posting of the bond or security is a requirement of the provisions of the Convention whose infringement makes the procedure of article 292 applicable, and not a requirement for such applicability. In other words, in order to invoke article 292, the posting of the bond or other security may not have been effected in fact, even when provided for in the provision of the Convention the infringement of which is the basis for the application.

There may be an infringement of article 73, paragraph 2, of the Convention even when no bond has been posted. The requirement of promptness has a value in itself and may prevail when the posting of the bond has not been possible, has been rejected or is not provided for in the coastal State's laws or when it is alleged that the required bond is unreasonable.

(93) El tribunal francés había fijado 20 millones de francos y reclamaba que hasta podrían imponerse 30 millones. El actor sostenía que el monto razonable debería ser fijado en 1,3 millones de francos, de los cuales el valor de la carga retenida, 350 mil francos franceses deberían ser deducidos.

valor del buque detenido y de la carga retenida, el monto impuesto por el Estado y su forma (94).

En el presente caso el Tribunal tomó nota de la gravedad de las ofensas alegadas e incluso del rango de penalidades que, bajo la ley francesa, podrían ser impuestas por las ofensas imputadas, tanto contra el capitán como contra la compañía que es dueña del Camouco puede también ser imputable criminalmente, como persona jurídica. Notó, sin embargo, que todavía no se había hecho ninguna imputación contra la compañía. También consideró el valor del Camouco, pero destacando que el valor del buque sólo no era el factor predominante en la determinación del monto de la garantía.

Teniendo en cuenta todos esos factores y en vista de todas las circunstancias del caso, el Tribunal consideró que la fianza de 20 millones de francos franceses impuesta por el tribunal francés no era "razonable".

La fijó en 8 millones de francos y, salvo que las Partes acordaran algo diferente, en forma de garantía bancaria. La garantía bancaria debería, entre otras cosas, establecer que era librada en consideración a la liberación por Francia del Camouco y su capitán, en relación con los incidentes que ocurrieron en la zona económica exclusiva de las Islas Crozet el 28 septiembre 1999 y que el librador se comprometía y garantizaba pagar esas sumas a Francia, si así era determinado por el fallo final o la decisión del foro interno apropiado en Francia o por acuerdo de partes. El pago de la garantía debería ser cumplido prontamente luego de recibir el pedido de la autoridad competente de Francia acompañado por una copia certificada del fallo definitivo o del acuerdo.

El actor había solicitado que el tribunal ordenara que la garantía bancaria se confiara al cuidado del Tribunal. Si bien el art. 114 Reglamento establece el procedimiento para que la fianza sea depositada en el Tribunal, se requiere el consentimiento de las partes. En caso contrario, debe ser depositada en el Estado que detuvo el buque. Como no había acuerdo entre las Partes sobre este punto, el Tribunal no pudo acceder al requerimiento.

(94) Parágrafos 82 de Saiga y 66-67 de Camouco.

iv) Detención del capitán

El Tribunal no se pronunció sobre si es legítimo establecer pena de prisión por infracciones a la pesca, por considerar que este tema contemplado en un artículo de la CONVEMAR para el cual el procedimiento del art. 292 no le daba competencia. Pero, teniendo en cuenta que el Capitán estaba actualmente bajo supervisión de tribunales internos, que su pasaporte le había sido quitado por las autoridades francesas, y, por lo tanto, no podía dejar Reunion, dispuso que, en las circunstancias del caso, era apropiado ordenar la liberación del capitán de acuerdo con el 292 (1) de la Convención.

En conclusión, el Tribunal encontró que la demanda era admisible, que los alegatos hechos por el actor estaban bien fundados a los fines de estos procedimientos y, consecuentemente, Francia debía liberar rápidamente el Camouco y su capitán contra el establecimiento de una fianza u otra seguridad financiera.

v) Traducción de la sentencia

El actor pidió, basándose en art. 64 (4) del Reglamento, que el Tribunal preparara una traducción al español de su sentencia. Esta norma permite, cuando las partes eligen, entre los idiomas oficiales de Naciones Unidas, uno diferente de los oficiales del Tribunal, que la decisión del Tribunal pueda ser traducida sin costo para las Partes. Pero el Tribunal destacó que esta situación está prevista para cuando las Partes hubieran elegido ese idioma para sus presentaciones, lo que no había ocurrido en ese caso. Por lo tanto, consideró que no era procedente.

D) Puntos de interés

Es destacable la rapidez con que opera el TIDM. En efecto, los dos procedimientos de pronta liberación han sido resueltos en veintiún días, las medidas provisionales han demorado dos meses en el caso en que fueron parte del proceso principal y veintiocho días en el que fueron un procedimiento incidental. La resolución sobre el fondo del caso llevó un año y cuatro meses. Todos se realizaron con audiencias orales y gran amplitud de medios probatorios.

El tribunal efectúa frecuentes referencias a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de sus propios precedentes. También acude a trabajos preparatorios de los instrumentos internacionales, tanto para verificar la existencia como la inexistencia de una norma. En ocasiones ha acudido también a instrumentos internacionales que no están en vigor, a fin de verificar una tendencia o la existencia de una convicción jurídica.

Le espera al Tribunal una importante tarea en la interpretación de la Convención, ya que muchas disposiciones han sido plasmadas como resultado del package deal, con un lenguaje vago que da pie a un cierto "desarrollo progresivo". Por otra parte, como hemos visto, se han experimentado estos años muchos cambios, algunos de ellos registrados en Acuerdos de aplicación y en modificaciones de las legislaciones nacionales.

En su Reglamento, el Tribunal ha interpretado en cierta manera algunas disposiciones de la Convención. Por ejemplo, el art. 21 del Estatuto establece jurisdicción para todos los temas que expresamente en otros tratados confieran jurisdicción al Tribunal. El Tribunal lo interpretó admitiendo la posibilidad de que se le pidan opiniones consultivas (95). De esta manera amplía el marco de las mismas, ya que en la Convención sólo estaban mencionadas para las actividades en la Zona (96).

En la primera ocasión que dictó medidas provisionales, el Tribunal además de decretar una medida provisional, agregó varias *recomendaciones* a las Partes (97). También se ha sostenido que en estas medidas hubo poca reciprocidad, en el sentido de que se protegió casi exclusivamente los derechos de Guinea (98).

(95) Art. 138.

(96) Cfr. en este sentido VUKAS, Bludislav, "Possible Role of the International Tribunal for the Law of the Sea in Interpretation and Progressive Development of the Law of the Sea", en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International, 1999, p. 98.

(97) Cfr. VUKAS, *op cit.*, p. 98-99.

(98) ROSENNE, Shabtai, "International Tribunal for the Law of the Sea: 1998 Survey" en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 14 N° 4, Kluwer Law International, 1999, pp. 464-465.

En algunas ocasiones el Tribunal ha evitado responder sobre temas importantes de interpretación de la CONVEMAR, cuando podía resolverlo acudiendo a otros elementos y la definición sobre lo solicitado podía tener implicancias que iban más allá del caso concreto; como por ejemplo la calificación de aprovisionamiento de combustible a buques pesqueros entre las competencias del Estado ribereño o la libertad de navegación.

En otras, ha habido interesantes y también cuestionadas definiciones sobre algunos temas, como la necesidad de relación auténtica entre el buque y el Estado de pabellón, agotamiento de recursos internos y protección diplomática, etc. (99).

III. COMISION DE LIMITES DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL (CLPC)

El art. 76 de la CONVEMAR establece:

"1. La plataforma continental de un Estado ribereño 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 del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia".

Es decir, se reconoce como plataforma continental jurídica a la prolongación natural del territorio del ribereño hasta el borde exterior del margen continental. En los casos en que éste no llegue hasta las 200 millas marinas (M) (100) se le autoriza al Estado considerar que, jurídicamente, su plataforma continental se extiende hasta esa distancia. Las

(99) Cfr. KWIATKOWSKA, Barbara, "Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea M/V Saiga Cases", en *Ocean Development International Law* 1999, Vol. 30 N° 1, pp. 43-77; KWIATKOWSKA, Barbara, "Provisional measures order of the International Tribunal for the Law of the Sea pending constitution of arbitral tribunal in dispute regarding fishing for migratory species" en *AJIL*, Vol. 94 N° 1, pp. 150-155 y OXMAN, Bernard and BANTZ, Vincent, "International Decisions: The M/V Saiga N° 2", en *AJIL*, Vol. 94, N° 1, pp. 140-150.

(100) Se ha seguido en este trabajo el criterio de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de Naciones Unidas de abreviar millas marinas con una M mayúscula (CLCS/L.3)

fórmulas y las restricciones para determinar el borde exterior del margen continental están contenidas en el mismo artículo.

Hasta el momento, cuarenta y cuatro Estados han adoptado textualmente la fórmula del art. 76 y, algunos que no lo han hecho, han manifestado que la consideran como derecho consuetudinario (101). Si bien en números absolutos podría considerarse que son sólo un tercio de los 135 Estados Partes en la CONVEMAR, debe tenerse en cuenta que refleja casi exactamente el número de Estados cuyo margen continental se extiende más allá de las 200M (102). No podría un Estado que ve limitada la extensión hasta el borde exterior del margen continental disponer en su legislación interna que se extiende hasta el borde exterior del margen continental. Por esto, puede afirmarse que hay una consagración consuetudinaria de los principios generales del art. 76, que incluyen la determinación del límite exterior de la plataforma continental de acuerdo a sus disposiciones (103).

Los Estados ribereños que quieren establecer su límite exterior más allá de las 200M deben presentar su propuesta, con la información que la sostiene, a un órgano técnico y creado por la Convención (104), la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC).

Esta Comisión está compuesta por 21 miembros, expertos en geología, geofísica o hidrografía que prestan sus servicios a título personal (105). Es conveniente destacar que, si bien deben ser científicos, su tarea es apli-

(101) Cfr. CHURCHILL R.R. y LOWE A.V., *The Law of the sea*, Ed. Manchester University Press, Reino Unido, 1999, pp. 148-159 y citas relacionadas.

(102) La mayoría de los Estados tiene límites con Estados con costas enfrentadas o adyacentes. Veinticinco han establecido una profundidad de 200 m y/o hasta donde sea posible la explotación y otros hasta la prolongación natural, límite con Estados vecinos, etc. Cfr. Información de Boletín de Derecho del Mar N° 39, Naciones Unidas, 1999.

(103) Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, ED. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 614-615.

(104) Cfr. Parte VI y Anexo II. La idea de establecer este órgano ya se encontraba en el Proyecto de Estados Unidos de 1970. Cfr. DUPUY, René J. y VIGNES, Daniel, *A Handbook on the Law of the Sea*, Ed. Martinus Nijhoff, Países Bajos, 1991, pp. 357.

(105) Sus 21 miembros han sido elegidos, luego de varios aplazamientos como veremos más adelante, el 13 de marzo de 1997 por un período de cinco años. La Comisión ha celebrado desde entonces ocho períodos de sesiones. La Décima Reunión de Estados Partes recomendó a la Asamblea General que se establezca un fondo fiduciario financiado con contribuciones voluntarias para sufragar el costo de la participación en los períodos de sesiones de la Comisión de los miembros que proceden de países en desarrollo (SPLOS/58).

car la fórmula del art. 76 dentro del marco legal establecido por la CONVEMAR (106).

Las funciones de la CLPC consisten en: examinar los datos y cualquier otro material presentado por los Estados ribereños en relación con los límites exteriores de la plataforma continental en zonas en donde dichos límites se extiendan más allá de 200M; formular recomendaciones a los Estados ribereños de conformidad con la Convención y proporcionarles asesoramiento científico y técnico si así lo solicitan.

Los límites de la plataforma que determine el Estado ribereño tomando como base las recomendaciones de la CLPC serán definitivos y obligatorios (107).

Con relación al tema de la capacitación, la Décima Reunión de Estados Partes recomendó a la Asamblea General que considere en su próximo período de sesiones la posibilidad de establecer uno o más fondos financieros mediante contribuciones voluntarias a los efectos de: a) prestar asistencia a los Estados Partes para que cumplan sus obligaciones con arreglo al art. 76 de la Convención; y b) Proporcionar capacitación a los países en desarrollo, en particular los menos desarrollados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, según proceda, para preparar su presentación a la Comisión respecto de los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas (108).

De acuerdo a lo dicho, podemos diferenciar tres acciones de la CLPC: asesora, examina y recomienda (109). Queda claro en las normas de la Convención que, si bien sólo los límites trazados según sus recomendaciones serán definitivos y obligatorios, *NO es ella* quien establece el límite exterior de la plataforma continental *sino el Estado ribereño*.

(106) Cfr. FRANCCALARI, Gian P., "Technical Problems for the Commission on the Limits of the Continental Shelf", en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International 1999, pp. 129-130. Cobra importancia esta precisión teniendo en cuenta lo que recoge Francalari sobre la posición de la American Association of Petroleum Geologists en relación a su oposición a las fórmulas establecidas en la Convención.

(107) Art. 76 (8) CONVEMAR.

(108) SPLOS/59.

(109) Cfr. en este sentido: TAFT, George, "Commission on the Limits of the Continental Shelf", en NORDQUIST, Myron (Ed.) *Twentieth Annual Seminar: Implementing the 1982 Law of the Sea Convention*, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia School of Law, Annapolis, MD, 1996, p. 429.

El carácter definitivo -sin posibilidad de recurso ante un tercero- de ese límite adoptado por un Estado sobre la base de las recomendaciones de la Comisión, tiene su fundamento en la CONVEMAR. Efectivamente, los Estados al ratificar la Convención, han consentido ese procedimiento para fijar el límite exterior. Crearon ellos mismos un órgano al que dieron la facultad de revisar si técnicamente es correcta su presentación del borde exterior del margen continental. La facultad del Estado de extender su plataforma hasta allí es, hoy en día, indiscutible. Y ese límite es obligatorio para todos los otros Estados, no porque sea una decisión unilateral sino porque todos los que ratificaron la CONVEMAR se comprometieron a respetar el límite exterior trazado de acuerdo a las especificaciones de la Parte VI (110).

El tema del límite exterior de la plataforma continental ha adquirido este último tiempo un papel preponderante por dos motivos: una vez que entró en vigor la CONVEMAR comenzó a correr el plazo de los diez años dentro del cual los Estados deben presentar su propuesta y, además, se han realizado grandes avances en el conocimiento de los recursos existentes en zonas más profundas. Hoy en día se tiene interés en el petróleo a grandes profundidades y también se mira hacia otros recursos (111).

1. Directrices científicas y técnicas

La Comisión ha elaborado tres documentos de gran importancia: su Reglamento (112), el Modus Operandi (113) y las Directrices Científicas y Técnicas (114).

(110) Cfr. YTURRIAGA BARBERAN, José Antonio, *Ambitos de Jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar Una Perspectiva Española*, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1996, pp. 263-264.

(111) Cfr. WORKSHOP ON MINERAL RESOURCES OF THE INTERNATIONAL SEABED AREA, Kingston, Jamaica, 26-30 June 2000: *Evaluation of the Non-Living Resources of the Continental Shelf Beyond the 200 miles Limit of the World's Margins* by Bramley J. Muton, Lindsay M. Parson, Peter J. Hunter & Peter R. Miles, Challenger Division for Seafloor Processes, Southampton Oceanography Centre, European Way, Southampton, UNITED KINGDOM.

(112) CLCS/3/Rev. 2.

(113) CLCS/L.3

(114) CLCS/11

Las Directrices Científicas y Técnicas fueron aprobadas en la Sesión del 13 de mayo de 1999, y posteriormente se aprobaron los Anexos. Los distintos capítulos fueron elaborados en varios grupos de trabajo que funcionaron desde 1997.

La finalidad de este documento es proporcionar asistencia a los Estados ribereños sobre la naturaleza técnica y el alcance de los datos y la información que tienen que presentar a la Comisión para que ésta pueda formular recomendaciones sobre los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Sin embargo, también servirá de importante referencia científica y técnica para el examen de esas presentaciones, para la preparación de las recomendaciones de la CLPC y aún como base para las funciones de asesoramiento de la Comisión (115). Las Directrices cuentan con diagramas que proporcionan un esquema simplificado del procedimiento y de la aplicación de las distintas fórmulas. Para hacer más accesible el conocimiento de los documentos, la CLPC convocó a una reunión informativa pública para los Estados Partes y demás países interesados (116).

Se recalca en el preámbulo que se ha intentado aclarar los términos científicos, técnicos y jurídicos que figuran en la Convención ya que:

- Muchas veces se utilizan los términos científicos en un contexto jurídico que se aparta considerablemente de las definiciones y terminología científicamente aceptadas.

- Otras veces el problema es que existen varias interpretaciones posibles.

- Por la complejidad de varias disposiciones y por las dificultades científicas y técnicas que podrían tener los Estados para lograr una interpretación única e inequívoca de cada una de ellas.

Esto es evidente, ya que en el artículo 76 se emplean numerosos términos científicos (geológicos, geomorfológicos y oceanográficos), tales como:

(115) CLCS/11 pág. 6.

(116) El 1º de mayo 2000, en Nueva York.

- prolongación natural del territorio (parágrafo 1)
- prolongación sumergida de la masa continental (parágrafo 3)
- el margen continental, el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental (parágrafo 3)
- el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas (parágrafo 3)
- el pie del talud continental (parágrafo 4)
- espesor de las rocas sedimentarias (parágrafo 4)
- crestas submarinas (parágrafo 6)
- elevaciones submarinas que sean componentes naturales del margen continental tales como las mesetas, emersiones, cimas, bancos y espolones de dicho margen (parágrafo 6) (117).

Esos términos están usados en sentido técnico en el artículo 76, pero no se provee ninguna definición sobre los mismos. En virtud de las variaciones a las que está sujeta la morfología y la estructura del fondo oceánico, todos esos términos deberán estar sujetos a una interpretación científica y su aplicación puede no ser uniforme en diferentes partes del océano.

Con este instrumento, la Comisión pretende lograr el establecimiento de una práctica uniforme y extendida para la preparación de un conjunto coherente de pruebas científicas y técnicas por los Estados ribereños. Reconoce que existen varios métodos científicos y técnicos para preparar las pruebas que pueden estar igualmente de acuerdo con las disposiciones de la CONVEMAR, pero manifiesta que ha tratado de hacer hincapié en las que podrían reducir los gastos al mínimo y redundar en el máximo aprovechamiento de la información y los recursos existentes (118).

Queda claro en la introducción que las Directrices no son vinculantes, ya que los Estados pueden recurrir a otras metodologías científicas y técnicas que no estén contenidas ni recomendadas en ellas.

(117) Cfr. Presentación del Dr. Yuri Kazmin, Presidente de la Comisión de Naciones Unidas en Workshop realizado Universidad de Durham (Inglaterra) en marzo 1999.

(118) CLCS/11 parág. 1.4.

2. El Reglamento y el Modus Operandi

El Reglamento establece detalladamente las normas necesarias para el funcionamiento de la Comisión. De particular interés son las disposiciones sobre las presentaciones que haga el ribereño, sobre asesoramiento, sobre confidencialidad (Anexo II) y, especialmente, el art. 44 y el Anexo I donde se regula qué sucederá con las presentaciones que deban realizar Estados con costas adyacentes o enfrentadas o que tengan otras controversias territoriales o marítimas pendientes. Sobre este último punto volveremos más adelante.

En el Modus Operandi se detalla el modo en que se realizará la presentación ante la Comisión y el procedimiento que ésta seguirá en su tratamiento. Determina que la presentación deberá incluir tres partes distintas: un resumen, el cuerpo y todos los datos técnicos y científicos que la corroboren.

3. Problemas

a) ¿Qué sanción puede aplicarse al ribereño que no cumple con los 10 años?

El Anexo II de la Convención, en su art. 4 dispone que la presentación sobre las características del límite exterior debe hacerse *"lo antes posible, y en todo caso dentro de los 10 años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención respecto a ese Estado"*.

Pero, ¿qué pasa si el Estado no llega a hacer su presentación dentro de ese plazo?

Evidentemente, no se cumple con una disposición de la CONVEMAR. Sin embargo, no está prevista en la Convención ninguna sanción para este incumplimiento.

También en el Anexo II, art. 2 se utilizaban casi las mismas palabras para establecer un plazo para la elección de los miembros de la Comisión de Límites: *"lo más pronto posible, y en todo caso dentro de un plazo de 18 meses contados a partir de la fecha de entrada en vigor de esta Convención..."*. Este plazo no pudo cumplirse y, no sólo fue pospuesto

por la Reunión de Estados Partes sino que, además, se convino que si algún Estado que fuese ya Parte en la Convención al 16 de mayo de 1996 resultase adversamente afectado respecto de sus obligaciones con relación al plazo de diez años a consecuencia de la modificación de la fecha de la elección, se examinaría la situación con miras a reducir la dificultad respecto de esas obligaciones (119).

Para resolver este problema es necesario analizar el rol que juega el plazo de diez años con relación al derecho que tiene el Estado ribereño a fijar el límite exterior de su plataforma continental de acuerdo con el art. 76. En palabras de este artículo, la plataforma continental de un Estado ribereño se extiende *"a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental"*. La distancia de las doscientas millas está prevista en la misma norma sólo para *"los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia"*.

Por otra parte, la presentación ante la Comisión de Límites tiene por finalidad permitir que los límites de la plataforma que determina *EL ESTADO RIBEREÑO*, sean definitivos y obligatorios.

El límite "aprobado" por la CLPC o trazado de acuerdo a sus recomendaciones tiene asegurada la oponibilidad ante los demás Estados y evita la inseguridad en el derecho del ribereño, pero *no es constitutivo* de su derecho. En consecuencia, un *"derecho natural"* del Estado ribereño no puede caducar por el no cumplimiento de un plazo, si no existe una norma expresa que determine esta sanción.

Por este motivo consideramos que, si bien está generalizada la expresión "plataforma continental ampliada" (120) para referirse a la porción más allá de las doscientas millas marinas, hay que tener cuidado cómo se la usa, ya que puede reflejar un error de concepto. La plataforma continental, de acuerdo a la CONVEMAR y al derecho consuetudinario, se extiende -ES- hasta el borde exterior del margen continental. Sólo se limita en 200M si dicho margen se termina antes. En consecuencia, la prolongación natural del territorio del Estado ribereño es plataforma continental tanto dentro como fuera de las 200M.

(119) Cfr. SPLOS/5, párrafo 20.

(120) SPLOS/60 parág. 58.

Coincidimos con un autor que afirma que, si bien algunos sostienen que la CLPC protege a la AIFM de la jurisdicción rampante de los Estados ribereños, no es menos cierto que también puede considerarse que también puede agregarse que protege a los Estados ribereños de la jurisdicción rampante de la Autoridad proviniendo desde los fondos marinos (121).

Este problema tiene una actualidad acuciante y, como tal, ha sido recogido en la última reunión de Estados Partes de la CONVEMAR. A instancias de una delegación que propuso a la reunión considerar las dificultades a que se enfrentaban algunos países, en particular los países en desarrollo para cumplir el plazo de diez años, la Reunión en general expresó su apoyo general a estas preocupaciones, decidió incluir en su programa de la próxima reunión el tema y pidió a la Secretaría que prepare un documento de antecedentes (122).

b) Presentaciones parciales o con información deficiente

Por otra parte, si un Estado no alcanza a realizar los trabajos en el tiempo establecido, podría ocurrir que, para detener el transcurso del plazo, se viera tentado de hacer una presentación general sin la suficiente base científica. De esta manera la CLPC le haría recomendaciones y tendría un tiempo adicional para completar los estudios. Pero esta opción, además de ser riesgosa, implicaría excesivos montos económicos.

El Reglamento de la CLPC prevé la posibilidad de realizar presentaciones parciales sólo para el caso en que una zona esté en disputa. Pero, ¿qué pasaría si un Estado no ha conseguido -sea por falta de tiempo, de recursos o por dificultades físicas- información para presentar el límite de todas las zonas de su plataforma? ¿Puede presentar las que tenga, a efectos de interrumpir el plazo y de ir permitiendo que la CLPC examine sus criterios y metodología y vaya haciendo recomendaciones? Esto podría agilizar el trabajo de la Comisión y darle posibilidad de que se efectúen más presentaciones. Consideramos que, para resolver este problema, deberá tenerse muy en cuenta el principio de la buena fe de parte del

(121) Cfr. TAFT, op. cit.

(122) Cfr. SPLOS/60 parág. 61-62.

Estado ribereño, es decir hasta qué punto es realmente lo único que pudo hacer.

Probablemente este tema sea incluido en la próxima Reunión de Estados Partes como una faceta del problema del plazo de los diez años.

c) ¿Pueden explotarse los recursos más allá de las 200M antes de que límite sea definitivo y obligatorio?

Como ya hemos visto, son numerosos los Estados que han establecido en su legislación interna la extensión de su plataforma continental hasta el borde exterior del margen continental. Estos Estados ya tienen adoptado el criterio de la Convención, lo que falta es la *demarcación* de esa plataforma continental que hará que el límite sea definitivo y obligatorio.

Debe recordarse que los derechos de soberanía que ejerce el ribereño sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales son exclusivos e independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa (123).

Y, dado que el ribereño tiene un derecho natural sobre la plataforma continental a todo lo largo de la prolongación de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, tiene lógicamente el derecho de explotar sus recursos más allá 200M aún antes que el límite sea final y obligatorio. Esta afirmación teórica está plasmada en la realidad por acuerdos bilaterales en los que varios Estados han establecido sus límites en la plataforma continental llegando más allá de las doscientas millas sin presentarlo ante la CLPC y sin haber sido objetados ni por la comunidad internacional, ni por la AIFM ni por la CLPC.

Todos ellos son, lógicamente, posteriores a 1982: Estados Unidos-Federación Rusa (1990); Australia-Francia (1983); Australia-Islas Solomón (1988); Irlanda y Reino Unido (1990) (124). También Estados

(123) Art. 77 CONVEMAR.

(124) Ver en CHARNEY, Jonathan y ALEXANDER, Lewis (Ed.), *International Maritime Boundaries Volume I-III*, Martinus Nijhoff, 1996: Agreement between the United States of America and the Union of the Soviet Socialist Republics on the Maritime Boundary, pp. 447-460; Agreement on Marine Delimitation between the Government of Australia and the Government of the French Republic, pp. 905-913; Agreement between the Government of Solomon Islands and

Unidos y México han concluido en este año un acuerdo que tiene por finalidad solamente trazar el límite de sus respectivas plataformas continentales más allá de las doscientas millas, en la zona del golfo de México (125).

Lógicamente, competirá a cada Estado tener la prudencia de explotar los recursos o trazar un límite lateral de manera que, de acuerdo a las evidencias científicas, se encuentre dentro de los parámetros del art. 76 (126).

El problema de que el límite no se transforme en definitivo y obligatorio es la inseguridad que perjudicaría en cierta manera la actividad de la Autoridad, si un posible contratista elige un área cercana a un área de límite exterior no definido y con extensión más allá de las 200M (127). Coincidimos con Yturriaga Barberán que no es un problema meramente teórico ya que, si bien por el momento no hay una posibilidad de exploración a grandes profundidades de manera rentable, el increíble avance de la tecnología también se aplica a estas áreas (128). Y de todas maneras, cualquiera sea la solución en que se piense, debe tenerse en cuenta que la Autoridad, aún relacionada con la interacción entre la CLPC y los ribereños, no juega ningún rol en sentido formal en el establecimiento del límite exterior ni tiene ningún derecho de intervención.

the Government of Australia Establishing Certain Sea and Sea-bed Boundaries, pp. 977-984; Agreement on Marine Delimitation between the Government of Australia and the Government of the French Republic, pp. 1185-1194 y Agreement between the Republic of Ireland and the United Kingdom of the Great Britain and Northern Ireland Concerning the Delimitation of the Continental Shelf between the Two Countries, pp. 1767-1779. Ver también CHURCHILL R.R. y LOWE A.V., *The Law of the sea*, Ed. Manchester University Press, Reino Unido, 1999, pp. 150 y ss; MIYOSHI, Masahiro, "The Joint Development of Offshore Oil and Gas in Relation to Maritime Boundary Delimitation", en *Maritime Briefing Vol 2 N° 5*, International Boundaries Research Unit, Durham, Reino Unido, 1999; ONG, David M., "Joint Development of Common Offshore Oil and Gas Deposits: Mere State Practice or Customary International Law?" en *AJIL*, Vol 93, N° 4, 1999 pp. 771-804.

(125) Acuerdo suscrito en Washington, el día 9 de junio de 2000 entre los Estados Unidos de Norteamérica y los Estados Unidos de México sobre delimitación de la plataforma continental en el Golfo de México, en un área más allá de las 200 millas marinas. Texto en Treaty Doc. 106-39, 2000 U.S.T. LEXIS 60. También establece procedimientos de cooperación para los depósitos de minerales transfronterizos en esa zona.

(126) Cfr. TAFT, *op. cit.*

(127) Cfr. Taft, *op. cit.*, p. 434.

(128) Cfr. YTURRIAGA BARBERAN, José Antonio, *Ámbitos de Jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar Una Perspectiva Española*, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1996, pp. 263-264.

d) ¿Qué pasa si el Estado no acepta la recomendación de la CLPC?

Las disposiciones de la Parte VI de la Convención están pensadas para que el ribereño pueda elegir la opción que maximiza sus derechos soberanos, si bien es indispensable que su elección esté dentro de lo aceptable científicamente. Pero, aún sin ser técnicos, es fácil imaginar que debe haber más de un modo de cumplir con el art. 76; ya vimos que en las Directrices Científicas y Técnicas se reconoce la existencia de muchos métodos. Cobra aquí importancia la obligación del Estado ribereño de efectuar su presentación de buena fe.

Lo que establece la CONVENMAR es que la CLPC puede hacer recomendaciones al ribereño sobre su presentación. Y que, cuando el límite que presente el ribereño tome como base esas recomendaciones, será definitivo y obligatorio. Esto no parece exigir que el Estado deba seguir *al pie de la letra* la recomendación de la Comisión (129). ¿Podría tomar como base sólo parcialmente sus recomendaciones?

En el Modus Operandi, la Comisión estableció que las recomendaciones que haga sobre la presentación "*incluirán los límites exteriores revisados y las razones a que obedece el cambio*" (130). Consideramos que la Comisión *podrá* hacer una sugerencia sobre nuevos puntos que, a su entender, reflejen la correcta aplicación de las normas de la CONVENMAR. Pero, tal vez hubiera sido más clara una redacción que incluyera un condicional y que, en lugar de "límite exterior revisado" dijera algo como "podrá incluir una propuesta de la ubicación de los nuevos puntos donde la información disponible muestra la correcta aplicación de la fórmula del art. 76". Por otra parte, ¿Deberá la Comisión interpretar la información que tiene y decir dónde tienen que ir los puntos? ¿Deberá elaborar las cartas? Si su recomendación se relaciona con un error en el procesamiento de la información ¿deberá procesarla nuevamente?

Nuevamente recordamos que la Comisión es un órgano eminentemente técnico, y su función es examinar los datos y otros elementos de infor-

(129) En este sentido, cfr. TAFT, *op. cit.*, p. 433.

(130) CLCS/L.3, Sección VII (17).

mación que le presente el Estado ribereño y hacer recomendaciones sobre los mismos (131).

e) *Controversias*

La CONVEMAR expresamente establece que ni sus disposiciones ni las actuaciones de la CLPC afectarán los asuntos relativos a la fijación de los límites entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente (132).

El tema de las controversias ocupó un lugar primordial en la adopción del reglamento de la Comisión. Finalmente quedó plasmado en el art. 44 y el Anexo I. Los principales puntos establecidos para las presentaciones en caso de controversias entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes son:

- La Comisión reconoce expresamente que la competencia sobre las cuestiones relativas a las controversias que puedan surgir en lo relativo al establecimiento del límite exterior de la plataforma continental, reside en los Estados.

- Toda decisión que adopte la Comisión no prejuzgará sobre cuestiones relativas a la delimitación de fronteras entre Estados.

- Los Estados ribereños deberán informar a la Comisión de la existencia de una controversia respecto de la determinación de los límites de la plataforma continental al hacer la presentación.

- El o los Estados ribereños que hayan hecho una presentación asegurarán a la Comisión de que ésta no prejuzga cuestiones relativas al trazado de límites entre Estados.

- Sin perjuicio del plazo de diez años, el Estado ribereño puede hacer una presentación de una parte de su plataforma continental a fin de no pre-

(131) En el Proyecto irlandés presentado el 1º de Mayo 1978 a la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sus competencias eran mucho más comprensivas, tenía poder de decisión. Pero esto fue resistido por numerosas delegaciones y el cambio al sistema actual fue expresamente aceptado por todos. Cfr. En este sentido DUPUY, René J. y VIGNES, Daniel, *A Handbook on the Law of the Sea*, Ed. Martinus Nijhoff, Países Bajos, 1991, pp. 359-360.

(132) Cfr. art. 76 (10) y Anexo II art. 9.

juzgar la delimitación de fronteras entre Estados en otra parte u otras partes de la plataforma continental respecto de las que pueda hacerse posteriormente una presentación.

- Dos o más Estados podrán, mediante acuerdo, hacer presentaciones conjuntas o por separado a la Comisión, pidiéndole que formule recomendaciones sobre el límite exterior pero sin tener en cuenta el trazado de límites entre esos Estados o indicando por medio de coordenadas geodésicas la medida en que la presentación no prejuzga cuestiones relativas al trazado de los límites con otro u otros Estados Partes en ese acuerdo.

- Si existe una controversia territorial o marítima, la Comisión no examinará ni calificará la presentación hecha por cualquiera de los Estados partes en esa controversia.

- Sin embargo, en este mismo caso, podrá examinar una o varias presentaciones respecto de las zonas objeto de controversia con el consentimiento previo de todos los Estados Partes en ella.

- Tanto las presentaciones hechas ante la Comisión como las recomendaciones que ella formule deberán entenderse sin perjuicio de la posición de los Estados Partes en una controversia territorial o marítima.

- La Comisión podrá pedir al Estado que haga la presentación que colabore con ella a fin de no prejuzgar cuestiones relativas al trazado del límite cuando se dé una de las situaciones previstas en este Anexo.

f) *Antártida* (133)

La problemática Antártida-Límite exterior de la plataforma continental no puede ser ignorada desde que a fines de 1999 Australia dio a conocer oficialmente (134), las medidas que adoptaría para definir el límite exterior de la plataforma continental, más allá de las doscientas millas

(133) Ver, entre otros: JOYNER, Christopher C., *Antarctica and The Law of the Sea*, Ed. Martinus Nijhoff, Países Bajos, 1992, 302 pp. y STOKKE Olav Schram y VIDAS Davor (Eds), *Governing the Antarctic The effectiveness and legitimacy of the Antarctic Treaty System*, Cambridge University Press, 1996, 464 pp.

(134) Comunicado de Prensa emitido conjuntamente por los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Medio Ambiente y Patrimonio australianos el 2 de diciembre de 1999. Texto en www.environment.gov.au/minister/env/99/mr2dec299.html.

marinas, en el "Sector Antártico Australiano". Esto no fue una mera expresión de deseos, ya que se asignó treinta millones de dólares australianos (aproximadamente veinte millones de dólares norteamericanos) para las tareas de investigación y relevamiento, distribuidos durante cinco años.

La postura australiana es lógica si se piensa que es el primero de los países reclamantes para quien vence el plazo de los 10 años (135). Por lo tanto, ante el gran número de interrogantes sobre la relación entre el plazo y las zonas en controversia y ante la amenaza de no poder alcanzar a recoger toda la información necesaria, ha decidido emprender las tareas (136).

En el comunicado se afirma que esa decisión no afectará el cumplimiento de la prohibición de actividades mineras al sur del paralelo 60° S, establecido por el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, ya que existen otros recursos sobre los que no pesa dicha prohibición, tales como recursos genéticos que podrían ser de valor y no requerirían actividad minera.

Dentro de las controversias territoriales o marítimas el tema antártico tiene unas características especiales. Su tratamiento excede las posibilidades de este trabajo, por lo que sólo delinearemos los principales aspectos involucrados:

- Los países con sectores antárticos sostienen que el territorio antártico genera las correspondientes zonas marítimas y, en concreto, que los derechos sobre la plataforma continental no dependen de ocupación efectiva ni de reclamación. Por lo tanto, no son una nueva reclamación ni una ampliación de las existentes y no caen bajo la prohibición del art. IV del Tratado Antártico. En los casos en que haya reclamaciones superpuestas se generarían jurisdicciones marítimas también superpuestas pero válidas.

(135) Australia ratificó antes de la entrada en vigor de la CONVEMAR, por lo cual el período de diez años termina el 16 de noviembre de 2004. Entre los reclamantes siguen: Argentina (31/12/05), Francia (11/5/06), Noruega (24/7/06), Nueva Zelandia (18/8/06), Reino Unido (24/8/07) y Chile (25/9/07).

(136) Sobre los peligros de no realizar la presentación en la zona antártica ver VIDAS, Davor, "Emerging Law of the Sea Issues in the Antarctic Maritime Area: A Heritage for the New Century?", en *ODIL* 2000 Vol 31, N° 1 y 2, 197-222.

- En cambio, para los que no reconocen reclamaciones de soberanía, no hay espacios marítimos si no hay Estados ribereños. Esto lleva a considerar, aunque algunos lo nieguen, que el tema de la plataforma continental antártica es un caso típico de los previstos en el Artículo 44 y el Anexo I del Reglamento. Existe una controversia más allá de los sectores superpuestos, entre quienes reclaman soberanía sobre un territorio y las zonas marítimas adyacentes y quienes le niegan ese derecho a los reclamantes. Es una controversia que, aunque se la quiera negar, se encuentra "expresada" en el sistema jurídico que se ideó para superar el estancamiento que la misma controversia producía, el sistema antártico.

- Es una zona, por otra parte, en la que existen importantes dificultades físicas, tanto para determinar las líneas de base, ya que muchas de sus costas se encuentran cubiertas permanentemente con hielo, como por la dificultad de realizar los estudios sísmicos y batimétricos necesarios (137).

- El régimen establecido en el art. 7 del Protocolo Ambiental Antártico prohíbe cualquier actividad relacionada con recursos minerales que no sea investigación:

Art. 7 "Cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, salvo la investigación científica, estará prohibida".

Art. 25 (5) (a): "Con respecto al Artículo 7, continuará la prohibición sobre las actividades que se refieran a los recursos minerales, contenida en el mismo, a menos que esté en vigor un régimen jurídicamente obligatorio sobre las actividades relativas a los recursos minerales antárticos que incluya modalidades acordadas para determinar si dichas actividades podrían aceptarse, y, si así fuera, en qué condiciones. Este régimen salvaguardará completamente los intereses de todos los Estados a los que alude el Artículo 4 del Tratado Antártico y aplicará los principios del mismo. Por lo tanto, si se dispone una modificación o enmienda al Artículo 7 en la Conferencia de Revisión mencionada en el anterior párrafo 2 ésta deberá incluir tal régimen jurídicamente obligatorio".

(137) CHURCHILL and LOWE, *The Law of the Sea*, 3ª Edition, Melland Schill Studies in International Law, Manchester University Press, 1999, p. 33.

• Esto plantea interrogantes, por una parte, en relación con la plataforma continental, porque no se puede contar con la posibilidad de una retribución a los altos costos que implican los estudios necesarios para el trazado de su límite exterior.

• Pero también en lo que se refiere al régimen de los recursos en la Zona y la actividad de la Autoridad, ya que por un tratado especial se ha prohibido una actividad en una zona que, *prima facie*, parecería entrar en la competencia de la Parte XI de la CONVEMAR (138).

4. Posible esquema de procedimiento para trazar el límite exterior

Haremos ahora un esquema, solamente a modo de ejercicio, de las principales tareas que debe realizar un Estado ribereño que desea fijar el límite exterior de su plataforma continental.

• Tener en cuenta cuál es el plazo máximo dentro del cual debe presentar su propuesta ante la Comisión de Límites de las Naciones Unidas. Para esto deberá calcular diez años desde la entrada en vigencia de la CONVEMAR para él.

• Es necesario tener fijadas las líneas de base, ya que desde ellas se deben medir posteriormente las 200M y las 350M. El sistema geodésico en que se fijen las líneas de base debe ser un sistema reconocido.

• El primer dato a tener en cuenta es si hay posibilidades de que el margen continental se extienda más allá de las doscientas millas, ya que si no las hay la plataforma continental queda fijada en las 200M, pero no hay que hacer ninguna presentación ante la Comisión de Naciones Unidas (139).

(138) Cfr. VIDAS, Davor, "The Southern Ocean Seabed: Arena for Conflicting Regimes?", en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International, 1999, pp. 291-296 y 302. Sostiene que los Estados Partes en CONVEMAR tienen un problema legal por art. 311 (6), que les prohibiría alegar ley especial y ley posterior. Ver también SCOVAZZI, Tulio, "The Antarctic Treaty System and the New Law of the Sea: Selected Questions", en FRANCONI, F. And SCOVAZZI, T. (eds.) *International Law for Antarctica*, second Edition, Kluwer International Law, The Hague, 1996, p. 391.

(139) Un cálculo aproximado permite deducir que de los 151 Estados ribereños que existen, aproximadamente 54 podrían reclamar plataforma continental más allá de las 200M. De los 97 restantes, alrededor de 60 tienen una plataforma continental delimitada con Estados contiguos, ya sea adyacentes o enfrentados. Entre 30 y 40 Estados tendrían una plataforma continental geográfica que no sobrepasa las 200M.

• En caso de que el margen se extienda, o haya posibilidades que se extienda, hay que fijarse si no hay un Estado adyacente o enfrentado que haga que la posibilidad de ir más allá de las 200M sea nula o esté sujeta a delimitación.

• Si esto no sucede, se puede comenzar el proceso de fijación, y para ello es necesario recolectar en primer lugar toda la información que se disponga, pasándola por distintos filtros de manera de asegurarse su calidad y certeza.

• Luego, para construir las líneas de las fórmulas es necesario primero trazar el pie del talud. Para hacerlo se tendrá en cuenta: a) el máximo cambio de gradiente en la base del talud continental o b) la prueba en contrario de la regla general.

• Una vez trazado el pie del talud, se aplicarán las dos fórmulas:

- 60 millas más allá del pie del talud

- Espesor del sedimento igual o mayor al 1% de la distancia más corta al pie del talud.

• Combinar ambas líneas de manera que se englobe la mayor área posible. Para ello, según los márgenes continentales, se elegirá una de las dos o se combinarán ambas.

• Debe trazarse después las líneas de restricción:

- La línea de las 350M.

- La línea de la isobata de los 2500m y de allí 100M más.

• Combinar ambas líneas como en el caso anterior, de manera de englobar la mayor área posible.

• Combinar la línea de fórmula con la de restricción, de manera que la primera no sobrepase la segunda.

• Trazar el límite exterior de la plataforma mediante líneas rectas cuya longitud no exceda de 60 millas marinas que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud.

• Presentar información sobre estos límites a la CLPC, con fundamento de cada uno de las líneas invocadas.

- Tener en cuenta que la Comisión de Naciones Unidas no va a considerar la presentación de zonas en las que haya problemas limítrofes o de soberanía.

- Si la CLPC hace recomendaciones, se podrá establecer los límites definitivos basándose en la recomendación o

- Hacer una presentación revisada o una nueva presentación.

- Depositar las cartas y la información pertinentes en poder de los Secretarios Generales de las Naciones Unidas y de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (140).

- Hay quienes agregan que hay que valorar los recursos que se pueden obtener de esa zona en relación con los gastos que demandará el trazado del límite exterior, para tomar la decisión de si es necesario hacer el enorme gasto que implica. Salvo en algunos contados casos, este razonamiento parece indicar una falacia, ya que para valorar los recursos de manera segura, que permita tomar una decisión tan importante como no reivindicar una zona sobre la que pueden ejercerse derechos de soberanía implica tantos o más gastos que las tareas de fijar el límite exterior, que se realizan sin un estudio profundo de la conformación del lecho y subsuelo y, por lo tanto, de los recursos.

IV. AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es una "organización internacional autónoma" a través de la cual los Estados Partes en la Convención organizan y controlan las actividades en la Zona, particularmente con miras a la administración de sus recursos (141). Las normas

(140) CONVEMAR, arts. 76 (9) y 84 (2).

(141) Art. 157 CONVEMAR y Acuerdo 1994, Anexo, Sección 1, 1) Se establece, además, que la Autoridad tendrá las facultades que expresamente se le confieren en la Convención y las facultades accesorias, compatibles con ella, que resulten implícitas y necesarias para el ejercicio de aquellas facultades y funciones con respecto a las actividades en la Zona. Su carácter de organización internacional autónoma le está explícitamente reconocido en el Acuerdo celebrado con Naciones Unidas (ISBA/3/A/L.2 e ISBA/3/C/L.2).

que rigen su funcionamiento son la Parte XI de la CONVEMAR y el Acuerdo de 1994 (142).

Todos los Estados Partes en el CONVEMAR son ipso facto miembros de la Autoridad (143). Por medio de un acuerdo, se aceptó que, hasta el 16 de Noviembre de 1998, los Estados que habían estado aplicando el Acuerdo con carácter provisional y no eran parte de la Convención, tendrían derecho a continuar participando como miembros provisionales de la Autoridad. Desde esa fecha, ocho de esos Estados han perdido este carácter de miembros, porque no han ratificado hasta este momento la CONVEMAR (144).

1. Acuerdo de 1994 (145)

El Acuerdo indica en su nombre que es "relativo a la aplicación", es decir, la aplicación concreta de la Convención se vincula a este Acuerdo a partir de su entrada en vigor. Escapa al alcance de este trabajo analizar en detalle las modificaciones que este instrumento introdujo en el régimen de la Parte XI. Sin embargo, destacamos a continuación los puntos principales (146).

Si bien se lo ha querido presentar como interpretativo de la Convención, realmente la modifica sustancialmente, ya que deja sin efec-

(142) La Autoridad comenzó a funcionar en Kingston (Jamaica), el 16 de noviembre de 1994 y desde entonces ha celebrado seis períodos de sesiones.

(143) Art. 156 (2) CONVEMAR. Hasta octubre 2000 eran 135 los Estados Partes en la CONVEMAR. Sin embargo, 35 de estos Estados son miembros de la Autoridad sin ser parte del Acuerdo de 1994, ya que fueron partes en la Convención antes de la aprobación del Acuerdo y aún no han concluido los trámites necesarios para ser parte en el mismo.

(144) Esos Estados son: Bangladesh, Bielorrusia, Canadá, Qatar, Suiza, Ucrania, Emiratos Arabes Unidos y Estados Unidos de América. Hasta esa fecha, estos Estados no eran parte de la Convención pero integraban la AIFM, en conformidad con lo permitido provisionalmente por el Acuerdo de 1994.

(145) El Acuerdo fue aprobado por la Asamblea General el 28 de julio de 1994 (AG 48/63) y entró en vigor el 28 de julio de 1996. Para su entrada en vigor se estableció un procedimiento que aseguraba la participación de la mayoría de los primeros inversores: se requería que se necesitaban el consentimiento de 40 Estados, entre los cuales deberían figurar al menos siete de los primeros inversionistas, de los cuales al menos 5 debían ser Estados desarrollados (Art. 6).

(146) Ver, entre otros, NORDQUIST, Myron H. y NORTON MOORE John, 1994 *Rhodes Papers Entry into Force of the Law of the Sea Convention*, Ed. Martinus Nijhoff, 1995.

to varios de sus artículos y los reemplaza por otras disposiciones. Expresamente establece que sus disposiciones y las de la Parte XI deberán ser interpretadas y aplicadas en forma conjunta como un solo instrumento y, en caso de haber discrepancia entre ambos, prevalecerán las disposiciones del Acuerdo (147).

- Se mantienen los principios que gobiernan la Zona y sus recursos, pero se modifica parcialmente el régimen, presuntamente para facilitar la participación universal en la Convención.

- En el aspecto institucional se producen cambios en la composición de órganos y procedimientos para adopción de decisiones (148), que analizaremos cuando tratemos de los órganos.

- En el aspecto operativo, la Empresa -que tenía el monopolio de la explotación minera en fondos- no operará durante el primer tiempo y sus actividades se desarrollarán a través de la Secretaría, hasta tanto la explotación de la Zona sea rentable. El Secretario General de la Autoridad nombrará de entre su personal un Director General interino que supervisará la realización de esas funciones por la Secretaría (149).

- Cuando la Empresa se establezca, funcionará únicamente por medio de empresas conjuntas, salvo que en un caso concreto el Consejo decida otra cosa, y sus planes de trabajo se aprobarán como los de los Estados,

(147) Ar. 2 Acuerdo 1994. Cfr. BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Edit. Zavalla, Buenos Aires, 1999, pp. 521-529; REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, ED. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 590-591 y 716-717.

(148) El Consejo pasa de 34 a 36 miembros, modificándose también la composición de las cámaras. También varía la forma de votación, que en el Consejo pasa a ser por consenso (en los casos previstos por la Convención), pudiéndose en los otros casos pasarse a mayoría de dos tercios, salvo que se oponga a esa decisión la mayoría de cualquiera de las cámaras, instaurándose así una capacidad de bloqueo en cada una de ellas. Cfr. JUSTE RUIZ, José, "La entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar y los intereses españoles", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional VII*, Córdoba, 1996-1997, pp. 174-175. También PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª Edic., Edit. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 423-433 y MESEGUER SANCHEZ, José Luis, *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 331-354.

(149) CONVEMAR Anexo III y Acuerdo 1994, Anexo, Sección 2.

por medio de contrato concertado entre ella y la Autoridad (150). Se elimina la obligación de financiar las actividades de la Empresa (151).

- Según el sistema paralelo, establecido en la Convención, aquel que quiere explotar debe proponer un área lo suficientemente extensa y de suficiente valor comercial como para poder dividirla en partes iguales, una de las cuales -elegida por la Autoridad- quedará reservada para la Empresa. Se da así un paralelismo entre la actividad de los inversores y la de la Empresa. En el Acuerdo, el sistema paralelo es preservado, con algunas modificaciones (152).

- El pago de un millón de dólares a la entrada en vigor del contrato se cambió a la fecha de producción comercial. Se redujo a la mitad el derecho impuesto para la tramitación de los contratos de exploración y explotación (153).

- Uno de los puntos más controvertidos de la Parte XI eran las facultades que tenía la Autoridad con relación a las políticas de producción de los minerales en la Zona, de acuerdo con una compleja fórmula (154) que fueron eliminadas por el Acuerdo de 1994.

- Uno de los principios establecidos en el Acuerdo es que las actividades de la Autoridad se realizarán en forma eficaz en función de los costos. Esto se aplica tanto a la duración y programación de las reuniones como al establecimiento y funcionamiento de los órganos y órganos subsidiarios de la Autoridad, que será en forma evolutiva según las diversas etapas del desarrollo de las actividades de la Zona (155).

- El Acuerdo incorpora las disposiciones del GATT y de la OMC y con ellas los principios de mercado en la política de producción. Reemplaza en cierta manera los controles que habían sido impulsados por los pro-

(150) Parr. 2. Cfr. GONZALEZ CAMPOS, SANCHEZ RODRIGUEZ, SAENZ DE SANTA MARIA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Edit. Civitas, Madrid 1998, pp. 662-666 y DIEZ de VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Duodécima Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1999, 457-460.

(151) Acuerdo 1994, Anexo, Sección II, parr. 3.

(152) CONVEMAR, Anexo III, arts. 8 y 9. Acuerdo, Anexo, Sección 1, párrafo 10 y Sección 2 párr. 5.

(153) Convemar Anexo III, art. 13 (2) y (3) y Acuerdo Sección 8 (2) y (3).

(154) Cfr. Art. 151 (1) a (7) y (9) CONVEMAR y Acuerdo Anexo Sección 6 y 7.

(155) Acuerdo, Anexo, Sec. 1 (2 y 3).

ductores terrestres de los minerales que temían que los Estados industrializados pudieran adoptar subsidios para favorecer la explotación en fondos contra la terrestre. Ahora se prohíbe a los Estados establecer subsidios o barreras aduaneras o cualquier otra intervención en el mercado que discrimine entre minerales derivados de fondos marinos de los de otras áreas (156).

- Se eliminó la transferencia obligatoria de tecnología a la Empresa y Estados en desarrollo (157).

2. Principios de la Zona y nuevos desafíos

El principio fundamental que dio origen a todo el régimen de la Zona es que los fondos marinos y oceánicos y sus recursos son patrimonio común de la humanidad (158). Por lo tanto, no pueden ser reivindicados, ni se puede ejercer sobre ellos derechos soberanos, ni pueden ser apropiados; pertenecen a toda la Humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a las normas pertinentes de la CONVEMAR, del Acuerdo de 1994 y de las disposiciones que adopte la Autoridad (159).

Este principio, consagrado en 1970 a través de la Resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General, fue incluido en la CONVEMAR y no ha sido modificado en el Acuerdo 1994. Pero es función de la Autoridad velar para que ni el funcionamiento de sus propios órganos, ni el accionar de los Estados ni la presión de los primeros inversores, modifique en la práctica los alcances del principio.

Es por eso que, al evaluar las disposiciones que se deben adoptar para explorar o explotar los fondos marinos, no se puede utilizar el mismo criterio que se aplica en la zona económica exclusiva o en la plataforma continental. No se puede regular privilegiando el objetivo de hacer más rentable la explotación para atraer inversores. Los parámetros son absoluta-

(156) Acuerdo 1994, Anexo, Sec. 6, para 1 (b) a (d).

(157) CONVEMAR Art. 144, Anexo III, art. 5 y 18. Acuerdo de 1994 Anexo, Sec. 5 (2) y Sec. 3 párr. 1 y 4.

(158) Resolución Asamblea General 2749 (XXV) del 17 Diciembre 1970.

(159) Arts. 133, 136 y 137 CONVEMAR.

mente diferentes, porque estamos refiriéndonos a una zona que es patrimonio común de la humanidad y la función primordial de la Autoridad es proteger ese patrimonio.

Por otra parte, los adelantos científicos y tecnológicos están ocasionando cambios en los criterios que se tuvieron en cuenta al establecer el sistema de exploración y explotación de los fondos marinos en la CONVEMAR y en el Acuerdo del 94. Esto se refleja especialmente por los nuevos recursos que se han descubierto en la Zona, por la creciente posibilidad de explotar otros recursos distintos de los nódulos polimetálicos, por el descubrimiento del impacto que la actividad que se realiza en los fondos marinos tiene sobre la columna de agua y aún sobre la atmósfera influyendo hasta en el cambio climático.

La importancia de la Autoridad va creciendo en proporción a los recursos que se van descubriendo y a los adelantos tecnológicos que disminuyen los costos de su exploración y explotación. Esto se refleja en el trabajo de la Autoridad que ya tiene a su cargo ahora la adopción de normas relativas a otros recursos. En efecto, en 1998, una delegación hizo un pedido oficial de que se prepararan regulaciones para la exploración de los sulfuros polimetálicos y las costras de cobalto y, de acuerdo a la CONVEMAR, estas regulaciones deben terminarse tres años después de que hayan sido requeridas (160).

La importancia de los nódulos polimetálicos está perdiendo el rol central que tuvo como impulsor del interés en la explotación de los fondos marinos y nuevos recursos, como los sulfuros polimetálicos, las costras de cobalto y los hidratos de metano, están siendo explorados con sumo interés. Lo mismo ocurre con los recursos genéticos.

Según algunos autores, estos nuevos recursos que se están descubriendo afectarán el funcionamiento de la Autoridad, ya que la composición del Consejo se basa en la calidad de primeros inversores, importadores o exportadores de los minerales de los nódulos polimetálicos (161). En los

(160) CONVEMAR art. 162 (2)(o)(ii). El pedido fue realizado en la Cuarta Sesión (Agosto 1998) por la delegación de la Federación Rusa.

(161) Cfr. MANN BOGUESE, Elisabeth, en *The International Sea-bed Authority: New Tasks (Part I and II)*, IOI Leadership Seminar, Jamaica, Augst 13-15, 1999 y March 24-26, 2000.

próximos años queda por definir hasta qué punto los intereses que generen estos nuevos descubrimientos son tan fuertes como para hacer necesario rediseñar la composición o forma de adopción de las decisiones.

Probablemente dentro de cuatro años se habrán aprobado las primeras presentaciones del límite exterior de la plataforma continental de los Estados ribereños, y la Autoridad debe tener preparado el sistema para recibir y distribuir los pagos y contribuciones en especie que efectúen los Estados ribereños por la explotación de los recursos no vivos de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas (162). Conforme a lo establecido por la CONVEMAR, la distribución será equitativa, teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo, entre ellos especialmente los menos adelantados y los que no tienen litoral.

También cobrarán en los próximos años mucha importancia las otras funciones de la Autoridad, relacionadas con la investigación científica marina y la protección del medio marino (163). En palabras del Secretario General, la Autoridad está funcionando de manera constructiva y se evidencia la buena voluntad de sus miembros en la realidad de que todas sus decisiones sobre problemas sustanciales han sido tomadas por consenso (164).

3. Instrumentos adoptados por la Autoridad

La Autoridad ha celebrado un Acuerdo de relación con Naciones Unidas adoptado por la Asamblea en su tercera sesión y por la Asamblea

(162) Art. 82 CONVEMAR. Los pagos y contribuciones se efectuarán anualmente respecto de toda la producción de un sitio minero después de los primeros cinco años de producción en ese sitio. En el sexto año, la tasa de pagos o contribuciones será del 1% del valor o volumen de la producción en el sitio minero. La tasa aumentará el 1% cada año subsiguiente hasta el duodécimo año y se mantendrá en el 7% en lo sucesivo. La producción no incluirá los recursos utilizados en relación con la explotación. Un Estado en desarrollo que sea importador neto de un recurso mineral producido en su plataforma continental estará exento de tales pagos o contribuciones respecto de ese recurso.

(163) CONVEMAR, arts. 143 (2), 144 (1). Cfr. NANDAN, Satya, "Legislative and Executive Powers of the International Seabed Authority for the Implementation of the Law of the Sea Convention", en *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, Ed. By VIDAS, D. And Ostreng, W., Kluwer Law International, 1999, pp. 73-74.

(164) Cfr. Nandan, *op. cit.*, p. 80.

General de Naciones Unidas en 1997 (165). En él se conviene una colaboración y representación recíproca y se destaca especialmente la relación que existirá con el Consejo de Seguridad y la Corte Internacional de Justicia. Es interesante destacar que en el intercambio de información se prevé especialmente la colaboración para obtener de los Estados Partes en la Convención copias de las cartas o listas de coordenadas geográficas de las líneas del límite exterior de su plataforma continental y el intercambio de lo obtenido. Cuando los límites exteriores de la jurisdicción nacional de un Estado Parte estén determinados por el límite exterior de la zona económica exclusiva, las Naciones Unidas proporcionará a la Autoridad copia de las listas o coordenadas geográficas, y cartas de ser posible, de dicho límite (166).

Se celebró el Acuerdo de sede entre la Autoridad y el Gobierno de Jamaica, que presenta algunas particularidades que merecen mayor estudio como el tratamiento que se le dará a la Empresa cuando comience a existir, el sistema para las reuniones que se celebren en otro lugar y el tratamiento a los representantes de Estado miembros que no sean embajadores residentes (167).

También se adoptó un Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que aún no está en vigor. Observa los principios y reglas en la materia que, en general, se encuentran contemplados en los acuerdos similares (168).

4. Estructura

La Autoridad cuenta con tres órganos principales: la *Asamblea*, el *Consejo* y la *Secretaría*. Los órganos subsidiarios son la *Comisión Jurídica y Técnica* y el *Comité de Finanzas*. La CONVEMAR preveía una Comisión de Planificación Económica cuyas funciones dispuso el Acuerdo de 1994 que fueran desempeñadas por la Comisión Jurídica y

(165) ISBA/3/A/L.2 e ISBA/3/A/L.2.

(166) Cfr. Acuerdo, Art. 8. Las disposiciones de la CONVEMAR involucradas son el art. 84 y el 75 (2).

(167) SPLOS/60 p. 49.

(168) ISBA/5A/L.2.

Técnica hasta el momento en que el Consejo lo decida o hasta que se apruebe el primer plan de trabajo para explotación (169). El Acuerdo estableció, en cambio, un Comité de Finanzas (170). Como ya hemos visto, la constitución de la Empresa, el órgano operativo por medio del cual la Autoridad llevaría a cabo la exploración y explotación de la Zona fue postergado por el Acuerdo de 1994.

La *Asamblea* es el órgano plenario de la Autoridad, en el que están representados todos sus miembros. La Convención la preveía como el órgano supremo de la Autoridad, con competencias institucionales y capacidad de establecer la política general. Con el Acuerdo de 1994, la determinación de la política general de la Autoridad le corresponde a la Asamblea en colaboración con el Consejo y las decisiones sobre cualquier asunto sobre el que tenga también competencia el Consejo -incluidos los administrativos, presupuestarios y financieros- se basarán en las recomendaciones del Consejo.

El *Consejo*, órgano ejecutivo de la Autoridad, está compuesto por 36 miembros que no sólo refleja una participación geográfica equitativa sino también que estén presentes todos los intereses (171). Se divide en cinco grupos, establecidos por categorías de Estados (172):

(169) Cfr. Acuerdo 1994, Anexo, Sección 1, párr. 4.

(170) Acuerdo, Anexo, Sección 9.

(171) Uno de los cambios hechos por el Acuerdo fue que cada grupo elige sus propios miembros. Se garantiza también la participación de algunos Estados.

(172) Cfr. Acuerdo 1994, Anexo, Sección 3, Párrafos 15, 16, 9 y 10. Antes de elegir a los miembros del Consejo, la Asamblea preparará las listas de países que reúnen las condiciones necesarias para formar parte de los grupos de Estados. Cfr. ISBA/6/A/CRP.1/Rev.1 e ISBA/6/A/CRP.2. La elección de los miembros del Consejo será hecha por la Asamblea y, de acuerdo a la norma general de los órganos de la Autoridad, será por consenso o, si todos los intentos de adoptar la decisión por consenso se hubieren agotado, se adoptará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes.

Si un Estado reúne las condiciones necesarias para formar parte de más de un grupo, sólo podrá ser propuesto por uno de ellos como candidato a miembro del Consejo y representará únicamente a ese grupo en la votación en el Consejo. Cada grupo de Estados designará sólo tantos candidatos como número de puestos deba ocupar ese grupo. Cuando el número de posibles candidatos de cada grupo sea superior al número de puestos disponibles, por regla general, se aplicará el principio de rotación. Los Estados miembros de cada uno de los grupos determinarán la forma en que se aplicará este principio a esos grupos.

• Grupo A: Representa a los grandes consumidores e importadores de los minerales que se extraen de la Zona. Integrado por cuatro miembros de entre los Estados partes que absorban más del 2% del consumo mundial o hayan efectuado importaciones netas por más del 2% de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la zona. Se incluye un Estado de Europa oriental que tenga la economía más importante de la región y el Estado que, a la fecha de entrada en vigor de la Convención tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto.

• Grupo B: Representa a los primeros inversores. Integrado por cuatro miembros entre los ocho Estados partes que hayan hecho las mayores inversiones en la preparación y en la realización de actividades en la zona.

• Grupo C: Representa a los exportadores. Lo integran cuatro Estados que, por lo producido en su jurisdicción, sean grandes exportadores netos de las categorías de minerales que han de extraerse en la Zona. Incluye por lo menos dos Estados en desarrollo cuyas exportaciones de esos minerales tengan importancia considerable para su economía.

• Grupo D: Es el grupo de los intereses especiales. Lo integran seis Estados en desarrollo que representen intereses especiales, como Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, Estados insulares, grandes importadores de minerales de la zona, productores potenciales o los Estados menos desarrollados.

• Grupo E: Compuesto por dieciocho miembros escogidos según el principio de distribución geográfica equitativa.

La *Secretaría* es el órgano administrativo de la Autoridad, a cuyo frente está el Secretario General (173). Como ya se ha dicho, ha sumado a sus funciones las de la Empresa, si bien de manera temporaria. Además de las funciones administrativas, el Secretario General tiene confiadas un número de responsabilidades específicas sustanciales y actúa en nombre de la Autoridad de acuerdo a los reglamentos y procedimientos.

(173) Art. 166 CONVEMAR. En la primera parte de Segundo Período de Sesiones se eligió al Emb. Satya Nandan (Fidji) Secretario General. En el Sexto Período (2000) resultó reelecto.

En los órganos técnicos es dónde se acentúa el rol de los expertos (174). En la *Comisión Jurídica y Técnica* (CJT) originalmente estaban previstos 15 miembros, actualmente tiene 22 (175). Cuenta entre sus funciones principales hacer recomendaciones al Consejo en materias técnicas y asistirlo en general en la supervisión de las actividades en la Zona. Algunas de sus responsabilidades específicas son formular recomendaciones sobre la protección del ambiente marino, formulación del Código y otros reglamentos o procedimientos relacionados con la exploración y explotación de recursos en la Zona, control de los planes de trabajo para actividades en la Zona sometidos al Consejo y revisión de los informes anuales sobre las actividades contenidas en los planes de trabajo.

5. Votación

El sistema de votación modificado por el Acuerdo de 1994 establece, como norma general, que las decisiones de todos los órganos de la Autoridad deban adoptarse por consenso.

En la Asamblea, si los intentos de adoptar una decisión por consenso se hubieran agotado, las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se adoptarán por mayoría y las de fondo por dos tercios. Sin embargo, las decisiones de la Asamblea sobre cualquier asunto respecto del cual también tenga competencia el Consejo, o sobre cualquier asunto administra-

(174) Los miembros son elegidos por el Consejo por cinco años, sobre la base de sus calificaciones en los campos de recursos minerales, oceanografía, protección del medio ambiente marino, y asuntos económicos y legales relativos a la explotación minera en el mar. Es importante que estén representadas todas las especialidades científicas que son necesarias para sus trabajos, de acuerdo a lo establecido en el art. 165.1. Especialmente para los próximos temas que debe tratar la Comisión se ve necesario que se incluya un biólogo marino con orientación ambiental, un economista en minerales y un ingeniero especialista en minería de fondos marinos. También es necesario asegurar la imparcialidad, es decir que no tengan interés financiero vinculado con las actividades de la Autoridad, tal como establece el art. 11 del Reglamento. Y por último, afecta mucho el funcionamiento de un órgano tan técnico la inasistencia de varios miembros por más de dos sesiones seguidas, lo que muchas veces ocurre por falta de fondos.

(175) La posibilidad de ampliación del número de miembros está previsto en el art. 163 (2) de la Convención. En el momento de la elección se amplió a 22 y luego, en 1999 y se agregó un miembro más a instancias del GRULAC, a fin de equilibrar la representación geográfica equitativa. Ver ISBA/5/C/11. En la Sexta Sesión de la Autoridad se ha planteado la conveniencia de volver, en las próximas elecciones (2001), al número original de miembros.

tivo, presupuestario o financiero, se basarán en las recomendaciones del Consejo. Y ¿qué pasa si la Asamblea no acepta la recomendación del Consejo sobre algún asunto? No puede adoptar una decisión contraria, pero puede devolverlo al Consejo para que lo examine nuevamente, teniendo presentes las opiniones que se hayan expresado en la Asamblea (176).

En el Consejo, si no se puede alcanzar el consenso, las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se adoptarán por mayoría de miembros presentes y votantes. Las decisiones sobre cuestiones de fondo "*Salvo en los casos en que la Convención disponga que se adopten por consenso en el Consejo*", se adoptarán por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, a menos que se oponga a tales decisiones la mayoría en cualquiera de las cámaras. Esto implica otorgar a alguna categoría de Estados una especie de veto para resoluciones importantes.

6. Primeros inversores

En agosto 1997 se aprobaron siete planes de trabajo de primeros inversores registrados bajo la Resolución II de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Estos planes de trabajo deberán adoptar la forma de contrato ahora que se ha adoptado el Código Minero. Con esta adjudicación de los siete primeros sitios mineros con fin exclusivo de exploración por los contratistas la Autoridad ha comenzado la administración de los recursos de la Zona (177).

Los primeros inversionistas inscriptos son:

- India (178).
- Institut Français de Recherche pour l'Exploitation de la Mer (IFREMER), patrocinado por Francia.
- Deep Ocean Resources Development Co. Ltd., patrocinado por Japón.

(176) Acuerdo, Anexo, Sección 3 par. 1 a 4.

(177) NANDAN, p. 80.

(178) Desde Agosto 1987.

- Yuzhmorgeologiya, patrocinado en un primer momento por la Unión Soviética, ahora por la Federación Rusa (179).
- Ocean Mineral Resources Research and Development Association, patrocinado por China (180).
- Interoceanmetal Joint Organization, por Bulgaria, Checoslovaquia, Cuba, Polonia y Federación Rusa (Antes Unión Soviética) (181).
- República de Corea (182).

Salvo la India, que eligió su área en el Océano Índico, todos los demás primeros inversores lo han hecho en una zona del Pacífico ubicada entre Hawái, la Baja California y las Fracturas de Clarion y Clipperton (183).

La CJT ha examinado desde su establecimiento los informes periódicos y los de capacitación presentados por los primeros inversionistas inscriptos. Todos los primeros inversionistas inscriptos han concluido el plan de cesiones de zonas que figura en sus certificados de inscripción, salvo la Organización Conjunta Interoceanmetal y la India, que conservan algunas porciones (184).

7. El Código Minero

En realidad, su nombre es "Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona". Su elaboración y adopción implicó una gran tarea legislativa. La Comisión Técnica y Jurídica elaboró un proyecto que fue presentado al Consejo en 1998 (185). Llevó tres

(179) Estos tres últimos desde Diciembre 1987.

(180) Marzo 1991.

(181) Agosto 1991.

(182) Agosto 1994.

(183) Mapa y detalles de las zonas en sitio de internet de la Autoridad de Fondos Marinos: www.isa.org.jm. Cfr. también SCOVAZZI, Tullio, *Elementos de Derecho Internacional del Mar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 69-72.

(184) Los informes presentados por varios de los inversores están muy atrasados: IFREMER y DORD hasta 1993 y 1994, India, Yuzhmorgeologiya y COMRA hasta diciembre 1997; Organización Conjunta Interoceanmetal hasta diciembre 1998; Corea hasta julio 1999 (datos hasta mayo 2000). En el documento ISBA/4/A/1/Rev.2 figura información general sobre los planes de trabajo para la exploración presentados por los primeros inversores inscriptos, incluidos detalles de todos los informes presentados a la Comisión preparatoria y a la Autoridad.

(185) ISBA/4/C/4/Rev.1.

años negociaciones en reuniones oficiales, oficiosísimas y privadas y el 13 julio de 2000 se adoptó por consenso.

El consenso se logró luego de aprobar dos textos de compromiso referidos al problema de las garantías ambientales, el tema que más había trabado las negociaciones y que veremos más adelante.

El Código consta de cuarenta artículos, organizados en nueve partes y con cuatro anexos. Establece las normas que los Estados, las empresas u otras entidades deberán seguir cuando estén explorando en busca de nódulos polimetálicos. Es un primer paso al que deberá seguir el código de explotación de nódulos y luego las normas necesarias para todos los minerales.

La estructura del Código es simple y práctica, proporciona el marco para el régimen de exploración. En los anexos se provee un modelo de contrato y cláusulas standard que deben ser incorporados en cada contrato. Prescribe la manera en la que los interesados pueden convertirse en contratistas, obteniendo la aprobación de sus planes de trabajo por la Autoridad para áreas específicas que hayan elegido. Deben estar patrocinados por Estados, y deben poseer cierta capacidad técnica y financiera. Deben proveer cierta información en apoyo de su plan y pagar USD 250 mil para obtener el contrato. El plan de trabajo requiere la recomendación de la Comisión Jurídica y Técnica y la aprobación del Consejo.

Comienza con un preámbulo donde se reitera que la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad y que todos los derechos sobre ellos pertenecen a la humanidad en su conjunto, en cuyo nombre actúa la Autoridad. En la introducción se definen los términos utilizados, haciendo referencia lógicamente a la Convención y al Acuerdo 1994.

a) Prospección (186)

La prospección es la búsqueda de yacimientos de nódulos polimetálicos en la Zona, incluida la estimación de la composición, el tamaño y la distribución de esos yacimientos y su valor económico. No confiere al

(186) Parte II del Código, arts. 2 a 8. En el Anexo I figura el formulario que deberá utilizarse para notificar a la Autoridad la intención de realizar actividades de prospección.

propector ningún derecho sobre los recursos, pero podrá extraer una cantidad razonable de minerales para las pruebas de ensayo; no con fines comerciales. No podrá realizarse en un área comprendida en un plan de trabajo para la exploración, en un área reservada ni en una en que haya riesgo de daños graves al medio marino.

El propector debe notificar a la Autoridad de su intención de comenzar la prospección, informando el área donde trabajará, con una descripción general de su cronograma y programa de trabajo. Deberá cumplir con las regulaciones de la Autoridad e informar anualmente sobre sus actividades y del cumplimiento de sus obligaciones. También deberá notificar inmediatamente de cualquier accidente derivado de la prospección que pueda causar daños serios al ambiente marino. El Secretario General asegurará la confidencialidad de los datos e información contenidos en sus informes.

No hay un plazo para la prospección, pero cesará cuando el Secretario General le notifique que se ha aprobado un plan de trabajo para la exploración en esa área. Puede ser realizada simultáneamente por más de un propector en la misma área.

b) Exploración (187)

Los Estados, empresas estatales, personas físicas o jurídicas patrocinadas por Estados o la Empresa (188) podrán hacer una presentación de una solicitud para la aprobación del plan de trabajo para la exploración. La solicitud se presentará como está indicado en el Anexo 2 del Código. Deberá incluir la descripción general del programa de cinco años de exploración, los planes de estudios oceanográficos y ambientales, una evaluación preliminar de impacto ambiental, una descripción de las medidas que tomará para prevenir, reducir y controlar la contaminación y otros

(187) En la Parte III se contempla la tramitación de solicitudes de aprobación de planes de trabajo para la exploración (contenido, forma de la solicitud, procedimiento de examen de la solicitud). Parte IV forma y contenido de los contratos de exploración. Anexo 2 contiene el formulario que se utilizará para solicitar la aprobación del plan de trabajo para la exploración. Anexo 3 figura el contrato de exploración y en el Anexo 4 las cláusulas uniformes del contrato.

(188) Como ya se ha explicado, la Empresa no se ha establecido todavía, pero será el órgano minero de la Autoridad.

riesgos y un esquema de sus gastos por cinco años. Deberá contener el certificado del patrocinio del Estado o Estados correspondientes, e información concreta y suficiente que permita al Consejo comprobar si el solicitante tiene capacidad financiera y técnica suficiente para realizar el plan propuesto y para cumplir con sus obligaciones financieras con la Autoridad. El derecho de tramitación de la solicitud de aprobación del plan de trabajo es de doscientos cincuenta mil dólares y se pagarán al presentar la solicitud. También deberá acompañarse la información suficiente que permita al Consejo designar un área reservada sobre la base del valor comercial estimado de cada una de las partes.

El Secretario General asegurará la confidencialidad de los datos recibidos y notificará a los miembros de la Autoridad y circulará la información no confidencial. La solicitud será considerada por la CJT, que podrá recomendar su aprobación si considera que cubre todos los requerimientos y no se superpone a otras áreas previamente aprobadas. El informe y las recomendaciones de la CJT irán luego al Consejo para consideración y aprobación del plan de trabajo para exploración.

Una vez aprobado el plan, será preparado en forma de contrato entre la Autoridad y el solicitante. El contrato consiste en un documento corto, de aproximadamente 2 páginas, que contiene ciertos elementos básicos estableciendo la relación contractual e incorporando los términos y condiciones standard de referencia. Deberá contener la nacionalidad de los peticionarios y el domicilio de negocios. También deberá acompañarse el patrocinio del Estado o Estados del cual el solicitante es nacional (189). Se agregarán como Anexos al Contrato las coordenadas del área de exploración, el programa de trabajo y el programa de capacitación, requeridos por el art. 15 Anexo III de la CONVEMAR.

Este esquema permite que los términos del contrato sean uniformes entre los contratistas. Las diferencias entre las circunstancias de cada uno se reflejarán en los anexos al contrato, que incluirán sus respectivos planes de trabajo (190).

(189) Si el Estado termina su patrocinio del contratista, éste deberá encontrar otro patrocinante o dar por terminado su contrato.

(190) Cfr. NANDAN, S., *op. cit.*, pp. 78-80.

Una vez que el plan de trabajo es aprobado, la Autoridad otorga un contrato por 15 años, que incluye el derecho exclusivo de explorar en el área designada nódulos polimetálicos. El tamaño del área no puede exceder los ciento cincuenta mil kilómetros cuadrados, de los cuales 50% se irá cediendo parcialmente a la Autoridad. Luego de los quince años, el contratista deberá solicitar el contrato de explotación o renunciar a sus derechos, salvo que el Consejo acuerde una extensión de cinco años. El programa se revisa cada cinco años en forma conjunta entre el Secretario General y el contratista (191).

Para la solución de controversias que puedan surgir de la interpretación o aplicación del Código se seguirán las disposiciones de la CONVEMAR en lo referente a disputas sobre fondos marinos (192).

Todo descubrimiento de recursos que no sean nódulos polimetálicos estarán sujetos a las normas que dicte la Autoridad para esos recursos (193).

Ahora que ha sido adoptado el Código, la Autoridad podrá celebrar los contratos con los siete primeros inversores que han presentado sus planes de trabajo al Consejo en 1997.

c) Temas importantes:

i) La protección del medio marino

La protección del medio marino ocupó gran parte de la negociación por el Código Minero. Al mismo tiempo que transcurrían estas negociaciones en el Consejo, la CJT estaba trabajando en unas Directrices ambientales para la exploración de la Zona, sobre la base de un Workshop llevado a cabo en Sanya en Hainan (China) en junio 1998. Lógicamente, los primeros inversores o los que tienen posibilidades de explorar la Zona tenían intereses contrapuestos a los Estados para los cuales la protección y preservación del medio marino ocupa un papel preponderante.

(191) Parte IV, arts. 23 a 30.

(192) Art. 39.

(193) Art. 40.

Se recoge en el Código la definición de medio marino y de daños graves al mismo (194) y se dedican varios artículos a la regulación de diversos aspectos.

En la prospección se deberá informar inmediatamente por escrito al Secretario General de todo incidente proveniente de la prospección que cause daños graves al medio marino, y éste actuará de la misma manera que en la exploración.

El contratista seguirá siendo responsable de todos los daños y perjuicios derivados de los actos ilícitos cometidos en la realización de sus operaciones, en particular los daños al medio marino, aún después de finalizada la etapa de exploración (195).

Toda la Parte V se refiere a la protección y preservación del medio marino. En ella se dispone que la Autoridad dictará normas, reglamentos y procedimientos ambientales y los mantendrá en examen periódico para asegurar que se proteja eficazmente al medio marino contra los efectos nocivos que puedan derivarse de las actividades en la Zona. Para esto, tanto la Autoridad como los Estados patrocinadores aplicarán el criterio de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río. Se le asigna a la Comisión Jurídica y Técnica la facultad de hacer recomendaciones al Consejo sobre la aplicación de esta disposición.

Cada contratista deberá adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación u otros riesgos al ambiente marino que surjan de sus actividades en la Zona tanto como sea posible utilizando la mejor tecnología disponible (196). También establecerá líneas de base ambientales que permitan evaluar los efectos probables en el medio marino de su programa de actividades según el plan de trabajo presentado. Deberá presentar un programa para vigilar esos efectos y presentar informes sobre la vigilancia.

Cuando se soliciten derechos de explotación se deberán proponer zonas que se utilicen exclusivamente como "zonas de referencia para los

(194) La base son el art. 145 CONVEMAR y la Parte XII y arts. 2.1.b, 4.6.a y 21.1 del Anexo III.

(195) Art. 30.

(196) "The best technology available to it".

efectos" y "zonas de referencia para la preservación". Las primeras se utilizarán para evaluar los efectos de las actividades del contratista en la Zona y deben ser representativas de las características ambientales de esa área. En las segundas no se efectuarán extracciones a fin de que la biota del fondo marino se mantenga representativa y estable y permita evaluar los cambios que tengan lugar en la flora y fauna del medio marino (197).

ii) Ordenes de emergencia

Se prevé la posibilidad de adoptar órdenes de emergencia (198). Cuando el Secretario General tomare conocimiento de un incidente derivado de las actividades del contratista en la Zona que hubiere provocado o pudiese provocar daños graves al medio marino, hará publicar una notificación general del incidente y presentará inmediatamente un informe a la CJT y al Consejo. Un ejemplar del informe se distribuirá también a todos los miembros de la Autoridad, las organizaciones internacionales competentes y a las regionales. Hasta que el Consejo adopte una decisión, el Secretario General tomará en forma inmediata medidas temporarias, prácticas y razonables en las circunstancias del caso para prevenir, contener y reducir al mínimo el daño. La CJT determinará, sobre la base de las pruebas presentadas y teniendo en cuenta las medidas que haya tomado el contratista, cuáles otras son necesarias para hacer frente efectivamente al incidente y formulará recomendaciones al Consejo. Las medidas temporales del Secretario General tendrán vigencia por un período máximo de 90 días o hasta que el Consejo decida si seguirá con esas o incluirá la suspensión o el reajuste de las operaciones según sea razonablemente necesario.

Si el contratista no cumple prontamente una orden de emergencia, el Consejo adoptará por sí mismo o mediante mecanismos concertados en su nombre con terceros, las medidas necesarias.

Algunas delegaciones insistían en incorporar un artículo que incluyera una garantía ambiental para el caso de estos incidentes. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se adoptó una cláusula de compromiso, que agregó un inciso más en este artículo de órdenes de emergencia y una

(197) Art. 31.

(198) Tiene su base en los arts. 145 y 162 de la CONVEMAR.

declaración simultánea con la adopción del Código, por la que se decide examinar la cuestión de la garantía antes de la etapa de ensayo de los sistemas de recolección y las operaciones de procesamiento para la explotación de nódulos polimetálicos (199).

iii) Confidencialidad

La Convención dispone que los datos necesarios para la elaboración de las normas ambientales, con excepción de los que se refieran al diseño de equipos, no se considerarán objeto de derechos de propiedad industrial. La Autoridad no revelará a nadie los datos que se consideren objeto de derechos de propiedad industrial y que le transmitan los prospectores, solicitantes de contratos o contratistas (200).

Algunos Estados sostenían que los datos medioambientales debían ser una excepción a la confidencialidad, por considerarlo necesario para poder aplicar eficazmente las medidas medioambientales de emergencia. Sin embargo, esto fue muy resistido por quienes representaban a los primeros inversores, que argumentaban que no está establecido en la Convención. Los artículos 35 y 36 del Código regulan los datos e información protegidos por derechos de propiedad intelectual y confidencialidad y los procedimientos para velar por la confidencialidad.

El tema también afectaba la adopción del Reglamento de la Comisión Jurídica y Técnica, por la naturaleza confidencial de sus sesiones. Las normas adoptadas disponen que sus reuniones serán privadas, a menos que ella misma decida otra cosa. Para tomar esta decisión, tendrá en cuenta la conveniencia de celebrar sesiones públicas cuando se examinen cuestiones de interés general para los miembros de la Autoridad que no comprendan el examen de información confidencial. Se dispone también que cualquier miembro de la Autoridad podrá, con autorización de la CJT, enviar a un representante para que asista a una sesión cuando se examine una cuestión que concierna particularmente a ese miembro y se lo autorizará a expresar su posición. También la Comisión podrá invitar a un Estado o entidad que realice actividades en la Zona, a efectos de consulta y colaboración cuando lo considere adecuado.

(199) ISBA/6/C/8/Corr.1 e ISBA/6/C/L.7. Noticia en Press Release SB/6/27 del 13 Julio 2000.
(200) CONVEMAR, art. 163 y Anexo III, art. 14.

Cualquier miembro de la Autoridad podrá pedir al Secretario General que convoque a una sesión de la Comisión para examinar una cuestión relativa a una emergencia ambiental que le preocupe particularmente. En esta reunión se examinará con urgencia dicha cuestión y se informará lo antes posible al Consejo de sus conclusiones y recomendaciones. A esta sesión cualquier miembro interesado podrá enviar un representante a fin de expresar su opinión sobre el asunto, sin participar en la adopción de la decisión. Sin embargo, la Comisión podrá limitar la participación de este miembro en algunas etapas en que se debata información confidencial (201).

iv) Derechos del Estado ribereño

Se incluyó en el Código un artículo específico protegiendo los derechos del ribereño. Establece que nada en él podrá afectar los derechos del Estado ribereño tal como están concedidos en la Convención (202). Por otra parte, dispone que todo ribereño que pueda creer que una actividad de un contratista en la Zona puede causar daños graves al medio marino bajo su jurisdicción o soberanía podrá notificar al Secretario General por escrito de los fundamentos en los que se basa su afirmación. Este dará al contratista y al Estado patrocinador un plazo razonable para examinar las pruebas presentadas por el ribereño, si las hubiere, y para presentar sus observaciones. Si hubiere razones claras para considerar que pueden producirse daños graves al medio marino, el Secretario General podrá adoptar medidas de carácter temporal, de acuerdo a lo previsto en las órdenes de emergencia.

(201) Arts. 6 y 53 de ISBA/6/C/9.

(202) Art. 33 del Código. Hace expresa referencia al art. 142 de la CONVEMAR, que establece "Derechos e intereses legítimos de los Estados ribereños: 1. Las actividades en la Zona relativas a los recursos cuyos yacimientos se extiendan más allá de los límites de ella se realizarán teniendo debidamente en cuenta los derechos e intereses legítimos del Estado ribereño dentro de cuya jurisdicción se extiendan esos yacimientos. 2. Se celebrarán consultas con el Estado interesado, incluido un sistema de notificación previa, con miras a evitar la lesión de sus derechos e intereses legítimos. En los casos en que las actividades en la Zona puedan dar lugar a la explotación de recursos situados dentro de la jurisdicción nacional de un Estado ribereño, se requerirá su previo consentimiento. 3. Ni las disposiciones de esta Parte ni ningún derecho conferido o ejercido en virtud de ellas afectarán al derecho de los Estados ribereños a adoptar las medidas acordes con las disposiciones pertinentes de la Parte XII que sean necesarias para prevenir, mitigar o eliminar un peligro grave e inminente para sus costas o intereses conexos originado por contaminación real o potencial u otros accidentes resultantes de actividades en la Zona o causados por ella".

CONCLUSIONES

1. En el mecanismo de la CONVEMAR no se pensó en la Conferencia de Estados Partes como un órgano clave dentro del sistema, pero se han ido acrecentando sus responsabilidades en la definición de los distintos problemas del derecho del mar.

2. Con la creación de UNICPLOS por la Asamblea General de Naciones Unidas, ha surgido otro ámbito para tratamiento de temas de derecho del mar y se debe evitar que se superponga a los existentes.

3. El principio del Acuerdo 1994, de actuar en el establecimiento de los órganos de la Autoridad según costo-efectividad, fue extendido por la Asamblea General a las otras instituciones establecidas por la Convención.

4. Uno de los principales problemas de las instituciones creadas por la CONVEMAR es la falta de pago de las cuotas por los Estados Partes. En la Autoridad, cobra especial relevancia la falta de asistencia de los miembros a las sesiones, ya que para que las decisiones de la Asamblea sean válidas se requiere un quórum establecido. Conspira contra la credibilidad de las instituciones que se deban buscar subterfugios legales para alcanzar el quórum necesario para adoptar decisiones que luego afectarán la administración de recursos que son patrimonio común de la humanidad.

5. Debe buscarse una solución jurídica o política para los Estados que tienen problemas reales e insolubles para cumplir con el plazo de 10 años en la presentación del límite exterior de su plataforma continental. Esta solución debe tener en cuenta tanto la naturaleza de los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma, como el carácter técnico de la CLPC.

6. En el trazado del límite exterior de la plataforma continental, el tema de las zonas con controversias territoriales o marítimas o de límites por costas enfrentadas o adyacentes plantea un amplio campo para aplicar los principios de derecho internacional que resulten pertinentes.

7. El Acuerdo de 1994 y el proceso que llevó a su conclusión, introdujeron importantes modificaciones en el espíritu y en la letra de la Parte XI de la CONVEMAR. Si bien algunas reformas eran necesarias para poder lograr la vigencia de la Convención, debe tenerse extremo cuidado

en que la actuación de la AIFM no desvirtúe el carácter de patrimonio común de la humanidad de los fondos marinos y sus recursos.

8. Debe seguirse con suma atención la elaboración de las regulaciones sobre otros minerales distintos de los nódulos polimetálicos y sobre la conveniencia y/o viabilidad de apartarse del régimen paralelo. Según este régimen, cada zona seleccionada por los inversores, se debe dividir en dos, de igual valor económico, una de las cuales será explotada por la Autoridad a través de la Empresa. Este régimen es muy difícil de aplicar a los otros minerales, debido a su distribución física. Hay que tener en cuenta que las costras polimetálicas, por ejemplo, ocupan muchos más kilómetros cuadrados comparados con nódulos y que tienen valor económico, pero también geológico, ya que permiten ver la evolución de los fondos. Una ventaja adicional sobre los nódulos es que no tiene que tratarse con sedimentos porque las costras se ubican sobre las paredes de elevaciones.

9. La biodiversidad de las especies marinas en las zonas profundas es comparable con la de los bosques tropicales; hay 500 especies identificadas, 90% de las cuales no se encuentran en ninguna otra parte. Además, no están distribuidas de la misma forma en todas las zonas, cada una de las cuales tiene las propias.

10. La protección del medio marino a grandes profundidades plantea desafíos nuevos y de gran importancia ya que, debido a la profundidad y características del medio, todas las acciones que se efectúen influyen de manera decisiva.

11. A través del funcionamiento de las instituciones creadas por la CONVEMAR y de los acuerdos de implementación, la letra de la Convención está siendo adaptada a nuevas circunstancias. Si bien es natural una relativa modificación de un instrumento internacional por la práctica posterior, debe reflejar los verdaderos intereses y derechos de todos los Estados involucrados.

LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL, CIVIL Y MERCANTIL, EN EL ESPACIO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO

José Carlos FERNANDEZ ROZAS

Miembro del IHLADI

SUMARIO

I.- Luces y sombras del diálogo hispano-luso-americano

1. Perspectiva científica institucionalizada
2. Perspectiva académica
3. Vestigios de una "Comunidad Histórica Iberoamericana" en la aplicación de las normas del DIPr.

II.- La cooperación jurídica hispano-luso-americana en los foros internacionales de codificación del DIPr.

1. España y el Código de Bustamante
2. Limitaciones de la CIDIP como foro de coincidencia
2. Limitaciones de la Conferencia de la Haya de DIPr como foro de coincidencia
3. Eventual coincidencia en el seno Consejo de Europa
4. Un modelo de cooperación fracasado: La primera etapa de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas.

III.- La cooperación jurídica hispano-luso-americana en los foros internacionales de codificación del Derecho del comercio internacional

1. La aportación hispano-luso-americana en el seno de la UNCITRAL
2. La aportación hispano-luso-americana en el seno del UNIDROIT

IV.- Insuficiencia de la perspectiva bilateral

1. Antecedentes y aplicación del principio de reciprocidad
2. Los Convenios de cooperación jurídica internacional de "nueva generación"

V.- Propuestas en torno a una nueva estrategia de cooperación jurídica hispano-luso-americana

I.- Luces y sombras del diálogo hispano-luso-americano

1. Perspectiva científica institucionalizada

1. El diálogo científico entre la comunidad hispano-luso-americana (1) es tributario de un amplio movimiento de cooperación jurídica gestado en América Latina, no sólo entre los países de este círculo jurídico sino con otros de fuera de la región. Resulta de obligada referencia (2) el Congreso de Lima iniciado a finales de año 1877 cuya antorcha había sido prendida por el jurista francés Paul Pradier-Fodéré y recogida por el Gobierno peruano. La empresa, francesa, no era en modo alguno casual; tampoco el lugar de acogida; el referido autor desempeñaba por entonces el cargo de Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universidad de San Marcos (3). Por entonces existía una fuerte tendencia en Europa hacia la codificación internacional del DIPr (4), y el evento debe situarse dentro de un movimiento de mayor alcance del que no fue en modo alguno ajena la creación del Institut de Droit International. Sea como fuere el diálogo intercontinental se inició en Portugal.

En 1889 tuvo lugar en Lisboa, a propuesta de la Asociación de Abogados de esta capital, el Primer Congreso Jurídico Latino-Americano,

(1) La idea global de "Comunidad Iberoamericana de Naciones" ha tenido diversas acepciones, a veces caracterizadas por una determinada ideología que no siempre compartimos. Acaso una de las más serias aproximaciones a la noción sea de la F. de Castro en sus trabajos sobre nacionalidad y doble nacionalidad (Vid. J. M^o Castán Vázquez, "La Comunidad Iberoamericana en el pensamiento de Federico de Castro". *ADC*, t. XXXVI, 1983, pp. 1217 ss, esp. pp. 1219-1222); destacan asimismo las ideas vertidas por M. Aguilar Navarro, "Comunidad Hispánica y Nacionalidad", *Estudios Americanos*, n^o 49, 1955, pp. 383-407. Desde una perspectiva ideológica absolutamente superada Vid. A. Martín Artajo, *Hacia una Comunidad Hispánica de Naciones*, Madrid, Ed. de Cultura Hispánica, 1956. Con la incorporación de concretos contenidos aunque formulados en términos muy generales Vid. M. García Calderón, "Hacia un Convenio constitutivo de la Comunidad Hispánica de Naciones", *La Revista del Foro* (Lima), 1977-79, pp. 9-23 y, con elementos más actuales, E. Schacht Aristeguieta, "Iberoamérica y su influencia en la Comunidad internacional. Posibilidad de convertirse en Comunidad Iberoamericana de naciones, con participación de España, Portugal e Iberoamérica", *AIHLADI*, vol. 13, 1997, pp. 181-256.

(2) Así lo entiende el autor que se ha convertido por derecho propio en el adalid de la última etapa de la codificación del DIPr en el continente Americano, D. Oportti Badán, "La cooperación jurídica interamericana", *Anuario Español de DIPr*, 2000, p. 387.

(3) M. García Calderón, "El Congreso Americano de Jurisconsultos de Lima de 1877", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, n^o 72-72, 1976-79, pp. 32-48.

(4) J.D. González Campos, "La Revolución de 1968 y la codificación internacional del DIPr en Europa", *RFDUCM*, vol. 13, 1969, pp. 69-76.

donde la polémica entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio en la regulación del denominado estatuto personal tuvo el principal protagonismo (5). No en vano dicha polémica ha sido el principal punto de desacuerdo entre Continentes en función de los distintos intereses en presencia motivados por los movimientos migratorios hacia América. Años más tarde con ocasión de IV Centenario del Descubrimiento fue Madrid la sede que acogió al Segundo Congreso Jurídico Latino-Americano, donde las cuestiones propias de DIPr tuvieron un mayor alcance, sobre todo en lo relativo al arbitraje internacional y a la asistencia judicial internacional (6). Sin embargo el Congreso consiguió dar sino una cierta institucionalización al menos una continuidad a estos contactos científicos. Tras estos primeros encuentros se asistió a una nueva iniciativa de España. Concretamente este país tras la elaboración de los Tratados de Montevideo en 1889 y de acuerdo con el art. 6 del Protocolo adicional inició negociaciones con el Gobierno uruguayo pero que tuvieron un resultado infructuoso debido a las reticencias existentes en el hemisferio americano para la incorporación a sus resultados codificadores. La misma suerte corrió la iniciativa española de incorporarse en 1896 al Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística (7).

(5) Vid. M. Torres Campos, *Elementos del DIPr*, 4ª ed, Madrid, Librería de F. Fé, 1913, pp. 145-146.

(6) Vid. *Congreso Jurídico Ibero-americano, reunido en Madrid el año 1892*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1893. Los temas abordados fueron los siguientes: I) "Bases, conveniencia y alcance del arbitraje internacional para resolver las cuestiones que surjan o estén pendientes entre España, Portugal y los Estados ibero-americanos. Forma de hacer eficaz este arbitraje", destacando la memoria presentada por M. Torres Campos y las conclusiones presentadas por J. Fernández Prida (*ibid.*, pp. 43 ss). II) "Medios de dar eficacia en España, Portugal y las Repúblicas ibero-americanas a las obligaciones civiles contraídas en cualquiera de estos países, a las diligencias y medios de prueba y a las resoluciones de los Tribunales de justicia de dichos Estados, así en lo civil como en lo criminal", con una interesante intervención de V. Olivares Bieć (*ibid.*, pp. 157 ss). III) Bases para una legislación internacional común a España, Portugal y las Repúblicas ibero-americanas, sobre propiedad literaria, artística e industrial", con intervenciones destacadas de F. Silvela y R. Conde y Luque (*ibid.*, pp. 239 ss). IV) Abordajes y auxilios en alta mar entre buques de distintas naciones. Legislación, competencia y procedimientos para hacer efectivas las consecuencias jurídicas de estos hechos", discutiéndose unas "Bases para una legislación mercantil uniforme ibero-americana sobre abordajes y asistencia de naves mercantes en el mar" (*ibid.*, pp. 309 ss). V) "El matrimonio y el divorcio en el Derecho internacional privado" (*ibid.*, pp. 387 ss ss). Asimismo se presentaron al Congreso unos "Apuntes para la redacción de una ley de extranjería", a cargo de J. González Tamayo (*ibid.*, pp. 523 ss).

(7) Vid. M. Torres Campos, "España y los Tratados de Montevideo", *Revista Jurídica* (La Habana), 1895.

Dejando a un lado las iniciativas que a ambos lados del Atlántico se realizaron en materia de doble nacionalidad (8), cuyos resultados no corresponde valorar aquí y el reducidísimo ámbito bilateral de cooperación en materia procesal civil internacional, la consideración de un tratamiento común en materia de DIPr se remonta a la época de la II República española donde está presente una idea de base: la de "comunidad histórica iberoamericana". En este contexto debe situarse un nuevo intento de punto de encuentro, toda vez que durante este periodo, se registró una cierta aproximación al Código de Bustamante por parte de ciertos juristas españoles, que propugnaban la eventual incorporación de España al mismo, y también de algunos juristas latinoamericanos.

2. Con posterioridad a la guerra civil española se produce un nuevo marco de encuentro, en un contexto iusnaturalista propio de la época: el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano que se celebró en Madrid en 1951 (9). Y si en lo que concierne al Derecho de la nacionalidad se alcanzaron unos resultados bien conocidos, el DIPr quedó relegado a una reflexión científica muy parcial como evidenciaron las Actas del propio Congreso. En concreto, la ponencia conjunta presentada por M. Aguilar Navarro y J. Mª Trías de Bes poseía un evidente espíritu latinoamericanista y dio lugar a una resolución en la que se establecía un sistema común para los Estados hispano-luso-americanos de reconocimiento y ejecución de sentencias civiles, mercantiles, contencioso-administrativas y penales, en lo que atañe a efectos exclusivamente civiles, y laudos arbitrales (10). Además este Congreso tuvo la virtud de constituir un foro de debate científico periódico, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (11) que, durante un largo periodo, en la práctica, se dedicaría por entero al Derecho internacional público, salvo una marcada tendencia a la vinculación de los procesos de integración económica con el DIPr (12). Las principales materias abordadas en orden al tráfico jurídico

(8) Vid. nuestras consideraciones junto con la bibliografía básica en *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 238-241.

(9) Sobre los antecedentes de esta iniciativa Vid. L.G.A., "El Primer Congreso hispano-luso-americano de Derecho internacional", *REDI*, vol. III, 1950, pp. 933-941.

(10) *AIHLADI*, vol. 1, 1959, pp. 411-412.

(11) J.M. Yepes, "Los Congresos del IHLADI", *AIHLADI*, vol. 1, 1959, pp. p. 337.

(12) Vid. M. Aguilar Navarro, "El IHLADI y el Derecho de la integración económica", *REDI*, vol. XXV, 1972, pp. 49 ss, esp. pp. 63-67.

interno fueron: a) Ley reguladora del estatuto personal (Sao Paulo, 1953 (13)); b) normas reguladoras de las condiciones de fondo y forma del matrimonio (Quito 1957); c) relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (Bogotá, 1962); d) relaciones entre el DIPr y el Derecho del trabajo (Santiago de Compostela, 1966) (14); e) régimen jurídico internacional de las inversiones de capital extranjeros (Mérida, Venezuela, 1967) (15); f) respeto a los derechos adquiridos en DIPr (Guanajuato, México, 1974 (16)) y g) aplicación del Derecho extranjero en la Comunidad hispano-luso-americana y nuevos aspectos de DIPr en materia de relaciones económicas (Madrid, 1977 (17)). A partir de esta fecha el protagonismo del tratamiento de cuestiones de Derecho internacional público eclipsó definitivamente el tratamiento de los problemas del tráfico privado externo, que quedaron relegados a unas escasas declaraciones y recomendaciones de carácter muy general. Esta situación cambió sustancialmente en el Congreso de Manila de 1998 merced a la incorporación de relevantes ius-internacional-privatistas protagonistas de los recientes procesos de codificación internacional del DIPr gestados en el hemisferio americano.

3. En un contexto muy similar y con motivo de la celebración del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y organizado por el Instituto Español de Derecho Procesal tuvo lugar el Primer Congreso Ibero-Americano y Filipino de Procesal que contó con tres informes generales. Interesa retener a nuestros fines el titulado

(13) Como reconoce el propio cronista del Congreso L. García Arias no pudo lograrse una conciliación en el binomio ley de la nacionalidad y ley del domicilio, (*REDI*, vol. VII, 1954, pp. 596-597 y *AIHLADI*, vol. 1, 1959, p. 389). Los ponentes fueron H. Valladão y A. Ferrer Correia.

(14) En la Resolución del V Congreso se sugería a la OEA que el Comité Jurídico Latinoamericano incluyese en el Código Bustamante normas referentes a la solución de los conflictos de leyes laborales en la Comunidad hispánica (*AIHLADI*, vol. 3, 1967, pp. 428-430 y 456-457).

(15) En el VI Congreso se aprobó una resolución recomendando a los Estados de la Comunidad hispano-luso-americana-filipina para "actualicen sus sistemas jurídicos e incluyan en ellos nuevas normas de DIPr"; asimismo apoyando los estudios dirigidos a lograr la adhesión de los demás países de dicha Comunidad al Código de Bustamante y a los Tratados de Montevideo (*AIHLADI*, vol. 4, 1973, p. 684).

(16) *AIHLADI*, vol. 5, 1979, pp. 346-347.

(17) *AIHLADI*, vol. 5, 1979, p. 360 y pp. 364-365; en esta última materia se insistió en la influencia de los procesos de integración económica en el DIPr. Vid. L.D. Tinoco Castro, "Nuevos aspectos del DIPr en materia de relaciones económicas", Anteproyecto de ponencia editada por la Secretaría General, Madrid, 1976.

"Problemas de Derecho internacional procesal hispano-luso-americano", que corrió a cargo de W. Goldschmidt y que dio lugar a una recomendación general del Congreso en favor de la celebración de tratados en el seno de la referida Comunidad que incluyesen: el derecho a la justicia gratuita, la abolición de cauciones y medidas cautelares basadas en la nacionalidad y en el domicilio, la creación de autoridades centrales a los efectos de facilitar la información sobre los distintos Derechos y un régimen flexible de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras incluso suprimiendo en ciertos supuestos el requisito del exequátur (18). Debe retenerse que aunque gran parte de los principios propuestos se inspiraban en el Convenio de la Haya de 1905 sobre procedimiento civil, muchos años deberían pasar para que dichos postulados tuvieran alguna eficacia en dicha Comunidad. Se trata, sin embargo, de un documentado informe que contiene una exposición del Derecho hispano-luso-americano en vigor en aquellos momentos en materia de Derecho procesal civil internacional y, a la vez, una concienzuda investigación de Derecho comparado de la cual lamentablemente no se obtuvo un resultado codificador inmediato.

Con el objetivo de contribuir al progreso de la cultura jurídica a través de debates y discusiones de temas emergentes y nuevas tendencias de la cultura procesalista se creó el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a propósito de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal realizadas en 1957, en homenaje a la Memoria de Eduardo J. Couture (19).

4. El panorama de las relaciones desde la perspectiva científica no puede cerrarse sin una referencia a la estrecha colaboración que se regis-

(18) Vid. el contenido íntegro de la recomendación en W. Goldschmidt, "Primer Congreso ibero-americano de Derecho procesal", *REDI*, vol. VIII, 1955, pp. 636-637, y el documentado informe por él presentado, *ibid.*, vol. IX, 1956, pp. 191-237.

(19) El Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal promovió jornadas de Derecho procesal en las siguientes localidades y fechas: Montevideo (1957), México (1960), São Paulo (1962), Caracas y Valencia (1967), Bogotá y Cartagena (1970), Valencia (1978), Guatemala (1981), Quito (1982), Madrid (1985), Bogotá (1986), Rio de Janeiro (1988), Mérida (1990), Cuernavaca (1992), La Plata (1994), Bogotá (1996) y Brasilia (1998). De 1988 hasta 1994 el profesor uruguayo Enrique Vescovi ocupó el cargo de Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal. En 1994 asumió la presidencia el profesor argentino Augusto Mano Morello, que en 1996 pasó el cargo al profesor brasileño, José Carlos Barbosa Moreira.

tra en los últimos años entre juristas de ambos lados del Atlántico dedicados muy de cerca a la labor codificadora del DIPr. Resulta obligado dejar constancia aquí de iniciativas tales como las realizadas por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales en Salamanca en 1993 (20) y en Cáceres en 1998, con el sugestivo título de "Iberoamérica ante los procesos de integración" y un especial tratamiento a cuestiones propias de DIPr (21).

Más ha sido el colectivo de Profesores españoles de DIPr quien más ha insistido en la dimensión iberoamericana de la disciplina a través de sucesivas "Jornadas", como las que tuvieron lugar en León en 1989, donde se puso de relieve la escasa atención de España hacia la labor de la CIDIP (22), o las Jornadas de Toledo, de 1991, donde a propósito de un tema concreto, la sustracción internacional de menores, se pudo observar con nitidez la compleja dialéctica entre la codificación de nuestro ordenamiento a ambos lados del Atlántico (23). La antorcha iberoamericanista prendida en León y en Toledo (24) tuvo la virtud de presidir posteriores debates en el seno de la doctrina española manifestándose en los encuentros de San Lorenzo de El Escorial (1991) (25), de Vicálvaro (1993) (26) y 1994, de Segovia (1995) (27) y de Burgos (1998) (28), y en otras

(20) Jornadas Iberoamericanas organizadas por la Asociación como consecuencia de la conmemoración del V Centenario del Descubrimiento, que tuvieron lugar en Salamanca y que dieron como resultado un libro titulado, *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, APDIRI, 1993, con contribuciones de DIPr a cargo de G. Parra Aranguren, J.C. Fernández Rozas, A. Boggiano, J.D. González Campos y A. Borrás Rodríguez.

(21) *Iberoamérica ante los procesos de integración* (Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales), Madrid, BOE, 1999, con ponencia general de J.C. Fernández Rozas y comunicaciones de R. Arroyo Montero, M. Rábago Dorbecker, E. Pérez Martín, J.J. Álvarez Rubio, Y. Dutrey Guantes y D. Sancho Villa.

(22) Vid. la nota informativa de A. Álvarez Rodríguez en *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 685-688.

(23) Vid. la nota informativa de J. Labrador Encinas, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 329-330.

(24) *La sustracción internacional de los menores. Aspectos civiles (II Jornadas de DIPr)*, Toledo, Patronato Universitario, 1991, 299 pp.

(25) *España y la codificación del DIPr (Terceras jornadas de DIPr, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991)*, Madrid, Eurolex, 1993, 397 pp.

(26) *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década (Cuartas Jornadas de DIPr, Vicálvaro, 4 y 5 de junio de 1993)*, Madrid, Eurolex, 1995, 148 pp.

(27) *El DIPr interamericano en el umbral del siglo XXI (Sextas Jornadas de DIPr, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995)*, Madrid, Eurolex, 1997, 347 pp.

"Jornadas" propias de nuestra disciplina organizadas por eventos concretos (29).

Además, la "comunidad iberoamericana" es tributaria del primer y más serio intento de establecimiento de un "colectivo" científico-académico en el seno de uno de sus Estados. Nos referimos a la "Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado" creada en 1979 sucesora del Instituto Mexicano de DIPr nacido en 1968, que ha desarrollado una labor científica extraordinaria de marcada proyección internacional. Entre sus múltiples actividades destaca el Seminario Nacional de DIPr de México que ha superado las treinta sesiones, que acoge en los últimos años con generosidad a juristas españoles y que aborda cuestiones comunes a ambos hemisferios, en íntima relación con la codificación internacional del DIPr. Y, por sólo citar un precedente de interés, es de justicia aludir a la Segunda etapa de las Jornadas Uruguayo-Santafesinas. Son importantes puntos de encuentro, entre otros que también podrán citarse, que muestran un interés común que es evidente que a medio plazo tendrá repercusión en los foros de codificación pertinentes.

2. Perspectiva académica

5. Hasta ahora se ha hablado de España y de América casi con exclusividad y, en este punto es menester ofrecer un breve panorama de las relaciones hispano-lusas en lo que respecta a nuestro ordenamiento. Al efecto debe dejarse constancia de que el diálogo científico hispano-portugués, al igual que la cooperación jurídica, brilló en la práctica por su ausencia hasta mediados de los años sesenta (30). Sin duda la influencia

(28) Séptimas Jornadas de Profesores de DIPr que tuvieron lugar en Burgos en los días 4 y 5 de junio de 1998 sobre el tema "La reforma del sistema español de cooperación jurídica internacional en materia civil". El text de las ponencias y comunicaciones, entre las que destaca una de D. Operti Badán, se encuentran en el *Anuario Español de DIPr*, 2000, pp. 387-404.

(29) *Alternativas a una política de inmigración (Vicálvaro, 7 y 8 de mayo de 1994)*, Madrid, CESSJ "Ramón Carande", 1996, 180 pp.; A. Borrás (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: Una reflexión preliminar española (Tarragona, 30-31 de mayo de 1997)*, Madrid, M. Pons, 1998, 467 pp.

(30) Desde la perspectiva portuguesa se comprueba este extremo en contribuciones tan representativas como: V. Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Portugal", *R. des C.*, t. 89 (1956-I), pp. 605-702; J. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1982 y A. Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé", *R. des C.*, t. 145 (1975-II), pp. 57-203.

que tuvo en España el Código civil portugués de 1966 fue decisiva para propiciar un encuentro entre dos círculos jurídicos que tradicionalmente se dieron la espalda a pesar de sus raíces comunes y similar influencia francesa en sus concepciones doctrinales, con mayor originalidad si cabe por parte portuguesa. Por descontado el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil experimentó una influencia muy importante del Código luso y a partir de entonces la doctrina española comenzó a volver la vista al occidente de la península ibérica en el concreto marco del DIPr. Tanto es así que algún autor llegó a sostener a principios de los años setenta la conveniencia de insertar en bloque a nuestro Código civil las normas elaboradas en Portugal, "una vez realizadas las transformaciones técnicas y formales necesarias" o, incluso, utilizar tales normas para la conclusión de un Tratado hispano-luso que incorporase una "Ley uniforme ibérica" de DIPr similar al modelo seguido en el Benelux (31) con base en la existencia de una tradición jurídica análoga y a una historia común. Asimismo a Portugal le cupo el honor de ser primero en el tiempo en darse un régimen democrático y por ende una Constitución que supuso un auténtico revulsivo en la totalidad del sistema. La experiencia seguida en este nuevo ambiente repercutió de manera decisiva en España, sobre todo cuando el legislador portugués emprendió la obligada reforma de las normas de conflicto, en función de los nuevos valores constitucionales (Decreto-Ley nº 496/77, de 25 de noviembre de 1977) (32) y de las normas sobre nacionalidad y extranjería. Precisamente esta última materia condujo al primer encuentro entre profesores de DIPr peninsulares que tuvo lugar en Madrid en 1982 y que sería seguido por otros como el de Estoril de 1994 sobre el tema "Las relaciones entre Constitución y DIPr". Con independencia del fuerte, y desigual, peso que ejerce la "Academia" en ambos sistemas (33), la pertenencia de España y de Portugal al denominado "Espacio Judicial Europeo", ha establecido una gran permeabilidad doctrinal y si la obra de

(31) I. García Velasco, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971.

(32) R.M. Moura Ramos, *Dereito Internacional Privado e Constituição a uma análise de suas relações*, reimpressão, Coimbra, Faculdade de Direito, 1980; id., "Portugal - Droit de la famille - Dispositions intéressant le droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 598-603.

(33) Un conocimiento exhaustivo de la Academia portuguesa, de imprescindible lectura para los profesores universitarios de DIPr se recoge en A. Marques dos Santos, *Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado*, Lisboa, Coimbra Editora, 1998.

A. Ferrer Correia fue decisiva en la doctrina española a finales de los años setenta, no lo ha sido menos en los últimos tiempos la de R.M. Moura Ramos y la de A. Marques dos Santos.

Este y no otro es el contenido en el que debe valorarse el Convenio entre el Reino de España y la República portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid a 19 de noviembre de 1997 (34), que aporta ciertas aportaciones en relación con el régimen general del Convenio de La Haya 1965 en lo relativo a la forma de tramitación de los requerimientos de notificaciones y comunicaciones; en concreto la comunicación directa entre los Tribunales fronterizos cuya concreción tiene lugar a través de una lista (art. 3.3) que ambos Estados han de haber elaborado. Este instrumento suprime, además, determinadas formalidades, por cuanto obliga a las autoridades requeridas a la aceptación de los documentos y las solicitudes en el idioma del Estado requirente, renunciando a "hacer uso de las reservas que hubiesen formulado a este respecto en los Tratados multilaterales en que sean partes" (art. 1). Su art. 2 elimina el requisito de la legalización o la apostilla, lo cual afecta a las notificaciones que se realicen por una vía distinta a la de las autoridades centrales, toda vez que dichas formalidades ya no eran exigibles cuando las notificaciones se realizaban conforme al modelo contenido en el anexo a dicho Convenio de La Haya de 1965. Por último el régimen de las comisiones rogatorias que soliciten las autoridades españolas a las portuguesas, y viceversa, ha experimentado en virtud del régimen bilateral una notable flexibilización. En cualquier caso el hecho de que sean España y Portugal los Estados involucrados en este especial régimen no constituye ninguna novedad pues está expresamente previsto en los instrumentos sobre Derecho procesal civil internacional elaborados por la Conferencia de La Haya de DIPr y es una práctica habitual entre los Estados miembros de la Conferencia al margen de su mayor o menor vinculación en una determinada "comunidad jurídica".

6. Continuando con esta dimensión "profesoral" y, salvo excepciones, este desencuentro es también patente a ambos lados del Atlántico hasta tiempos recientes. Entre estas sin duda resalta la influencia de W.

(34) BOE, 21-I-99, y nota de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Anuario Español de DIPr*, 2000, pp. 608-611.

Goldschmidt, jurista de origen alemán que encontró en España un país de refugio y cuya nacionalidad adquirió tras una dilatada estancia que más tarde extendió a Argentina, donde ejercería una fructífera impronta en los últimos años de su vida. En la valoración del magisterio común del maestro en ambos países no existe unanimidad en la hora actual pues así como en España la obra de este autor (que representa sin duda el "mejor Goldschmidt") no ha contado con el reconocimiento que merece, pese a haber impregnado decisivamente el pensamiento de A. Miaja de la Muela y de M. Aguilar Navarro, en Argentina se ha exacerbado hasta el delirio. El sosegado juicio de la historia colocará al gran maestro en el lugar que le corresponde y, en todo caso, reconocerá su importante papel en el acercamiento de las culturas de los dos Continentes.

El siglo XX ha registrado tan sólo en la doctrina española la incidencia relevante del pensamiento de dos juristas latinoamericanos. Resulta obligada la referencia, en primer lugar, del uruguayo Q. Alfonsín, cuya original concepción sobre nuestro ordenamiento desde una óptica eminentemente privatista y sus aportaciones fundamentales en torno a las denominadas normas materiales de DIPr y a la incidencia de la autonomía de la voluntad en la contratación está plenamente patente en la producción científica de figuras españolas de la relevancia de A. Miaja de la Muela, E. Pecourt y A. Remiro Brotons (35). A su lado una personalidad tan fuerte y variopinta como la del profesor brasileño H. Valladão tampoco iba a pasar desapercibida en España. Ahora bien, la huella recibida fue también la del "mejor Valladão", proyectándose sobre todo en la dimensión de los procedimientos de producción jurídica.

Se trata, como indicábamos de excepciones. La norma de base hasta la fecha ha sido el desencuentro doctrinal. Siguiendo con el caso español debe lamentarse la escasa influencia en la doctrina española del siglo XX de la obra del genial jurista. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén justificada por el carácter casi coetáneo del Código que lleva su nombre con la II República española y con el espíritu masónico que impregnó la codificación y la doctrina de la época; es por ello explicable que este autor no

(35) Prueba de la relevancia de este autor es haber sido uno de los pioneros de la doctrina extranjera en publicar en España: Q. Alfonsín, "Apostillas sobre el punto de conexión 'domicilio' en Derecho privado internacional", *REDI*, 1957, pp. 53-65.

fuera bien recibido en los círculos doctrinales del franquismo. Cuando estamos a punto de conmemorar el cincuentenario de la muerte del insigne jurista es el momento de una merecida reivindicación de su obra tanto en España como en Cuba, su país natal.

A las excepciones debe añadirse una situación peculiar, por lo novelasco y contradictorio del personaje. Nos referimos a una obra escrita en el exilio americano por el autor español J. de Galíndez que, pese a su título marcadamente iberoamericanista que no responde totalmente a su contenido, debe figurar en el anaquel del lector curioso. Se trata de una ingenua aproximación al DIPr del otro lado del Atlántico por un profesor español, con un impresionante aparato bibliográfico, ciertamente poco utilizado en el texto, y con acotaciones tan originales como su misteriosa desaparición en Nueva York a fines de los años cincuenta (36).

La situación descrita tiende a cambiar sustancialmente, bien a través de la propia obra del IHLADI a la que antes aludíamos, como a través de actividades científicas de otro jaez. La doctrina española utiliza con habitualidad las aportaciones de los maestros iberoamericanos de finales del siglo XX al tiempo que al otro lado del Atlántico se hace lo propio. La relación de nombres es larga, mas la omisión de alguno de ellos podría ser imperdonable en un Congreso científico como el presente, por lo que preferimos omitirla. Se trata de una nueva etapa que coincide con el florecimiento de nuevas e importantes publicaciones periódicas dedicadas al DIPr como, señaladamente, la *Revista Uruguaya de DIPr* o la *Revista Mexicana de DIPr* donde la impronta de D. Opertti Badán y L. Pereznieta Castro ha sido decisiva y que han abierto generosamente sus puertas a la colaboración de autores españoles. La reciente aparición de *Anuario Español de DIPr* está llamada a realizar la oportuna reciprocidad. Esta colaboración no sólo permite ofrecer las soluciones a los problemas que se suscitan en los distintos círculos jurídicos, propiciando una labor comparativa extremadamente útil, como se ha demostrado en el tratamiento de las cuestiones de DIPr generadas en los procesos de integración económica, tanto en Europa como en América. También permite el estudio

(36) J. de Galíndez, *Principales conflictos de leyes en la América actual*, Buenos Aires, Editorial Vasca Ekin, 1945.

pormenorizado de las relaciones de carácter bilateral en la comunidad científica iberoamericana, del que antes se carecía casi por completo (37).

7. Este nuevo marco de entendimiento posee también una vertiente muy pronunciada en torno a la exigencia de reformar las enseñanzas del DIPr en consonancia con las necesidades actuales. El "modelo francés" del siglo XIX ha dejado de ser la guía de las nuevas técnicas docentes acentuando un particularismo cada vez más marcado. Tampoco sirve de guía el arquetipo exportado también desde Francia del "pluralismo metodológico" meramente mecanicista; y es que en los albores del siglo XXI el DIPr aún pugna por desembarazarse de un tinte formalista y normativista, resaltando su alcance sustantivo. Frente a las concepciones formalistas, la norma de DIPr tiene por cometido la "reglamentación de las relaciones de la vida jurídica internacional de los particulares" en un Estado determinado (38). Esta preocupación, muy vinculada a los nuevos concursos de acceso a las plazas de profesores de DIPr, se ha hecho sentir en gran número de Estados de ambos Continentes y ha tenido una consecuencia fundamental: el abandono de los viejos postulados dogmáticos (39) y de las trasnochadas "partes generales" que intentaban algo tan inverosímil como la cuadratura del círculo: la justificación de un DIPr universal válido para todos los sistemas jurídicos y para todas las épocas (40).

Las consecuencias no se han hecho esperar y ya van apareciendo obras importantes en las que el foro, el correspondiente a un Estado determinado, es el único punto de referencia adecuado para el tratamiento de los

(37) J.C. Fernández Rozas, "Notificaciones en el extranjero: experiencias en los procesos de integración y en las relaciones entre México y España", *Rev. Mexicana de DIPr*, n° 7, 1999, pp. 45-74.

(38) Vid. J.D. González Campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5249-5251.

(39) Ofrece un extraordinario valor, es estos efectos, la recopilación efectuada por M.A. Ciuro Caldani de los programas de la enseñanza vigentes en la Argentina a propósito de la defensa de su "Programa de DIPr" a efectos del oportuno concurso a una plaza de *Universidad, Investigación y Docencia*, n° 16, 1990, pp. 63 ss, esp. oo. 138 ss.

(40) "Después de más de 60 años de enseñanza teórica del DIPr, desapegada de la realidad de México -escribe con razón L. Perezniro Castro-, el estado actual de la enseñanza de esta disciplina ha mejorado notablemente, sin embargo existen aún dificultades e inercias que hay que vencer", "La enseñanza del DIPr en México", *Rev. Mexicana de DIPr*, n° 4, 1998, p. 14.

problemas de nuestro ordenamiento. Pero eso no es todo, la reflexión se ha dirigido a la precisión del objeto y del contenido del DIPr con un efecto superador de postulados decimonónicos. Queda por hacer, sin embargo, una reflexión importante, ya iniciada en España, que no es otra que la interacción entre las normas fruto del legislador interno y las contenidas en tratados internacionales; cabe apreciar, en efecto, que el inmenso esfuerzo codificador aún no ha sido asimilado del todo en América frente a lo que ha ocurrido en Europa. No obstante ya se perciben obras consientes de esta situación (41).

3. Vestigios de una "Comunidad Histórica Iberoamericana" en la aplicación de las normas de DIPr

8. Los vestigios de una cultura jurídica latinoamericana trasciende cualquier otra consideración económica o política. Así, durante un periodo de fuertes tensiones entre México e Italia en el curso del cual México, en cumplimiento de los tratados internacionales, ordenó el bloqueo de los productos italianos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó categóricamente que dicha actitud en modo alguno podía impedir a los jueces en apoyo de sus tesis las opiniones de autores italianos "porque ostensiblemente ese bloqueo se reduce a finalidades económicas y comerciales y sería monstruoso entender que sus efectos se extienden al campo de las ideas científicas o sociales" (42). Ni que decir tiene que la doctrina de P. Fiore dominaba el tanto el universo jurídico mexicano como español a mediados de siglo, sobre todo en lo concerniente al alcance retroactivo de las leyes (43).

Dichos vestigios atañen directamente a la prueba del Derecho extranjero cuando éste procede del círculo que estamos examinando. De manera contundente en México se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en orden al reconocimiento de civiles al matrimonio canónico

(41) Vid. L. Perezniro Castro y J.A. Silva Silva, *DIPr. Parte especial*, México, Oxford U.P., 2000.

(42) Sent. SCJN (Sala 3ª) de 24 de junio de 1937, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª ép., t. LII, p. 2408.

(43) Sent. SCJN (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 1943, *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª ép., t. LXXVIII, p. 2435.

al declarar que "Nuestra vinculación histórica con España, cuyas leyes rigieron durante una época en nuestro país, la integración de nuestra población por numerosas personas de nacionalidad española original, el conocimiento genérico de la situación de España en los últimos tiempos, explica que para cualquier jurista de cultura media, es una verdad que no necesita prueba de que en España el matrimonio canónico surge efectos civiles" (44). Y la misma jurisdicción hizo lo propio reconociendo la inexistencia de la institución del divorcio en España y negándose a reconocer los plazos derivados de una sentencia de separación matrimonial que aún no era firme en España a favor de un individuo que se había trasladado a México "con la finalidad de acogerse a la protección de nuestras leyes" (45).

9. Al lado del sedimento apuntado, en la práctica habitual de la aplicación judicial del Derecho extranjero, la existencia de una "familia jurídica" (46) se evidencia con reiteración. Así, verificada la aplicación del Derecho español en virtud de la norma de conflicto argentina en materia de validez de una adopción en España a efectos sucesorios, el juez aplicó con corrección los extremos del entonces vigente Cc, "como seguramente habrá sido entendido por el Tribunal Superior de España" (47).

Desde la perspectiva española existen también serios intentos de adaptar instituciones contrapuestas con una clara finalidad de aplicar la justicia. En concreto, a pesar de lo taxativo del art. 9.55 V del Código civil español, y de que la adopción en España sea irrevocable, no es la primera vez que la Dirección General de los Registros y del Notariado duda ante estas adopciones y decide reconocerlas utilizando una serie de argu-

(44) Sent. SCJN (Sala 3ª) de 21 de julio de 1966, *Semanario Judicial de la Federación*, 6ª ép., vol. CIX, p. 48. La admisión de efectos civiles al matrimonio canónico celebrado en España por españoles se reitera en la Sent. SCJF (Sala 3ª) de 14 de febrero de 1968, *ibid.*, vol. CXXVIII, p. 39.

(45) Sent. SCJN (Sala 3ª) de 1 de diciembre de 1978, *Semanario Judicial de la Federación*, 7ª ép., vol. 139-144, cuarta parte, p. 147.

(46) Con ciertos elementos críticos *Vid.* D.P. Fernández Arroyo, "Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° XXVII, 1994, pp. 73-109.

(47) Sent. Cam 1ª de La Plata (Sala 2ª) de 7 de mayo de 1963 ("Barazal c. Barazal"), reproducida en Mª B. Noodt Taquela, *DIPr. Método de casos. Análisis de fallos. Documentos extranjeros*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 59-60.

mentos un tanto forzados. Ejemplo de ello lo tenemos en las adopciones que provienen de determinados estados mexicanos (v.gr. Oaxaca y San Luis Potosí), que son revocables judicialmente (48).

II.- La cooperación jurídica hispano-luso-americana en los foros internacionales de codificación del DIPr

1. España y el Código de Bustamante

10. Constituye un hecho notorio que desde la primera etapa de la independencia de las Repúblicas latinoamericanas se asistió a una marcada tendencia hacia la codificación supranacional en este área geográfica. Dicha tendencia se proyectó, entre otras materias, al DIPr en virtud de la labor realizada en una serie de "Congresos hispanoamericanos" que tuvieron lugar a partir de 1826 (49). Fruto de estos Congresos fueron los denominados "Tratados de Montevideo" de 1889, revisados en 1939-1940 (50). Frente a este movimiento codificador de carácter autóctono, se

(48) De acuerdo con la Res. DGRN de 24 de enero de 1997: "El problema central que plantea este recurso es el de si es inscribible en el Registro Civil español la adopción constituida en México, Distrito Federal, el 24 de abril de 1996 por un matrimonio de españoles en favor de un menor de edad de nacionalidad mexicana. En caso afirmativo había que practicar también la inscripción de nacimiento del menor -o la anotación soporte del art. 154.1º del Reglamento- para extender en su margen la inscripción de la adopción (cf. art. 46 LRC). A la vista de las informaciones obtenidas sobre la concreta legislación mexicana aplicable al caso resulta que tal adopción ha de calificarse de simple, porque no extingue, salvo la patria potestad, los vínculos jurídicos existentes entre el adoptado y su familia por naturaleza y porque la adopción es revocable de mutuo acuerdo al llegar el adoptado a la mayoría de edad" (*BIMJ*, n° 1815, 1997, pp. 444-447).

(49) Queda constancia de la codificación internacional del DIPr en el ámbito latinoamericano en los siguientes estudios: T. de Maekelt, "General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach", *R. des C.*, t. 177 (1982-IV), pp. 193-379; L. Pérezniño Castro, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine", *R. des C.*, t. 190 (1985-I), pp. 271-400; H. Valladão, "Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des Etats Américains", *GYIL*, 1978, pp. 335-362.

(50) Dichos Convenios se caracterizaron por un alcance territorial reducido, toda vez que muy pocos países se incorporaron a ellos; también por lo variado de las materias que regulan, pues se extienden a casi todo el contenido del DIPr. Sus características más pronunciadas son las derivadas de la adopción de criterios particularistas en la reglamentación del tráfico externo propios del círculo en que fueron gestados; criterios adoptados a las necesidades concretas de estos países que, en aquellos momentos, experimentaban una fuerte inmigración. No puede extrañar que la conexión domiciliar sea la predominante y que el territorialismo presida con carácter general la solu-

registró otro movimiento paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones de DIPr con una marcada influencia de los Estados Unidos de América. Se trata de las denominadas "Conferencias Panamericanas" que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el "Código Americano de Derecho internacional Privado" (denominado también "Código Bustamante") que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centro-americanos), aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación.

Tras la segunda guerra mundial este movimiento paralelo de codificación registrará un esfuerzo de síntesis que va a vincularse a una Organización internacional de carácter regional: la OEA (51). A partir de aquí, y en función del peso de los Estados Unidos de América, la labor estará seriamente influida por el primer *Restatement* (1934), con lo cual fue preciso coordinar tres bloques normativos de muy diversa factura con escasos resultados en un primer momento. La idea de elaborar un nuevo "Código de DIPr" no fue abandonada en un principio como demuestra el Proyecto elaborado en 1973 por J. Caicedo Castilla, pero ante la oposición de diversos Estados a esta técnica y ante la necesidad de conciliar concepciones muy diversas se optó por un método de codificación parcial a través de la creación de un organismo especializado auspiciado por la OEA. Solo a partir de esta iniciativa el proceso codificador en el continente americano adquirirá un nuevo impulso.

Durante los años de la Segunda República española, se asistió a una cierta aproximación al Código de Bustamante por parte de ciertos juristas españoles, que propugnaban la eventual incorporación de España al mismo. Esta iniciativa suscitó una importante polémica doctrinal por entender que ello acarrearía ventajas positivas y recíprocas en las relaciones bilaterales entre determinados países latino-americanos y España

ción de los problemas concretos. Vid. sobre estos instrumentos: M. Argüas, "The Montevideo Treaties of 1889 an 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America", en el libro centenario de la ILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, 1973, pp. 345-360.

(51) Vid. D. Operti Badán, "Unification of Laws in the Western Hemisphere. The Contribution of the Organization of American States", *Rev. dr. uniforme*, 1981-I, pp. 60-67.

(52). No obstante el tema sería abandonado tras la guerra civil (53), aunque durante muchos años, hasta la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974, ciertos autores españoles de la categoría de A. Miaja de la Muela siguieron propugnando la adhesión. Mas, indudablemente, tuvo la virtud de marcar un hito histórico importante y acaso el punto de máximo acercamiento.

2. Limitaciones de la CIDIP como foro de coincidencia

11. En 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada en DIPr (CIDIP I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975, con importantes resultados codificadores. La II Conferencia tuvo lugar en Montevideo en 1979, y también contó con importantes resultados, pues se elaboraron ocho convenios de codificación. La III Conferencia se convocó en La Paz, en 1984, con resultados algo más modestos. Montevideo fue la sede de la IV Conferencia, que se celebró en 1989 y México de la V en 1994. En la actualidad, con cierto retraso respecto del calendario inicialmente previsto la OEA camina decididamente hacia la realización de la CIDIP VI, la cual, inicialmente, se debía celebrar en el año 1999 en

(52) Vid., por ejemplo, desde la perspectiva hondureña, E. Alvarado García, "Honduras y la adhesión de España al Código Bustamante", *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVII, 1935, pp. 284-293; desde la perspectiva salvadoreña, y en términos verdaderamente emotivos, E. Alvarez, "El Código de DIPr (Código Bustamante) y la adhesión de España", *Revista de Derecho Internacional*, t. XXVIII, 1935, pp. 176-200. Asimismo, H. Corvinton, "Una opinión de profesor sobre la extensión del campo de aplicación del Código Bustamante y la oportunidad de su adopción por el Gobierno de España", *Revista de Derecho Internacional*, t. XXXI, 1937, pp. 88-99.

(53) Respecto a la eventual incorporación de España al "Código Bustamante": I. Beato Sala: "Sobre la accesión o adhesión de España al Código americano de DIPr, denominado 'Código Bustamante'", *RGLJ*, t. 167, 1935, pp. 603-616; F. de Castro, "¿Debe adherirse España al Código Bustamante?", *RDP*, vol. XXII, 1935, pp. 1-6; *id.*, "De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante", *RDP*, vol. XII, 1935, pp. 306-307; M. de Lasala Llanas, "Posibilidad de la accesión de España al Código americano de DIPr ('Código Bustamante')", *RDP*, vol. XXI, 1934, pp. 221-228; *id.*, "¿Puede adherirse España al Código Bustamante?", *RDP*, vol. XXII, 1935, pp. 217-221. G. Parra Aranguren, "El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España", *Libro homenaje al Doctor Luis Loreto*, Caracas, 1975, pp. 201-282; J. Quero Molares, "La adhesión de España al Código americano de DIPr", *RGLJ*, t. 165, 1934, pp. 695-721.

Guatemala (54), mas el consenso acerca de la necesidad de llevar a cabo un minucioso trabajo previo ha aconsejado su aplazamiento. Con tal motivo, la recomendación surgida de la CIDIP V fue hecha suya por la Asamblea el 7 de junio de 1996 mediante la Resolución AG/RES. 1393 (XXVI-O/96), a través de la cual se convocó a la próxima CIDIP y se dictaron las "directivas" habituales: al Consejo Permanente para que procediera a la depuración temática, consultando para ello a los Estados miembros, y a la Secretaría General para la organización de las actividades preparatorias conducentes a la realización de la CIDIP VI (55). Se da continuidad así al proceso iniciado por la OEA hace más de un cuarto de siglo, a la vez que se mantiene viva la tradición codificadora internacional del DIPr propia de los Estados americanos, cuyos orígenes se remontan a la segunda mitad del siglo XIX.

Pese a la tradición común americana y a la existencia de una copiosa labor de codificación anterior, la CIDIP ha actuado desde un principio por otros rumbos, siendo significativo su mimetismo con la agenda de trabajos de la Conferencia de La Haya de DIPr, con sus técnicas de codificación y con su modo de enfrentarse a los problemas concretos. Sin duda, la pertenencia de varios países americanos a la Conferencia de La Haya, cuya vocación de universalidad es manifiesta, ha condicionado esta obra de codificación paralela, pero el examen de los textos concretos elaborados por la CIDIP despierta serias dudas acerca de su adecuación a las realidades concretas de otro continente y, en particular, a las iberoamericanas. Junto a esto, los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de los representantes de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva e, incluso con visos de hostilidad (56), que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los Convenios que van surgiendo de la Conferencia.

(54) El propósito fue que se realizara a finales de 1999 e incluso existía una dotación presupuestaria para ello.

(55) Vid. D.P. Fernández Arroyo, "La CIDIP VI está más cerca", *Anuario Español de DIPr*, 2000, pp. 989-1007.

(56) Como se desprende, "entre líneas", en el estudio requerido a A. Boggiano por la OEA y publicado bajo el título *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

En cualquier caso, la labor codificadora realizada en la CIDIP ha sido ingente, toda vez que en un cuarto de siglo ha elaborado numerosos Convenios que arrojan un amplio abanico de materias, destacando por su originalidad la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, hecha en Montevideo en 1979. No en vano, la codificación cubre los siguientes sectores: Derecho procesal civil internacional (exhortos o cartas rogatorias, recepción de pruebas en el extranjero, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, cumplimiento de medidas cautelares y prueba e información acerca del Derecho extranjero), Derecho del comercio internacional (conflictos de leyes en materia de cheques, conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, arbitraje comercial internacional, conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera), Derecho civil internacional (domicilio de las personas físicas en el DIPr, conflictos de leyes en materia de adopción de menores, personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el DIPr, restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias). La CIDIP V, convocada por la Asamblea General de la Organización, se celebró en México del 14 al 18 de marzo de 1994. En ella se adoptaron dos tratados: la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Asimismo, la Conferencia aprobó diversas resoluciones referentes a la cooperación hemisférica en materia jurídica y propuso el temario a ser considerado en la próxima CIDIP. Participaron delegados de la mayoría de los Estados miembros de la OEA. La Secretaría Técnica de la reunión fue ejercida por el Departamento de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.

12. Habida cuenta que el sentimiento de fraternidad continental, tan propagado en el seno de la OEA, se ha extendido a los Estados Unidos y Canadá, la mayoría de las convenciones interamericanas han tratado de compatibilizar dos culturas jurídicas que, aunque no difieren en sus objetivos, cuentan con un estilo y metodología dispar (57). Esta tarea ha sido llevada a cabo fundamentalmente por el CJI y la labor persistente de la Federación Interamericana de Abogados, que a lo largo de más de medio

siglo ha promovido el intercambio entre juristas norteamericanos y latinoamericanos. A pesar de estos esfuerzos, la compenetración entre delegados y expertos de ambas culturas no siempre se refleja en el texto adoptado. Al menos, esta pareciera ser la actitud prevaleciente del sector anglosajón en el seno de la OEA, a juzgar por el desasosiego exteriorizado por los gobiernos a quienes representan los Estados Unidos, o las escasas crónicas de doctrina de estudiosos norteamericanos, o bien las incorporaciones de los gobiernos de Estados Unidos y Canadá a los instrumentos elaborados por las CIDIPs. Canadá, cuya incorporación a la OEA se realizó en una etapa muy posterior a su creación, no ha suscrito hasta la fecha ninguna de las convenciones interamericanas y los Estados Unidos se han tomado un promedio de veinte años para ratificar sólo dos instrumentos hasta la fecha (cartas rogatorias y exhortos y su protocolo adicional y arbitraje comercial internacional). Tampoco Brasil ha ratificado hasta el momento ningún instrumento interamericano, aunque las razones para este rechazo no han sido articuladas o al menos no resultan fáciles de precisar. Aunque las convenciones interamericanas auspician la accesión de países no americanos, solamente España ha aprovechado esta oportunidad y sólo en dos ocasiones. En suma, las convenciones adoptadas en las CIDIPs no han tenido aceptación, en su mayoría, más allá del ámbito hispano-americano.

Elocuentemente, la ratificación por parte de los Estados Unidos de las convenciones sobre cartas rogatorias y arbitraje comercial internacional ha sido motivada fundamentalmente por su similitud con otras dos convenciones de carácter universal previamente ratificadas por Estados Unidos, esto es, la Convención de La Haya sobre cartas rogatorias y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Si el objetivo fundamental que se persigue es la armonización y unificación entre sistemas heterogéneos entre sí pero vinculados por importantes lazos comerciales, va de suyo que aún cuando la unificación de criterios entre los países de América Latina es importante en sí mismo, el desafío mayor es el de lograr un entendimiento jurídico entre,

(57) Cf. A.M. Garro, "Armonización y unificación del DIPr en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades", *España y la codificación internacional del DIPr (Terceras Jornadas de DIPr)*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 359-360.

por un lado, los países latinoamericanos, económicamente en vías de desarrollo y tradición continental romanista, y, por el otro lado, un país de raigambre jurídica anglosajona, avanzadamente industrializado y de indudable importancia en el comercio internacional como los Estados Unidos.

13. En el marco de la CIDIP parece que esta situación puede cambiar pues, como se ha indicado, España ha hecho uso del carácter abierto de los instrumentos elaborados en su seno, incorporándose a la Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 y a la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (58).

El primero de estos instrumentos vincula a un único país europeo, España, con una docena de países latinoamericanos y Estados Unidos en la asistencia judicial internacional para realizar notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero (59). También España es el único Estado europeo parte del Convenio de Montevideo de 1979. Esta escasa participación obedece a una razón de carácter estructural pues la CIDIP es un órgano de la OEA que no puede autorizar el derecho de voto de Estados no miembros. En concreto, la Conferencia que, a diferencia de la de La Haya no posee un carácter institucionalizado y aunque mantiene una coordinación eficaz entre las distintas sesiones (60), se limita a establecer en los Reglamentos de cada una de ellas la eventual participación de los Estados que tienen la acreditación de "observadores permanentes"

(58) Vid. E. Tellechea Bergman, *DIPr y Derecho procesal internacional*, Montevideo, ed. A.M.F., 1982, pp. 47-57; *id.*, *El tratamiento e información del Derecho extranjero y su regulación en las Convenciones de Montevideo de 1979*, Montevideo, 1979 y D. Operti Badan, "Prueba del Derecho extranjero", *Cuarto Curso del Comité Jurídico Interamericano*, 1977, pp. 445-455.

(59) Vid. R. Abarca Landero, "Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá, 1975", *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, UNAM, 1982, pp. 613-678; T. B. de Maekelt, *Conferencia especializada de Derecho internacional privado (CIDIP I)*, análisis y significado de las convenciones aprobadas en Panamá, 1975, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; G. Parra Aranguren, "La Primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (Panamá, 1975)", *Libro-homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ed. Sucre, 1975, pp. 253-277.

(60) Vid. J. Samtleben, "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea", *España y la codificación...*, op. cit., p. 293-303, esp. pp. 295-296.

(61), con voz pero sin voto. No pueden, sin embargo, desdeñarse las reticencias manifestadas en una época por algunas Repúblicas a la incorporación de países europeos y, en parte también, por una miope política exterior española dentro del peculiar contexto de la "Comunidad Latinoamericana de Naciones" propia de los años cincuenta. A mayor abundamiento, España, que participa como observador en la CIDIP, no se ha caracterizado por el envío de representantes cualificados ni por una participación activa de éstos en dicho foro, cuyo peso ha sido prácticamente nulo. Mas no debe descartarse otro dato importante: el relativo a que se trata de una codificación pensada preferentemente para el ámbito americano, si bien en determinados instrumentos, como el relativo a la restitución internacional de menores es difícil la identificación de unos verdaderos intereses regionales (62).

14. Con una atinada percepción y pese a la tradición común americana y a la existencia de una copiosa labor de codificación anterior, la CIDIP ha actuado desde un principio por otros itinerarios. De una parte, y dando muestra de un extraordinario realismo, se ha decantado por un claro rechazo hacia una codificación de conjunto del DIPr para detenerse en aspectos concretos de interés para las relaciones del tráfico privado externo de los Estados parte; estamos ante lo que pudiera calificarse de "descodificación" del DIPr convencional (63). De otra parte, e inevitablemente, ha experimentado un cierto mimetismo con la Conferencia de La Haya

(61) Poseen dicha acreditación tres países europeos: España, Francia e Italia. Vid. D. Operti Badán, "La codificación del DIPr: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de La Haya de DIPr y por la CIDIP", *España y la codificación...*, op. cit., pp. 259-283, esp. 266-267.

(62) Cf. D.P. Fernández Arroyo, "La reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre España e Latinoamérica: elementos para la definición de una actitud española", *España y la codificación...*, op. cit., p. 307 y sobre los problemas particulares de una eventual incorporación de España a la Convención Cf. "La Convención americana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989", *La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles)*, II Jornadas de DIPr, Toledo, Patronato Universitario, 1990, op. cit., pp. 31-22, esp. pp. 60-63.

(63) Cf. D.P. Fernández Arroyo, "L'influence des conventions internationales sur l'actualisation du droit international privé: le cas latino-américain", *Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1992", pp. 226-229. Vid., asimismo, D. Operti Badán en su agudo estudio "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 269-286, destaca los elementos que hacen que la CIDIP "se inscriba armoniosamente en el DIPr actual y sus métodos"; para el autor uruguayo lo esencial es "la armonía de las soluciones y no la de las fuentes" (*ibid.*, pp. 282-285).

de DIPr en las técnicas de codificación y en el modo de enfrentarse a los problemas concretos (64). No existe, sin embargo, tal similitud en cuanto a la agenda de trabajo y a la materia codificada. Mientras que en La Haya se contempla el "contenido" del DIPr *stricto sensu*, en la CIDIP este es mucho mayor, pues incluye cuestiones propias del Derecho del comercio internacional (letras de cambio, pagarés, facturas, cheques, arbitraje, sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera) (65) y muestra una tendencia expansiva en el sentir de ciertas delegaciones. En cualquier caso, como en la propia Conferencia de La Haya (66), los mayores éxitos desde la perspectiva de la incorporación de los Estados a los Convenios se registran en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y, en particular en el sector de la asistencia judicial internacional que es, precisamente, en el que España participa (67).

2. Limitaciones de la Conferencia de La Haya de DIPr como foro de coincidencia

15. Es bien sabido que la Conferencia de La Haya de DIPr es una Organización interestatal de carácter permanente cuya finalidad es la unificación progresiva de las normas de DIPr de los países miembros. También que el engranaje que utiliza para llevar a cabo dicha unificación es el Convenio, que es elaborado a través de las distintas sesiones de la Conferencia. En sus dos etapas, la Conferencia ha elaborado más de treinta convenios, que han afectado a materias tales como la protección de menores, forma de las disposiciones testamentarias, legalización de actos públicos, extranjeros, adopción, notificación de actas judiciales en materia civil o comercial, elección del foro, reconocimiento y ejecución de sen-

(64) Vid. D. Operti Badán, "Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organisation of American States", *Rev. dr. uniforme*, 1981, pp. 60-67.

(65) Vid. R. Eyzaguirre Echeverría, "Los problemas del Derecho comercial en el DIPr interamericano", *XII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, 1990, pp. 241-259.

(66) Cf. J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 83-84.

(67) Vid. un desarrollo pormenorizado de esta cuestión de D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del DIPr...*, op. cit., pp. 224-233.

tencias extranjeras, divorcio, accidentes de circulación por carretera, obtención de pruebas en el extranjero, administración internacional de sucesiones, responsabilidad por la fabricación de productos, obligaciones alimenticias, regímenes matrimoniales, contratos de intermediarios y representación, venta internacional de mercancías... Las experiencias de las discusiones en el seno de la Conferencia, demuestran que los frutos de los trabajos de los representantes de diversas culturas jurídicas tienen un carácter especial que los distingue de los productos legislativos de orden jurídico nacional, al estar presididos por la idea de compromiso internacional.

16. Un mayor incremento de la cooperación en este ámbito viene determinada por la pertenencia común de España y de algunos países latinoamericanos a Convenios elaborados en foros con una vocación más universal, señaladamente la Conferencia de La Haya de DIPr. Desdichadamente, hoy por hoy, sólo cinco Estados latinoamericanos (68) son miembros de esta organización: Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela (69), y el haz de relaciones bilaterales en el que España participa es más que limitado pese a que, ocasionalmente, a estos países se hayan sumado otros de la misma familia jurídica por permitirlo el propio Convenio (70). Lo reducido de las materias habla por sí sólo: legalización (71), procedimiento civil (72), sustracción de menores y, en función de las

(68) Brasil fue Estado miembro en la Decimosegunda y en la Decimotercera Conferencia pero finalizaba esta última se retiró.

(69) Acerca de la admisión y aceptación de Venezuela *Vid.* G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya sobre DIPr", *Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 37, 1986-87, pp. 204-205. Ni que decir tiene que España votó favorablemente dicha admisión.

(70) *Vid.* G. Parra-Aranguren, "The Centenary of the Hague Conference on Private International Law", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing und Lichtenhahn, 1993, pp. 111-112.

(71) Este instrumento internacional resulta de generalizada aplicación: *Vid.* en la jurisprudencia mexicana las Sents. Tribs. Colegiados de Circuito de 20 de febrero de 1996 y 1 de octubre de 1996 (*Semanario Judicial de la Federación*, 9° ép. t., IV, octubre, p. 527 y t. IV, noviembre, 1996, p. 431). En la argentina S CNCiv. (Sala B) de 6 de abril de 1989 y CNCom. (Sala E) de 11 de octubre de 1988, recogidas en M° B. Noodt Taquela, *DIPr.*, op. cit., pp. 97-97 y 134-136.

(72) Resulta ilustrativa, en la jurisprudencia mexicana, la Sent. Tribs. Colegiados de Circuito de 16 de agosto de 1990 (*Semanario Judicial de la Federación*, 8° ép. t., VII, p. 181), que afirmó la vigencia absoluta en México de la *lex fori regit processum* negándose a admitir cualquier viso de extraterritorialidad en la materia citando como ejemplo de una actitud contraria la existente en el Convenio de La Haya de 1954 del cual México no es parte.

peculiares circunstancias que rodean al Convenio de 1993, adopción (73). Precisamente en esta materia y en función de la importancia de muchos países latinoamericanos como "Estados de origen" de menores susceptibles de ser adoptados, se produjo una ampliación con carácter extraordinario de la Conferencia de la Haya de DIPr a Estados no miembros. Dicha ampliación tuvo la virtud de admitir la posibilidad de que los representantes de este círculo se expresaran en los debates en español, si bien este no llegó a constituir un verdadero "idioma de trabajo" (74). La invitación para participar a título de observador fue reiterada en la Decimotercera sesión de la Conferencia con ocasión de las deliberaciones del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, que tuvieron lugar en octubre de 1996, asistiendo representantes de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Perú.

A los inconvenientes anteriores basados en la limitación de la materia regulada se añade en las relaciones entre España e Latinoamérica la insuficiencia de un desarrollo auténtico de los mecanismos de asistencia judicial internacional y de coordinación entre autoridades extra-judiciales que faciliten al operador jurídico la realización de los propios postulados previstos en los Convenios (75). Dicho en otros términos, la aplicación de los Convenios es costosa económicamente. Estos, en efecto, son un punto de

(73) Los Convenios de la Conferencia de La Haya que vinculan a España con Estados latinoamericanos son los siguientes: A) Convenio sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954: vincula con Argentina. B) Convenio sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros, de 5 de octubre de 1961: vincula con Argentina, El Salvador, México y Panamá. C) Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales en materia civil y comercial, de 15 de noviembre de 1965: vincula con Venezuela. D) Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 de marzo de 1970: vincula con Argentina y México y Venezuela. E) Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980: vincula con Argentina, Chile, Ecuador, México, Panamá y Venezuela. F) Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993: vincula con Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela.

(74) Como pueden dar testimonio las profesoras A. Borrás y C. González Beilfuss. Sobre el particular *Vid.* *Actes et documents de la Dix-septième Session*, t. II, p. 356 y la nota de A. Borrás en REDI, 1993, pp. 645 ss.; A. Bucher, "Avant-projet d'une Convention de La Haye sur l'adoption internationale", *Rev. suisse dr. int. et dr. eur.*, 1993, p. 154.

(75) Esta necesidad es postulada por J.H.A. van Loon, "The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p. 102.

partida que debe contar con una adaptación de desarrollo a nivel interno y en ningún caso son "autosuficientes" para resolver los problemas del tráfico privado externo que en ellos se regulan. De ahí que la incorporación de un Estado no deba de hacerse alegremente sin atender a los ulteriores problemas que puede plantear su aplicación en el orden jurídico interno que, muchas veces, requieren una dotación presupuestaria muy importante (76). Existen, sin embargo, importantes excepciones donde se observa con claridad el buen funcionamiento del aparato asistencial previsto en el Convenio (77).

Una tercera limitación se centra en la ya referida política de bloques que se observa en la Conferencia de La Haya y se traduce en un relativismo espacial en orden a la eficacia de los convenios que de ella derivan. Por descontado, la pertenencia de España a la Unión Europea consolida la idea de "grupo" como evidencia la acción del denominado "Grupo europeo de DIPr". Dicho grupo no solamente despliega su influencia ad extra de la propia Conferencia sino que, inevitablemente, posee un peso decisivo sobre la misma cuestionando en ocasiones su vocación universal (78); ello conduce a que en materias de enorme relevancia la posición española contraste fuertemente con la de los países latinoamericanos participantes propiciando un alejamiento sustancial. Por el momento, como se ha apuntado, esta posición se centra preferentemente en la materia patrimonial, mas la ampliación de las materias que patrocina la cooperación en materia de justicia civil que ofreció el "Tercer Pilar" diseñado en Maastricht y modificado en Amsterdam, y las nuevas posibilidades que experimenta la armonización del Derecho de familia en Europa, pueden

(76) Con carácter general Cf. J.H.A. van Loon, "The Increasing Significance of International...", *loc. cit.*, p. 102. Sobre los problemas esenciales encontrados en la aplicación en España de los Convenios de La Haya sobre menores Vid. A. Borrás, "Práctica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores", *La sustracción internacional de los menores...*, *op. cit.*, pp. 81 ss, esp. pp. 90-93 y C. González Beilfuss, "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *RJC*, 1996, pp. 313-345.

(77) Sobre la práctica argentina en la materia, en la que destaca el asunto "Wilner c. Osswald", Vid. A.S. Dreyzin de Klor, "La restitución internacional de menores", *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, pp. 11-63.

(78) En las conclusiones de la quinta reunión del "Grupo Europeo de DIPr" se destacó, sin embargo, la necesidad de reforzar la comunicación entre la Conferencia de La Haya y la Unión Europea y "otras organizaciones internacionales" dedicadas a la codificación civil (Vid. el texto y los comentarios en A. Borrás en *REDI*, vol. XLVII, 1995, pp. 502-505).

ser indudablemente un nuevo factor de particularismo regional y, por tanto, de alejamiento.

Por último el eventual encuentro entre las tareas codificadoras realizadas a los dos lados del Atlántico, cuando ambas abarquen a la misma materia, puede quedar cercenado por el juego de las cláusulas de incorporación a los Convenios centrados en el sector específico del "conflicto de leyes". Como hemos tenido ocasión de apuntar en otro lugar, existen notables discrepancias entre España e Iberoamérica en orden a la incorporación de tratados internacionales (79), en Europa y con carácter generalizado se trata de los Convenios gestados en la Conferencia de La Haya a partir de 1961, estos textos contienen cláusulas de aplicación universal que excluyen cualquier condición de reciprocidad. Ello, que sin duda ofrece grandes ventajas en pro de la unificación de las normas de conflicto, puede propiciar, al margen de los problemas de interacción con las normas del DIPr autónomo y de su incorrecto empleo por los Tribunales de justicia, un alejamiento en las relaciones que estamos examinando. Situación esta que puede imposibilitar al Estado que se ha obligado por un Convenio erga omnes a incorporarse a otro Convenio de este tipo sobre la misma materia (cuestión a la que nos referimos al estudiar las relaciones entre el Convenio de Roma de 1980 y el Convenio de México de 1994), lo cual ofrece una doble consecuencia. De un lado, que en la medida en que España sea parte de este tipo de instrumentos no pueda incorporarse a otros sobre la misma materia elaborados en el seno de la CIDIP (80). De otro lado, que en la medida en que un Estado latinoamericano se vincule a estos Convenios de La Haya puede quedar lastrado para una codificación futura en su propio ámbito regional (81).

(79) J.C. Fernández Rozas, "Las relaciones entre España e Iberoamérica y la codificación del DIPr", *El DIPr interamericano en el umbral del siglo XXI (Sextas Jornadas de DIPr, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995)*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 260 ss, esp. pp. 267-275.

(80) Vid. la ponencia de J.J. Álvarez Rubio, "Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales", *Iberoamérica ante los procesos de integración* (Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales), Madrid, BOE, 1999, pp. 217-227.

(81) Sobre el juego de estas cláusulas universales en el proceso codificador Vid. G.A.L. Droz, "Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)", *R. des C.*, t. 229 (1991-IV), p. 391 y J.D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 21-24.

17. Existen, por el contrario, importantes factores de aproximación. Uno de ellos, como puede suponerse, estaría constituido por la aceptación del español como idioma de trabajo. Siendo la francesa la única lengua oficial, la entrada de los EE.UU. en la Conferencia primero como observador y luego como miembro motivó la incorporación del inglés, aunque en un principio el texto francés de los Convenios debía prevalecer en caso de divergencia. Esta situación, que contradice el carácter universal de esta institución aunque se justifique en obvias razones económicas, no ha sido pacífica y a propósito de la redacción del art. 34 del Reglamento de la Conferencia sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en 1985 el representante español A. Bercovitz Rodríguez-Cano puso de manifiesto que dicho precepto no debía servir de precedente a futuras Conferencias (82).

Otro factor de aproximación, por poco relevante que pueda parecer, es el de la traducción al español de los convenios a partir de un lenguaje común aceptado por todos los países latinoamericanos. Bien entendido que el único texto auténtico de los Convenios emanados de la Conferencia es el francés y el inglés. Esta cuestión no ha sido nueva en la Conferencia pues Alemania, Austria y Suiza han solido presentar un texto común e indudablemente es un factor que no solo evita que proliferen horribles traducciones privadas, sino que favorece la aplicación de los Convenios en los Estados miembros al evitar que circulen versiones distintas (83). Tras una serie de iniciativas de carácter informal en 1989 tuvieron lugar en La Haya dos reuniones de delegados de lengua española que comenzaron los trabajos preparatorios de revisión de los textos en dicha lengua. El año siguiente y gracias a los auspicios del Ministerio de Asuntos Exteriores español tuvo lugar en Madrid una nueva reunión que sentaría las bases definitivas para una futura traducción unificada de los Convenios de La Haya en español (84).

(82) Vid. G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya...", *loc. cit.*, p. 216.

(83) *Ibid.*, pp. 218-220.

(84) Cf. A. Borrás, "Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 803-705. Debe recordarse que el VII del IHLADI había propugnado la elaboración de un vocabulario jurídico internacional de la Comunidad hispano-luso-americano-filipina (*AIHLADI*, vol. 4, 1973, p. 692-693). Acerca de todo el proceso hacia la traducción unificada Vid. J.D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de convenios...*, *op. cit.*, pp. 7-40.

3. Eventual coincidencia en el seno Consejo de Europa

18. El Consejo de Europa tiene como finalidad la realización de una reunión más estrecha entre sus miembros, fundamentalmente a través de una acción común en el ámbito jurídico; la creación en 1963 del Comité Europeo de Cooperación Jurídica permitió precisar y ampliar la acción jurídica del Consejo de Europa, pues su misión consiste en desarrollar el programa jurídico de dicho Consejo, así como coordinar y supervisar los trabajos que se presenten. La acción del Consejo para la unificación y armonización del Derecho se manifiesta bajo diversas formas: publicación de estudios de Derecho comparado, organización de coloquios de Derecho europeo y, principalmente, los Convenios y Acuerdos entre los Estados miembros y las Resoluciones del Comité de Ministros, sin olvidar la importante labor de la Conferencia de Ministros de Justicia.

Al manifestarse fundamentalmente la acción del Consejo de Europa en el ámbito jurídico en la elaboración de diversos Convenios debe prestarse una atención especial a este apartado. Entre estos últimos destacan el Convenio europeo sobre las formalidades para las solicitudes de patentes, hecho en París el 11 de 1953; el Convenio europeo sobre el establecimiento de los individuos, hecho en París el 13 de diciembre de 1955; el Convenio europeo relativo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos automóviles, hecho en Estrasburgo el 20 de enero de 1966; el Convenio europeo relativo a la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, etc... No obstante, de los más de cien textos internacionales elaborados hasta la fecha (85), son escasos los referidos de forma directa al DIPr y ello no por una falta de interés en la materia, sino porque los miembros del Consejo de Europa son ya miembros de la Conferencia de La Haya, y ha parecido preferible, como señala G.A.L. Droz, no dispersar las actividades de los organismos internacionales en una materia tan especializada como el DIPr; un Acuerdo de cooperación prevé que el Consejo enviará a la Conferencia todas aquellas cuestiones relativas a los conflictos de leyes

(85) En tono a la labor realizada por esta institución Vid. H. Golson, "Les travaux de droit privé du Conseil de l'Europe", *Travaux Com. fr. int. pr.* (1973-1975), París, Dalloz, 1977, pp. 161-178; H.C. Krüger, "The Council of Europe and Unification of Private Law", *AJCL*, vol. 16, 1968-69, pp. 127-148.

que le hayan sido sometidas, materializándose tal cooperación en numerosos Convenios elaborados en La Haya, que han sido recomendados a los Estados miembros por los órganos políticos del Consejo.

19. Una cierta confluencia con Latinoamérica puede realizarse a partir de las posibilidades que ofrecen las cláusulas de adhesión de dichos Convenios a terceros Estados, incluso no europeos. Bien entendido que la generalidad de los Convenios del Consejo de Europa son textos internacionales que no tienen el carácter de "convenios abiertos", pero algunos, como los aludidos, admiten esta posibilidad, aunque no en los mismos términos. En concreto el art. 18 del Convenio de 1968 establece que el Comité de Ministros del Consejo de Europa "podrá invitar a todo Estado no miembro" a adherirse al mismo, pronunciándose en términos similares el art. 11 del Acuerdo de 1977; en tanto que el art. 23 del Convenio de 1980, al igual que el mismo precepto del Convenio de 1981, admiten tal posibilidad siempre que exista "un acuerdo adoptado por la mayoría prevista en el art. 20 del Estatuto, y por unanimidad de los representantes de los Estados contratantes con derecho a formar parte "del Comité de Ministros".

En la actualidad Costa Rica es el único Estado latinoamericano que se ha incorporado a un Convenio del Consejo de Europa, en concreto, al Convenio de Londres de 1968. Esta actitud debería ser secundada por otros países del mismo hemisferio con el fin de extender el ámbito de la cooperación internacional en materia de prueba e información del Derecho extranjero, pues el ámbito regional del Convenio de Montevideo de 1979 limita esta posibilidad. No debemos olvidar que España, país europeo, es parte de este último texto junto con el de Londres y que cuenta por ello con una amplia cobertura de cooperación en un ámbito fundamental para el funcionamiento de un sistema de DIPr integrado preferentemente por normas de conflicto de carácter bilateral. La no exigencia de restricciones para incorporarse a este texto facilita sin duda esta operación. Y no debe olvidarse también que España se adhirió al Convenio de Londres en el año 1973, con bastante anterioridad a su ingreso en el Consejo de Europa. Mayores inconvenientes puede deparar la incorporación al texto de 1980 de los países latinoamericanos debido a sus problemas de eventual confusión con el Convenio de La Haya de 1980 y a la Convención americana de 15 de julio de 1989 sobre restitución interna-

cional de menores, pese al distinto alcance de estos últimos instrumentos internacionales.

Ni que decir tiene que la presencia de España en el Consejo de Europa como miembro de pleno Derecho puede ser la vía más adecuada para propiciar el acercamiento de los Estados latinoamericanos a los Convenios del Consejo, sobre todo al referido Convenio de Londres. Precisamente, la reunión de la Comisión Delegada de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países hispano-luso-americanos que se celebró en Santiago de Chile en 1992 la representación española ante el interés mostrado por esta Organización suministró una información muy completa sobre los trabajos del Consejo. La finalidad no fue otra que aportar una serie de documentos para enriquecer el material de Derecho comparado preciso para una eficaz labor codificadora. Curiosamente no se aportó información alguna sobre el Convenio de Londres de 1968 (y sí del de Luxemburgo de 1980) lo cual debe de lamentarse profundamente.

4. Un modelo de cooperación fracasado: La primera etapa de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas

20. Con motivo de la conmemoración del Centenario de la LOPJ, el Ministro de Justicia de España invitó a sus colegas de los países hispano-luso-americanos y Filipinas a participar en una Conferencia, que tuvo lugar en Madrid los días 16 al 19 de septiembre de 1970 con la finalidad de intercambiar ideas y experiencias sobre temas jurídicos de interés común y concluyó con la denominada Acta de Madrid. La Conferencia, estimó de sumo interés la búsqueda de fórmulas para una cooperación continuada, acordando la constitución, con carácter permanente, de la Conferencia como órgano de cooperación jurídica de los miembros de la Comunidad hispano-luso-americana; y, asimismo, la creación de una Comisión Delegada compuesta por cinco miembros elegido en cada Conferencia entre los asistentes a ella y de una Secretaría General Permanente con sede en Madrid. La Conferencia, como órgano permanente de cooperación jurídica, ha sido oficialmente reconocida por 11 países latinoamericanos, al tiempo que otros países fueron anunciado oficialmente que están llevando a cabo los trámites que su legislación interna

establece para el reconocimiento de la Conferencia y adhesión al Acta de Madrid de 1970. Dicha Acta fue reemplazada con motivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países latinoamericanos de 7 de octubre de 1992, que elaboró el Tratado constitutivo de la Conferencia institucionalizando esta última. Se trata, de acuerdo con este instrumento, de una Organización de carácter intergubernamental que tiene su sede en Madrid y que procede de la transformación del órgano creado por el Acta de Madrid de 1970 (86).

Acaso por no haberse cubierto mínimamente los objetivos primigenios de esta iniciativa, la función de la Conferencia ha dejado relegada su actividad en la elaboración de Convenios extendiéndose a la consecución de formas de cooperación permanente en el terreno jurídico entre los países que componen la Comunidad hispano-luso-americana. Se pretende esa cooperación a través de medios tales como recomendaciones a los Gobiernos, estudios que lleva a cabo la Secretaría y de cuyo resultado se da cuenta a todos los países; intercambio de información; reuniones de seminarios de expertos, etc. Al mismo tiempo, los contactos personales periódicos entre los Ministros de Justicia, los Presidentes de Cortes Supremas o los Procuradores Generales, allí donde no existen Departamentos Ministeriales de Justicia, pretenden ser por sí solos un importante factor de aproximación. Si se tiene en cuenta que la existencia de una sólida base de cooperación jurídica es el presupuesto necesario para el desarrollo de intensas relaciones de todo tipo y especialmente de las comerciales, como en el caso de Europa se pone de relieve, se podrá valorar la trascendencia hacia el futuro de la tarea que la Conferencia está llevando a cabo. Dado que la base no es tan sólida en el contexto Latinoamericano los resultados son previsibles.

21. Una sucinta descripción de la labor de la Conferencia ofrece dos etapas de distinta entidad para el nuestro ordenamiento. La primera de ellas, que concluye en 1978, se caracteriza por una atención preferente al DIPr. La segunda, que se inicia en 1981, abarca una amplia variedad de cuestiones dentro del marco global de la cooperación internacional en el

(86) Este instrumento fue presentado al Congreso de los Diputados y publicado (*BOCG, Congreso de los Diputados Serie C*, nº 318-I, 14 de enero de 1993), pero no fue aprobado hasta la fecha.

ámbito jurídico, principalmente las relativas al Derecho penal internacional y a la informática jurídica, y una clara postergación de la materia tratada primitivamente, por lo que carece de interés a nuestros fines (87). La primera etapa puede describirse, muy sumariamente, del siguiente modo: tras la sesión constitutiva de Madrid tuvo lugar la segunda reunión en Brasilia durante los días 18 a 22 de septiembre de 1972 y en ella, además de ser aprobado el Reglamento interno de la Conferencia, se adoptaron dos Convenios uno sobre información en materia jurídica respecto del

(87) La V Conferencia se reunió en Lima durante los días 13 al 17 de julio de 1981, adoptando 14 Resoluciones, una Ley-Tipo de Arbitrajes de Derecho privado y un Convenio tipo de Ejecución de sentencias penales extranjeras. Lisboa acogió a la VI Conferencia que tuvo lugar los días 8 al 12 de octubre de 1984, adoptando 18 Resoluciones entre las que destacan las que hacen referencia a la aprobación de unas "Reglas" para la armonización de la legislación interna de los países miembros sobre el Transplante de órganos humanos"; las referentes a política penitenciaria; prevención del delito y tráfico ilícito de estupefacientes, así como un "Convenio sobre comunicación de antecedentes penales y de información sobre condenas por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", llamado a desempeñar un importante papel en la prevención y lucha contra el tráfico de drogas (España lo ratificó el 23 de marzo de 1988 (*BOE*, 13-7-89) adhiriéndose al mismo Chile (1988), Cuba (1989) y Ecuador (1991). La VII reunión plenaria ordinaria de la Conferencia se celebró en Acapulco en 1988 y encomendó al Gobierno español el establecimiento de un Registro Central de las Condenas pronunciadas por los Tribunales de los Estados Parte por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Buenos Aires fue la sede de la VIII Conferencia extraordinaria que se celebró los días 2 a 4 de julio de 1990 pero con un único tema monográfico: el esfuerzo nacional y colectivo para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes (*BIMI*, supl. al nº 1575, de 15 de septiembre de 1990, pp. 3866 ss); en ella se discutió el anteproyecto de norma interna española sobre el Registro de Condenas encomendado en la anterior Conferencia; dicho Registro fue posteriormente creado por R. Decreto 1176/1992, de 2 de octubre (*BOE*, 3-X-92). La IX Conferencia en Madrid los días 5, 6 y 7 de octubre de 1992, que tuvo también carácter extraordinario y coincidió con la celebración del V Centenario del Descubrimiento; su objetivo central fue la elaboración de Tratado constitutivo que sustituyera al Acta de Madrid de 1970. Asistieron a la misma Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela y se realizaron importantes declaraciones, al tiempo que se ampliaba el catálogo de materias a considerar por la Conferencia. Por último, los días 8 a 10 de junio de 1994 se celebró en Cartagena de indias (Colombia) la X Conferencia limitándose su Acta final a reiterar la invitación a los países de la Comunidad de incorporarse a los instrumentos elaborados por la Conferencia y a realizar recomendaciones para la coordinación de las acciones de lucha contra el narcotráfico, el aseguramiento de la igualdad de derechos de los esposos y la equiparación de los hijos legítimos e ilegítimos, la protección de los derechos humanos, la posible incidencia en los derechos de la persona de los estudios sobre el genoma humano y en relación con la informática jurídica (insistiendo en la aprobación de un Tratado latinoamericano de cooperación en materia de informática jurídica).

Derecho vigente y su aplicación de 22 de septiembre de 1972 (88) y otro sobre auxilio judicial, de 22 de septiembre de 1972. Buenos Aires fue la sede de la III Conferencia, que tuvo lugar durante los días 9 al 13 de junio de 1975 y adoptó dos nuevos Convenios, uno sobre un sistema uniforme para la ejecución de sentencias civiles y laudos arbitrales y otro sobre simplificación del requisito de legalización de documentos públicos extranjeros, ambos de 13 de junio de 1975, además de aprobar diversas Recomendaciones sobre materias de interés común a los países participantes. La IV Conferencia, se reunió en Caracas durante los días 24 al 28 de abril de 1978, adoptó una serie de resoluciones encaminadas a la armonización en determinadas materias de las legislaciones de los países de la Comunidad y a la cooperación en materia jurídica de interés común (89).

22. La renuncia a la codificación de materias propias del DIPr tratadas en la primera etapa de la Conferencia es una muestra elocuente de su fracaso en este ámbito, limitándose a realizar recomendaciones a los Gobiernos y otras iniciativas de menor alcance (90). A partir de aquí cabe preguntarse, como ha puesto de relieve D.P. Fernández Arroyo, acerca de las posibilidades de que la Conferencia se convierta en un foro donde se

(88) España firmó este instrumento el 13 de junio de 1975, pero aún no lo ha ratificado. Se trata, en palabras de G. Parra-Aranguren de una versión simplificada del Convenio de Londres de 1968 (Cf. "Las tentativas de codificación del DIPr en la Comunidad hispano-luso-americana y las Filipinas", *Monografías selectas de DIPr*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, p. 17) y está ampliamente superado por el Convenio de la CIDIP de Montevideo de 8 de mayo de 1979 del cual España es parte. No es previsible, pues, que cuente con una aceptación generalizada en el futuro.

(89) Vid. M. Cabanas Rodríguez, "La Ley-tipo de arbitraje para Latinoamérica", *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 29-34.

(90) En concreto, la VI Conferencia de Lisboa estableció una serie de recomendaciones para que los Estados miembros incorporen a su legislación ciertos principios sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, apoyen a ciertas instituciones arbitrales y, "sin perjuicio del respeto debido a las tradiciones de cada país", adopten una serie de medidas tendientes a asegurar la igualdad de los cónyuges ante la ley y a conjugar la responsabilidad parental ejercida en interés del hijo. En esta última materia se insistió en la V Conferencia de Lima elaborando la Secretaría un cuestionario que fue remitido a los Estados miembros que sirvió posteriormente para elaborar un informe sobre "Armonización del Derecho de familia" (DOC/C.M.J. VI Conf. 1984.7.e). Asimismo, los días 7 al 10 de septiembre de 1993, con ocasión de una nueva sesión de la Comisión delegada de la Conferencia, celebrada en Buenos Aires, se elaboró un Proyecto de Acuerdo constitutivo del Centro Iberoamericano y del Caribe especializado en cooperación jurídica, fijando Buenos Aires como futura sede del mismo.

discuta la "latinoamericanización" de las Convenciones (91). Dichos fines acaso puedan conducir a las consecuencias negativas que hasta la fecha ha generado una innecesaria proliferación de convenios en el mismo ámbito geográfico, sobre materias idénticas y sin una aceptación efectiva por los Estados miembros. Por ello, como se ha indicado, hasta la fecha el balance global de la Conferencia no puede resultar más negativo en el ámbito del DIPr como evidencia la escasa aceptación de los Convenios por ella elaborados, toda vez que sólo Argentina ha ratificado el Convenio sobre información en materia jurídica, habiéndose adherido al mismo Portugal en 1978 y Cuba en 1980 (92) y que únicamente Portugal se ha adherido al Convenio en 1978 al Convenio sobre auxilio judicial (93). Los otros tres Convenios de DIPr no cuentan con ningún Estado parte (94).

Con una u otra concepción, lo cierto es que España y algunos Estados de América han encontrado en esta vía el camino de una regulación en muchos casos necesaria o, al menos, medianamente satisfactoria. Como hemos apuntado, hasta el momento son contados los casos regulados mediante incorporación común a convenios realizados en la Conferencia de La Haya de DIPr. Pese al aumento de relaciones reguladas por esta vía el crecimiento que puede esperarse respecto de la producción en este foro es relativamente limitado. En efecto, como ha quedado señalado, la participación latinoamericana en la Conferencia no es precisamente masiva y difícilmente vaya a aumentar de un modo significativo en los próximos años. De otro lado, el carácter semi-cerrado de algunos convenios constituye una barrera objetiva para la adhesión de Estados no miembros de la

(91) De acuerdo con el art. 3 del Tratado constitutivo "la Conferencia tiene por objeto el estudio y promoción de formas de cooperación jurídica entre los Estados miembros y a este efecto: (...) b) Adopta tratados de carácter jurídico".

(92) Este Convenio entró en vigor entre Argentina y Portugal el 10 de agosto de 1978 y entre dos Estados y Cuba el 20 de septiembre de 1986.

(93) Este instrumento fue firmado en 1975 por Argentina, España y Paraguay y en 1978 por Venezuela, con una reserva a su art. 4. No ha recibido ninguna ratificación.

(94) Debe dejarse constancia de que el Convenio de Caracas sobre expedición de extractos de Actas del Registro Civil, de 28 de abril de 1978 ha sido firmado por Argentina, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Portugal, República Dominicana y Venezuela. También que la Conferencia en su segunda etapa insiste y reitera, sin mayor éxito, la invitación a los Estados miembros a incorporarse a los cinco Convenios de DIPr (Vid. las Actas Finales de la VI Conferencia de Lisboa y de la VII Conferencia de Acapulco).

Conferencia. Por último, la existencia de convenios paralelos de alcance regional, hacen que la idea de integrarse en un ámbito jurídico "universal" con el cual muchas veces se tienen escasas relaciones, se desvanezca la presentarse como costosa y acaso innecesaria.

III. La cooperación jurídica hispano-luso-americana en los foros internacionales de codificación del Derecho del comercio internacional

1. La aportación hispano-luso-americana en el seno de la UNCITRAL

23. A excepción de los sectores del comercio internacional vinculados a los procesos de integración económica donde las discrepancias son sustanciales e irreconciliables, en el marco del Derecho del comercio internacional no se perciben especiales divergencias entre los sistemas del otro lado del Atlántico y el español; se observan, por el contrario, ciertas influencias recíprocas y, en todo caso, un paralelismo en el tratamiento de los problemas concretos. Nos movemos en este sector en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica por una dialéctica entre países del *common-law* y de Derecho escrito; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal (95). Se trata de un terreno abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de "familia" que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del Derecho del comercio internacional cuyo foro más importante es, indudablemente, la UNCITRAL.

Mas esta confluencia es incluso anterior a la creación de esta institución internacional, pues en la Conferencia diplomática que reunió en La Haya en 1951 a los representantes de veinte Estados y a los observadores de cinco, con el objeto de la unificación de la venta internacional, coincidieron delegaciones de Bolivia, Chile, Cuba y España (96), que esta vez

(95) Cf. A. Garro, "Armonización y unificación...", *loc. cit.*, pp. 347-350.

(96) Vid. E. Rabel "The Hague Conference on the Unification on Sales Law", *AJCL*, vol. 1, 1952, p. 58-69.

estuvieron lideradas por el gran jurista español F. de Castro. Esta colaboración desapareció prácticamente durante el transcurso de la nueva Conferencia diplomática de La Haya de 1964 (97), que adoptó la Convención sobre Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles corporales y la Convención sobre un Derecho uniforme sobre formación de contratos de venta internacional de bienes muebles corporales. En efecto, Latinoamérica sólo contó con un representante y tres observadores (98). No obstante, de nuevo F. de Castro se alzó en representante de la Comunidad Latinoamericana al insistir efusivamente en la necesidad de vincular a este círculo jurídico al proyecto para garantizar su éxito futuro; para ello el maestro español criticaba, en el contexto de la época, las notas de autonomía y de libre cambio que habían caracterizado los resultados de La Haya en un periodo histórico de intervención estatal y de monopolio que no sólo se registraban en España, sino al otro lado del Atlántico; asimismo, se declaró decidido opositor del principio de la autonomía contractual que, en su opinión, siempre beneficiaba a la parte fuerte (99). Indiscutiblemente el gran fracaso de estos textos internacionales (100) fue el contexto en el se desarrolló la codificación, anterior a los pos-

(97) Y por tanto totalmente ajena a la Conferencia de La Haya de DOPr, aunque esta institución estuvo presente como observadora.

(98) Se trató de un miembro de la embajada local de Colombia. Argentina, México y Venezuela se limitaron a enviar observadores. En este último caso había una clara actitud de protesta. Argentina consideró, en efecto, que no había intervenido en las negociaciones ni en las Conferencias preparatorias; sin embargo, la cuestión no había pasado desapercibida en la doctrina de este país y el tema de la no participación no fue pacífico (Vid. A.M. Garro y A.L. Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 35, nota, con indicación de los problemas económicos que pudieron explicar la ausencia en la Conferencia de juristas especializados).

(99) Vid. el amplio informe elaborado por este autor, "La Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de DIPr. El Proyecto de Convenio sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales", *REDI*, vol. V, 1952, pp. 773-836; asimismo, su polémico estudio, "Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos, en el Proyecto Uniforme sobre venta", *ADC*, t. XI, 1958, pp. 1016 ss.

(100) No todo fue, sin embargo, oposición, J. Barrera Graf fue un decidido partidario de la incorporación de los países latinoamericanos a estas Convenciones no sólo por las necesidades derivadas del incremento del comercio entre los distintos Estados de este Continente y con Europa y por "la gran semejanza e idéntica estructura de los códigos de comercio de los países americanos" y la influencia permanente y constante que han ejercido "los profesores, las universidades, los institutos y asociaciones europeas de derecho comparado" (Cf. *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, México, UNAM, 1965, p. 15).

tulados que impondría el NOEI, con un protagonismo decisivo de los países desarrollados y con un enfrentamiento visceral entre países del Derecho civil y de *common-law* (101). En efecto, la doctrina apunta de forma reiterada como una de las principales debilidades de esta etapa codificadora fue la ausencia en la misma países del "tercer mundo" o en "vías de desarrollo". Ciertamente el proceso de descolonización fue casi coetáneo con la elaboración de las normas de 1964, por lo que no pudieron participar en la Conferencia como Estados soberanos e independientes. Ahora bien, no deja de ser contradictorio que en el propósito de conseguir una normativa uniforme con pretensiones de alcance mundial, no se tuvieran mínimamente en cuenta los intereses propios y específicos de esos países. Por eso no puede extrañar su negativa a la aceptación de unas normas en cuya elaboración no habían participado (102).

De esta suerte puede afirmarse que la confluencia de los intereses económicos de los "países ricos" cercenó la elaboración de unos instrumentos con una intención de uniformidad y desconoció en la práctica iniciativas latinoamericanas tan importantes en pro de la unificación en este importante sector del Derecho del comercio internacional, como el denominado "Proyecto de Buenos Aires" de 1953 (103) básicamente regulador, con carácter uniforme, de las relaciones entre compradores y vendedores en materia de codificación del Derecho del comercio internacional. Indudablemente los resultados alcanzados en las normas de 1964 registran un marcadísimo aroma "eurocentrista" unánimemente afirmado (104).

(101) Vid. M. Olivencia, "La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual", *RDM*, n° 201, 1992, pp. 387 ss.

(102) Cf. J.M. Gondra, "La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional", *RDM*, n° 127, 1973, p. 13-14.

(103) Proyecto de Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles, aprobado en Buenos Aires en 1953 con motivo de la segunda reunión Del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de la OEA, en cuya redacción, junto a los EE UU, tubieron un protagonismo decisivo, Argentina, Brasil y Paraguay (Vid. A.M. Garro y A.L. Zuppi, *Compraventa internacional...*, *op. cit.*, pp. 41-42).

(104) Cf. G. Eörsi, G. "A propos the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *AJCE*, vol. 31, 1983, p. 335.

24. Un excelente foro de coincidencia ha sido y es la UNCITRAL (105) que cuenta, junto con la española, con la representación de siete países de Latinoamérica (106). Creada en 1966 el objeto de la Comisión es la promoción de la armonización y unificación progresiva del Derecho mercantil internacional y la remisión de información anual sobre su labor a la A.G. y a la Conferencia de las N.U. sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). La creación de la UNCITRAL, por su carácter integrador y superador en el ámbito del Derecho del comercio internacional de sistemas políticos, jurídicos y económicos enfrentados (107), fue observada, en principio, con inquietud, tanto por los organismos de vocación universal como por los regionales, dedicados a la unificación del Derecho, pues, existía el temor de verse desposeídos de sus competencias. No obstante, tales recelos no fueron nunca justificados, en función de la estrecha colaboración entre la UNCITRAL e instituciones como el UNIDROIT o la Conferencia de La Haya de DIPr. Antes al contrario, el nuevo organismo supone una significativa ampliación en el campo de la cooperación jurídica internacional y su objetivo fundamental es la construcción de un nuevo orden económico internacional, mediante la implantación de un régimen que, utilizando la equidad y una nueva distribución del trabajo a escala internacional, haga frente a las periódicas crisis económicas internacionales. En cualquier caso, la UNCITRAL no puede entenderse aisladamente, sino como parte de un esfuerzo global en el que la pieza más importante es, junto a otras, la UNCTAD. Como también se ha señalado, las materias consideradas por este organismo internacional afectan a importantes sectores: venta, instrumentos de pago, arbitraje, créditos documentarios, transporte, etc...

(105) Una visión política de las razones que motivaron la creación de esta institución en el marco de las relaciones internacionales en aquellos años caracterizadas por las nociones de "coexistencia pacífica" y "guerra fría", se recoge en M. Aguilar Navarro, "Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 559-627.

(106) Tras la incorporación de Colombia (hasta el 2004) han sido elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas a partir del 1 de junio de 1998: Argentina (hasta el 2004 - alterna anualmente con Uruguay), Brasil (hasta el 2001), Honduras (hasta el 2004), México (hasta el 2001) y Paraguay (hasta el 2004).

(107) La recepción del Derecho uniforme en el sector el Derecho del comercio internacional efectuada por los distintos círculos jurídicos implicados se encuentra en M.J. Bonell, "International Uniform Law in Practice - Or Where the Real Trouble Begins", *AJCL*, vol. 38, 1990, pp. 865-888.

Es en esta institución donde se percibe una cierta acción unitaria basada en tradiciones comunes entre las cuales destaca sin duda la influencia del C.com. español en la codificación mercantil de gran parte de los países del hemisferio americanos, que incluso en algunos casos llegó a reproducirse literalmente (108). Dicha acción unitaria se registra también en la excelente colaboración entre los delegados españoles y latinoamericanos (109). Ni que decir tiene que el importante papel jugado por el representante mexicano en la UNCITRAL Jorge Barrera Graf contribuyó decisivamente a esa coincidencia, sobre todo, en la codificación del sector de la compraventa internacional de mercaderías.

25. Esta fue, en efecto, una de las tareas prioritarias de la UNCITRAL, tras descartarse seguir adelante con las Convenciones de La Haya de 1964. El grupo de trabajo designado para ello ya contó con una representación latinoamericana concretamente de Brasil y, con carácter más significativo, México, y a lo largo de la Conferencia Diplomática de Viena los Estados latinoamericanos jugaron un cierto papel (110). Por ello el texto definitivo elaborado en su seno, la Convención de las NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11

(108) *Vid.*, por todos, J. Barrera Graf, *El Derecho mercantil en América Latina*, México, 1963, pp. 26 ss. donde se describe con precisión esta influencia. También, desde la perspectiva española, pese al paso del tiempo, E. Miñana y Villagrasa, *La unificación del Derecho mercantil hispano-americano*, Madrid, 1925.

(109) Con carácter anecdótico cabe traer aquí las excelentes relaciones entre los representantes de la Delegación española y del resto de los países latinoamericanos. En concreto, y en un momento de difíciles relaciones políticas entre México y España, nuestros representantes apoyaron firmemente la candidatura a la Presidencia de UNCITRAL (Nueva York, 1972) al ilustre jurista mexicano J. Barrera Graf, lo mismo que los mexicanos lo habían hecho en Ginebra un año antes en favor de J. Garrigues para la Vicepresidencia. Ello generó serios problemas respectivamente en México y en Madrid (Cf. M. Olivencia Ruiz, "Joaquín Garrigues y su labor en la UNCITRAL", *RDM*, n° 164, 1982, pp. 269-280; R. Illescas Ortiz, "Joaquín Garrigues y la UNCITRAL", *Joaquín Garrigues*, Madrid, SPFDUCM, 1996, pp. 213-223). *Vid.*, asimismo, J. Garrigues Díaz Cañabate, "Setenta y cinco años de Derecho mercantil", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 276-279; M. Olivencia Ruiz, "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional: balance de un decenio (1968-1977)", *ibid.*, pp. 753-782; C. Esplugues Mota, "La participación de España en la tarea codificadora de la CNUDMI (UNCITRAL)", *España y la codificación...*, *op. cit.*, pp. 73-90.

(110) Cabe por menos referir aquí la polémica que se suscitó entre los representantes argentino y mexicano en torno a la eventual definición del concepto de establecimientos: *Vid.* A. Boggiano, *DIPr.*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 185-192, y J. Barrera Graf en *Bol. mexicano de Derecho comparado*, n° 45, 1982, p. 1243.

de abril de 1980, es buena muestra del cambio experimentado en el proceso codificar dentro de una dimensión universalista. Como es bien sabido, estamos ante una Convención que incluye un conjunto coherente de normas que reglamentan la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las obligaciones del comprador y del vendedor, los derechos y las acciones en caso de incumplimiento y otros aspectos de este peculiar contrato. Aunque el número de Estados latinoamericanos que se han incorporado a la misma aún no sea, por el momento, mayoritario si es significativo (111), pudiendo apreciarse en este texto una muestra elocuente de los aires de renovación referidos (112), y un claro rechazo al "eurocentrismo" que había caracterizado la labor codificadora anterior, pese a una influencia acusada de la perspectiva de common-law (113).

La posición adoptada por el CJI en materia de compraventa internacional de mercaderías en ocasiones diversas, pone de relieve que los países de América Latina no desean inmiscuirse en la unificación del

(111) Junto a España (1991) son parte de la Convención: Argentina (1988), Chile (1991), Cuba (1995), Ecuador (1993), México (1989), Perú (2000) y Uruguay (2000).

(112) Estuvieron presentes en la Conferencia: Argentina (el delegado fue A. Boggiano. *Vid.* de este autor *DIPr.*, *op. cit.*, pp. 174-212), Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Panamá, Perú y Uruguay; Venezuela participó como observador. Los Estados latinoamericanos designados para el comité de redacción fueron: Brasil, Chile y Ecuador. Son Estados Parte dentro de este círculo jurídico: Argentina (*Vid.* A. Boggiano, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (En el ámbito del *Dipr* argentino)", *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, n° 75, 1980, pp. 355-364; A.M. Garro y A.L. Zuppi, *Compraventa internacional...*, *op. cit.*), Cuba, Chile (*Vid.* A. Espina Otero y A. Quintana Hurtado, *Compraventa internacional de mercaderías: análisis de la Convención de las NU*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1985), Ecuador, España (*Vid.* C.A. Esplugues Mota, "La Convención de las NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980", *RGD.*, núms. 556-557, 1991, pp. 59-114) y México (*Vid.* J. Barrera Graf, "Convención de las NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Bol. mexicano de derecho comparado*, 1983, pp. 893-925; P.F. Silva Ruiz, "Some Remark About the 1980 Vienna Convention on Contracts for the Sale of Goods", *Arizona J.I. and Comp. L.*, 1987, pp. 137-146; J. Adame Goddard, *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México, UNAM, 1991, p. 17-30).

(113) *Vid.* un estudio de todos los avatares de la Conferencia Diplomática de Viena y el cambio de escenario de las confrontaciones que caracterizaron la etapa anterior en G. Parra-Aranguren, "Legislación uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías", *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 35, 1986 (separata).

Derecho mercantil sustantivo (114). La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena 1980 sobre venta internacional de mercaderías preparada por UNCITRAL, como así también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el UNIDROIT, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo UNIDROIT y UNCITRAL.

El escaso éxito de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena en 1980, que incluye las normas uniformes que rigen el plazo dentro del cual puede iniciarse un procedimiento relacionado con este contrato, y de su Protocolo de 1980 también se ha hecho extensivo a los países latinoamericanos, pues únicamente cuatro han prestado su consentimiento en obligarse por este instrumento internacional (115). Idéntica tónica se observa en la presencia latinoamericana en los esfuerzos codificadores de la UNCITRAL sobre transporte internacional de mercaderías (116) y sobre pagos internacionales, aunque en este último sector se abrirán previsiblemente nuevas perspectivas (117).

(114) Vid. G. Parra-Aranguren, "Legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, vol. 35, 1986, pp. 28 ss. En resoluciones dictadas durante el 22 de diciembre de 1967, 6 de agosto de 1973, 13 de enero de 1977, el CJI expresó que en vista de la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles elaborada por la Conferencia de La Haya en 1964, no existían motivos para propiciar la elaboración de un documento regional en esta materia, siendo aconsejable que los Estados miembros de la OEA se adhieran a un documento de carácter universal. Vid., Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano. Documentos oficiales, vol. 11, 1974-1977, Washington, 1981, pp. 576-77. Esta postura motivó que la CIDIP II eliminara este punto dentro de su temario, fundamentalmente en miras a los trabajos de UNCITRAL que posteriormente se concretaron en la adopción de la Convención de Viena de 1980. Vid. A. Boggiano, *Contratos Internacionales*, op. cit., pp. 79-81.

(115) Argentina (1988), Cuba (1995), México (1988) y Uruguay (1997).

(116) Únicamente se han incorporado a las "Reglas de Hamburgo", contenidas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 Barbados (1992) y Chile (1992).

(117) Está prevista la entrada en vigor el año 2000 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de Nueva York de 1995 para Ecuador, El Salvador y Panamá.

2. La portación hispano-luso-americana en el seno del UNIDROIT

26. Paralelamente a las tareas que desarrolla UNCITRAL, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma (UNIDROIT), contaba en 1990 con la adhesión de diez países latinoamericanos (118), aunque con posterioridad se produjeron ciertas alteraciones. Más adelante, el UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el *factoring* y el arrendamiento financiero (*leasing*) internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988. Diversos representantes de los Estados miembros de la OEA participaron en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas convenciones preparadas bajo el auspicio de UNIDROIT (119), y cuya ratificación por parte de los Estados miembros de la OEA fue recomendada por la CIDIP IV. Hasta tiempos recientes la labor de este organismo se orientó a la finalización de los "Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales" que apunta decididamente a codificar esta emergente *lex mercatoria* de los contratos internacionales que puede complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales como la de compraventa internacional de mercaderías (120). Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional.

(118) Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

(119) Los siguientes Estados miembros de la OEA enviaron representantes a la conferencia de Ottawa del 28 de mayo de 1988 en la cual se adoptaron las convenciones sobre *factoring* y arrendamiento financiero internacional: Antigua y Barbuda, Colombia, Chile, El Salvador, Estados Unidos, México, República Dominicana y Venezuela. Además, los representantes de Perú y Uruguay asistieron en calidad de observadores. La ratificación de estas convenciones fue recomendada a los Estados miembros de la OEA por la CIDIP-V y CIDIP-IV/Res. 1 (89); Vid. A. Boggiano, *Contratos Internacionales*, op. cit., pp. 165-166.

(120) Desde la perspectiva mexicana Vid. J.M. Abascal Zamora, "Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT", *Derecho de los negocios*, n° 81, 1997, p. 11-24. Desde la española Vid. P. De Miguel Asensio, Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del commercio internazionale*, vol. XII, 1988, pp. 859-883.

IV. Insuficiencia de la perspectiva bilateral

1. Antecedentes y aplicación del principio de reciprocidad

27. La política convencional bilateral realizada por España en los últimos años añade nuevos elementos de heterogeneidad al sistema de DIPr y, por añadidura, complejas cuestiones de aplicación e interpretación de la norma pertinente a cada supuesto concreto del tráfico privado externo; cuando no de la selección de un determinado régimen procesal o de la elección de un concreto órgano judicial que dirima una eventual controversia. Y, en cualquier caso, una gran dosis de incertidumbre derivada del retraso de la entrada en vigor de muchos instrumentos, diferida muchos años de concluidas las negociaciones, que abre dilatados periodos en los que se produce la incorporación de España a otros instrumentos de carácter bilateral y multilateral sobre la misma materia.

Dentro de los múltiples ejemplos que pueden aportarse resulta sin duda elocuente el suscitado por el Convenio entre España y Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecha en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. La razón de ser de este peculiar instrumento se escapa a cualquier consideración de política legislativa. Es cierto que el volumen de relaciones jurídicas entre ambos países aconseja la elaboración de un instrumento de mayor envergadura, del tipo del que fue firmado en Montevideo en la misma fecha y del que ahora comentamos es una derivación (121). Por ello la aparición de un instrumento de carácter sectorial, absolutamente ignoto en nuestro sistema jurídico, carece de sentido. Y más aún, por complicar innecesariamente en nuestras relaciones con Uruguay las tres cuestiones básicas del DIPr que incorpora. La participación de España en instrumentos multilaterales procedentes de foros internacionales condiciona, bien a las cla-

(121) Baste referirse a que en materia de libramiento y tramitación de cartas rogatorias y de reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales de fijación de alimentos el art. 9 se remite a lo dispuesto en el Convenio hispano-uruguayo de cooperación jurídica.

ras, cualquier actuación de carácter bilateral como la que ahora estamos describiendo (122).

28. Desde esta especial perspectiva pueden analizarse los diferentes mecanismos que sirven de cauce para esta regulación, su utilización más o menos espontánea y sus consecuencias, y las perspectivas que se brindan en relación con el futuro. Sin duda es el sector de la asistencia judicial internacional el que ha contado históricamente con un mayor desarrollo desde la perspectiva convencional, sobre todo en virtud de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr. Curiosamente, este marco convencional, que ha convertido en residual al "régimen común", no ha tenido un importante desarrollo en las relaciones entre España e Latinoamérica, salvo una serie de Convenios sobre exhortos realizados a principios de siglo y con un alcance muy limitado (123). Este régimen

(122) Concretamente, en materia de Derecho aplicable al margen de la contradicción que supone el art. 2 del Convenio hispano-uruguayo de 1987 con el art. 9.º Cc, aquél precepto difiere sensiblemente con la regulación contenida en el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973 que posee un carácter universal para España (art. 3) y que, de conformidad con su art. 19 "no afectará a los instrumentos internacionales de los que un Estado contratante sea Parte, ahora o en el futuro, y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio". Suscitada una cuestión de Derecho aplicable, la elección de éste por parte del acreedor a partir del lugar de su residencia habitual o del lugar de la residencia habitual del deudor o de la ley del Estado Parte donde el deudor tuviera bienes o ingresos prevista en el art. 2 del Convenio bilateral de 1987 no podría practicarse. La eficacia *erga omnes* del Convenio de La Haya de 1973 y la exclusividad recogida en su art. 19 obliga a aplicar desde la perspectiva del juez español los arts. 4 ss. de este último instrumento internacional, ignorando las soluciones del Convenio hispano-uruguayo. Sin duda, los negociadores de este último texto desconocieron esta circunstancia a la hora de realizar su labor. Vid. P. Domínguez Lozano, en J.D. González Campos, *DIPr Parte especial*, 6º ed. rev. Madrid, Eurolex, 1995, p. 388 y nota informativa en *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 726-727; S. Álvarez González, "Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, p. 59.

(123) Contamos con el Canje de Notas entre España y Uruguay de 1901, suprimiendo la legalización en las comisiones rogatorias a librarse entre ambos Estados (Cf. D. Operti Badán, *Exhortos y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional*, Montevideo, Ed. A.M. Fernández, 1976, p. 138); con el Convenio sobre supresión de legalizaciones de firmas en las Comisiones rogatorias celebradas entre España y la República Argentina, de 17 septiembre 1902; con la R. Orden de 28 de octubre de 1914, incluyendo normas para la tramitación de exhortos o resoluciones de Tribunales extranjeros que deban cumplimentarse en Chile; con el Convenio entre España y los Estados Unidos Mexicanos suprimiendo la legalización de los documentos que se dirijan por las autoridades españolas a las autoridades mexicanas o viceversa y que sean cursados por la vía diplomática, de 11 de octubre de 1901 y con el canje de notas de 10 de julio de 1901, sobre exhortos y cartas rogatorias.

bilateral, reducido sólo a cuatro países latinoamericanos, parte todos ellos de la Convención interamericana sobre exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975, que lo sustituye ha tenido, por lo demás, un reducidísimo alcance práctico, lo que no deja de resultar significativo en función del volumen de las relaciones del tráfico externo que vinculan a España y a Latinoamérica. En este contexto se sitúa también una cierta tendencia por parte de España hacia el fortalecimiento de los mecanismos de información del Derecho extranjero por vía de Convenios bilaterales, de la que es una muestra el Acuerdo hispano-mexicano de 1 de diciembre de 1984, para el intercambio de información sobre los respectivos ordenamientos jurídicos. Este instrumento supone una nueva experiencia en la materia, aunque de limitado alcance, pues el propio texto convencional determina las áreas jurídicas objeto de la comunicación y, de no existir el correspondiente asesoramiento continuado, el intercambio de información se reduciría a un mero canje de publicaciones oficiales (124); en cualquier caso, ha quedado ampliamente superado tras la incorporación de España y de México al Convenio de Montevideo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero.

29. Resulta significativo el reducido alcance de la cooperación bilateral en este ámbito respecto a Latinoamérica, sobre todo si se compara con Europa. Frente a lo que pudiera parecer por su trayectoria histórica, España apenas cuenta con relaciones bilaterales de carácter convencional con los países latinoamericanos en orden al régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Hasta tiempos muy recientes el único texto en vigor era antiguo e inoperante Convenio con Colombia de 1908 (125), que sólo fue aplicado en dos ocasiones por los Tribunales españoles (126), por no referirse aquí a la existencia de una serie de convenios bilaterales de carácter muy general que, supuestamente, incluyen cláusulas relativas al exequátur; es el caso del art. 6 del Tratado hispano-perua-

(124) En la misma dirección deben situarse los arts. 32 y 33 del Convenio hispano-brasileño sobre cooperación jurídica en materia civil, de 13 abril de 1989, que incorpora una serie de cláusulas en las que se prevé un intercambio de información acerca del Derecho de los respectivos países.

(125) Vid. J.J. Caicedo Castilla, *DIPr*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1967, p. 483.

(126) Autos TS de 3 de octubre de 1924 y de 14 de julio de 1983.

no de 16 de junio de 1897 (127). En efecto, la práctica española en materia de exequátur de decisiones judiciales procedentes de países latinoamericanos ofrece perfiles muy singulares si la ponemos en relación con la generada por otros países de nuestro entorno.

Debe dejarse constancia, sin embargo, de que en determinadas etapas históricas y también en el marco del régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la ausencia de tratado específico llegó a ser resuelta a través de la admisión generalizada del principio de reciprocidad positiva, recogido en el art. 952 LEC (128), en un acertado espíritu de comunidad de naciones que tuvo manifestaciones concretas con Cuba,

(127) Que fue aplicado para reconocer una sentencia de divorcio peruana en España. En plena guerra civil, e instalada la Sala 1ª del TS con tres magistrados en Barcelona, el Alto Tribunal entendió que "Conforme el art. 6 del Tratado de 16 de julio de 1897, adicional al de Paz y Amistad celebrado entre España y Perú en 14 de agosto de 1879, 'los peruanos en España y los españoles en Perú gozarán de los mismos derechos civiles que los ciudadanos nacionales, y las leyes penales, de policía o seguridad les obligarán por igual...; las sentencias, decretos o resoluciones legales dictados sobre las solicitudes, quejas o demandas de aquéllos y que adquieran carácter definitivo, con arreglo a los recursos, instancias y trámites que ofrezca la legislación local, surtirán efectos y se ejecutarán del propio modo que respecto de los ciudadanos de cada país'. Al estar hoy, según lo pactado, en la situación legal que prevé y regula el art. 951 de nuestra LEC, debe darse cumplimiento a la resolución judicial peruana..." (Auto TS de 10 diciembre 1937, A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 369-370).

(128) W. Goldschmidt, "La reciprocidad y el exequátur", *RCDI*, 1936, pp. 509 y ss.; J.E. Greño Velasco, "El principio de reciprocidad y el reconocimiento de las sentencias extranjeras", *REDI*, vol. III, 1950, pp. 89-106.

(129) Así lo puso de relieve el Auto TS de 20 de agosto de 1913: "Si bien hasta el presente no existe tratado alguno entre la República de Cuba y España sobre cumplimiento de las sentencias respectivas, unas y otras se ejecutan en ambos países sin dificultad alguna, con mayor motivo dada la analogía de su legislación y las frecuentes relaciones que entre ellos existen" (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, p. 319). Y en esta idea insistió el Auto de 18 de octubre de 1933: "Si bien no existe tratado entre la República de Cuba y la de España que establezca la fuerza que haya de reconocerse en cada una de las sentencias pronunciadas por los tribunales de la otra, es indudable que se haya establecido cierto principio de reciprocidad, según se reconoce por la resolución de 27 de octubre de 1919 del Tribunal Supremo de Cuba, aportada por certificación, como único elemento de prueba..." (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, p. 347).

(130) Tal y como afirmó el Auto TS de 11 marzo 1927: "Según lo dispuesto en el art. 952 LEC inspirándose en el principio de reciprocidad internacional, cuando no exista tratado especial con la nación en donde se haya pronunciado la sentencia cuya ejecución se solicita en España tendrá esta la misma eficacia que en aquella nación se diere a las ejecutorias españolas (...); no existiendo tratado alguno entre España y la República del Brasil respecto a la mutua ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales de ambos países, como en dicha República se cumplimentan las sentencias extranjeras con sujeción a las reglas de reciprocidad, sin más excepción que aque-

pocos años después de la independencia (129), Brasil (130) y, aunque con aplicación del Derecho de Estados Unidos, Puerto Rico (131) y Venezuela (132). Pero esta situación no se mantuvo en todos los casos operando con un evidente espíritu de "retorsión" la denominada "reciprocidad negativa" regulada en el art. 953 LEC y que encontró aplicación, con anterioridad al vigente régimen bilateral, respecto de las decisiones procedentes de México (133) y, también con anterioridad a nuestra pertenencia común al denominado "Espacio Judicial Europeo", con Portugal (134).

llas que versen sobre personas, bienes o actos que atenten a la soberanía nacional y orden público, según los arts. 16 y 17 del capítulo introducción del C.c. brasileño de 1 de enero de 1916, corregido por Ley de 15 de enero de 1919..., en igualdad de circunstancias ha de ejecutarse la sentencia de autos" (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, pp. 326-327).

(131) Según el Auto TS de 11 junio 1934: "cuando, como en el presente caso, se pide el cumplimiento en nuestro país de una sentencia de divorcio dictada en Mayagüez (Puerto Rico) por los Tribunales de aquella isla, no existiendo tratados entre los Estados Unidos de América del Norte, de los que forma parte la isla de Puerto Rico, y España, tendrá aquella sentencia la misma fuerza aquí que en los Estados Unidos se diere a las ejecutorias dictadas en España, con arreglo a lo preceptuado en el art. 952 de la citada Ley Procesal, y examinando la doctrina establecida por la jurisprudencia de aquella nación, se sienta en ella que cuando las sentencias proceden de un Tribunal de jurisdicción general y el demandado ha comparecido en el pleito a defenderse sobre el fondo del asunto litigioso, debe producir la ejecutoria los mismos efectos que si la hubiesen dictado los Tribunales del país..." (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, p. 355).

(132) Conforme el Auto TS de 15 noviembre 1988: "Se solicita la ejecución de una sentencia de divorcio dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado de Miranda, Venezuela, nación con la que no existe Tratado, teniendo que estar, en consecuencia, al principio de reciprocidad que sanciona el art. 952 LEC a cuyo respecto es de tener en cuenta que nada aparece contrario a que la dicha nación se reconozcan y ejecuten las correspondientes sentencias españolas, por lo que procede sea reconocida y en su caso ejecutada en España la sentencia dicta por dicho Tribunal, la que además reúne los requisitos exigidos para que tenga lugar su reconocimiento" (REDI, 1989-47-Pr).

(133) Así se expresa el Auto TS de 20 de marzo de 1931 (la fecha es muy significativa): "no consta la existencia de tratado especial con México, punto de origen de la sentencia cuya ejecución se pide, ni se acredita de modo fehaciente que allí se conceda de un modo permanente y en la actualidad trato de reciprocidad necesaria, en equivalencia o sustitución de pacto o convenio concertado, para poder acceder, bajo el indicado aspecto, a lo que se solicita (...), por no aparecer justificado, que se trate de una nación que por jurisprudencia no dé cumplimiento a las ejecutorias dictadas por los Tribunales españoles..." (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, p. 333).

(134) Tal es el tenor del Auto TS de 21 de marzo de 1963: "Para que puedan ser ejecutadas en Portugal tales sentencias precisan ser revisadas y confirmadas por un Tribunal de Segunda Instancia...; no cumplidas incondicionalmente con Portugal las sentencias españolas, no puede considerarse con fuerza de obligar en España, para ser ejecutada en nuestro territorio, la sentencia cuya ejecución se solicita, por ser inexcusable aplicación al caso lo dispuesto en nuestra LEC en su art. 953" (A. Remiro Brotons, *Ejecución*, p. 404).

2. Los Convenios de cooperación jurídica internacional de "nueva generación"

30. En los últimos años, sin embargo, se ha producido una cierta ruptura de la línea de escasa cooperación de España con los Estados latinoamericanos (135), viendo la luz a finales de los años ochenta cuatro convenios bilaterales. Se trata, por orden cronológico de entrada en vigor, de dos Convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y laudos arbitrales, el Convenio entre España y México hecho en Madrid el 17 de abril de 1989 (136) caracterizado por lo limitado de su ámbito de aplicación material (137); y el Convenio entre España y Brasil, denominado específicamente de cooperación jurídica, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989; ello al margen del ya aludido régimen especial inserto en el Convenio en materia alimenticia entre España y Uruguay hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 que quedó completado tras la tardía entrada en vigor (1998) del Convenio de la misma fecha sobre cooperación jurídica. Este instrumento fija un marco de cooperación jurídica que cubre tres dimensiones. La primera, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales, resultando como en los Convenios de "nueva generación" competentes, en España, los Juzgados de Primera Instancia, remitiéndose el Convenio al Derecho del Estado requerido para regir el procedimiento de reconocimiento. La segunda consiste en el tratamiento de la denominada "extranjería procesal" (138).

(135) Vid. A. Borrás, "Problemas de reconocimiento y ejecución de las decisiones América y España", *La Escuela de Salamanca...*, op. cit., pp. 287-292.

(136) Vid. la nota a este instrumento de R. Arroyo Montero, REDI, vol. XLIII, 1991, pp. 283-285. Asimismo, J.A. Pérez Bevia, "El Convenio entre el Reino de España y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 17 de abril de 1989", *Justicia*, 1992, pp. 199 ss.

(137) "No resulta aplicable el Convenio celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 17 abril 1989, ratificado el 10 julio 1990 y publicado en el BOE el 9 de abril de 1991, pues su art. 3. 1º, a) excluye expresamente de su ámbito material de aplicación el estado civil y capacidad de las personas físicas. Debe aplicarse el régimen general del art. 954 LEC, ya que no está acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 LEC)" Auto TS de 13 de octubre de 1998, *RAJ*, 1998, nº 7674.

(138) Las normas de extranjería procesal (contenidas en el Título IV) fijan, como es habitual, un régimen de igualdad de trato procesal y eliminan la caución de arraigo en juicio; bien entendido que no se produce realmente un "trato nacional", ya que la nacionalidad aparece combinada con los criterios de residencia habitual o de domicilio. De esta suerte, el régimen de asimilación a los

Por último se contempla un pormenorizado tratamiento de la asistencia judicial internacional (139). En orden a su ámbito de aplicación cabe retener que el Convenio se aplica a todo tipo de resolución judicial (tanto dictada en procedimientos contenciosos como en actos de jurisdicción voluntaria) y laudos arbitrales; asimismo se aplica a materias patrimoniales, excluyéndose expresamente las resoluciones sobre estado y capacidad de las personas y Derecho de familia (excepto las obligaciones pecuniarias), las obligaciones alimenticias respecto a menores, Derecho concursal, Seguridad social y daños de origen nuclear (140). Mención aparte merece el apartado relativo a la información del Derecho extranjero; al efecto el art. 27 determina quiénes son las Autoridades centrales y qué órganos pueden solicitar la información (141).

Este exiguo régimen, tan injustificado como absurdo, incluso ha producido ciertos planteamientos erróneos desde la perspectiva de la jurisprudencia española, con la aplicación de un inexistente régimen bilateral (142). Mas la ausencia de un régimen bilateral más ajustado a la noción

españoles domiciliados en España beneficiará no sólo a los nacionales uruguayos, sino a cualquier persona que tenga su residencia habitual en aquel país; sin embargo, los españoles quedarán asimilados a los domiciliados en Uruguay. Además, el régimen de igualdad de trato procesal se extiende también a las personas jurídicas constituidas en un Estado parte (Cf. p. Jiménez Blanco, *Anuario Español de DIPr*, 2000, p. 566-568).

(139) A este efecto el Convenio fija un régimen específico de asistencia judicial internacional entre las autoridades de ambos países y de información sobre los respectivos Derechos. En correspondencia con la pertenencia de España y de Portugal a la CIDIP las reglas en este sector completan el sistema establecido en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975.

(140) De acuerdo con el Auto TS de 8 de septiembre de 1998: "No resulta aplicable el Convenio celebrado entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España hecho en Montevideo el 4 noviembre 1987, ratificado el 16 octubre 1997 y publicado en el *BOE* el 30 de abril de 1998, pues su art. 1º, apartado a) excluye expresamente de su ámbito material de aplicación el estado y capacidad de las personas físicas y derecho de familia, en cuanto se trate de sentencias constitutivas o declarativas de tales estados o derechos. Debe aplicarse el régimen general del art. 954 LEC, ya que no está acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 LEC)" (*RAJ*, 1998, nº 7263). En la misma dirección se encuentra el Auto TS de 13 de octubre de 1998, *RAJ*, 1998, nº 7668.

(141) Evidentemente la pertenencia de los Estados firmantes a la CIDIP este capítulo debe interpretarse a la luz de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

(142) Resulta, en efecto, sorprendente la alusión a un ficticio Convenio hispano-venezolano sobre reconocimiento y ejecución de decisiones; máxime por ser Venezuela el tercer país en número de procedencia de solicitudes de exequátur y existir una abundante práctica del TS en la que se

de comunidad iberoamericana se hace notar con importantes consecuencias negativas de difícil justificación en la hora actual (143).

31. No son explicables las razones de política legislativa que movieron a las autoridades españolas a negociar estos instrumentos tan variados, que no se corresponde con una línea de continuidad desde la particular perspectiva de España. Y tampoco son explicables los argumentos que motivaron que en el mismo período entraran en vigor unos convenios con países tan alejados desde el punto de vista de nuestras relaciones jurídicas privadas como Checoslovaquia, Israel, China y Bulgaria y ¡en 1997!, con la URSS. Al igual que los celebrados con Brasil, México y Uruguay aquéllos poseen un contenido muy distinto y ofrecen evidentes influencias de contenido jurídico procedentes de la otra parte contratante (144). En definitiva, que la aparición de estos tres últimos instrumentos no deriva de ninguna política previamente establecida por parte española de cooperación con Latinoamérica, sino a la mera casualidad, como casual fue también la incorporación a los otros cuatro Convenios.

Desde la perspectiva del contenido normativo que incluyen debe dejarse constancia de que el suscrito con Brasil recuerda muy de cerca al Convenio entre Francia y Brasil de 30 de enero de 1981 (145), por lo que

ha aplicado el régimen de condiciones: "Procede la ejecución en España de la sentencia pronunciada el 17 de noviembre de 1953 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial de la República de Venezuela, sobre divorcio de doña V.A.A. y don J.M. B.G., y cumpliendo cuantos requisitos exige el Convenio con Venezuela, para el reconocimiento de las resoluciones judiciales de los respectivos países, procede acceder al exequátur solicitado" (Auto TS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 1989, *REDI*, 1991-23-Pr).

(143) Como pusiera de relieve el Auto TS de 8 de febrero de 1985: "La resolución que se pretende cumplimentar en España, es un Auto del Juzgado de Primera Instancia, en lo Civil y Comercial, núm. 1 del Departamento Judicial de Junín, Provincia de Buenos Aires (República Argentina) de 30 de junio de 1975, recaído en un expediente sucesorio de declaración de herederos *ab intestato*, del padre del solicitante, en que por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria, no existe contienda entre partes conocidas y determinadas, ni produce excepción de cosa juzgada material, siendo susceptible de nuevo planteamiento ante el órgano jurisdiccional. Y la consiguiente falta de carácter de sentencia firme y definitiva, exigida por el art. 954 LEC -de aplicar en este caso al no existir Tratado bilateral al respecto-..., impide su cumplimiento en España, procediendo la devolución de la ejecutoria a quien la presentó..." (*RGD*, 1985, p. 2216 y nota de I. Miláns del Bosch Portolés, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 270-272).

(144) Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de DIPr*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 529-530.

(145) Vid. el texto en *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, Paris, La Documentation Française, 1990, pp. 270-276.

cabe presumir, junto al peculiar lenguaje utilizado, una iniciativa brasileña dentro de su propio sistema convencional (146). Y lo propio cabe decir del hispano-mexicano, que incorpora en sectores importantes el modelo elaborado por la CIDIP en orden a la eficacia extraterritorial de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros. En concreto, los arts. 4, 5, 6 y 7 del texto bilateral, que determinan si se considera o no satisfecho el requisito de la competencia del juez o del Tribunal sentenciador, reproducen prácticamente de forma literal los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984. Lo mismo puede afirmarse de las materias excluidas de su ámbito de aplicación pues el art. 3 del texto bilateral es casi un trasunto del art. 6 del referido instrumento elaborado por la CIDIP, con el inconveniente del abultado catálogo de materias excluidas de su ámbito de aplicación. Ello puede estar justificado en un texto multilateral, pero no en un Convenio entre dos países de tradición jurídica común e importantes relaciones en el sector del Derecho examinado. Que estén excluidas materias tales como estado civil, pensiones alimenticias, sucesión testamentaria o intestada no deja de ser sorprendente, pero la omisión del divorcio raya en lo insólito. Además las similitudes no terminan aquí, toda vez que en lo que concierne al régimen de condiciones y a la documentación requerida los arts. 11 y 13 del Convenio hispano-mexicano recogen con gran fidelidad los contenidos de los arts. 2 y 3 de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Esta parcial "incorporación" al régimen de la CIDIP, que se recoge en otros aspectos de los textos que se comparan (prácticamente un *Kopiermethode* en vía convencional) no parece que ofrezca especiales ventajas desde la perspectiva española y ello no tanto por la calidad jurídica de las normas reproducidas, como por el contenido material y la adaptación a unas relaciones peculiares de carácter bilateral. Y esta circunstancia no se justifica por el hecho de que México sea parte de las dos referidas Convenciones de la CIDIP.

(146) Ello se desprende también de muchas expresiones que se recogen en el texto y que no son otra cosa que una deficiente traducción del portugués. Cf. en tal sentido, las observaciones muy críticas de F.F. Garau Sobrino, *REDI*, vol. VI, 1991, pp. 582.

32. Pese a las críticas vertidas debe reconocerse que este tipo de instrumentos suelen incorporar ventajas. En efecto, como ocurre con gran parte de los últimos textos bilaterales suscritos por España, en los que se incluye el arbitraje, el Convenio hispano-brasileño y el Convenio hispano-mexicano lo incorporan (arts. 11 a 15 y 27, respectivamente) lo cual es una gran ventaja para el eventual reconocimiento de un laudo español en Brasil, puesto que este país no es parte del Convenio de Nueva York de 1958, bien es de lamentar que no haya aprovechado la ocasión para establecer un procedimiento específico frente al general (147). También se desprende otra ventaja de ambos textos bilaterales (arts. 19.1º y 22, respectivamente) y es que en ellos existe un alejamiento del "régimen común" previsto en el art. 955.1º LEC (y eventualmente del art. 57 LA) en el sentido de que la autoridad competente para ejecutar una sentencia extranjera no es el Tribunal Supremo sino el Tribunal de Primera Instancia del domicilio de la parte condenada o, con carácter subsidiario, el de la situación de sus bienes en el territorio del Estado requerido (148). Se trata de una tendencia descentralizadora que se viene practicando en otros convenios bilaterales en la misma materia y que preside el "régimen institucional" de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras regulado por el Convenio de Bruselas de 1968. En la misma línea se pronuncia el art. 9 del Convenio (aún no en vigor) con Uruguay de 4 de noviembre de 1987.

33. La práctica convencional bilateral de España con latinoamérica en materia de DIPr es fiel reflejo de la general, demostrando bien a las claras la imposibilidad de establecer unas líneas comunes y coherentes de actuación y el predominio absoluto de razones de oportunidad política (149). El contexto de la celebración del Quinto Centenario sin duda ha favorecido una actitud positiva hacia el desarrollo de la cooperación jurídica bilateral, pero una acción en tal sentido sugiere ciertas reservas. En

(147) Cf. Mª V. Cuartero Rubio, "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los convenios bilaterales", *RCEA*, vol. XII, 1996, pp. 51-52.

(148) Curiosamente el art. 22 del Convenio hispano-brasileño designa como únicos tribunales competentes para el reconocimiento y la ejecución el Supremo Tribunal Federal y para la ejecución los Jueces federales.

(149) Resultan de extraordinario interés las consideraciones críticas de M. Amores Conradi, "Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1995, p. 272.

primer término, la eficacia cada vez mayor de los convenios multilaterales suscritos por España en virtud de la extensión de los ámbitos de materias en los que se despliegan sus efectos; a lo que puede añadirse el cada vez mayor desarrollo de la cooperación internacional a través de las normas de nuestro Derecho autónomo; ambos elementos tienden a cubrir suficientemente todas las necesidades del momento actual. En segundo lugar que, como ha dicho y se insistirá a continuación, España ya es parte en dos Convenios de la CIDIP de singular importancia, y que se ubican con mucha mayor claridad en el ámbito de la cooperación jurídica latinoamericana. Ello sin mencionar la innecesaria complejidad que producen en nuestro ordenamiento jurídico, al generar los denominados "conflictos de convenciones" que no siempre son resueltos satisfactoriamente por nuestros Tribunales de Justicia.

Con todo, y pese al inherente elemento de heterogeneidad que incorporan los convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, debe proseguirse una política coherente de negociación con los países latinoamericanos, particularmente con los que poseemos un mayor volumen de relaciones jurídicas (Argentina, Cuba, República Dominicana y, sobre todo, Venezuela); la oportunidad de esta política viene reiterándose desde el año 1950 por la doctrina española sin excesiva fortuna como prueba el fracaso de los procesos negociadores emprendidos, siendo los más señalados los de Argentina y Venezuela; incluso en este caos mucho más significativo por cuanto el art. 12 del Tratado general de cooperación y amistad entre España y Venezuela, de 7 de junio de 1990 estableció que las Partes "negociarán la conclusión de un Convenio bilateral sobre la ejecución de sentencias penales...", guardándose silencio acerca de las sentencias civiles. Fracaso que, por lo demás, se refleja en determinados instrumentos bilaterales de cooperación donde esta importante materia se reduce a una mera declaración de principios, como es el caso del art. 19 del Tratado general de cooperación y amistad entre España y Chile, de 19 de octubre de 1990, o se ignora completamente como en los Tratados generales de cooperación y amistad entre España y Argentina de 3 de junio de 1988 y entre España y Colombia, de 29 de octubre de 1992.

No parece, por último, que creen un clima de asistencia judicial internacional eficaz ciertos convenios bilaterales de cooperación jurídica,

como el hispano-chileno de 14 de abril de 1992, basado en intercambio de personal preferentemente de la Administración de Justicia, y con una compleja organización administrativa más pensada para periplos bianuales de autoridades que para un cumplimiento eficaz de los propósitos generales que inspiran a este instrumento.

V. Propuestas en torno a una nueva estrategia de cooperación jurídica hispano-luso-americana

34. El panorama descrito de las relaciones entre España y Portugal e Iberoamérica en el ámbito del DIPr registra una indiferencia manifiesta de estos dos primeros países hacia la opción codificadora americana y una concentración prácticamente absoluta en la opción europea, sobre todo en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr (150). Al margen de casos muy concretos vinculados al auxilio judicial internacional España ha descartado desde hace muchos años su participación en el proceso de codificación general del DIPr que se desarrolla en el Continente americano; ello por obvias razones de pertenencia a un círculo económico integrado con unos intereses muy concretos y diversos.

Quedan, sin embargo, muchos sectores por cubrir que la pertenencia de España a la Unión Europea no impide en absoluto que este país encuentre compromisos multilaterales y que en el círculo de la codificación iberoamericana son perfectamente factibles dado su carácter abierto. La existencia de dichos sectores justifican una acción decidida por parte de las autoridades dentro de un concepto adecuado y moderno de la noción de "Comunidad Latinoamericana de Naciones", presidida por la idea de cooperación internacional (151). Ante todo, se precisa una política española

(150) Vid. A. Borrás y otros, "Cien años de participación de España en la Conferencia de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 149-201.

(151) Un desarrollo global de esta noción, aunque centrada preferentemente en el contexto de la Conferencia de La Haya de DIPr, pero extrapolable a otros círculos jurídicos, y en el tratado multilateral como instrumento maestro, se encuentra en la contribución de J.H.A. van Loon, "The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law", *Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Amsterdam, Centrum voor Buitenlands Recht en International Privaatrecht, 1990, pp. 101-122.

meditada en orden a la suscripción de acuerdos de carácter bilateral que, al tiempo que cumplan una función esencial de cooperación y, por tanto, de satisfacción de intereses recíprocos con los países latinoamericanos, proyecten una determinada concepción de armonización que favorezca la aplicación eficaz de estos instrumentos por parte de los Tribunales de Justicia.

Esta política meditada implica seleccionar materias con criterios realistas y huir de declaraciones programáticas que en la hora actual carecen de justificación; dicha selección debe tener muy presente y, en la medida de lo posible seguir paralelamente, los textos multilaterales emanados de foros internacionales de codificación para no repetir esfuerzos y evitar los "conflictos de convenciones".

35. En el capítulo de la asistencia judicial internacional en el orden civil en sus diversas dimensiones (notificaciones, exhortos y pruebas en el extranjero y problemas derivados del acceso a la justicia), se debería tener muy en cuenta la labor realizada tanto en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr como en el marco de la CIDIP. No en vano este es el sector del DIPr que más éxito ha tenido, desde el punto de vista de la variedad de materias abordadas, como por el número de Estados parte, como, por último, por su eficaz aplicación diaria por los Tribunales de justicia. Y este éxito, que incluso desbordó ampliamente las previsiones iniciales de la propia Conferencia de La Haya (152), se ha proyectado ampliamente en la labor realizada por la CIDIP. La incorporación no sólo de España sino de otros Estados europeos, señaladamente Portugal, a los Convenios de la CIDIP resulta, con ciertas matizaciones, totalmente aconsejable (153), como aconsejable es que los Estados latinoamericanos se incorporen a los Convenios de La Haya generados en esta materia y caracterizados por su carácter sucesivo y cada vez más especializado (154).

Comenzando por los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil y comercial por órganos judiciales, y

(152) Cf. G.A.L. Droz, "La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale", *R. des C.*, t. 168 (1980-III), p. 161.

(153) Cf. D.P. Fernández Arroyo, "La reglamentación de las relaciones...", *loc. cit.*, p. 312.

(154) Vid. desde la perspectiva española J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenios...", *loc. cit.*, pp. 81-100.

en la medida que los Estados latinoamericanos no participen de estos instrumentos multilaterales, España debe entablar negociaciones bilaterales con los países (afortunadamente muy pocos pues el Convenio de Panamá de 1975 vincula a España con trece del área) que no queden bajo la anterior cobertura a partir de un convenio modelo inspirado en éste último texto. Esta importancia se acrecienta por el hecho de que, aunque la Convención de Panamá de 1975 se caracteriza por el amplio abanico de posibilidades que ofrece para solicitar del órgano requerido la transmisión o notificación de exhortos, exige mayores requisitos formales que el régimen convencional de La Haya, al requerir la legalización y traducción del exhorto, salvo, para la legalización, si se utiliza la vía consular o diplomática o el exhorto debe ser cumplido por un Tribunal fronterizo. Además, deben acompañarse la copia de la demanda y de sus anexos, de los escritos y resoluciones que sirven de fundamento a la diligencia solicitada, de información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, de los términos de que dispone el destinatario para actuar, de las consecuencias derivadas de su pasividad y de la existencia y domicilio de defensa de oficio en el Estado requirente.

36. Ya que existe un mecanismo multilateral no hay razón alguna para no extraer al máximo sus posibilidades. Volviendo a la Convención de Panamá de 1975 resulta sorprendente que España no participe de su Protocolo adicional de Montevideo, de 8 de mayo de 1979, pues desarrolla las actuaciones procesales del art. 2.a) de la Convención y cuenta también con un abultado número de Estados parte. Pero más sorprendente aún es la ausencia de España del resto de los Convenios de la CIDIP en este sector. ¿Por qué sí al Convenio de Panamá y no al resto de instrumentos vinculados al procedimiento civil internacional? No existe ninguna razón convincente, a no ser que detrás de esta actitud gravite un viejo anhelo de ciertos funcionarios del Ministerio de Justicia español de poner en marcha una Ley de asistencia jurídica internacional, basada en el principio de reciprocidad, y absolutamente contradictoria con los postulados de cooperación que estamos defendiendo. Ello acaso explique también la ausencia España no sólo del Protocolo de Montevideo al que antes nos hemos referido, sino también de la Convención de Panamá sobre recepción de pruebas en el extranjero, de 30 de enero de 1975, así como de su Protocolo adicional de La Paz, de 24 de mayo de 1984 y de la Convención

de Montevideo sobre cumplimiento de medidas cautelares, de 6 de mayo de 1979. Se trata de una explicación que se vincula a intereses personales gestados en oscuros gabinetes ante los cuales sucumben los políticos de turno, con independencia de su ideología, asustados de la supuesta complejidad de la materia y atentos a problemas supuestamente mucho más inmediatos.

Por eso una sana política debe orientarse hacia la incorporación de los instrumentos aludidos, debiéndose completar el panorama con una mayor atención a una materia fundamental del Derecho procesal civil internacional cual es la del valor en juicio de los poderes otorgados en el extranjero, ello porque sólo cuatro Estados latinoamericanos han suscrito el Convenio de La Haya de 1961 sobre legalizaciones. Las circunstancias aconsejan en tal sentido la incorporación de España a la Convención de Panamá, sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, de 30 de enero de 1975.

En orden a la instauración eficaz de un sistema de información y prueba del Derecho extranjero debe dejarse constancia de la participación de España en el Convenio de Londres de 1968 y en la Convención de Montevideo de 1979, lo que otorga a España una considerable cobertura. A este respecto sería aconsejable una ampliación de la misma por el cauce de la incorporación de los Estados latinoamericanos al citado Convenio de Londres siguiendo el ejemplo de Costa Rica y ello en función de su carácter abierto. España puede y debe jugar en esa eventual incorporación un importante papel como miembro del Consejo de Europa.

37. Las posibilidades que ofrece al marco multilateral interamericano descrito donde, cabe insistir, debe incorporarse España con carácter prioritario, no descarta la vía del convenio bilateral, para regular las relaciones recíprocas en orden al procedimiento civil internacional. Y aquí también se impone la necesidad de partir de un texto modelo. Un marco apropiado para elaborar dicho modelo podría ser la propia Conferencia de Ministros de Justicia Hispano-Luso-Americanos y los textos a tener en cuenta para los trabajos preliminares, los siguientes: Títulos I y II del Convenio entre España e Italia de 22 de mayo de 1973, los Capítulos I y II del Convenio entre España y Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987 y

los Capítulos I y II del Convenio entre España y Brasil de 13 de abril de 1989 (155). Un convenio modelo en este sector debería contemplar la posibilidad de que al lado de la notificación por vía diplomática o consular se admita también la notificación directa, dirigiendo las actas directamente a los interesados que se encuentren en el otro país, por vía postal o mediante notificación directa del funcionario público competente del país de destino; con ello se trata de evitar la lentitud del procedimiento y, con ello, la posibilidad de reducir las garantías de defensa del destinatario. Asimismo, el Convenio modelo debería incluir un régimen tendente a preservar las garantías procesales del destinatario de la notificación y un procedimiento eficaz en orden a la agilización y efectividad de las comisiones rogatorias. Y, por último, regular la efectividad de la justicia gratuita de los nacionales de los Estados contratantes y la eliminación para ellos de cualquier caución de arraigo del juicio. No parece prudente, sin embargo, incluir unas normas específicas sobre información y prueba del Derecho de cada Estado contratante debido a la complejidad de este mecanismo procesal que debiera descansar en el régimen multilateral *ad hoc* al que antes nos hemos referido.

38. Con carácter de urgencia es aconsejable que por parte española se realice un replanteamiento global de la política de elaboración de convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en la cual el condicionamiento de su pertenencia al régimen Bruselas-Lugano no impida atender a las necesidades recíprocas que estos instrumentos deben contener. En los últimos años existe una cierta frivolidad en la suscripción de Convenios de este tipo con países con los que prácticamente no tienen con España ninguna relación aprovechándose esta circunstancia para cerrar, con un texto poco comprometido para el futuro, una visita de Estado más protocolaria que efectiva; circunstancia esta a la que se une la iniciativa negociadora. La práctica, escasa por lo demás, de las dos últimas décadas registra un seguidismo de los negociadores españoles hacia las iniciativas de los procedentes del futuro Estado contratan-

(155) Vid. estos instrumentos en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *DIPr español. Textos y Materiales*, vol I, *Derecho judicial internacional*, 2ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1992, pp. 349 ss, junto con otros tratados bilaterales adicionales al Convenio de La Haya de procedimiento civil de 1954.

te. Los Convenios con Brasil, México y Uruguay son expresivos de esta circunstancia. Además, por lo que respecta a esta área geográfica, la incorporación de España a la Convención de Montevideo sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, de 8 de mayo de 1979 y a la Convención de La Paz sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, de 24 de mayo de 1984, aunque resulte deseable, no resulta ninguna panacea en función del reducido ámbito material que contienen. En definitiva, el cauce del convenio bilateral no puede ni debe descartarse y la idea de un texto modelo que presida las futuras negociaciones de España debe tenerse muy en cuenta. Ni que decir tiene que Argentina, Chile y Venezuela deben ser un objetivo prioritario y que, en tal contexto, parece aconsejable renegociar un nuevo Convenio con Colombia, que cubra las imprecisiones que el actual contiene por lo reducido y antiguo de su texto. Y, con carácter de urgencia, es menester entablar negociaciones con Cuba pues, en los últimos años, se ha multiplicado hasta extremos inverosímiles las relaciones de familia que vinculan a nacionales de ambos países, con la consecuencia inexorable del aumento de contenciosos para cuya solución es aconsejable un Convenio que tenga en cuenta esta especificidad.

39. Como puede observarse las reflexiones anteriores se mueven casi exclusivamente en el ámbito del Derecho procesal civil internacional. El encuentro entre España e Latinoamérica es más difícil en el plano del Derecho aplicable. La pertenencia a espacios de integración diferentes aleja las posibilidades de acercamiento en el terreno del Derecho patrimonial y, por lo que atañe al Derecho de familia, debe reconocerse que las Convenciones interamericanas están estructuradas para resolver problemas específicamente regionales aunque en ocasiones, como ocurre con la Convención de Montevideo sobre restitución de menores, de 15 de julio de 1989, sea muy difícil precisarlos (156). El marco universal de la Conferencia de La Haya del DIPr puede y debe ser, con carácter general, el punto de confluencia obligado.

(156) Cf. D.P. Fernández Arroyo, "La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, de 15 de julio de 1989", *La sustracción internacional de los menores...*, op. cit., pp. 61-63.

Mas, como hemos tenido ocasión de apuntar, el convenio internacional no resulta muchas veces, el remedio para resolver los problemas concretos, pese a su evidente apoyo doctrinal hasta tiempos recientes. En la medida en que el Convenio sea el resultado de esfuerzos académicos desconectados de la realidad su destino es su inaplicación por el operador jurídico, que despliega, a este efecto, una extraordinaria imaginación. Y por más que un texto convencional sea el resultado de miles de páginas procedentes de estudiosos, si no cumple su función originaria todo el trabajo anterior carece de sentido. Este peligro de ineficacia ocurre a ambos lados del Atlántico y ha sido agudamente denunciado (157). Tras el periodo de incorporación de los Estados firmantes viene otra fase mucho más angustiosa para el codificador (similar a la del pintor que observa a los visitantes de su exposición, escucha sus comentarios y anhela que su obra sea adquirida), cual es la de la aplicación efectiva de su labor por parte de los Tribunales de Justicia. Con ocasión del centenario de la Conferencia de La Haya de DIPr se ha podido observar con nitidez su aplicación práctica por los jueces españoles (158), que no es muy distinta de la seguida por los jueces de los países de nuestro entorno (159) y que está determinada muy sectorialmente, con un protagonismo casi absoluto de los convenios de asistencia judicial internacional. La divulgación de esta práctica en relación con la labor realizada por la CIDIP, ya en una etapa de plena madurez, debe ser una tarea prioritaria. Se trata de un proceso lento y no exento de dificultades, al que deseamos desde España el mayor de los éxitos y no como meros observadores, sino como protagonistas directos.

Madrid, 19 de septiembre de 2000

(157) Cf. B. Oppetit, "Le droit international privé, droit savant", *R. des C.*, t. 234 (1992-III), p. 424.

(158) Vid. nuestra recopilación, "Jurisprudencia española de DIPr en aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 203-247.

(159) Vid. los distintos volúmenes del repertorio publicado por M. Sumámpouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux*, Leyden Sijthoff (a partir de 1976).

LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES*

Alfredo MARTINEZ MORENO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

INDICE

- I.- Introducción**
- II.- El derecho administrativo internacional**
- III.- El funcionario internacional**
- IV.- Historia de los tribunales administrativos internacionales**
- V.- Organización y naturaleza jurídica de dichos tribunales**
- VI.- Competencia**
- VII.- Fuentes del derecho administrativo internacional**
- VIII.- Procedimiento**
- IX.- Control judicial de los tribunales. Recursos**
- X.- Algunos casos importantes. Jurisprudencia**
- XI.- La noción de derechos adquiridos**
- XII.- Los derechos humanos en el derecho administrativo internacional**
- XIII.- El derecho de asociación de los funcionarios internacionales**
- XIV.- Conclusiones**

(*) A la memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga. Maestro, juez, jurista y hombre de bien.

ABREVIATURAS

BID	Banco Interamericano de Desarrollo.
BM	Banco Mundial o Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional.
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Naciones Unidas.
SDN	Sociedad o Liga de las Naciones.
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UPU	Unión Postal Universal.
TABID	Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo.
TANU	Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.
TAOEA	Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados.
TAOIT	Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.
TABM	Tribunal Administrativo del Banco Mundial.
TAFMI	Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional.
FICSA	Federación de Asociaciones de Funcionarios Internacionales.
FSFPI	Federación Sindical de la Función Pública Internacional.

I.- Introducción

Este tema, desconocido totalmente antes de la Primera Guerra Mundial, con el surgimiento creciente de los organismos internacionales, es ahora de indiscutible actualidad e importancia.

En el ámbito hispano-luso-americano-filipino no ha sido estudiado a profundidad y la bibliografía en español es sumamente restringida, en tanto que la documentación en otras lenguas, especialmente en francés e inglés, es abundante.

He escogido esta materia para mi estudio por haber sido yo, durante seis años, Juez y Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en Washington, D.C., y en tal cargo pude apreciar la conveniencia, o mejor dicho, la necesidad, de esos cuerpos judiciales, que han prestado invaluable apoyo al mantenimiento de la armonía patrono-laboral en las organizaciones internacionales, resolviendo disputas que constantemente se presentan entre la administración de las mismas y sus empleados, dentro de las características propias de dichos entes.

La organización de esos tribunales, compuestos por juristas de diferentes nacionalidades, a veces formados en sistemas jurídicos distintos, sobre todo en aquellos cuerpos de alcance mundial, como los tribunales administrativos de las Naciones Unidas o de la Organización Internacional del Trabajo, pero también en los de carácter regional, como el del BID o el de la Organización de Estados Americanos, se puede apreciar en su jurisprudencia el aporte jurídico de "las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo". En el del BID ha sido interesante comprobar el esfuerzo de armonización de principios derivados del derecho anglo-sajón, de parte de jueces estadounidenses y caribeños, y los de origen romano-francés, de los miembros latinoamericanos, todo dentro de un estricto apego a la idea superior de la justicia.

Los organismos internacionales para la realización de sus fines, cuentan con los servicios de innumerables funcionarios y empleados, cuya relación con la administración, en cuanto a su nombramiento, salario, prestaciones laborales, obligaciones, ascenso, retiro, etc., está normada por un conjunto numeroso y variado de reglas que, debido a la inmunidad

de jurisdicción de que gozan esas organizaciones, no dependen de la actividad de los juzgados locales del país sede, sino de lo que se ha llamado el "derecho interno" de los organismos, el cual, para su aplicación, requiere de un sistema de conciliación y de decisión por órganos imparciales que ejerzan una provechosa regulación legal y control.

Como con acierto ha dicho la jurista francesa Madame Suzanne Bastid, quien durante muchos años presidió el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, los motivos que han determinado la creación de estos cuerpos judiciales han sido señalados por la propia Corte Internacional de Justicia, en su célebre opinión consultiva del 13 de julio de 1954, en los siguientes términos:

"Desde que la Secretaría General fue organizada, una situación se ha presentado en la que las relaciones entre los funcionarios y la Organización han estado regidas por un conjunto complejo de reglas... Fue inevitable que diferencias surgieran entre la Organización y los funcionarios respecto a sus derechos y a sus deberes. La Carta no contiene ninguna disposición que permita a uno de los órganos principales de las Naciones Unidas de estatuir sobre esas diferencias, y el Artículo 105 asegura a las Naciones Unidas inmunidad de jurisdicción respecto a los tribunales nacionales. En opinión de la Corte, si las Naciones Unidas dejaran a sus propios funcionarios sin protección judicial o arbitral para la regulación de las diferencias que pudieran surgir entre la Organización y aquéllos, ello no sería en manera alguna compatible con los fines explícitos de la Carta que son los de favorecer la libertad y la justicia para los seres humanos, o con la preocupación constante de la Organización, que es la de promover esos fines" (1).

No hay duda de que los organismos internacionales, celosos de su inmunidad ante la ley local, aun en el caso del Artículo VII (a) del Convenio Constitutivo del Banco Mundial, que acepta la jurisdicción nacional en determinadas circunstancias, tienen especial interés en no ser demandados ante las cortes locales, como reiteradamente se ha intentado. El hecho de que los empleados no tuvieran a quien recurrir, en salvaguar-

(1) Bastid, Suzanne. "Les Tribunaux administratifs internationaux et leur Jurisprudence". Pág. 349. *Recueil des Cours*. La Haye (1958).

dia de sus derechos laborales, podría inducirlos a demandar ante instancias locales, las que, a su vez, podrían inclinarse a declararse competentes. Como bien afirma Jiménez de Aréchaga, "la ausencia de garantía judicial podría ser mirada como una consideración favorable por un tribunal nacional al cual se haya pedido que reconozca su jurisdicción" (2).

Amerasinghe ha dado diversas razones para el establecimiento del Tribunal del Banco Mundial (TABM): 1) el incremento sustancial del personal del Banco y de las entidades asociadas (Corporación Financiera Internacional y Asociación de Desarrollo Internacional), que ahora excede de 6.000 empleados; 2) el apego al principio de derechos humanos que requiere que donde haya poder administrativo debe existir una maquinaria disponible, en el evento de disputas, para otorgar una audiencia justa y el debido proceso a la parte agraviada; 3) el hecho de que las otras agencias especializadas de las Naciones Unidas hayan constituido su propio tribunal administrativo o accedido a uno de ellos; 4) la necesidad de mantener la inmunidad de jurisdicción de las cortes nacionales; y 5) la conveniencia de conservar su independencia frente a organizaciones internacionales como la ONU, sometidas a influencias de naturaleza política (3).

Hernán Sáenz Jiménez, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del BID, agrega otra razón fundamental para la creación de este tipo de tribunales, en los términos siguientes: "... la mayor disparidad entre el poder de la institución y la situación de cada uno de sus servidores. Así, para la gran mayoría de los funcionarios internacionales, perder el empleo significa, no solamente perder sus ingresos, sino además, perder el derecho a residir en el lugar de trabajo y tener que desarraigar casa y familia" (4).

Se ha llegado a sostener, por una aislada minoría de autores, que los organismos internacionales, en razón de sus características especiales, no deben tener obstáculos para ejercer una libertad ilimitada en sus relacio-

(2) Jiménez de Aréchaga, Eduardo. "The Administrative Tribunal of the World Bank". *Journal of International Law and Politics*. New York University. 1982.

(3) Amerasinghe, C.F. "The World Bank Administrative Tribunal." *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 31 Part. 4. Octubre 1982. Londres.

(4) Sáenz Jiménez, Hernán. Conferencia titulada "El Derecho de los funcionarios internacionales", dentro del Ciclo "O Direito em sua magnitude". Matto Grosso, Brasil, 1997.

nes con su personal, a fin de poder funcionar eficientemente en la comunidad de naciones, pero la inmensa mayoría de los especialistas reconoce que los derechos laborales de todo ser humano son, con fundamento en las normas actuales y universales de cultura y en inmanentes valores jurídicos, inviolables e inderogables. Así, Amerasinghe, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del Banco Mundial, mantiene que para apearse al orden jurídico, la existencia de un sistema legal que gobierne las relaciones de empleo llega a ser "sine qua non", y agrega que ese "orden legal es necesario no sólo para establecer la autoridad, sino también para controlar la autoridad y asignar y determinar la responsabilidad" (5).

Ese indispensable orden legal que regula las relaciones internas del organismo constituye el derecho administrativo internacional, el cual sirve y afecta a más de cien mil funcionarios internacionales (6) en alrededor de 300 organizaciones intergubernamentales (7).

II.- El derecho administrativo internacional

Esta es la rama especial del derecho internacional, que según Jenks, regula todas las relaciones entre la Organización y sus empleados, agentes y funcionarios (8), en base a fuentes específicas de cada institución y con tribunales especiales dotados de la facultad de emitir sentencia de carácter obligatorio.

No existe en la actualidad un derecho uniforme para todas las organizaciones internacionales en cuanto a las relaciones laborales con sus servidores. Así lo reconoció el TABM, en el caso *Merode*, al decir: "El Tribunal no pasa por alto el hecho de que cada organización internacional tiene su propio instrumento constitutivo; su propia 'membresía'; su propia estructura institucional; sus propias funciones; su propia medida de personalidad legal; su propia política de personal; y que las diferencias

(5) Amerasinghe, C.F. *The Law of the International Legal Service*. Vol. 1. Pág. 4. Claredon Press. Oxford. 1988.

(6) Velasco, Eugenio. *Los Tribunales Administrativos en General y el del Banco Interamericano de Desarrollo en Particular*. Editado por el BID. Pág. 18.

(7) Marks, Stephen. *Les Droits de l'Homme et la Fonction Publique Internationale*. Tesis doctoral. 22 de marzo de 1979. Universidad de Niza.

(8) Jenks, C. Wilfred. *The Proper Law of International Organizations*. London. 1962.

entre una organización y otra son tan obvias que la noción de un derecho común de la organización internacional debe estar sujeta a numerosas y a veces significativas limitaciones. Pero el hecho de que esas diferencias existan no debe excluir la posibilidad de que condiciones similares puedan afectar la solución de problemas comparables. Mientras los diversos tribunales administrativos internacionales no se consideran ligados por las decisiones de otros y hayan producido una jurisprudencia en algunos aspectos divergentes, adoptada a cada organización, es igualmente verdadero que en ciertos puntos las soluciones no han sido significativamente diferentes.

Puede aún ocurrir que las sentencias de un tribunal pueden referirse a la jurisprudencia de otro. Algunas de esas sentencias llegan hasta hablar de principios generales de servicio civil internacional o de un cuerpo de reglas aplicables al servicio civil internacional.

Siendo los anteriores conceptos una verdad indiscutible, la aspiración de esta rama jurídica es la de establecer una función pública internacional unificada, con normas, métodos y objetivos comunes en las relaciones de empleo, con una jurisprudencia en lo posible similar en lo esencial, bajo el manto glorioso de la diosa Temis.

Los tratadistas han debatido sobre la naturaleza jurídica de esta nueva rama, si ésta tiene autonomía científica y constituye un "jus singulare", o si en cambio, forma parte del derecho interno de los Estados (*municipal law*), del derecho administrativo en general o, finalmente, del derecho de gentes. Como ocurre en esta clase de disputas doctrinales, cada posición tiene sus defensores y detractores. Amerasinghe enseña que la naturaleza jurídica de esta disciplina relativamente nueva y en vías de desarrollo puede analizarse desde cuatro posiciones, a saber: 1) es parte del derecho internacional público; 2) es un sistema independiente de derecho; 3) es parte del derecho de gentes en el sentido amplio del término; y 4) no es derecho (9). Él estima que hay razones importantes y necesarias para que se reconozca la existencia de una rama jurídica autónoma, pero ciertas características especiales de ella y su limitado campo de acción, en el criterio mayoritario, no justifica tal postura. Amerasinghe se inclina final-

(9) Amerasinghe, C.F., ob. citada, página 22. Vol. 1.

mente por considerarlo como situado y derivado del derecho internacional público, pero en una solución híbrida, considera que tiene un carácter especial, afín a la 'municipal law'. En nuestra modesta opinión, por lo menos en la etapa actual de su desenvolvimiento, forma parte de la ciencia de Vitoria y Grocio.

El mismo autor estudia el alcance de este "derecho interno" de los organismos internacionales, y se pregunta si éste sólo se aplica a las actividades "ejecutivas" de la administración, como, por ejemplo, la no renovación de un contrato de empleo, o si también se extiende a los actos de los cuerpos legislativos que violan alguna norma superior del derecho interno de la organización. La respuesta, avalada por la jurisprudencia, es que los tribunales pueden ejercer un control decisivo de todos los actos administrativos, de cualquier origen que sea. Así, en la práctica, el TANU, al examinar la aplicación de los Reglamentos de Personal de las Naciones Unidas, ha resuelto que éstos se encuentran en conflicto con los principios generales de la entidad, refutando de hecho la tesis de que no tiene autoridad para aplicar las normas legales a los actos legislativos de la Asamblea General o a actos legislativos delegados por este órgano al Secretario General (10).

A este respecto conviene explicar que a nosotros nos tocó participar como juez en un caso sonado en el TABID (*Stephen L. Abrahams y otros con BID*), en el que las partes plantearon esta importante materia, y aun cuando el Tribunal no encaró el problema de frente, ya que resolvió el asunto desfavorablemente para los demandantes, treinta y tres funcionarios de la institución, por otras razones, implícitamente no negó la competencia del órgano judicial para abordar cuestiones derivadas de las actividades del cuerpo deliberante de la organización.

Los hechos fueron los siguientes: los demandantes alegaron que entre las facultades de los tribunales administrativos "se entiende incluido un poder jurisdiccional que permite la revisión de actos legislativos de los órganos ejecutivos, siempre y cuando estos actos representen un incumplimiento de los términos del empleo o del contrato de empleo"; que el hecho de que el Directorio del BID modificó un artículo del Plan de

Jubilación de Personal para establecer la edad de jubilación obligatoria de los 65 a los 62 años, afectó derechos adquiridos de los querellantes, citando como precedente la Sentencia N° 1 del TABM (*de Merode con Banco Mundial*).

El abogado del Banco, a su vez, sostuvo que la demanda era inadmisibles por razón de la materia y que lo que los demandantes solicitan es que "el Tribunal invalide políticas vigentes de la institución y legisle nuevas políticas, sin tomar en cuenta que la actividad legislativa se halla fuera de la competencia del Tribunal, como el mismo Tribunal ha reconocido en casos anteriores, en que, según la defensa, se ha expresado claramente que la anulación de Resoluciones emitidas por el Directorio queda fuera de la jurisdicción del Tribunal."

La sentencia se basó en el hecho de que los funcionarios demandantes no hicieron uso de su derecho durante 16 años, por lo que con base en la figura jurídica de la prescripción, se desestimó las peticiones de la demanda (11).

Nos preguntamos ahora, qué ocurriría si en cualquier caso un querellante comprueba violaciones arbitrarias de su contrato de empleo, afectando legítimos derechos adquiridos de él, de parte del órgano legislativo de una organización. Nos inclinamos a creer que el Tribunal, en resguardo de la majestad de la justicia, ante decisiones notoriamente irracionales o arbitrarias del órgano legislativo, reconocería el derecho del funcionario afectado. Esta es la tendencia actual de la jurisprudencia.

Finalmente, se puede concluir que la tesis sostenida por unos pocos autores de que el derecho administrativo internacional no es derecho en sí, es refutado por el hecho de que sus normas, pertenecientes al derecho internacional, cada vez se consolidan más, como auténtico derecho obligatorio, especialmente con los fallos de sus órganos jurisdiccionales.

III.- El funcionario internacional

El término funcionario internacional ha sido discutido doctrinalmente y las diferentes definiciones que de él se ha hecho enfatizan o reducen ciertos aspectos de la naturaleza de sus funciones.

(11) Sentencia del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo. Volumen II, págs. 115 a 124. Octubre de 1994. Washington, D.C.

(10) Amerasinghe, C.F., ob. citada, págs. de la 13 a la 16. Vol. 1.

La primera definición de funcionario internacional, considerada clásica, la dio Mme. Bastid, en su tesis doctoral en 1931: "funcionario internacional es todo individuo encargado por los representantes de varios Estados o por una organización que actúa en su nombre, como consecuencia de un acuerdo interestatal y bajo el control de unos o de la otra, para ejercer -estando sometido a reglas jurídicas especiales y de una manera continua y exclusiva- funciones en el interés del conjunto de Estados en cuestión".

En su acepción más amplia, dice Pérez Montero, puede considerarse como funcionario internacional a "todo individuo que realiza una función de naturaleza judicial, política o administrativa dirigida a un fin justo cuyo cumplimiento interesa de modo directo a dos o más Estados que han convenido en realizarla", y él los diferencia de los "agentes públicos internacionales que, nombrados por los representantes de varios Estados o por un organismo que obra en su nombre, ejercen su actividad lo más a menudo bajo el control de los diversos Gobiernos estatales o supraestatales" (12).

A veces los términos funcionario y agente internacional se han diferenciado, con razones válidas, pero para los efectos del presente estudio los hemos asimilado.

Aceptamos para ello la definición que dio la Corte Internacional de Justicia, el 11 de abril de 1949, en su Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, así: "agente internacional es toda persona, funcionario remunerado o no, empleada a título permanente o no, que ha sido encargada por un órgano de la Organización de ejercer, o de ayudar a ejercer, una de las funciones de ésta. En suma, toda persona por medio de la cual la Organización obra."

Definición tan amplia del término puede ser controversial tratándose, por ejemplo, de empleados de baja categoría que realizan en la Organización tareas manuales, como guardianes o jardineros. Tal problema no puede ser objeto de esta ponencia, pero sí debemos mencionar que

(12) Pérez Montero, José. "Algunas consideraciones sobre la Protección de los Funcionarios Internacionales, especialmente sobre la de los Agentes de la Organización de las Naciones Unidas". *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*. Pág. 352. Universidad de Oviedo. 1970.

para Marks, se trata de una situación discriminatoria que tiende a desaparecer con su asimilación al estatuto de personal en la categoría de servicios generales (13); esa misma dificultad presenta el caso de los consultores, que para materias específicas, en forma temporal, emiten dictámenes técnicos.

La solución del problema sin duda descansa en el hecho de saber si tal servidor es o no sujeto de la llamada "protección judicial" del respectivo organismo, a la que más adelante nos referiremos.

Punto más importante es el de analizar las características esenciales de la función pública internacional.

En primer lugar, debe destacarse el hecho de que el funcionario actúa en interés público internacional, es decir, al servicio de una institución a la que está subordinado y de la que depende exclusivamente (14).

Lo anterior significa que la lealtad del funcionario es únicamente hacia la organización y no a un Estado determinado, aun sea el de su nacionalidad. Como bien dice Ruzié, "la independencia de los funcionarios internacionales respecto a un Estado de origen y su lealtad a la Organización al servicio de la cual se encuentran, constituyen los elementos esenciales de su condición jurídica." (15)

La independencia de acción de cualquier Estado y la fidelidad absoluta a la organización a la cual sirve, pues, son las dos características fundamentales de todo funcionario internacional y su apartamiento de ellas lo convierte en un renegado del servicio civil internacional. Es evidente que toda persona tiene sentimientos afectivos, patrióticos, a su propia nación, pero tales apegos sentimentales no pueden afectar su actuación como servidores exclusivos de la institución.

La propia Carta de las Naciones Unidas resume la obligación de los funcionarios de actuar sin compromisos nacionales de ninguna índole, en su Artículo 100, así:

(13) Mark, Stephen. Ob. citada, pág. 31.

(14) Pérez Montero, José. Ob. citada, pág. 354.

(15) Ruzié, D. *Les Fonctionnaires Internationaux*. Armand Colin. 1970. París. pág. 7.

"1 - En el cumplimiento de sus deberes, el Secretario General y el personal de la Secretaría no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización, y se abstendrán de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales responsables únicamente ante la Organización."

"2 - Cada uno de los Miembros de las Naciones Unidas se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal de la Secretaría, y a no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones."

Todos los organismos internacionales, en sus Convenios Constitutivos o en sus Reglamentos de Personal, en una u otra forma, incluyen disposiciones similares y exigen, al comenzar sus funciones, que los agentes presten un juramento solemne de independencia ante cualquier gobierno y de lealtad plena a la organización. El funcionario no puede, por lo tanto, solicitar ni recibir instrucciones externas, ni regalos, distinciones o condecoraciones sin autorización de la administración, y deben dedicar todo su tiempo al desempeño de su cargo, aun fuera de las horas de trabajo, salvo en casos excepcionales, sobre todo para empleados a tiempo parcial, que con el debido permiso pueden ejercer alguna actividad, por ejemplo en la docencia, que no sea incompatible con la función pública internacional a que está comprometido. Pero sobre todo el funcionario debe, en toda circunstancia, observar "una conducta conforme a su calidad de funcionario internacional."

Naturalmente, compartiendo la opinión de Ruzié, ese deber fundamental de lealtad tiene límites, a fin de proteger las libertades individuales de los funcionarios, ya que éstos, a cambio de esas obligaciones de fidelidad y obediencia tienen derecho a la protección funcional en garantía de sus derechos laborales y humanos. (16)

Los funcionarios tienen derecho a gozar de las libertades fundamentales, y aun de la libertad científica, siempre y cuando el ejercicio de ellas no afecte el interés superior de la Organización. Al mismo tiempo, tienen el deber de "discreción", y en ciertos casos, de mantener el secreto profe-

(16) Ruzié, D. Ob. cit. Pág. 23 y sig.

sional, y están obligados a actuar con "tacto y reserva", y por supuesto, a obedecer al superior jerárquico.

Esta obediencia no puede ser racionalmente absoluta y para salvaguardia de sus derechos, los organismos internacionales han establecido tanto garantías administrativas como jurisdiccionales, es decir, recursos de audiencias y de conciliación, por una parte, y la vía jurisdiccional por medio de los tribunales administrativos, por la otra. Esto es lo que se llama "protección funcional", que a diferencia de la "protección diplomática", corresponde sólo a la organización y no al Estado de la nacionalidad del agente.

Para el reclutamiento del personal, los instrumentos pertinentes de los entes internacionales tienen amplias disposiciones. La propia Carta de San Francisco ordena que la condición primordial para la selección del personal sea "la necesidad de asegurar el más alto grado de eficiencia, competencia e integridad", pero se toma en cuenta otro factor importante, el de que haya la más amplia representación geográfica posible.

Los funcionarios, en el desempeño de su cargo, gozan de privilegios e inmunidades, aunque éstas varían según su categoría, los de segunda (categoría de servicios generales) disfrutando de tales privilegios por los actos oficiales que efectúan, en tanto que los de primera (categoría orgánica o profesional) beneficiándose no sólo de los actos oficiales sino también de los privados que realizan.

Son diversos tales beneficios, pero acaso, a título de ejemplo, puede citarse lo dispuesto por la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, la cual deja al criterio del Secretario General la determinación de las categorías de funcionarios, que luego debe someter a la aprobación de la Asamblea General.

Los principales beneficios, de acuerdo al citado instrumento, son:

- a) inmunidad de jurisdicción;
- b) exoneración de impuestos;
- c) exoneración de toda obligación relativa al servicio nacional;
- d) exoneración, al igual que a los miembros de su familia, de las limitaciones migratorias y del requisito de registro de extranjeros;

e) equiparación, al igual que sus familiares, de un rango comparable al de los diplomáticos acreditados en el país en que sirven;

f) facilidad de repatriación en períodos de crisis internacional; y

g) derecho de importar con franquicia el mobiliario y efectos personales y de su familia al asumir sus funciones.

El mencionado Convenio deja en claro que tales privilegios e inmunidades se conceden en el interés de la Organización y no como ventaja personal, por lo que no se permite el abuso de los mismos.

En síntesis, se puede sin riesgo afirmar que el funcionario internacional se encuentra en una posición más privilegiada que el nacional y comparable al agente diplomático. Sin embargo, varios autores enfatizan el hecho de que su estabilidad y seguridad en el empleo son más aleatorias que los de aquéllos y que, a veces, les es más difícil hacer una carrera profesional con continuidad, ante los embates de los cambios de política de parte de la administración.

IV.- Historia de los tribunales administrativos internacionales

Es una realidad innegable que las organizaciones internacionales gozan de toda clase de inmunidades, que les facilitan el debido cumplimiento de sus funciones, inmunidades amplias (en sus bienes, en sus archivos, en la confidencialidad de sus comunicaciones, etc.), al igual que inviolabilidad de sus oficinas y correspondencia y de exoneración tributaria, pero, sobre todo, para ellas y sus agentes, de inmunidad de jurisdicción, que impide su procesamiento en las cortes nacionales (17).

Es considerable el número de casos planteados ante el Consejo de Estado de Francia y los tribunales nacionales de muchos países, en que éstos se han declarado incompetentes para conocer de ellos, dejando a los querellantes sin una instancia claramente imparcial a qué ocurrir. Además, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no les da acceso a dirimir ante ella sus disputas, aunque puede, como lo he hecho en

(17) Sáenz Jiménez, Hernán. Ob. cit. pág. 2.

unas pocas ocasiones, emitir opiniones consultivas para tratar asuntos conexos.

Por otra parte, al crearse el primer organismo de alcance mundial, la Sociedad de las Naciones, los empleados de ella únicamente podían recurrir en audiencia a su jefe jerárquico para impugnar una decisión administrativa o disciplinaria que les afectara, y a veces, a alguna comisión ad-hoc de investigación sobre su pretensión. Ello no remediaba adecuadamente el problema ni satisfacía en lo mínimo las aspiraciones de los funcionarios a un trato realmente justo.

En aquella memorable Organización existía una garantía para los funcionarios contratados por cinco o más años de poder apelar, en caso de destitución, al Consejo de la Sociedad o al Consejo de Administración de la O.I.T., es decir, a órganos de evidente naturaleza política, que podían resolver no sólo con base en el valor justicia, sino tomando en cuenta factores ajenos, de índole presupuestaria u otros.

Así las cosas, el señor Francois Monod, cuyo nombre ha quedado consagrado en los anales de estos órganos jurisdiccionales, quien había otorgado un contrato de empleo de un quinquenio, ratificado por el propio Consejo, fue posteriormente puesto en disponibilidad. Ante su protesta, se le ofreció una reparación monetaria, que él rechazó y pidió la reparación del perjuicio sufrido por el despido sin justa causa. El Consejo conoció de su apelación y nombró una comisión indagatoria, la cual a su vez recomendó el nombramiento de tres especialistas en cuestiones jurídicas. Estos, por su parte, concedieron al impetrante una indemnización y entraron, por la otra, de lleno al fondo del asunto, al análisis del vínculo entre el Secretario General y el funcionario, llegando a la conclusión de que "la relación de empleo no podía ser juzgada conforme a los principios de derecho privado y de las leyes civiles", sino con fundamento en los principios de derecho público y de las leyes administrativas (18).

Esto, afirma Mme. Bastid, hizo que surgieran cuestiones nuevas y difíciles, que abrieron el camino a las discusiones y gestiones que culminaron con el establecimiento del Tribunal Administrativo de la Sociedad de

(18) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 370.

las Naciones, que justamente reclama el derecho de primogenitura en este tipo de órganos jurisdiccionales.

Siguió luego la creación del Tribunal Administrativo del Instituto Internacional de Agricultura, que tuvo limitadísima actividad.

Si bien los funcionarios de la Organización Internacional de Trabajo tenían acceso al tribunal de la Sociedad de las Naciones, al disolverse ésta en 1946 y subsistir la agencia especializada, se constituyó autónomamente el Tribunal Administrativo de ésta, que ha tenido una importancia crucial en el desarrollo del derecho administrativo internacional, no sólo por la riqueza doctrinaria de su nutrida jurisprudencia, sino porque a su jurisdicción han accedido posteriormente varios de los organismos especializados de la nueva organización mundial de paz y seguridad, las Naciones Unidas: la FAO, la UNESCO, la OMS, la UIT, Organización Meteorológica Mundial, y aun una institución que no depende de las Naciones Unidas, la Organización Europea para la Investigación Nuclear, al igual que otras.

La corriente arrolladora para establecer esta clase de tribunales no se ha detenido. Las propias Naciones Unidas y el Banco Mundial, en el ámbito global, y en el regional, los de OEA y del BID, al igual que los de los organismos europeos, constituyen la mejor demostración de que existe conciencia generalizada de que las diferencias obrero-patronales en los organismos internacionales deben ser resueltas a la luz de su respectivo "derecho interno" y por cortes con el poder de dictar sentencias vinculantes y definitivas, ajenas a intereses que no sean los de la justicia y la equidad.

El último tribunal en fundarse, según nuestras informaciones, ha sido el del Fondo Monetario Internacional, en tanto que al Tribunal de las Naciones Unidas se han adherido la OACI y la Organización Marítima Consultiva Intergubernamental.

Ahora, el funcionario internacional está seguro de contar con cuerpos jurisdiccionales especializados que garantizan, en alto grado, su estabilidad y continuidad profesionales, al mismo tiempo que la vigencia de sus derechos humanos y laborales fundamentales, en la época de mayor esplendor de la libertad en el mundo.

V.- Organización y naturaleza jurídica de dichos tribunales

Se ha señalado anteriormente que el derecho administrativo internacional, por lo menos en la etapa actual de su desarrollo, conforme al criterio mayoritario de los tratadistas y en nuestra modesta opinión, forma parte integrante del derecho internacional.

Los tribunales administrativos internacionales, en consecuencia, regidos en lo fundamental por el "derecho interno" de cada organización -que tiende en cierto grado a uniformarse a través de la doctrina y de la jurisprudencia- "son jurisdicciones internacionales", aunque de un carácter especial, pues a diferencia de los tribunales internacionales, que resuelven disputas entre Estados o entre éstos y las organizaciones internacionales, aquéllos deciden en litigios que trascienden el ámbito estatal, entre partes que, en sus relaciones jurídicas, no están sometidos a la autoridad de ningún Estado, pues son casi siempre diferencias de índole administrativa o laboral.

Es importante contestar aquí la pregunta que Weil se hace sobre la composición del "derecho interno" de las organizaciones, y él, con la penetración científica que lo caracteriza, señala tres elementos al respecto: 1) es necesario que la entidad tenga una personalidad jurídica, en la que ese derecho se va a constituir y que le va a servir de marco, ya que no puede existir un derecho administrativo internacional sino en la medida en que éste se pueda insertar en el marco de una persona jurídica: la organización internacional; 2) debe existir un *corpus juris*, es decir, un derecho estructurado, con una jerarquía de normas y que sea autónomo en relación a las órdenes jurídicas vecinas; y 3) debe también haber una jurisdicción encargada de hacer respetar las reglas de ese orden jurídico. El autor francés resume su pensamiento, así: "nosotros tendremos un derecho administrativo internacional cuando, al interior del marco jurídico suministrado por la personalidad de las organizaciones internacionales, se forma un derecho específico, sancionado jurisdiccionalmente." (19)

Weil considera que la noción de derecho interno no ha nacido de la imaginación de los juristas, sino de las necesidades prácticas, y más pre-

(19) Weil, Prosper. *Le Droit Administratif International: Bilan et tendances*. Université de Paris. Institut des Hautes Etudes Internationales. 1962-1963, págs. 7 y 8.

cisamente, de la creación de relaciones jurídicas hasta hace poco desconocidas, y que si bien cada organismo tiene su derecho propio, la tendencia es a unificar y fusionar cada uno de ellos en un derecho general de todas las organizaciones internacionales. (19)

Ese derecho interno -agrega- en lo que es específico, en lo que realmente es original, es en que el juez administrativo internacional debe aplicar reglas que son diferentes de aquellas que aplica el juez general internacional (por ejemplo, la C.I.J.) o el juez nacional.

Otra característica de la naturaleza jurídica de esos tribunales es que su competencia se extiende a otro tipo de sujeto de derecho de gentes, el individuo, que en forma contractual o de acuerdo a disposiciones estatutarias de la institución, ha convenido en prestar sus servicios a ésta.

Existe, además, otra disparidad entre las dos clases de entes judiciales, pues en tanto en las cortes internacionales la jurisdicción es normalmente voluntaria, aunque puede ser obligatoria si los Estados previa y convencionalmente la han reconocido, en la instancia administrativa no se requiere el consentimiento de las partes con anterioridad, sino que los tribunales, una vez creados conforme al derecho interno del organismo, son de por sí competentes para conocer de los asuntos que los funcionarios formalmente les incoen, después, eso sí, de que se hayan agotado los medios de avenimiento o conciliación preestablecidos. (20)

La autoridad para instituir tribunales administrativos la tiene el órgano deliberante de cada organismo, verbigracia, la Asamblea General en el caso de las Naciones Unidas, y el Directorio Ejecutivo en el caso del BID, a través ya sea de un estatuto especial o como parte del reglamento de personal.

Asunto relevante en este aspecto es el de determinar la condición jurídica del tribunal, si se trata de un órgano subsidiario, sometido a decisiones de órganos superiores, o de un cuerpo independiente, con plenas facultades para desempeñar sus altas funciones. (21)

(19) Weil, Prosper. Ob. cit. pág. 11.

(20) Bastid, Suzanne. Ob. cit. pág. 405.

(21) Bastid, Suzanne. Ob. cit. pág. 407.

La primera posición doctrinal, o acaso, política, la sostuvo el Gobierno de los Estados Unidos de América, el cual, invocando los Artículos 7 y 22 de la Carta de las Naciones Unidas, alegó que con excepción de los órganos principales señalados en ella, los demás eran entes subsidiarios, que no podían alterar las resoluciones de la Asamblea General, sobre todo en materia presupuestaria.

La Corte Internacional de Justicia, en cambio, afirmó que "el Tribunal está instituido no como un órgano consultivo o como un simple comité subordinado a la Asamblea General, sino como un cuerpo independiente y verdaderamente judicial, que pronuncia sentencias definitivas e inapelables dentro del marco limitado de sus funciones". Sus fallos, por lo tanto, obligan a la Asamblea General.

Es interesante traer a cuento el voto disidente del Juez norteamericano Hackworth, que en la parte pertinente expresó: "En el ejercicio de su poder presupuestario, la Asamblea actúa como un cuerpo deliberante con el poder discrecional absoluto de aprobar o rechazar un elemento del presupuesto en el interés de las Naciones Unidas y de una buena administración tal como ella la concibe. No se puede concluir que por el Art. 9 del Estatuto, la Asamblea haya dado o haya jamás querido dar una aprobación previa en blanco a los montos imprevisibles de las indemnizaciones acordadas por el tribunal. Nada permite a la Asamblea hacer una reducción tan grande de sus funciones constitucionales. En último análisis, el Tribunal Administrativo, cualquiera sea el nombre que se le dé, no es un órgano creado por la Carta. No tiene un estatuto constitucional comparable al de la Asamblea General."

La Corte de La Haya ha remarcado que es obvio que la Asamblea no ha delegado el ejercicio de sus funciones en el Tribunal, pero al crearlo, dice Bastid, ha ejercido la facultad que le ha concedido la Carta para reglamentar las relaciones con el personal. Y agrega: "así, la Asamblea es libre de modificar el Estatuto del Tribunal, puede suprimir dicho instrumento y abolir el Tribunal, pero en tanto éste exista, ella debe actuar en consecuencia de las reglas que ha impuesto a su competencia... Ella está compelida a ejecutar las sentencias pronunciadas por el Tribunal."

Dentro de este apartado, debe mencionarse que el vínculo jurídico que liga al funcionario con el respectivo Órgano jurisdiccional tiene su base

en un contrato voluntariamente aceptado por él, pero dentro de reglas determinadas unilateralmente por la administración para el cumplimiento de sus fines. Al firmar el contrato de empleo, el individuo acepta al mismo tiempo las normas administrativas y disciplinarias de la organización fijadas en los reglamentos de personal y en las normas procesales del tribunal.

Se puede así concluir que en tanto el lazo vinculante del funcionario con el tribunal es el contrato de nombramiento, el tribunal se establece por una decisión del órgano deliberante de la institución pero que actúa con absoluta independencia y cuyas sentencias deben ser obedecidas.

Se debe, eso sí, consignar que si bien la base primaria de la relación jurídica es el contrato, sobre dicha vinculación existe otro elemento fundamental, las disposiciones estatutarias, aun cuando éstas no se hayan mencionado en el pacto, pero que inciden y aun alteran en ciertos casos, los términos y condiciones del empleo.

Así, el TANU, en el caso *Kaplan*, sentenció:

"El Tribunal considera que la relación entre el personal y las Naciones Unidas envuelven varios elementos, que son por lo tanto no solamente contractuales en su naturaleza... Al determinar la posición legal del miembro del personal una distinción debe ser hecha entre los elementos contractuales y los elementos estatutarios". En efecto, agrega, algunas materias afectan la situación del funcionario, la naturaleza del contrato, el salario, el grado, por ejemplo, en tanto que los aspectos estatutarios tienen que ver con "la organización del servicio civil internacional y la necesidad de su funcionamiento adecuado". La sentencia referida concluye que "mientras los elementos contractuales no pueden ser cambiados sin el acuerdo de las dos partes, los elementos estatutarios... se pueden siempre cambiar en cualquier tiempo por medio de regulaciones establecidas por la Asamblea General, y esos cambios son vinculantes para los miembros del personal." (22)

Aun cuando compartimos lo medular de dicha sentencia, de que el vínculo jurídico de la relación laboral contiene tanto aspectos contractuales

(22) Amerasinghe, C.F. Ob. cit. pág. 85.

como estatutarios, consideramos que la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia es la de que en ciertos casos, cuando unilateralmente se ha atentado contra los derechos adquiridos de los empleados de parte del órgano deliberante, al modificar éste las condiciones del contrato, tales cambios pueden ser declarados inválidos o nulos, lo que demuestra que hay límites al poder discrecional de la administración.

Es evidente que para poder cumplir con sus nobles fines, los tribunales administrativos, al igual que cualquier otro órgano judicial, debe tener tres elementos fundamentales: independencia, imparcialidad e idoneidad.

También es obvio que la parte patronal (la administración) tiene una serie de factores a su favor sobre la posición del empleado: el poder discrecional y de decisión, el nombramiento de los jueces, mejores medios económicos y técnicos para su defensa, capacidad de disponer ascensos y promociones o de renovar contratos de empleo, etc. Esto hace que el principio de independencia adquiera en ellos una mayor relevancia. Tal situación lógicamente se refleja en la organización de los tribunales, que deben estar integrados por jueces dignos y capaces de ejercer soberanamente su ínculta misión.

Después de todo, esa independencia y la correspondiente imparcialidad favorecen el trabajo mismo de la administración. Basta recordar ahora que la propia Corte Internacional de Justicia, al reconocer la autoridad de las organizaciones de establecer sus propios tribunales, declaró:

"El poder de establecer un tribunal, para impartir justicia entre la organización y los miembros del personal era esencial para asegurar la labor eficiente de la Secretaría y para hacer realidad la consideración suprema de asegurar los más altos estándares de eficiencia, competencia e integridad." (23)

Si bien cada organismo tiene su propio modelo para seleccionar y reclutar a los miembros del tribunal, todos ellos se rigen por normas que buscan aplicar esos elevados estándares. Así, el Estatuto del TABID, en su art. III, dispone. "Los miembros del Tribunal serán personas de competencia profesional e integridad reconocida, y deberán poseer los requi-

(23) I C J Reports, pág. 47 y sig. 1954.

sitos necesarios para desempeñar un puesto similar en los tribunales superiores de justicia de su país o ser jurisconsultos de reconocida competencia". Tal disposición estatutaria, que *mutatis mutandi*, se encuentra en casi todos los instrumentos constitutivos, es un fiel reflejo de lo establecido en el Art. 2 del de la Corte Internacional de Justicia.

Los miembros del Tribunal tienen que ser de diferente nacionalidad, o sea que nunca podrá haber dos de ellos que sean naciocnals del mismo país, algunos estatutos como el del BID, requieren que sean nacionales de los países miembros, pero, sin embargo, la corte de este organismo interamericano ha contado con jueces europeos, pues se ha interpretado que pueden serlo los originarios de aquellos países que cooperan, sobre todo en el campo financiero, con la institución.

En este tribunal, sus miembros han sido integrantes de las cortes superiores de sus países o especialistas en varias disciplinas, el derecho internacional, el administrativo y el laboral especialmente, pero no hay prohibición alguna de que pueda formar parte del mismo profesionales que no sean juristas.

El número de los jueces varía en cada organismo, al igual que el tiempo de su mandato, y en algunos de ellos, se permite la reelección.

Es interesante comprobar que en tanto algunos estatutos, como el del BID, claramente establecen que "ninguno de los miembros podrá ser o haber sido miembro del personal del Banco", otros, como el de las Naciones Unidas, en la práctica ha escogido a jueces entre el personal de las delegaciones acreditadas ante la Organización.

El período de ejercicio de los magistrados varía en los diversos organismos, pero se puede indicar una norma general: de dos a cinco años.

Si bien estos órganos jurisdiccionales son sin duda alguna de carácter permanente, como lo es su secretaría ejecutiva, aquéllos no funcionan todo el tiempo, sino que celebran una o más sesiones anuales, dependiendo del volumen de casos bajo su decisión. El TAOIT, que conoce de centenares de asuntos por lo numeroso de los organismos sometidos a su jurisdicción, tiene sesiones más prolongadas, y cuenta no sólo con jueces propietarios, sino también con suplentes. (24)

(24) Ballaloud, Jacques. *Le Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail et sa Jurisprudence*, Editions A. Pedone. Paris 1967. Pág. 33 y 34.

Un tema discutido desde largo tiempo, dice Ballaloud, es el de saber a ciencia cierta si los integrantes de los tribunales administrativos son auténticos funcionarios internacionales.

Aparentemente no lo son, pues si bien ejercen verdaderas funciones internacionales, éstas, en primer término, se hacen en forma intermitente, y en segundo lugar, los jueces conservan sus cargos en los países en donde viven o se dedican a sus ocupaciones profesionales habituales. Son más bien, como atinadamente los ha definido el Juez Bedjaoui, "agentes investidos de funciones internacionales" (25), que deben gozar de inmunidades y privilegios similares a los de los diplomáticos y de los funcionarios internacionales.

Los jueces son normalmente elegidos por el órgano deliberante de la institución. Por ejemplo, en el BID lo hace el Directorio Ejecutivo, el cual designa en forma rotativa cuatro magistrados de su exclusiva elección, y tres de listas propuestas por la Asociación de Empleados.

Los jueces, a su vez, eligen anualmente de su seno un Presidente y un Vicepresidente. El primero se encarga de los arreglos administrativos indispensables para el funcionamiento del Tribunal, hace las convocatorias, tramita las renunciaciones para su transmisión al Presidente del Banco, y en general, da impulso procesal a los juicios.

Una de sus principales funciones es la de designar al Secretario Ejecutivo del tribunal, quien es una persona clave para el correcto desempeño de las actividades del órgano y durante el período en que éste no está reunido, realiza un trabajo importantísimo, recibiendo pruebas, y en consulta si fuere necesario con el Presidente, lleva a cabo numerosas diligencias de procedimiento, hace las notificaciones pertinentes, recibe los escritos y documentos, custodia los archivos y orienta y dirige a los empleados en todos los actos de naturaleza administrativa.

En conclusión, podemos afirmar, con conocimiento de causa, luego de servir durante seis años como juez del TABID, que el buen éxito de las labores del tribunal se deben en parte a la responsable y eficaz actuación del Secretario Ejecutivo, quien aún, por su gran experiencia, cuando se lo

(25) Bedjaoui, Mohammed. *Fonction Publique Internationale et influences nationales*. Grenoble 1956. Pág. 59.

piden, asesora a los propios jueces en delicados puntos de derecho, pero sin intervenir en las causas, pues en todo tiempo ha mantenido una decorosa imparcialidad.

VI.- Competencia

Es una realidad reconocida por la doctrina y la jurisprudencia que estos órganos administrativos internacionales son "tribunaux d'attributions", con jurisdicción limitada, y no son, por lo tanto "tribunaux de droit commun", con jurisdicciones generales y amplias.

Así lo ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, en su decisión sobre el caso de la Oficina Internacional de Trabajo, en la que sostuvo que estos tribunales tienen únicamente competencia sobre el ámbito sobre el que los respectivos instrumentos que los rigen les otorgan (26). Esta posición se ha llevado al extremo de que ha habido ocasiones en que se ha privado de juez a un demandante en busca de una reparación a sus derechos violados, pero es un hecho imposible de superar.

Los autores hacen la diferencia entre incompetencia e inadmisibilidad, y así se puede dar el caso de que el tribunal pueda conocer de un litigio, por estarlo dentro de su jurisdicción, pero en cambio, está inhibido de hacerlo, por ejemplo, por no haberse agotado los recursos previos.

La competencia puede ser restringida por causas de tiempo (*ratione temporis*), del sujeto (*ratione personae*) o de materia (*ratione materiae*). La amplitud o reducción de dicha competencia naturalmente varía en cada organización, pero es estimulante comprobar que la jurisprudencia, en la práctica, se está haciendo cada vez más uniforme.

Una prueba de lo anterior lo constituye el hecho de que ya casi no se discute la facultad de los tribunales de fijar su propia competencia. Así la C.I.J., en el asunto *Nottebohm*, dejó en claro, de manera definitiva, que "a menos que exista pacto en contrario, un tribunal internacional es juez de su propia competencia y tiene el poder de interpretar a ese efecto los actos que lo rigen." (27)

(26) Amerasinghe, C.F. Ob. cit. Pág. 201.

(27) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 442.

Como se verá más adelante, la competencia la establecen los textos reglamentarios, pero es obvio que al decidir sobre su potestad jurisdiccional, el órgano puede aplicar los principios generales de derecho o las reglas clásicas de interpretación de los contratos.

Los estatutos de cada organismo expresamente fijan la competencia de los tribunales.

El del BID, copiado casi en su integridad del Estatuto del TANU, lo hace en los siguientes términos:

"Art. 9.1 "El Tribunal conocerá y juzgará las demandas en virtud de las cuales un miembro del personal del Banco alegue incumplimiento de su contrato de empleo o de los términos o condiciones de nombramiento. Las expresiones "contrato de empleo" y "términos y condiciones de nombramiento" incluyen todos los reglamentos y normas pertinentes en vigor al tiempo del incumplimiento alegado.

2. La frase "miembro del personal" no solamente comprende a los miembros o ex-miembros propiamente tales, sino también a las personas que estuvieren facultadas para actuar en calidad de representante personal del miembro o ex-miembro o en razón del fallecimiento del mismo."

Como se puede apreciar de la disposición transcrita, técnicamente la competencia está restringida a conocer del incumplimiento del contrato de empleo y de los términos o condiciones del nombramiento. En la práctica, los tribunales han ampliado un tanto la esfera de su actividad, pero su jurisdicción es innegablemente de atribución y limitada en sus alcances.

Respecto a la competencia *ratione temporis*, algunos estatutos, el del TANU entre ellos, específicamente expresan que sus órganos jurisdiccionales no pueden actuar en causas anteriores a su constitución. Esta es la norma reconocida aún por aquellos tribunales cuyos estatutos guardan silencio al respecto.

Sin embargo, se cita el caso *Burey*, como una posible excepción a esa regla general, cuando el demandante alegó haber sido víctima de grave injusticia debido a que se dejó de cumplir una promesa de que sería restituido a su cargo anterior, en una época en que no existían procedimientos

formales para tramitar las quejas de los empleados. El tribunal rechazó la demanda, pero insinuó que si las pruebas que el querellante presentó hubieran sido válidas, el Tribunal acaso "hubiera tenido autoridad para ofrecer o sugerir algún tipo de reparación al demandante", aun si la situación de injusticia grave hubiera ocurrido antes de la fecha de su establecimiento.

En lo que concierne a la competencia *ratione personae*, es claro que los tribunales están limitados en su actuación a aquellas querellas presentadas por miembros o antiguos miembros del personal, de sus representantes legales, o de aquellas personas que, *mortis causa* o por otros motivos, derivan sus derechos de aquéllos.

En la práctica se han presentado problemas para decidir quién es realmente un funcionario y, dependiendo de las respectivas situaciones, ha habido disparidad jurisdiccional respecto a los empleados temporales y a los consultores, a quienes se han solicitado dictámenes para cuestiones específicas.

Ha habido casos ante el TAOIT, en que se han planteado demandas contra organismos internacionales que todavía no habían aceptado la jurisdicción del mismo, por lo que fueron desechadas de plano.

Aun cuando las cortes administrativas generalmente sólo conocen de las querellas interpuestas por los funcionarios u otras personas, se han dado casos de reconvención de parte de los organismos. Se cita el caso incoado ante el TAOIT por un empleado a quien se le había rechazado su pretensión de la nulidad del despido, perdiendo por lo tanto su condición de tal, a quien la organización contrademandó para la devolución de su "laissez-passer". Asimismo el caso de un empleado de la ONU, a quien se le otorgó una indemnización, pero a la cual el Secretario General pidió que de ella se dedujera una deuda del impetrante, lo cual fue admitido por el Tribunal.

Se ha discutido si el máximo jefe administrativo, el Secretario General o el Director General, podría o no recurrir al tribunal, en su calidad de funcionario. Como su condición jurídica está precisada en el propio convenio constitutivo, se estima que el tribunal no sería competente para aplicar reglas de carácter constitucional. No obstante, el alto funcionario sí

estaría en capacidad de pedir lo estipulado en ciertos reglamentos. Ese fue el caso del señor Avenol, antiguo Secretario General de la Sociedad de las Naciones, quien presentó con éxito ante el TAOIT una demanda contra la caja de pensiones de la que era socio. (28)

Ha habido numerosos ejemplos de la aceptación de parte de los tribunales de su jurisdicción para resolver las peticiones de cónyuges o descendientes, sobre todo en materia de pensiones, o de terceros beneficiados del contrato de servicios o del estatuto de personal.

En cuanto a la competencia *ratione materiae* se ha visto que la mayoría de los textos estatutarios disponen que los tribunales administrativos han sido creados y tienen sólo autoridad para tratar las causas en que se aleguen inobservancia del contrato o de los términos del empleo.

La jurisprudencia, en efecto, ha versado fundamentalmente sobre causas de esa índole, pero en muchas instancias se ha ampliado el alcance de la potestad judicial, para abarcar litigios en que decisiones de carácter disciplinario simplemente "han causado agravio" (*leur a fait grief*) a los agentes.

Asimismo, dichos órganos han entrado a conocer a veces de asuntos tan ajenos como la validez de la elección de miembros de las asociaciones de empleados o de cuestiones atinentes al régimen de pensiones, pero por el contrario, se han abstenido de enfrentar asuntos relacionados con las leyes de los Estados miembros de la organización.

Con anterioridad se ha tratado del conflicto de competencia que se ha presentado cuando un funcionario ha impugnado la validez de decisiones legislativas del cuerpo deliberante del organismo, lo cual ha generado serias discrepancias en la jurisprudencia, pues en tanto algunos tribunales han afirmado su potestad, otros, al contrario, se han declarado inhibidos de conocer los asuntos.

Es pertinente traer a cuento que ha habido casos de tanta trascendencia al respecto, que ha sido necesario recurrir a la opinión consultiva de la Corte de La Haya, cuestión que se abordará más adelante.

(28) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 446.

Se puede, eso sí, concluir, que la corriente mayoritaria de la jurisprudencia, avalada por la doctrina, es la de reconocer a los tribunales poder para resolver sobre decisiones aprobadas por el órgano legislativo, cuando con ellas se han afectado legítimos derechos del patrimonio laboral de los empleados o se han aplicado normas que incluso afectan a las libertades fundamentales de los individuos.

VII.- Fuentes del derecho administrativo internacional

Sin necesidad de distinguir entre fuentes formales o materiales, en el derecho administrativo internacional, fuente es aquellos de donde se originan reglas de una naturaleza especial que rigen las relaciones entre un sujeto de derecho internacional, el organismo, y el empleado. Así, dice Amerasinghe, "el contrato de empleo en un sentido real es una fuente de derecho, porque de él fluyen reglas particulares vinculadas con el salario o el grado, por ejemplo, que gobiernan las relaciones entre las partes del contrato." Similarmente, el acto estatutario de nombramiento, hace nacer una relación patrono-laboral con sus derechos y deberes concomitantes.

La doctrina, es bien sabido, reconoce que las fuentes del derecho internacional están consignadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional, a saber:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o especiales;
- b) la costumbre internacional;
- c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia.

Del mismo modo, los autores de esta nueva disciplina jurídica surgida después de la Primera Guerra Mundial, parte integrante, como se ha dicho, del derecho de gentes, destacan que sus fuentes son:

- a) el derecho interno de las diversas organizaciones internacionales (estatutos, reglamentos, políticas de personal, códigos de ética, etc.);

b) los principios generales de derecho y la equidad natural a falta o como complemento de disposiciones escritas;

c) la jurisprudencia de los tribunales administrativos; y

d) la doctrina de los publicistas. (29)

Es de notar que la costumbre no aparece, en general, como una verdadera fuente de esta rama jurídica sino en unos pocos casos.

Es un hecho innegable que la administración de las organizaciones ha intentado, por diversos medios, restringir el dominio jurisdiccional del tribunal, sólo a la aplicación del derecho interno, o sea al derecho escrito, pero los tribunales sistemáticamente, en sus fallos, han ensanchado su autoridad para incorporar en sus decisiones las otras fuentes de derecho, a fin de poder así cumplir a cabalidad su augusta misión. Sólo el Estatuto del TAFMI, el de más reciente creación, acepta expresamente, "los principios generales del derecho administrativo internacional que refieren al control judicial de los actos administrativos." (30)

Dentro del derecho interno, aunque la mayoría de los tratadistas no lo menciona, debe incluirse, en primer lugar, el instrumento constitutivo de la institución. Esto es especialmente significativo en cuanto a las Naciones Unidas, ya que en la propia Carta fija normas fundamentales sobre "el reclutamiento, independencia, competencia e integridad de sus funcionarios", a la vez que el carácter totalmente internacional del Secretario General y del "staff" de la organización. (31)

En el mismo plano deben contarse otras convenciones de las que los organismos sean partes, en especial los referentes a los privilegios e inmunidades y a los derechos humanos, al igual que los acuerdos de sede.

Dentro del llamado derecho interno, aparecen principalmente las normas y reglas aplicables al personal, el estatuto de los tribunales y sus correspondientes reglamentos, los manuales de políticas administrativas y disciplinarias, los códigos de ética, las reglas de procedimiento y, en general, todo precepto o mandato decretado por el órgano deliberante.

(29) Velasco, Eugenio. Ob. cit. pág. 26.

(30) Sáenz Jiménez, Hernán. Ob. cit. pág. 6.

(31) Marks, Stephen. Ob. cit. pág. 46.

Los anteriores instrumentos son de origen estatutario, pero, por otra parte, importancia primaria tiene el acto sinalagmático de creación de la relación jurídica: el contrato de servicios, en el cual se estipulan los términos y condiciones del empleo.

Es pertinente citar que, en el caso de las Naciones Unidas, el lazo contractual se concreta al aceptar y firmar el funcionario la carta de nombramiento, la cual contiene, entre otros, los términos y condiciones siguientes:

- 1 - La sujeción del nombramiento a las provisiones de las regulaciones de personal y a los cambios que en éstas pudieran haber;
- 2 - la índole del cargo;
- 3 - la fecha de comienzo de las funciones;
- 4 - el período de duración del empleo, el aviso requerido para terminarlo, y el período de prueba, si lo hubiere;
- 5 - la categoría, nivel, sueldo inicial y la escala de aumentos, si ello es permitido; y
- 6 - otras condiciones que sean aplicables.

A falta de reglas escritas, o como complemento de ellas, ante los innumerables vacíos legales, tanto con "el funcionamiento mismo de la jurisdicción como con el fondo del derecho", los tribunales han recurrido constantemente a los principios generales de derecho, a reglas no escritas, dice Mme. Bastid, "pedidas prestadas a eso que uno puede llamar el fondo común del derecho judicial y del derecho administrativo". (32)

Es imposible, por su rico contenido, enumerar tales principios, que abarcan desde las reglas de interpretación de los contratos o tratados hasta la equidad, e incluye, para citar unos pocos, el enriquecimiento sin causa, los derechos adquiridos y la irretroactividad, la repetición del pago de lo no debido, la fuerza mayor o el caso fortuito, el respeto al derecho de defensa, la reparación del daño causado, la aquiescencia, la prohibición de que el poder discrecional sea utilizado en forma arbitraria o caprichosa, y muchos más.

(32) Bastid, Suzanne. Ob. cit. pág. 478.

Todos esos principios han sido aplicados por los tribunales administrativos en infinidad de sentencias, especialmente el del apego estricto al debido proceso, y han contribuido al imperio de la justicia en las relaciones entre empleadores y empleados de organismos internacionales.

La publicación de catálogos de sentencias ha determinado que los jueces tengan conocimiento de los precedentes, tanto del propio tribunal o de otras cortes, y para dar mayor solidez a sus razonamientos, los enriquecen con la cita de casos anteriores y, sobre todo, con referencia a las opiniones doctrinales de eminentes tratadistas; la jurisprudencia y la doctrina son así fuentes auténticas del derecho administrativo internacional, en tanto que la costumbre, como se explicó anteriormente, sólo se ha aplicado en casos aislados.

Baste mencionar, a este efecto, el reconocimiento hecho por la Corte Mundial, en materia de contratos a plazo fijo, de que la práctica a menudo los ha tratado como otorgando el derecho a continuar con el cargo, "en una manera que trasciende la redacción estricta del contrato", llegándose a mantener el punto de vista de que se puede perfectamente alegar que la no renovación de un contrato temporal da base legítima para una demanda.

La historia de los tribunales administrativos internacionales -que ni siquiera ha trascendido de la época contemporánea- está abrigada por el esfuerzo encomiable de sus jueces de aplicar, en lo posible, aquellos instrumentos idóneos que los principios sacrosantos del derecho, la jurisprudencia y la ciencia han puesto a su disposición, para así, taladrando los muros de la resistencia administrativa, tratar de lograr el imperio de la justicia en el estrecho campo de su actuación.

VIII.- Procedimiento

El procedimiento en los tribunales administrativos internacionales es comparativamente sencillo. Está explícitamente definido en el estatuto y desarrollado en el correspondiente reglamento.

Dicho procedimiento contiene reglas que, *mutatis mutandi*, son las mismas para todos los organismos; presenta las características tradicionales de todo procedimiento administrativo: existencia de una disputa

(*débat contradictoire*) y carácter escrito indagatorio (33); y responde a tres órdenes de necesidades:

- a) facilitar el acceso al tribunal, con un mínimo de formalidades y de gastos (*par l'absence de formes et de frais*);
- b) permitir una tramitación rápida de los asuntos en el interés del funcionario y de la organización; y
- c) no estorbar el funcionamiento de la administración. (34)

El primero de los tribunales que se establecieron, el de la Sociedad de las Naciones, se inspiró, en lo jurídico, en las reglas prácticas que rigen para el Consejo de Estado francés, pero tomó en cuenta primordialmente consideraciones de tipo presupuestario.

En efecto, la comisión encargada de estudiar la constitución del Tribunal, preocupada por el costo del proyecto, al presentar su informe financiero a los órganos supremos de la institución, señaló ciertas peculiaridades procesales que, en su criterio, deberían caracterizar el funcionamiento del Tribunal, a fin de disminuir los gastos: a) que el procedimiento tuviera lugar luego de que otros órganos hubieran examinado el asunto, o sea, que hubiera ya una decisión definitiva; b) que la demanda fuera presentada en un plazo razonable después de la decisión a que hubiera dado lugar la pretensión; y c) que sólo demandas que implicaran una importancia real fueran sometidas al Tribunal y que las demandas fútiles o vejatorias no fueran consideradas por éste. (35)

Por ello, expresa Ballaloud, en el Estatuto se incluyeron normas de eficacia y rapidez, que distinguen este tipo de procedimiento administrativo. (36)

Para la admisión de querellas es indispensable, pues, que haya habido una decisión previa de la administración que, en el ejercicio de sus funciones, haya causado perjuicio (*décisions faisant grief*) al funcionario, o sea, que éste, antes de ocurrir a la instancia judicial, debe obtener una resolución que haya afectado sus derechos contractuales o las condiciones

(33) Ballaloud, Jacques. Ob. cit. pág. 39.

(34) Bastid, Suzanne. Ob. cit. pág. 420.

(35) Bedjaoui, Mohammed. Ob. cit. pág. 504.

(36) Ballaloud, Jacques. Ob. cit. pág. 41.

de su nombramiento. Pero se requiere, además, que dicha decisión sea definitiva, es decir, que se hayan agotado todos los recursos anteriores de arreglo o conciliación establecidos en el correspondiente estatuto.

La demanda debe plantearse contra la organización en sí y no contra el máximo jefe de la administración o un individuo en particular, aun cuando formalmente se dirija contra el Secretario General o Director General. Es apropiado citar a este respecto lo expresado por la C.I.J. en una de sus opiniones consultivas con lo que se definió la cuestión:

“Si el Secretario General termina el contrato de servicio sin el asentimiento del miembro del personal y de esa acción resulta una disputa que se somete al Tribunal Administrativo, las partes en esa disputa ante el Tribunal son el miembro del personal y las Naciones Unidas, representadas por el Secretario General, y esas partes estarán obligadas por la sentencia del Tribunal.” (37)

Siendo relativamente similares los procedimientos administrativos, por razones obvias, nos referiremos al del TABID.

El escrito de demanda debe contener:

- a) las generales del impetrante y las de su representante legal o abogado;
- b) la individualización de la oficina de la que forma o formaba parte; la fecha y la clase de su nombramiento o contrato, y los nombres de las autoridades que intervinieron en la decisión impugnada;
- c) la exposición clara de los hechos;
- d) los fundamentos de derecho en que se apoya, la explicación de las cláusulas estatutarias o pactadas infringidas, y la forma en que se ha producido el incumplimiento o la infracción;
- e) la enumeración precisa de sus peticiones, especialmente sobre las decisiones que impugna, las obligaciones cuyo cumplimiento solicita, el monto de la indemnización y cualesquiera otras reparaciones que estime corresponderle; y

(37) Amerasinghe, C.F. Ob. cit. pág. 74.

f) la firma del demandante y la del apoderado que haya designado.

La demanda, naturalmente, debe ir acompañada de los documentos con que fundamenta sus pretensiones, y si no los tiene, el impetrante puede pedir al Tribunal que ordene la exhibición de aquellos documentos a que no haya podido tener acceso o que se le hayan negado. Es condición *sine qua non* la presentación de copia del acta del Comité de Conciliación, para comprobar el cumplimiento del requisito previo.

Se establecen plazos cortos para incoar la demanda, y una vez trasladada ésta al Banco, iguales para contestarla, y aún más breves, para la presentación de los escritos de observaciones.

Evacuados los trámites anteriores o cumplidos los plazos respectivos sin que se hubieran formulado observaciones, el Presidente ordena la apertura de un período de pruebas, en el que las partes pueden acompañar nueva evidencia documental y presentar testigos para cada hecho controvertido.

La prueba testimonial se recibe por el Presidente, otro juez designado por él para el efecto o por el Secretario Ejecutivo.

Tanto el Presidente y los jueces como las partes o sus representantes pueden interrogar a los testigos.

Procede también la prueba por peritos para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Una vez completados los trámites mencionados se inscribe la causa en la lista de causas pendientes de la consideración del Tribunal y se hace la correspondiente notificación a las partes, las que pueden pedir al Tribunal que oiga alegatos verbales de los interesados o de sus abogados dentro de una audiencia fijada al respecto.

La audiencia para oír alegatos orales es pública, salvo casos especiales calificados por el Tribunal, y es interesante comprobar que a ella asisten autoridades y numerosos miembros del personal, incluyendo a los dirigentes de la Asociación de Empleados. La solución de cada caso constituye luego un precedente, que puede tener trascendencia futura en litigios parecidos o afectar a otros funcionarios o al propio Banco.

Todo tercero que tenga algún interés comprobado en el juicio está autorizado a intervenir.

Sentencias

El Estatuto del TABID expresa "que una vez que el Tribunal haya deliberado y pesado todos los antecedentes de hecho, adoptará decisión por mayoría de votos."

Mme. Bastid estima que en los tribunales administrativos no se conoce oficialmente la institución de ponente de la sentencia ("rapporteur") (38). Esto está contradicho, por lo menos, por lo dispuesto en el TABID, en donde está claramente estipulado que "para la redacción de la sentencia, el Tribunal designará a uno de sus miembros en conformidad a las normas internas que al respecto se fije, con el propósito de alcanzar una eficiente administración de justicia y una equitativa distribución del trabajo."

En general, las sentencias son ampliamente motivadas. Luego de indicar la integración del tribunal, se hace una relación de los hechos, un resumen de los argumentos y peticiones del demandante, la esencia de los argumentos de la contestación de la demanda, el análisis de las pruebas y las consideraciones jurídicas pertinentes, y finalmente, el fallo, el cual se notifica de inmediato a las partes.

Las sentencias se pronuncian en los idiomas oficiales de la respectiva organización, pero en la práctica se redactan casi siempre en francés e inglés. Las del TABID y del TAOEA se dictan en español e inglés.

Es usual que algunos jueces de la minoría expresen su posición con votos disidentes, y aun los de mayoría, pueden explicar con distinto razonamiento su posición. (39)

Los instrumentos estatutarios y reglamentarios indican que las sentencias son obligatorias e inapelables.

(38) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 439.

(39) El TAOIT no ha aceptado el sistema del voto disidente.

Sobre la obligatoriedad de las decisiones se ha planteado, al igual que respecto a la esencia del derecho internacional, el problema de la carencia del elemento coercibilidad.

Consideramos conveniente, para fines de claridad transcribir a continuación, el lúcido pensamiento al respecto de Velasco:

"Si por *imperium* de las decisiones judiciales se entiende el poder que de ellas emana y que permite imponer su cumplimiento coercitivamente, aun con el auxilio de la fuerza pública, los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales carecen de él. Efectivamente... no existe una autoridad que permita imponer el cumplimiento de sentencias que no emanen de los tribunales ordinarios de un estado organizado."

El citado jurista agrega: "Pero debe reconocerse que si bien esta situación es válida en el plano de los principios, en la realidad de las cosas no se ha producido, hasta ahora, el caso de un organismo internacional que se haya negado a cumplir las sentencias dictadas por su tribunal administrativo." (40)

Ha habido, eso sí, tanto en la Organización de los Estados Americanos, como en las Naciones Unidas, intentos de negarse a obedecer la fuerza obligatoria de unas pocas decisiones, pero se ha impuesto al final el imperio del derecho.

Sáenz Jiménez señala tres razones para el sometimiento a esas sentencias: "1 - El peso del principio fundamental de que las decisiones judiciales se acatan; 2 - por la expectativa de la comunidad de instituciones internacionales de que se cumplan las ordenes judiciales por ser esa la manera civilizada de proceder; y 3 - por el prestigio de la estatura profesional y personal de los jueces que integran los tribunales administrativos." (41)

En conclusión, se puede afirmar que la tramitación procesal en los tribunales administrativos es relativamente sencilla, expeditiva y no formalista, tratando de cumplir la conocida recomendación del Comité británico sobre los tribunales administrativos, de 1956, de que la regla de oro de dicho procedimiento debe basarse en tres conceptos: *openess, fairness and impartiality*. (42)

(40) Velasco, Eugenio. Ob. cit. Pág. 32.

(41) Sáenz Jiménez, Hernán. Ob. cit. Pág. 8.

(42) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 440.

IX.- Control Judicial de los Tribunales. Recursos

Es evidente que los organismos internacionales para cumplir sus fines tienen un indiscutible poder administrativo, que ellos deben usar correctamente, y si bien tienen autoridad reconocida sobre el personal, los actos de la administración deben encuadrarse dentro de los límites fijados por las normas jurídicas, tanto las de los imperativos de su derecho interno, como las de validez universal.

El poder administrativo no puede, por lo tanto, ser absoluto, ni mucho menos, abusivo o arbitrario. Esto quedó claro desde la época de la Sociedad de las Naciones, cuando el Comité de Juristas nombrado por el Consejo, en el célebre Caso *Monod*, declaró:

"Esto no significa que una administración pública puede ejercer sus poderes de una manera arbitraria. La administración debe siempre, en todos sus actos, tener en cuenta el interés público y respetar los principios de justicia. Si se excede en esos poderes para fines privados, o fines no autorizados por la ley, o si comete una injusticia, es culpable de actos ilegales." (43)

Los autores señalan el hecho de que la potestad administrativa puede provenir bien de una obligación de ejercerla de cierta manera, o derivarse de facultades discrecionales de actuación, pero el ejercicio de tal poder puede, en todo momento, ser cuestionado por los miembros del personal, cuando éstos se sienten afectados, por acción u omisión, en sus derechos o en su cargo.

Es en esas situaciones cuando se hace necesaria la intervención de los tribunales para hacer uso del control judicial sobre las decisiones administrativas, analizando el alcance de éstas y limitando el poder discrecional que innegablemente tiene la administración.

Debe recordarse que el órgano jurisdiccional, como se ha comentado anteriormente, está facultado para conocer de las consecuencias jurídicas, en ciertos casos, aún de los actos legislativos de las organizaciones internacionales; pueden así examinar la prueba e interpretar la ley, y en con-

(43) Société des Nations. *Journal Officiel*, 1925, Pág. 1441 y sig.

secuencia, declarar la ilegalidad de una medida a un caso concreto, pero le está vedado, por otra parte, revisar las resoluciones soberanas de carácter general, que legítimamente corresponden a la organización para desarrollar sus objetivos y dirigir las operaciones administrativas.

De esa forma, tomando en cuenta el interés y los propósitos de la entidad, el órgano deliberante -la Asamblea General o el Directorio- puede establecer categorías y rangos de empleados, tablas de salarios, códigos de ética o medidas disciplinarias, y aun causales de despidos, disposiciones todas que rigen las relaciones con los funcionarios, pero en la aplicación de ellas deben actuar conforme a derecho, ya que de no hacerlo apropiadamente, puede surgir la actuación y el control judicial de parte del tribunal.

Conviene traer a cuento, que en el desarrollo de su jurisprudencia, luego de analizar el exceso en el ejercicio del poder discrecional, los tribunales han invocado, en materia de discriminación o de desigualdad de trato, la doctrina del *détournement de pouvoir*, o sea, el abuso o mal uso del poder, "la acción de una autoridad administrativa al emplear sus facultades para un propósito distinto de aquél para el que dichas facultades fueron conferidas." (44)

La citada doctrina se ha aplicado aun cuando no hayan existido regulaciones expresas al respecto. De este modo, el TABM, en *de Merode*, al examinar la facultad legislativa de la institución de modificar unilateralmente las condiciones de empleo, expuso que "el Banco abusaría su discrecionalidad si adoptara tales cambios por razones ajenas al adecuado funcionamiento de la organización y sus deberes de asegurarse que cuenta con un personal que posee los más altos estándares de eficiencia y de competencia técnica."

La potestad de controlar judicialmente las medidas administrativas, dentro de la complejidad y amplitud de su alcance, comprende tres aspectos esenciales:

- a) un poder de anulación;
- b) un poder de ordenar la ejecución de una obligación; y

(44) Amerasinghe, C.F. Ob. cit. Págs. 271 y sig.

- c) un poder de reparación si la anulación o la ejecución es imposible.
- (45)

Dentro de la riqueza de la jurisprudencia administrativa internacional, en efecto, existe un considerable número de sentencias, especialmente en materia de terminación o no renovación de contratos de empleo, en las que en vez de restaurar al funcionario que ya no goza de la confianza gerencial, han resuelto, en cambio, ordenar a la administración pagar a qué una equivalente indemnización, posición doctrinalmente discutible, pero acaso, necesaria, en determinadas circunstancias.

Hemos afirmado que las decisiones de los tribunales administrativos son de naturaleza obligatoria y sin apelación. Sin embargo -al igual que en otras cortes nacionales o internacionales- existen ciertos recursos, a saber:

- 1) el de subsanar, de oficio o a petición de parte, los errores de cálculo o de escritura que se hayan inadvertido u omitido en un plazo perentorio corto;
- 2) el de explicación o interpretación de la sentencia; y
- 3) el de revisión de la misma, pero sólo en el caso de que se descubra un hecho o un documento nuevo de naturaleza tal que pueda ser factor decisivo en la resolución del caso, que a la época de dictarse la sentencia haya sido desconocido del tribunal y de la parte que entabla el recurso y que este desconocimiento no se deba a culpa o dolo de esa parte.

Consideramos conveniente mencionar que hay un proyecto para que la Corte Internacional de Justicia conozca de decisiones de los tribunales administrativos de las Naciones Unidas y de las Agencias Especializadas de dicha Organización, pero como se verá adelante, en varias ocasiones se ha solicitado la opinión consultiva de aquella Corte ante sentencias del tribunal administrativo.

Cuando el estatuto no contiene disposiciones expresas para la concesión de recursos, o éstos sólo aparecen de manera implícita, los tribunales han invocado la teoría del "poder inherente", y es con fundamento en ella

(45) Bastid, Suzanne. Ob. cit. Pág. 491.

que ante la alternativa de anular la decisión administrativa o de exigir el cumplimiento de una obligación, por una parte, o de imponer una apropiada compensación monetaria, por la otra, los tribunales han preferido la segunda opción, en una tendencia clara de favorecer a la administración.

La doctrina del "poder inherente", sin embargo, ha sido un pilar para disminuir la desigualdad evidente que existe en las primeras etapas del conflicto de relaciones entre la administración y el funcionario, cuando aquélla es a la vez juez y parte. La actuación de los tribunales administrativos, dotados de aquel poder, para controlar judicialmente las medidas administrativas, es la verdadera garantía del respeto a los derechos de los miembros del servicio civil internacional.

Así lo ha reconocido Gentôt, al afirmar: "cualquiera que haya sido el progreso conseguido después de una veintena de años, el problema central de las relaciones entre los administradores y los jueces reside en lo que Waline identifica como la esencia del derecho administrativo (internacional) ¿cuál es el margen de control del que dispone el juez para limitar, en salvaguarda de los derechos de terceros (funcionarios o agentes públicos) el poder discrecional de la administración? ¿hasta dónde puede el juzgador llevar su control sin incurrir en el reproche de sustituir sus apreciaciones a las que pertenecen al rol exclusivo de la administración?". (46)

Los jueces han realizado una labor admirable y responsable, al ejercer su control, como dice Gentôt, "con discernimiento, tacto y mesura", pero rindiendo tributo a la majestad de la justicia.

X.- Algunos casos importantes

En el desarrollo de esta ponencia nos hemos referido a algunas pocas sentencias de la infinidad de decisiones de los tribunales de administración en su loable lucha por garantizar, evitar que sean conculcados y hacer efectivos los derechos de los servidores de la función pública internacional.

(46) Gentôt, Michel. "Contrôle de la légalité et limites du pouvoir discrétionnaire." Dentro del volumen *Le contentieux de la fonction publique internationale*. Pedone. París, 1996, pág. 244.

Es sabido que existen numerosas y completas recopilaciones del "case law", de estos tribunales, que abarcan a veces varios volúmenes, ya que cada organismo se ha esmerado en publicar las correspondientes a su respectivo órgano jurisdiccional.

El análisis de la jurisprudencia excede los límites de este modesto estudio, pero tiene una relevancia significativa en la elaboración de esta disciplina jurídica. Es pertinente citar al respecto las afirmaciones válidas de Gros Espiell: "la importancia creciente de la jurisdicción administrativa internacional -manifestación orgánica y procesal de un capítulo de la nueva rama del Derecho Internacional denominado Derecho Administrativo Internacional, también llamado Derecho Interno de las Organizaciones Internacionales- y del fenómeno específico de la función pública internacional, así como la existencia de varios recursos de este tipo interpuestos en el pasado ante la Corte Internacional de Justicia, o actualmente en trámite ante este órgano, son la mejor demostración del interés del tema." (47)

Consideramos de relevante interés referirnos brevemente a los recursos interpuestos ante la C.I.J. impugnando fallos del TANU y del TAOIT, los cuales han sido resueltos por la vía indirecta de la opinión consultiva, ya que era imposible recurrir de otra manera a la Corte por no tratarse de un litigio entre Estados.

El Artículo 11 del Estatuto del TANU faculta a un Estado Miembro, al Secretario General o a la persona interesada a impugnar dicha sentencia en cuatro situaciones:

- a) si considera que el Tribunal se ha extralimitado en su jurisdicción o competencia;
- b) si éste no ha ejercido la jurisdicción que se le ha conferido;
- c) si ha incurrido en un error de derecho relativo a la Corte de la ONU; o
- d) si ha cometido un error fundamental de procedimiento.

En esas eventualidades, dentro de un plazo de treinta días, se puede pedir a un Comité *ad hoc*, integrado por miembros de las delegaciones

(47) Gros Espiell, Héctor. *El Recurso ante la Corte Internacional de Justicia contra las sentencias de los Tribunales Administrativos Internacionales*. Coimbra, 1985. Pág. 5 y 6.

que han formado parte de la Mesa de la Asamblea General, en el período de sesiones más reciente, que estudie si hay fundamento suficiente para solicitar una opinión consultiva a la C.I.J.

Si el Comité resuelve negativamente, la decisión del Tribunal Administrativo es *res judicata* y debe cumplirse. En todos los casos, el Secretario General dará efecto a la opinión de la Corte o solicitará una reunión del Tribunal para que, de conformidad con la opinión de la Corte, confirme su fallo original o emita un nuevo fallo.

El Artículo II del Estatuto del TANU fue incorporado luego de que éste pronunciara varias sentencias sobre casos de funcionarios estadounidenses cesados por el Secretario general Trigve Lie, a instancias del Gobierno de los Estados Unidos, en la época del "mackartismo", por haberse negado éstos a declarar si estaban afiliados o si eran militantes del Partido Comunista.

"El Tribunal estimó -dice Gros Espiell- que la afiliación a un partido político no era en sí una justificación para la destitución y una destitución basada en tal premisa constituiría una violación del derecho de los funcionarios y representaba un abuso de poder."

Como el Secretario General no aceptó reintegrar en sus cargos a los funcionarios despedidos, se fijaron las indemnizaciones procedentes, pero ante la presión de la Delegación norteamericana, a la que se sumaron otras representaciones, que se negaron a dotar a la Organización de los fondos para el pago de las indemnizaciones, se recurrió al expediente de solicitar la opinión consultiva de la Corte de La Haya.

Como es ampliamente conocido, la Corte, por mayoría de votos, declaró "que la Asamblea General no tiene el derecho, por ninguna razón, a negarse a ejecutar sentencia del Tribunal Administrativo que acuerda a un funcionario de la ONU una indemnización, cuando se ha puesto fin a su relación formal sin su consentimiento."

Gros Espiell, con su lucidez acostumbrada, ha hecho un estudio profundo y detallado, con mención de los innumerables problemas jurídicos que han generado las opiniones consultivas de la Corte en este campo. Juzgamos oportuno mencionar lo dicho por el jurista uruguayo sobre la opinión del 13 de julio de 1954 de la C.I.J., que sintéticamente resume los alcances de tal decisión.

"Esta opinión implicaba, de acuerdo a los razonamientos expuestos en la parte considerativa, sostener el carácter jurisdiccional del Tribunal, la regularidad de su creación por la Asamblea General, la vinculación de ésta por sus decisiones, que está obligada a ejecutar incluso si otorgan indemnizaciones, ya que ni siquiera el hecho de que el poder presupuestario de la Organización esté en manos de la Asamblea, faculta a ésta a oponerse a la ejecución de una sentencia del Tribunal. La Corte estimó en sus considerandos, además, que las competencias del Tribunal no lesionan las del Secretario General en materia de personal, porque éstas se encuentran limitadas por el poder de la Asamblea General de adoptar el Estatuto de los funcionarios y de crear, como órgano subsidiario, un Tribunal para hacer justicia entre la Organización y los funcionarios." (48)

Por su parte, el Estatuto del TAOIT, contiene el Artículo XII, que textualmente dispone:

"1 - En los casos en que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo o el Consejo de Administración de la Caja de Pensiones impugnen una decisión del Tribunal que confirme su competencia o consideren que una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido, el Consejo de Administración someterá con carácter consultivo a la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la validez de la decisión del Tribunal.

2 - La opinión que emita la Corte será obligatoria."

En la misma forma pueden acceder a la jurisdicción de la Corte, en demanda de opinión consultiva, las otras organizaciones internacionales que han reconocido la competencia del TAOIT.

El origen histórico de esas disposiciones se remonta a la existencia del antiguo Tribunal de la Sociedad de las Naciones, el cual declaró inaplicable una resolución de la Asamblea que redujo de cuatro años a seis meses la indemnización a funcionarios destituidos. "La Asamblea General de la Sociedad de las Naciones -afirma Gros Espiell- antes de disolverse en

(48) Gros Espiell, Héctor. Ob. cit. Pág. 13.

1946, estimó que el Tribunal se había excedido en su competencia y decidió no cumplir con las sentencias.”

Como el antiguo Tribunal se transformó en Tribunal Administrativo de la O.I.T., “frente al malestar suscitado por esta decisión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el Presidente del Consejo de Administración de la OIT sugirió que se buscara una fórmula para evitar que situaciones análogas pudieran producirse en el futuro. La fórmula proyectada, agrega el tratadista uruguayo, consistió en atribuir a la Corte Internacional de Justicia la competencia de pronunciarse, en base a una opinión consultiva, de efecto obligatorio.” (49)

Con fundamento en esas atribuciones, se han planteado consultas a la Corte, especialmente de parte de la UNESCO.

A diferencia de la regla estatutaria del TANU, la del TAOIT abarca una dimensión consulta menor, pues limita su petición a la Corte para resolver únicamente dos cuestiones: la de determinar si éste ha actuado dentro de su competencia y si la decisión comprende un error esencial de procedimiento.

El contenido de las opiniones consultivas de la Corte, reconociendo la competencia, y por ende, la correcta actuación del Tribunal, ha generado críticas fuertes de parte de los cuerpos políticos de los organismos internacionales, al grado de que se ha intentado abrogar el Artículo 11 del Estatuto del TANU y el Artículo XII del Estatuto del TAOIT.

Si a lo anterior se agrega la frialdad con que la propia Corte ha aceptado esta responsabilidad, que se estima debería corresponder a otro órgano, se hace indispensable contemplar la posibilidad de crear cortes de apelación de las sentencias de los tribunales administrativos. Al respecto, se puede recordar el voto particular del Juez Roberto Ago en el caso de la opinión consultiva de la Corte en el asunto *Yakimetz* (1987), en el que sostuvo, con claridad meridiana, que la Corte “debe rigurosamente evitar dejarse inducir a ejercer... funciones que podrían corresponder a una corte administrativa de apelación, y que serían incompatibles en la naturaleza

(49) Gros Espiell, Héctor. Ob. cit. Págs. 51 y 52.

de órgano supremo de las Naciones Unidas, encargado de juzgar los diferendos de derecho internacional entre Estados” (50)

Se puede concluir que al decidir la Corte, en memorables y luminosas opiniones consultivas, que la Asamblea General no tiene derecho alguno a incumplir las sentencias del Tribunal Administrativo, la Corte “se ha fundamentado en el carácter jurisdiccional de esas decisiones, a las que un órgano político no debería pues sustraerse.” (51)

XI.- La noción de los derechos adquiridos

Uno de los temas más discutidos en el ámbito del derecho administrativo internacional es el de la aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos, pues la jurisprudencia, en la mayoría de los casos, la ha reconocido, pero en otros, se ha mantenido cautelosa y hasta negativa.

El problema se ha planteado ante el conflicto de dos intereses respetables: por una parte, el derecho indiscutible de la administración de conducir satisfactoriamente la función pública internacional, adaptándola a las necesidades cambiantes de naturaleza política, financiera y económica, y por otra parte, el derecho inalienable del funcionario de asegurar la estabilidad del cargo y sus expectativas de mejoramiento laboral.

Debe tenerse en cuenta que el agente internacional, para aceptar una posición, que generalmente lo obliga a expatriarse, estudia cuidadosamente las condiciones del empleo (salario, grado, ascenso, retiro, repatriación, etc.). Esas condiciones, se puede decir, integran su patrimonio de servicio.

Para tratar de conciliar intereses, que si bien son complementarios, a veces pueden ser contrapuestos, se ha recurrido al concepto de los derechos adquiridos, “a fin de proteger lo justiciable de lo arbitrario del Príncipe.” (52)

(50) Thierry, Hubert. “Les voies de recours contre les jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies et du Tribunal Administratif de la OIT”. Dentro de volumen *Le Contentieux de la Fonction Publique Internationale*. Pedone. París. Pág. 123 y 124.

(51) Thierry, Hubert. Ob. cit. Pág. 126.

(52) Apprill, Claudette. *La notion de Drois Acquis dans le droit de la fonction publique internationale*. Pedone. París 1983. Pág. 316.

Como se ha dicho anteriormente, los lazos que unen a la organización con su personal, no son ni totalmente de índole contractual ni puramente de carácter estatutario, de una naturaleza híbrida dice algún autor. Esto "contribuye a acentuar la dificultad de saber en qué medida una modificación regularmente hecha a una disposición reglamentaria y que tiene por efecto reducir o suprimir las ventajas acordadas bajo el dominio de una regla anterior es aplicable. (53)

En algunos textos, el concepto aparece consignado claramente, mientras que en otros se guarda silencio al respecto. Akehurst proclama que el ancestro de este tipo de cláusulas es el Artículo 80 del Estatuto de Personal de la Sociedad de las Naciones, que rezaba así: "El presente Estatuto y sus anexos pueden ser enmendados por el Secretario General sin perjuicio de los derechos adquiridos de los funcionarios." (54)

Los Estatutos de Personal de muchos organismos mantienen expresamente esa regla. A título de ejemplo, citamos a continuación el texto de disposición de la OIT:

"El Director General puede, sin menoscabo de los derechos adquiridos de los funcionarios, modificar los términos de todo contrato de empleo, a fin de ponerlo de acuerdo a cualquier medida relativa a las condiciones de empleo de los funcionarios que la Conferencia General o el Consejo de Administración pueda decidir aplicar a los funcionarios en servicio;" y "bajo reserva de la aprobación del Consejo de Administración, el Director General puede, previa consulta a la Comisión Administrativa, enmendar el estatuto de personal sin que se menoscaben los derechos adquiridos de los funcionarios."

Se ha argumentado, con cierta razón, que los términos "derechos adquiridos", en la práctica, tienen un sentido impreciso, y los publicistas se preguntan si la noción se distingue, en los efectos jurídicos que se le han conferido, del principio general de la irretroactividad, en particular cuando el empleo se ha aceptado bajo reserva de las disposiciones del

(53) Apprill, Claudette. Ob. cit. pág. 318.

(54) Akehurst. M.B. *The law governing employment in international organization*. Cambridge University Press 1967. Pág. 209.

estatuto y del reglamento de personal, y comprende sus eventuales modificaciones. (55)

La clarificación del concepto la ha venido haciendo, de manera encomiable, la jurisprudencia, tomando en cuenta si la situación del funcionario internacional es de naturaleza estatutaria o si es compleja, a la vez estatutaria y contractual. A este respecto, es imprescindible referirse a la sentencia del TAOIT en el célebre caso *Lindsey*, que hizo distinción entre las disposiciones en juego, así:

a) aquellas formal y materialmente contractuales, no pueden ser modificadas sin el acuerdo de las dos partes;

b) aquellas formalmente reglamentarias y materialmente contractuales -que establecen los elementos del estatuto individual del agente- no pueden ser modificados respecto de un agente en servicio sin su consentimiento, y siempre que no trastorne la economía del contrato o menoscabe las condiciones fundamentales que ha determinado al funcionario a aceptar el empleo; y

c) aquellas formalmente y materialmente reglamentarias -relativas a la función pública internacional y a prestaciones impersonales y variables- pueden ser modificadas en todo momento, en el interés del servicio, bajo reserva del principio de la no retroactividad y de las limitaciones que la autoridad competente se haya ella misma puesto a ese poder de modificación. (56)

Es interesante traer a cuento que el TABM no ha aceptado el concepto de los derechos adquiridos, pero ha reconocido, no obstante, que existen limitaciones importantes implícitas al poder de la organización a enmendar la ley escrita. El mencionado Tribunal ha fallado en favor del funcionario afectado por una nueva disposición de las autoridades, no por tener en su patrimonio laboral derechos anteriores, sino porque han violado condiciones esenciales del empleo. (57)

Es indiscutible que la jurisprudencia en este campo ha venido evolucionando. Después de varias décadas el TANU ha aplicado reiteradamen-

(55) Apprill, Claudette. Ob. cit. Pág. 333.

(56) Apprill, Claudette. Ob. cit. Pág. 337 y 338.

(57) Amerasinghe, C.F. Ob. cit. págs. 391 y sig.

te sentencias en las que, según Sicault, los tres elementos esenciales son el respeto a los derechos contractuales, la sumisión al principio de la no retroactividad en el dominio estatutario, y, más recientemente, el reconocimiento de derechos resultantes de una expectativa. (58)

En el complejo campo de los derechos adquiridos, es obvio que la jurisprudencia no ha sido uniforme, pero los tribunales han ahondado, con fino bisturí doctrinal y jurídico, en las propias entrañas del problema, y utilizando fórmulas distintas, están taladrando el muro de las diferencias, para lograr una armonización progresiva del respeto a ese principio general de derecho.

XII.- Los derechos humanos en el derecho administrativo internacional

Al hacer la presentación de un nuevo y denso libro sobre el tema palpitante de los derechos humanos, nosotros hicimos relación al adelanto logrado en el Siglo XX en el campo de la ciencia y la tecnología al igual que en el modo de vida y en las costumbres, y agregamos:

“En tanto con Einstein se descifró el enigma de la materia y luego se partió el átomo, con Freud se escrutó los misterios profundos del alma humana, hasta penetrar a lo inconsciente. Esa es la época en que se ha llegado a la luna, se ha inventado la televisión, y con los “micro chips” se ha hecho lo imposible: medir lo aparentemente inconmensurable.

Y con el progreso científico y tecnológico, se ha llegado también a afianzar ideas venerables en las relaciones humanas e internacionales; y dentro del mare magnum de temas a los que tratadistas, pensadores y hombres de buena voluntad han dedicado sus esfuerzos para el progreso y bienestar del género humano, dos materias han ocupado la preferente atención por su dimensión ecuménica: el mantenimiento de la paz y de la seguridad en el mundo, con su corolario de la solución pacífica de los conflictos, y la observancia, fomento y protección de los derechos humanos y de las libertades

(58) Sicault, Jean-Didier. *L'évolution de la jurisprudence des tribunaux administratifs des Nations Unies et de l'OIT en matière de droits acquis*. Pedone. Paris. Pág. 8.

fundamentales, que persiguen el respeto a la dignidad inalienable del individuo, sin distinción alguna -como lo enuncia en frase abarcadora la Declaración Universal- “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición.” (59)

En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos, de indiscutible validez universal, ha penetrado a la conciencia jurídica del mundo y forma parte del patrimonio espiritual de la humanidad.

Es lógico y natural que la túnica redentora de esa disciplina haya alcanzado a cubrir con sus venerables principios al derecho administrativo internacional, aunque todavía no de una manera total, por las restricciones que aun se imponen a ella en su ascendente carrera de consolidación.

Así Marks, quien ha profundizado en el desarrollo de la función pública internacional, demuestra que, en sus orígenes, las reglas que dominaban la relación entre la institución y sus funcionarios eran las de un simple contrato privado, y que aun posteriormente, con la aparición de los tribunales administrativos, si bien nuevas normas de un derecho específico, empezaron a tomar forma, la realidad es que pese a las numerosas sentencias dictadas por aquéllos y el tesoro doctrinal que las inspira y fundamenta, tal rama jurídica permanece en estado embrionario y es todavía -para él- un derecho incompleto.

Es incompleto, añade el autor, en su procedimiento, porque existen en él muchas lagunas, y lo es en la sustancia, porque todavía la incorporación de los principios generales de derecho está en cierto sentido limitada, y si a ello se agrega la situación política prevaleciente, en que muchas decisiones de los órganos deliberantes de las instituciones continúan dependiendo del punto de vista de los gobiernos, aparece claro que el derecho administrativo no ha adquirido madurez plena, pues en él predominan los deberes de los funcionarios sobre sus derechos a un trato justo. (60)

La anterior posición es, en nuestro modesto criterio, válida parcialmente, pues al auge arrollador de la jurisprudencia en los últimos quin-

(59) Prólogo al Libro *La suspensión de los Derechos Fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos* de Meléndez, Florentín. Imprenta Criterio. San Salvador 1999 Pág. I.

(60) Marks, Stephen. Ob. cit. Pág. 145 y 146.

quenos, debe sumarse la disminución de la influencia política, especialmente después de las concluyentes opiniones consultivas de la Corte Mundial.

Los estatutos de personal destacan la importancia de los deberes de los funcionarios, cuyo incumplimiento genera sanciones de diversa índole, que van desde las medidas disciplinarias normales hasta la destitución o no renovación del contrato. Ya se han mencionado, en el curso de este estudio, algunos de esos deberes predominantes, que no es ocioso repetir: la lealtad a toda prueba a la organización aun sobre el interés nacional; el apego estricto a las obligaciones del cargo y la observancia de una conducta acorde a su posición de funcionario internacional; la abstención de cualquier actividad que no sea las de la institución; el cuidado de la imagen de la entidad a que sirve; la prohibición de hacer declaraciones públicas sin autorización; la reserva y confidencialidad de sus informes; la declinación de aceptar distinciones honoríficas; el respeto a las leyes de policía del país en que ejercen sus funciones; la observancia fiel de sus obligaciones privadas; la imparcialidad política en su actuación y el acatamiento al código de ética, y otros más.

La primera tentativa oficial de enumerar los deberes y los derechos de los funcionarios la hizo el Comité consultivo para la función pública internacional (COFPI), por encargo de los Secretarios Generales de las Naciones Unidas y de las Agencias Especializadas, en los años cincuenta, con el fin de determinar las normas de los estatutos y reglamentos de personal.

Pero el informe del citado Comité -dice Marks- se limitó predominantemente a definir las obligaciones de los empleados: "Después de generalidades moralizadoras sobre las exigencias fundamentales de integridad, lealtad, independencia e imparcialidad, el informe expone los principios de conducta al interior del secretariado, en las relaciones con los Gobiernos y con los órganos representativos de la Organización, en las actividades políticas, en las relaciones con el público, fuera de la sede, al exterior y en la vida privada."

Ante tal falta de equilibrio al consignar *in extenso* los deberes y tratar superficialmente los derechos, la Federación de Asociaciones de Funcionarios Internacionales (FICSA), con el respaldo de autoridad doc-

trinal de los juristas Rolin, Perassi y Rousseau, elaboró una opinión técnica que trató de poner, en el mismo nivel jerárquico, los derechos y las obligaciones de los agentes públicos internacionales. (61)

Aunque el Consejo de la FICSA ha seguido insistiendo que para defender adecuadamente los intereses de los funcionarios, debe tenerse en cuenta las normas internacionales sobre los derechos del hombre proclamados y reafirmados por las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, y comprenden las normas internacionales de trabajo, contenidas en los convenios de la OIT, todavía no existe el mismo rasero en la aplicación práctica de la materia.

Por ello, el Juez Bedjaoui, al referirse a la libertad de opinión y expresión, sostuvo en su tesis doctoral que "parece paradójico que esos textos (la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos) sean desconocidos por las organizaciones mismas que los han elaborado y votado. Me parece así que los funcionarios internacionales al igual que cualquier ser humano, puede gozar del derecho de tener una opinión política y de expresarla". (62)

A esos deberes, según el principio jurídico y moral, corresponden derechos reconocidos, unos fundamentales aplicables a todo ser humano con tal, y otros de carácter individual, por ejemplo, el de un trabajador al descanso; el de una mujer, a licencia de maternidad; el de un enfermo, a la confidencialidad del informe médico; el del niño, a la instrucción elemental gratuita; el del herido en un conflicto armado, a la atención médica. "Es así -dice Marks- que el funcionario internacional debe poder gozar de todas las libertades fundamentales y de un cierto número de derechos particulares inherentes a su situación". (63)

De esa manera, por ejemplo, al deber de guardar reserva y mesura en sus funciones, corresponde la libertad de expresión en lo demás; al deber de cumplir correctamente con sus funciones, el derecho a una justa remuneración y a posibilidades de ascenso; a la prohibición de hacer declaraciones públicas, el respeto a su posición ideológica privada; al deber de

(61) Marks, Stephen. Ob. cit. págs. 317 a 323.

(62) Bedjaoui, Mohammed. Ob. cit. pág. 158.

(63) Marks, Stephen. Ob. cit. pág. 145 y 146.

mantener una imagen digna como funcionario internacional, el derecho al respeto de su vida privada; y al deber de lealtad absoluta a la organización, el derecho a conservar su nacionalidad y su vocación patriótica.

Los autores, en sus tratados, han dado preferencia al estudio de las normas de cultura de validez inmanente y a los principios generales de derecho como pautas complementarias de las reglas pactadas y reglamentarias en la relación administrativa internacional, indiscutibles cimientos filosóficos y legales de ella, pero no es sino hasta hace poco tiempo que se ha estado dando énfasis a la influencia generosa de la teoría de los derechos humanos en las discusiones de los tribunales administrativos.

Debe reconocerse que el TAOIT, desde el inicio de su benemérita labor, ha tomado muy en cuenta derechos que garanticen la dignidad inalienable del empleado y su facultad reconocida de pugnar por la seguridad y mejoramiento de su situación personal y laboral.

Ahora, gracias a la actividad responsable e iluminante de la FICSA y a la influencia enaltecida de la jurisprudencia y la doctrina, el respeto a las libertades y derechos humanos fundamentales está siendo ampliamente reconocido, por lo que se puede afirmar, con cierta base, que el derecho administrativo internacional está en proceso de completarse y de alcanzar, si bien no la autonomía como rama jurídica, sí su verdadera madurez.

XIII.- El derecho de asociación de los funcionarios internacionales

Es un principio de firme arraigo en el derecho administrativo internacional que los empleados de las organizaciones internacionales, sin distinción de ninguna clase, tienen la facultad, sin necesidad de autorización previa, de constituir entidades de su libre escogencia, para la defensa de sus intereses laborales, y de afiliarse a ellas.

Los estatutos y reglamentos en una u otra forma, han admitido tal derecho de asociación, y es que los organismos internacionales no pueden sustraerse del influjo imperioso de las normas del respeto de los derechos humanos fundamentales, que para muchos autores, son reglas de *jus cogens* y no pueden ser derogadas, porque tienen validez universal.

Tal reconocimiento en el derecho escrito de las organizaciones, a veces ha sido hecho en forma limitada, como un simple medio de comunicación y de consulta, pero en otras, de manera amplia, hasta con la facultad de participar en negociaciones colectivas, y aun más, de hacer uso del elemento de mayor presión: la huelga.

Debe recordarse, a este respecto, el discurso pronunciado por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, ante una reunión del personal en 1976, en el que "reconoció el derecho de los funcionarios de la ONU de hacer huelga para obtener satisfacción de sus reivindicaciones legítimas, a condición de que el ejercicio de ese derecho no implique actos de violencia." (64)

Hemos dicho que el derecho del servicio civil internacional es una disciplina jurídica relativamente nueva, surgida al establecerse la Sociedad de las Naciones, pero dentro de esa rama -que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad y el pleno desarrollo- el derecho de asociación del personal es de rancia estirpe, ya que fue aceptado por aquel organismo.

El derecho de asociación conduce lógicamente a la constitución de asociaciones de empleados, que tienen diversas funciones. Ellas elaboran sus propios estatutos; organizan las elecciones; eligen la junta directiva y el secretariado; informan al personal sobre sus actividades y defienden los intereses de los empleados, individual o colectivamente; se comunican con la administración y sirven de órgano de consulta, y en algunos casos, realizan negociaciones; hacen los estudios e investigaciones necesarios y respaldan moral y jurídicamente al funcionario.

El Estatuto del TABID concede a la Asociación de Empleados la importante facultad de presentar al Directorio Ejecutivo una lista de candidatos, para que éste elija de dicha lista a tres de los siete miembros del Tribunal.

Es procedente mencionar que dentro de las organizaciones, la Asociación de Empleados goza de singular consideración de parte del órgano deliberante de ellas. Por ejemplo, en el BID, el Presidente del Banco, en las reuniones de mayor importancia, se hace generalmente

(64) Marks, Stephen. Ob. cit. Pág. 267.

acompañar, como integrante de la delegación, del Presidente de la Asociación de Empleados.

Como regla, la Asociación de Empleados no tiene *locus standi* en los juicios, es decir, no puede intervenir en ellos, pero sí puede, de diversa manera, apoyar a los funcionarios para el éxito de sus pretensiones.

Se debe recalcar el hecho de que la Asociación de Empleados elige a sus dirigentes libremente sin requerir ni del consentimiento ni de la aprobación de la Secretaría General. Tales miembros de la junta directiva de la asociación gozan de ciertos privilegios, avalados nutridamente por la jurisprudencia, como el de dedicar tiempo, total o parcialmente, al desempeño de sus cargos gremiales, sin que se les pueda reprochar negligencia, abandono o incumplimiento de sus funciones normales de servicio.

A este respecto es pertinente traer a cuento lo declarado por el TAOIT en el caso *García y Márquez*, cuando la autoridad administrativa de la Organización Panamericana de la Salud le retiró facilidades a la Asociación de Empleados.

"La Organización no provee las facilidades puramente por benevolencia, sino porque es en el interés de la Organización que las funciones que la Asociación realiza deben ser total y completamente ejecutadas." (65)

Es interesante notar que las asociaciones de empleados han tendido a unirse entre sí. Nuestras informaciones comprueban que, por lo menos, existen dos agrupaciones sindicales: la Federación de Asociaciones de Funcionarios Internacionales (FICSA) y la Federación Sindical de la Función Pública Internacional (FSFPI), las cuales han aprobado resoluciones de trascendencia sobre los derechos de los funcionarios internacionales.

Se puede concluir -como lo sostiene Maupin- que la jurisprudencia marca una evolución notable de la función pública internacional en el sentido de una participación más grande de sus agentes en la determinación de sus condiciones de servicio. (66)

(65) Sentencia N° 46 (1982) del TAOIT. Pág. 16.

(66) Maupin, Francis. *Une nouvelle dimension jurisprudentielle du droit de la fonction publique dans la famille des Nations Unies*. Pedone, Paris 1980. Pág. 30.

Esto se debe, en alto grado, a la actuación admirable de las asociaciones de empleados.

Pero no es únicamente el rigor erudito y el apego estricto a la justicia de los fallos de los tribunales administrativos, al acoger la egregia labor de las asociaciones gremiales en la dignificación del servidor público internacional, los que han determinado la clarificación y fortalecimiento de los derechos de éstos, sino también la contribución esclarecida de la autoridad científica y moral de los tratadistas.

Conclusiones

1 - El derecho administrativo internacional está todavía en proceso de desarrollo y no tiene, en consecuencia, autonomía como auténtica rama jurídica y pertenece al derecho internacional público.

2 - El derecho administrativo internacional está compuesto de tres elementos fundamentales: a) estar inserto en una persona jurídica internacional, la organización internacional; b) estar dotado de un *corpus juris*, o sea, un derecho interno propio; y c) estar sometido a una jurisdicción encargada de hacer respetar ese orden jurídico.

3 - Los tribunales administrativos de los organismos internacionales constituyen la mejor garantía para una armónica relación entre la administración y sus funcionarios. Tienen verdadera autoridad jurisdiccional y sus decisiones son obligatorias, y hasta ahora, inapelables.

4 - Los tribunales citados conocen de las diferencias entre la autoridad administrativa y los funcionarios después de agotarse los medios de conciliación previos, y si bien sus sentencias son vinculantes, en homenaje a la majestad de la justicia y con el fin de lograr una progresiva uniformidad de la jurisprudencia, se hace necesaria la constitución de tribunales de apelación. La vía indirecta, aplicada en el sistema de las Naciones Unidas, de ocurrir a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, en caso de incumplimiento de las decisiones de los tribunales administrativos, no es la más adecuada.

5 - Las fuentes principales del derecho del servicio civil internacional lo constituyen el conjunto de normas estatutarias y reglamentarias esta-

blecidas por la organización y las disposiciones del contrato de empleo o de la carta de nombramiento, pero el órgano jurisdiccional puede y debe aplicar, en sus fallos, los principios generales de derecho, las reglas de los convenios internacionales de trabajo y las normas universales de respeto a los derechos humanos fundamentales, en lo que sean pertinentes.

6 - Los tribunales administrativos no sólo pueden, en el desempeño de sus funciones, conocer de casos concretos de violación de las condiciones de empleo, sino, incluso, anular disposiciones legislativas de los órganos deliberantes, de carácter general, cuando éstas afecten derechos reconocidos de los funcionarios y no se refieran al funcionamiento de la organización.

7 - Los funcionarios internacionales tienen la facultad de asociarse para la defensa de sus intereses gremiales y laborales, y las asociaciones de empleados deben gozar de mayor participación en los juicios de la que actualmente gozan, e incluso, en determinados casos, las de tener *locus standi*, es decir, la facultad de poder intervenir en los juicios, cuando a consecuencia de éstos puedan surgir medidas de carácter general que afecten al personal.

LA INSTITUCIONALIZACION JURIDICA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION Y LA SUPREMACIA DE LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA

Oswaldo MOLESTINA ZAVALA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I GENERALIDADES

CAPITULO II

1. Teorías derivadas de la confrontación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno

1.1. Teorías Pluralistas

1.2. Teorías Monistas

1.3. Teorías Conciliadoras

2. El Principio de Aplicabilidad Inmediata

CAPITULO III LA SOBERANÍA

1. El Estado como Organización Político-Jurídica

2. La Soberanía y la transformación de su concepto

3. La Constitución y las Normas de Derecho Internacional

CAPITULO IV

LA SUPRANACIONALIDAD COMUNITARIA

1. Distribución de Competencias y Poderes entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas

2. Las Relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea.

- 2.a. El Derecho Comunitario constituye un nuevo Orden Jurídico.*
- 2.b. Características del Derecho Comunitario que exigen su primacía sobre el Derecho de los Estados Miembros.*
- 2.c. Carácter multilateral de los Tratados Europeos y sus consecuencias.*
 - 2.c.1. El Derecho Comunitario debe tener la misma significación.*
 - 2.c.2. El Derecho Comunitario debe tener la misma fuerza obligatoria.*
 - 2.c.3. El Derecho Comunitario debe representar una categoría Jurídica Invariable.*

CAPITULO V

LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Los Tratados iniciales.

2. La Institución de las Comunidades.

- 2.1. Las Competencias Subsidiarias.*
- 2.2. Las Competencias Implícitas.*
- 2.3. Las Competencias Reservadas a los Estados.*
- 2.4. Las Competencias Concurrentes.*

3. La Preeminencia de los Tratados o Derecho Comunitario Primario.

4. El Derecho Comunitario Derivado o Secundario.

5. Estructura Institucional.

- 5.1. El Consejo.*
- 5.2. La Comisión.*

6. Fuentes y Alcances del Derecho Comunitario.

- 6.a. El Reglamento.*
- 6.b. La Directiva.*
- 6.c. La Decisión.*
- 6.d. Las recomendaciones y los dictámenes.*

7. La Unión Europea y el Tratado de Maastricht.

- 7.1. Objetivos.*
 - 7.1.a. Primer pilar de la Unión: La Comunidad Europea.*
 - 7.1.b. Segundo pilar de la Unión: La Política Exterior y seguridad común (PESC).*
 - 7.1.c. Tercer pilar de la Unión: La justicia y los asuntos de interior.*

CAPITULO VI

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Una Conjunción inédita de Funciones Judiciales.

- 1.a. Función de Justicia Administrativa.*
- 1.b. Función de Justicia Constitucional.*
- 1.c. Función de Justicia Internacional.*
- 1.d. Función de Justicia Reguladora.*

2. La existencia de un auténtico Poder Judicial.

3. La Organización Judicial Comunitaria.

4. El Tribunal de Justicia, única Jurisdicción Comunitaria.

- 4.a. Atribuciones Contenciosas.*
- 4.b. Atribuciones Prejudiciales.*
- 4.c. Atribuciones Consultivas.*

5. Los Estados Miembros y la Competencia del Tribunal.

6. Precedentes Jurisdiccionales del Tribunal de Justicia.

7. Referencias Constitucionales.

CAPITULO VII

LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES O EL ACUERDO DE CARTAGENA

- 1. Algunas implicaciones para América Latina del Experimento de Integración Europea.**
- 2. El acuerdo de Cartagena o Pacto Andino.**
- 3. El protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) - Comunidad Andina de Naciones.**
- 4. El Tribunal de Justicia Andino y sus competencias.**

CAPITULO VIII

OTROS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

- 1. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) que sustituye a la ALALC.**

1.a. Panorama Institucional de la ALADI.

- 2. El MERCOSUR.**

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

El tema que es materia de esta ponencia, será analizado -como corresponde- dentro del ámbito rigurosamente jurídico, pero teniendo presente que habrá necesidad de abordar, aunque sea tangencialmente, aspectos históricos, y adicionalmente, asuntos de orden económico y político, en consideración a las profundas transformaciones que en esos sectores y en forma convergente y simultánea, viene experimentando la sociedad mundial, que ensaya nuevos esquemas con nombres propios y sugestivos como el de la "mundialización", el de la "globalización" y el de la "integración económica", siendo este último, el más remoto pero, en definitiva, el que va conduciendo en forma extremadamente activa y dinámica a buena parte de la comunidad internacional hacia nuevas concepciones estructurales de dimensión y alcance universal.

En un mundo de desarrollo desigual en el que habitamos, que se encuentra sometido a muy diversos y variados ciclos históricos en el orden político, jurídico y económico, resulta evidente colegir que las transformaciones a las que nos hemos referido, se operarán en forma diferente y con diversa intensidad, según se trate de diversas áreas geográficas, sean estos continentes, regiones o países en los que se pretendan aplicar los nuevos esquemas, y particularmente, en lo que atañe a la integración económica, ésta no puede quedar al margen de estas reflexiones, con mayor razón si se trata de un sistema sumamente complejo que requiere no solo de conocimiento para su aplicación, sino de condiciones favorables en su entorno y de una manifiesta voluntad política de ejecución.

La integración económica como fenómeno que se compone de elementos de diverso origen, ha generado la conformación y consolidación de nuevas estructuras jurídicas que han sido el sustento fundamental para que se constituya una moderna disciplina denominada Derecho de Integración o Derecho Comunitario que, a nuestro juicio, ha adquirido en la actualidad plena autonomía, pues a pesar de que comparte con el Derecho Internacional Público su fuente principal que, en general, es el Tratado Internacional, en particular, en la doctrina jurídica integracionista, es un único Tratado conocido específicamente como Tratado Marco, que tiene características peculiares que lo singularizan e identifican plenamente.

Así, el Tratado Marco constituye el punto de partida de todo proceso de integración económica, Tratado en el que convergen las voluntades políticas soberanas de un grupo determinado de Estados para establecer principios y definir objetivos y crear una organización institucional a la que los Estados signatarios transfieren o atribuyen poderes y competencias a fin de que conduzcan el proceso de integración, en forma progresiva, hacia las metas establecidas.

Esos poderes y competencias deben generar efecto obligatorio en todos los Estados Miembros, lo que significa que tanto las disposiciones del Tratado Marco como las normas provenientes de los órganos comunitarios, deben prevalecer sobre el derecho interno de los Estados particularmente considerados, lo que en la doctrina integracionista se conoce como la Supranacionalidad del Derecho Comunitario.

Si ese poder supranacional es insuficiente o no existe la voluntad política para aplicarlo, el proceso de integración no tiene destino y, por consiguiente, no se podrán cumplir los objetivos previstos en el Tratado que instituyó el organismo de integración.

Consideramos ilustrativo para dejar planteadas ciertas inquietudes, citar al Profesor Bertrand Badie, cuando le fué preguntado si puede ejercerse la soberanía fuera del marco del Estado, contestó:

"Más que del fin del Estado, yo hablaría de una profunda transformación, que se mantiene junto a otros organismos internacionales no estatales, a pesar de perder una de sus características esenciales, es decir, el principio de soberanía".

"Es necesario admitir hoy en día que las comunidades políticas nacionales son cada vez menos deliberativas por que las decisiones importantes ya no se sitúan a escala de las comunidades políticas nacionales; algunas de ellas se toman ya a escala de la Unión Europea, o incluso a escala mundial".

"Tal vez nos cuesta más imaginar un mundo postsoberano, en el que el Estado debería dejar nuevas responsabilidades en manos de la sociedad civil y de las redes transnacionales. Pero la cuestión fundamental de la

articulación entre el espacio público internacional y el ámbito de los Estados, concierne a todo el mundo" (1).

Luego de esta breve introducción, trataremos de ir haciendo precisiones durante el desarrollo del tema materia de esta ponencia, que nos permitan obtener conclusiones que contribuyan a reafirmar conceptos jurídicos que se van consolidando en el Derecho internacional.

CAPITULO I

GENERALIDADES

Evitaremos en el desarrollo de esta ponencia, dada su naturaleza, reproducir conceptos relativos al Derecho en términos generales, al Derecho Internacional Público o al Derecho Internacional Privado en particular o a establecer comparaciones o diferencias entre estos y el Derecho de Integración, puesto que no aportaría mayores elementos en consideración a que, como ya lo expresamos, el Derecho de Integración o Comunitario, ha cobrado en la actualidad plena autonomía científica. Por otra parte, el propio concepto de la integración económica o del Derecho de Integración, estaría sujeto a importantes variaciones en la medida que tengamos presente para ese efecto, un proceso de integración de mayor o menor evolución o desarrollo. Sin embargo, existen elementos inamovibles dentro del concepto del Derecho de Integración que son precisamente los que han determinado su plena autonomía.

Ciertamente el contenido imprescindible del Derecho de Integración es la propia integración Económica que para el tratadista Bela Balassa (2) es un proceso que tiende a la supresión de las formas de discriminación entre los Estados.

Tal concepto de la integración económica nos parece muy general, pero hay que considerar que fué formulado durante las etapas iniciales en que se desarrollaba la primera experiencia de integración económica en el mundo.

(1) BERTRAND BADIE: Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París. Label France.- Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia. N° 38. Enero 2000.

(2) Bela Balassa.- Teoría de la Integración Económica. México 1964.

La integración económica, en términos muy simples, hay que considerarla como un proceso que tiende a disminuir y ulteriormente eliminar barreras entre los Estados Partes de un proceso integracionista, a fin de que puedan circular libremente y reciban el mismo trato, los bienes que se comercialicen entre los Países Miembros.

Si nos remitieramos a la Unión Europea, tendríamos necesariamente que considerar que tal tratamiento se hizo extensivo a las personas, los servicios y los capitales, lo que en la actualidad, no se encuentra en ningún otro proceso de integración en el mundo.

No obstante, teniendo presente el proceso integracionista de la Unión Europea, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ensaya una definición que comprende la mayor cantidad de elementos que deben estar presentes en un proceso de integración, a saber, "Es el status jurídico en el cual, los Estados entregan algunas de sus prerrogativas soberanas con el fin de construir un área dentro de la cual, circulen libremente y reciban el mismo trato, los bienes, las personas, los servicios y los capitales, mediante armonización de políticas y bajo égida supranacional".

En este concepto, hay que resaltar los elementos que servirán para la sustentación de nuestra ponencia. En primer término, cuando se dice que los Estados "entregan algunas de sus prerrogativas soberanas", y en segundo lugar, cuando se especifica que la construcción de un área comunitaria, será bajo "égida supranacional".

El concepto de soberanía, su transformación y la supranacionalidad serán los ejes fundamentales de nuestro estudio, pero antes de abordar los temas aludidos, debemos remitirnos obligatoriamente a las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno y al debate doctrinario entre las teorías dualistas y monistas para concluir finalmente en las posturas conciliadoras, pero no sin antes precisar que, si bien es cierto que entre los Estados Miembros de un proceso de integración, se tienden a eliminar las barreras artificiales que los separan o que al menos dificultan las relaciones entre ellos, por otra parte habrá que significar que, con respecto a terceros países y en relación al mismo proceso, se erigen o al menos se unifican barreras proteccionistas que discriminan el ingreso o la circulación de productos provenientes de Países que no son Miembros de la Comunidad que se ha integrado, y en mayor extensión, se produciría la

discriminación contra personas, servicios y capitales originarios de terceros países.

CAPITULO II

1. Teorías derivadas de la confrontación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

El problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno es uno de los más difíciles de la dogmática jurídica internacional (3).

Se trata de determinar si ambos derechos son órdenes jurídicos distintos o si, por el contrario, ambos integran un mismo y único orden jurídico. Las posibles posiciones doctrinales en esta materia pueden reducirse a dos categorías: las teorías pluralistas o dualistas y las teorías monistas. Las primeras consideran al Derecho Internacional y al Derecho Interno como dos ordenamientos independientes, mientras que para las segundas, uno y otro forman parte de un mismo sistema normativo, pudiendo entonces darse, ya una primacía del Derecho Internacional, ya una primacía del Derecho Interno.

1.1. Teorías Pluralistas

La más célebre de las teorías pluralistas es la que podemos denominar dualismo clásico. Según Triepel, el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos ordenamientos jurídicos, independientes y separados. Ambos órdenes regulan relaciones jurídicas distintas. Son ordenamientos separados que tienen fuentes distintas, pues en un caso el Derecho Internacional, sus fuentes son el Tratado y la costumbre, fuentes procedentes de la voluntad concordante de varios Estados manifestados en un acuerdo colectivo, y en el otro caso, -el Derecho Interno- las fuentes principales son la Constitución y las leyes, que surgen de la voluntad unilateral e imperativa del Estado particular; pero también separa a ambos orde-

(3) Antonio Truyol.- Fundamentos del Derecho Internacional.

namientos que tienen sujetos distintos. Los sujetos del Derecho Internacional son, principalmente, los Estados, en tanto que los sujetos del Derecho Interno, son fundamentalmente los individuos. El derecho internacional y el derecho interno son, por ende, dos órdenes autónomos, que coexisten, sin relación de dependencia.

Para que una norma de derecho internacional sea reconocida -o recibida, para utilizar el verbo empleado por ANZILOTTI- por el derecho interno, ésta debería ser transformada al sistema de normas del derecho interno. La norma internacional debe, pues, si pretende obligar para el derecho nacional, ser convertida en norma interna.

Ello implica transformarla al sistema de fuentes de ese derecho -por ejemplo, mediante el dictado de una ley-, adaptarla a los destinatarios y sujetos de las normas internas, adecuar a ello el contenido de la norma. Esta transformación no sólo supone un mero cambio formal; implica un cambio sustancial. No es la norma internacional la que obligaría directamente en el orden interno, sino una nueva norma interna, con todas sus características, y que recogería, adaptándolo, el contenido de la norma de derecho internacional de acuerdo con quienes serán sus nuevos destinatarios. Este procedimiento, conocido como "doctrina de la transformación" sería aplicable tanto para normas que tengan su fuente en la costumbre como para normas convencionales.

1.2. Teorías monistas

Coincidiendo con Truyol, en el sentido de que se pueden dejar a un lado las teorías monistas con primacía del derecho interno, pues son difícilmente sostenibles en su forma pura, y suponen un nacionalismo exclusivista de signo unilateral, tuvo, en cambio, gran importancia la dirección monista con posibilidad de elección entre la primacía del orden jurídico internacional y la del ordenamiento jurídico interno representada por el fundador de la "Teoría pura del derecho", Hans Kelsen.

Partiendo del supuesto de que es cometido de la ciencia reducir a unidad sistemática los diversos sectores de la realidad, formuló Kelsen para la ciencia jurídica, el postulado de abarcar el derecho en un sistema unitario. La ciencia jurídica, si quiere ser tal ciencia, ha de aprehender su

objeto -el derecho- como unidad: de ahí que el derecho internacional y el derecho interno formen un solo sistema. Conduce también a este monismo la concepción Kelseniana de las fuentes del derecho: porque fuente del derecho no es, para Kelsen, la forma de manifestarse el derecho, sino el fundamento de vigencia de las normas, el cual, constituía un proceso de delegación, se remonta a una norma fundamental suprema que ya no es derivable de otra alguna, y puede colocarse indistintamente en la cúspide del derecho internacional o en la del derecho interno. Así expuesto, se construye una especie de pirámide jurídica en cuyo vértice está la norma fundamental. En una primera instancia, KELSEN sostuvo la prevalencia del derecho internacional basándose en razones políticas, ya que, según él, ello permitiría destruir el dogma de la soberanía de los Estados que conspiraría contra la creación de un verdadero Estado Universal. Luego sostuvo que la norma hipotética fundamental de la cual derivaría la validez de los ordenes jurídicos, sería una norma del derecho internacional que diría que "los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre". Esta norma sería el escalón superior del derecho internacional y por lo tanto del derecho en su conjunto; el escalón siguiente estaría dado por una norma consuetudinaria, la regla según la cual los Estados deben cumplir con los Tratados ("pacta sunt servanda") y el tercer escalón estaría formado por las normas dictadas por los órganos creados por los Tratados (como por ejemplo, Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

Especial coherencia presenta el monismo con primacía del orden jurídico internacional, desarrollado principalmente por G. Scelle.

En consonancia con su teoría del derecho de gentes como derecho universal de la humanidad, establece Scelle entre el derecho estatal y el internacional, una relación de delegación, que por lo demás no es sino un caso particular (especialmente relevante por la posición efectiva del Estado en la actual sociedad internacional) del principio de la jerarquía de los ordenamientos jurídicos, el cual opera también en el seno del propio ordenamiento estatal. Lo que ocurre, es que, por carecer el derecho internacional de órganos propios, los órganos estatales son a la vez órganos internacionales, en virtud de lo que SCELLE ha denominado un "dédoublement fonctionnel". No desconoce SCELLE la debilidad institucional que ello implica; la ley del desdoblamiento funcional es el "sucedáneo peli-

grosso" de la organización institucional deficiente de los ordenamientos jurídicos internacionales; un pis-aller, en el estadio actual del inter-estatismo; siendo el único remedio a este estado de cosas el institucionalismo supraestatal (superétatique), tal como se realiza mediante el federalismo. Ello no obstante, así como en el Estado federal rige el principio de que el derecho federal prevalece sobre el de los Estados Miembros, así también el Derecho Internacional prevalece sobre el estatal, y la fórmula alemana que expresa lo primero, ha de transponerse en el ámbito internacional.

1.3. *Teorías Conciliadoras*

El carácter unilateral de las posiciones pluralistas y monistas examinadas, ha movido a algunos autores a buscar soluciones de carácter intermedio más propias para dar cuenta de los datos de la realidad jurídica. En el marco de las concepciones pluralistas, el intento más notable en este sentido ha sido llevado a cabo por G.A. Walz.

El punto decisivo del problema es para Walz que el derecho internacional se dirige a los Estados como tales. El derecho internacional está, pues, mediatizado por el derecho interno. Por consiguiente, toda ley interna contraria al derecho internacional tiene vigencia, si es correcta desde el punto de vista estatal, pero surge entonces una responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad puede darse, tanto por dictar el Estado normas opuestas al Derecho Internacional, como por omitir los medios para la realización de sus obligaciones internacionales. Aplicando de manera peculiar una terminología ya existente, llama Walz, Derecho Internacional material, al auténtico derecho internacional, que tiene como destinatarios a los Estados, y Derecho Internacional formal a aquellas normas que en apariencia son internacionales, pero no lo son por su contenido, y que se dirigen a súbditos y autoridades estatales.

En síntesis, el sistema de Walz, indudablemente agudo, es un pluralismo con subordinación parcial: una parte del derecho interno está sometida al derecho internacional, aun cuando no lo esté su fuente; el derecho interno recibe de su propia fuente su validez, pero provoca una responsabilidad internacional del Estado cuando infringe el derecho internacional.

Si el intento conciliador de Walz se realizó desde el dualismo, atenuándolo, otros se han producido a partir del monismo. Así VERDROSS

opone al monismo radical de Kelsen el que él califica de monismo "moderado" o "estructurado", subrayando que las leyes estatales contrarias al derecho internacional no son nulas sin más en el orden interno. Según esta posición, caben ciertamente conflictos entre el derecho internacional y el derecho estatal, pero no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico.

2. El principio de Aplicabilidad inmediata.

Los principios del Derecho Internacional y en especial la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de Mayo de 1969, que consagra el principio del PACTA SUNT SERVANDA, obligan a los Estados a respetar los Tratados que los vinculan y, sobre todo, a hacerlos aplicar por sus órganos legislativos, ejecutivos y judiciales bajo compromiso de su responsabilidad, eventualmente, ante el juez internacional con respecto a Estados hacia los cuales están obligados.

Sin embargo, en la práctica tal disposición puede recibir distintos tratamientos, según que el Estado suscriptor del Tratado privilegie la concepción dualista o la concepción monista. En tal virtud, la concepción dualista, al considerar que el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos nacionales, son sistemas independientes y separados, sostiene que un Tratado internacionalmente perfecto, es decir regularmente ratificado, sólo podría producir efecto en el orden internacional. Para que pueda aplicarse en el orden interno del Estado Parte, es necesario que retome sus disposiciones en una norma nacional, o la introduzca en el orden nacional por medio de una fórmula jurídica que opere la recepción. En uno y otro caso, habrá habido una nacionalización del Tratado, es decir que la norma internacional habrá sufrido una transformación en su naturaleza, y será aplicada, en particular por el juez, sólo en calidad de la regla de Derecho Interno en la que se ha convertido, y no como regla de Derecho Internacional.

La concepción monista, por el contrario, basada en la unidad del ordenamiento jurídico, la norma internacional se aplica de manera inmediata, en tanto tal, es decir, sin recepción ni transformación en el orden interno de los Estados que son parte en el Tratado. El Tratado internacionalmente perfecto se integra pues, de pleno derecho, en el sistema de reglas que

deben aplicar los tribunales nacionales, y sus prescripciones son válidas ante ellos en su condición originaria de reglas internacionales.

CAPITULO III

LA SOBERANIA

1. El Estado como Organización Político-Jurídica.

El Estado-Nación, tal como aparece hoy en día en el derecho internacional, es un sistema político singular inventado en Europa occidental, que tardó seis siglos en afirmarse en todo el continente europeo (del siglo XIII al XIX). Cuando nació el Estado en Francia, España e Inglaterra, coexistía aún con otros sistemas políticos, es decir, las ciudades, el Imperio y el Papado, de los cuales tuvo que emanciparse. Después penetró en otros espacios de cultura occidental: las Américas, con la independencia de los Estados Unidos y la de las sociedades de América Latina, en las que el Estado-Nación fue triunfando como modo de organización política, a medida que iban alcanzando la independencia (4).

El Estado es una noción de carácter jurídico que se fue formando lenta y progresivamente en función de factores políticos y sociales, para convertirse en una entidad políticamente independiente y autónoma, no sometida a ningún poder superior, como un sujeto del Derecho Internacional.

2. La Soberanía y la transformación de su concepto.

El Estado posee una potestad intrínseca para organizarse jurídicamente y proyectarse externamente en cuanto miembro de la comunidad internacional, sin más limitación que los derechos de otro ente similar. Este poder, fundamental y autodinámico, que no reconoce subordinación a autoridad alguna, se llama soberanía.

(4) Bertrand Badie.- Ob. citada.

La soberanía, siendo indivisible por definición, puede empero, considerarse como clasificable en interna y externa, en cuanto se refiere a sus manifestaciones vitales en el espacio.

En virtud de la soberanía interna, el Estado es la autoridad máxima dentro de las fronteras territoriales, con facultades irrestrictas, por tanto, para expedir sus propias leyes, aplicarlas, y sancionar coercitivamente sus transgresiones. En base a la soberanía externa, ninguna voluntad ajena, sino exclusivamente la propia, tiene el derecho de comprometerlo con obligaciones que no nazcan de su voluntad, o de dirigir sus intereses internacionales.

Más, si la soberanía interna es irrestricta e irrestringible, el hecho de formar parte de la comunidad internacional, que es a su vez un conjunto de soberanías en acción, impone a cada Estado una suerte de limitación, destinada al respeto de las fronteras del derecho de los demás miembros que la conforman, con el fin de preservar y mantener la armonía general. Es con sobrada razón, por tanto, que Le Fur pudo expresar que la conciliación de la soberanía del Estado con los derechos de la comunidad internacional, es el problema central del derecho público externo.

La soberanía entendida rectamente, no como un poder absoluto e ilimitado, sino como la posibilidad de ejercer unas competencias, respetando la de los demás Estados, no se opone a la existencia del Derecho Internacional, pues éste aparece como un orden imperativo -como un Derecho que obliga a los Estados-, los cuales le están sometidos.

La profunda transformación que ha experimentado durante estas últimas décadas la soberanía también constituye un valiosísimo aporte del Derecho Internacional contemporáneo al ordenamiento jurídico de los procesos de integración.

Tanto en el campo de la doctrina como en la práctica, de la concepción tradicional de la soberanía, como conjunto de atributos inherentes a la personalidad misma del Estado, se ha pasado a la concepción de una soberanía consistente en una "mera competencia" regida por el derecho internacional. Concebida en estos términos, la soberanía presenta dos aspectos que interesa destacar. El primero radica en que en lugar de ponerse tanto

énfasis en los llamados "derechos fundamentales" del Estado, hoy este énfasis se pone más bien en el de sus "deberes y responsabilidades".

El segundo de los aspectos aludidos radica, por su parte, en la noción moderna y enteramente nueva de la institución del "dominio reservado" de los Estados. La "jurisdicción interna", para usar la expresión consagrada en los instrumentos internacionales contemporáneos, es ciertamente un concepto enteramente distinto del que le sirvió de origen (5).

Este criterio es el de que la aplicabilidad de la excepción de la jurisdicción interna ya no depende, como ocurría en el pasado, del juicio y la decisión del Estado interesado, sino del juicio y la decisión del órgano que esté conociendo del asunto en cuestión. Desde el punto de vista que particularmente interesa al Derecho Comunitario, es evidente que este nuevo concepto de soberanía y de las limitaciones, no solamente generales, sino las que en casos concretos puedan imponérseles al ejercicio de ella misma, abre la brecha en el concepto tradicional necesario para asegurar la validez y jerarquía de los actos que realicen los órganos de un proceso de integración, al aplicar y desarrollar los principios y las normas del derecho comunitario.

3. La Constitución y las Normas de Derecho Internacional.

De conformidad con la realidad política-jurídica de nuestros tiempos, Luis Carlos Sábica (6) sostiene con acierto que el Estado está siendo rebasado por organizaciones políticas más amplias o inter y supranacionales, y en el aspecto jurídico dentro del marco de la confrontación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, sustenta su posición argumentando con razón que "el conflicto es más arduo cuando se trata entre la Constitución y normas de Derecho Internacional. Salta aquí, de inmediato, el recelo nacionalista para invocar la soberanía del Estado y afirmar la prioridad de la Constitución. Quienes razonan así, no aceptan la autonomía y superioridad del Derecho Internacional, por lo cual, solo admi-

(5) Derecho de la Integración Latinoamericana.- Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Ediciones De Palma-Buenos Aires 1969.

(6) Luis Carlos Sábica.- Derecho Constitucional General. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá.

ten las normas internacionales mediante actos de incorporación o recepción de los Tratados públicos y las convenciones internacionales al orden jurídico interno, equivalente casi a su reexpedición por el órgano legislativo nacional. Es decir, una especie de adopción del derecho foráneo en el nacional o, más precisamente, su nacionalización.

Supone esta tesis que solo la Constitución puede ser el fundamento último del orden jurídico y que en torno a ella deben unificarse y jerarquizarse todas las normas que se apliquen en la jurisdicción nacional, cualquiera que sea su origen. Esto es que solo cabe aquella normación internacional compatible con la Constitución".

Continúa expresando el mencionado tratadista que "en el otro extremo, se sostiene la supremacía de lo internacional. Se piensa ya no en la soberanía absoluta, la de la igualdad y la reciprocidad entre Estados como regla jurídica, sino en la necesaria y real interdependencia de los Estados que, en la actualidad, marcha hacia la configuración de un orden jurídico internacional del cual serían ordenamientos jurídicos parciales y subordinados los sistemas nacionales. La creación de Cortes Internacionales con jurisdicción obligatoria es indicativa del avance en este sentido.

Así las cosas, los Estados serían los ejecutores en su territorio, en colaboración con los respectivos organismos internacionales, de un derecho internacional autónomo, independiente, superior al nacional, que genera obligaciones para todos los miembros de la comunidad internacional. Lo que llevaría a concluir que los choques entre sus normas y las constitucionales deben salvarse modificando las últimas para hacerlas compatibles con aquellas. Procedieron de este modo Holanda e Italia para poder formar parte de las Comunidades Económicas Europeas".

Prosigue Sábica sus reflexiones puntualizando que, "la construcción de una comunidad económica supranacional requiere del traspaso de poderes de los Estados respectivos a los órganos de la comunidad, de manera que tengan capacidad legislativa y judicial propias y autónomas. Quedan investidos así de poderes decisorios supraestatales, al punto que sus actos tienen vigencia directa en toda la comunidad, sin necesidad de incorporación expresa ni homologación, y prevalecen en su campo, sobre las leyes nacionales".

Y concluye el prenombrado autor que "la creación de estos entes solo es viable por Tratados públicos; pero el derecho que generan los órganos comunitarios es un derecho nuevo, distinto al internacional, que se integra de modo inmediato a los derechos nacionales y que es uniforme en todos los países integrados. Estos procesos revalúan el concepto de soberanía y rompen el criterio de la primacía absoluta de la Constitución, al admitir los conceptos de Comunidad económica y supranacionalidad.

CAPITULO IV

La Supranacionalidad Comunitaria

Al abordar este tema que es el núcleo fundamental de nuestra ponencia, habremos de referirnos con relativa frecuencia a las Comunidades Europeas o a su nivel actual de transformación que es la Unión Europea, en el entendido que cuando formulemos la correspondiente referencia, estaremos englobando los procesos originales de integración conformados por el Tratado de París del 18 de abril de 1951, que conformó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y los Tratados de Roma del 25 de Marzo de 1957 que constituyeron la Comunidad Económica Europea (CEE), y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM), de los cuales, luego del correspondiente proceso evolutivo, derivaron las Comunidades Europeas como un organismo unificado conforme al Tratado de Bruselas de 1965, ulteriormente transformada en la Unión Europea después del Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992.

El Profesor Pierre Pescatore (7), hace aproximadamente tres décadas, expresaba que "para explicar un fenómeno como el de las Comunidades, que no encuentra puesto apropiado ni en las categorías del Derecho Público, ni en las del Derecho Internacional Clásico, se ha intentado forjar un nuevo término, el de la "supranacionalidad". La supranacionalidad

es, no solo lo que se encuentra ya en los Tratados Europeos, sino también un ideal que se ansía conseguir en el futuro".

"Las Comunidades Europeas marcan ciertamente el esfuerzo de una profunda renovación de la organización internacional en lo que a los objetivos, la estructura y los métodos de acción se refieren. Este esfuerzo implica una profunda originalidad. Era normal, por tanto, que se tratara de buscar una palabra que pudiese designar bien, los rasgos originales de la empresa comunitaria. Ante una nueva orientación, un nuevo fenómeno, era perfectamente legítimo, por tanto, forjar ese neologismo (el de la supranacionalidad), y puesto que fué ese el que los creadores de la novedad eligieron entre otras combinaciones semánticas, cabe preguntarse por que no habría de conservárselo".

Por nuestra parte, -sostiene el mencionado tratadista-, "pensamos que la supranacionalidad se define como una autonomía de poder y de acción colocada al servicio de intereses, o si se quiere, de objetivos comunes a varios Estados. El fundamento de la supranacionalidad es el reconocimiento por varios Estados de intereses que le son comunes; en otras palabras, el reconocimiento de lo que trasciende al interés puramente nacional, y de la fusión de éste en el interés de una comunidad humana más extensa. La supranacionalidad designa, sin duda, el reconocimiento de un interés común, la adopción de objetivos comunes, el esfuerzo por expresar una autonomía de estructura y una autonomía de acción.

Contando con los principales elementos a los que hace alusión Pescatore, y entendida dentro del marco de la integración, la supranacionalidad se la ha definido también con marcada precisión como "la existencia de un poder real y autónomo que prima sobre el Derecho Interno de los países individualmente considerados, que además goza de instituciones y de un poder de decisión propio que se impone directamente a los Estados, con el objeto de que cumplan un objetivo común".

(7) Pierre Pescatore.- Instituto para la Integración de América Latina.- La Dimensión Jurídica de la Integración BID/TNTAL. Europa y Africa. 1973.

1. Distribución de Competencias y Poderes entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas (Pierre Pescatore) (8)

Resulta imprescindible en el desarrollo del tema de nuestro estudio, citar los elementos primordiales de la construcción doctrinaria de Pescatore, para precisar los alcances de las competencias y los poderes que se distribuyen entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas. Así, sostiene el ilustre tratadista que "la cuestión de la distribución de las competencias y de los poderes entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas, reviste fundamental importancia dentro de una organización formada por Estados que, en principio, continúan siendo soberanos. Efectivamente, las Comunidades han sido investidas de misiones de interés vital para los Estados Miembros; a este efecto, han recibido poderes que ejercen con una cierta autonomía institucional".

A fin de lograr una visión realista acerca de la distribución de las competencias hay que mirar, no solo a la distribución de las competencias materiales entre las Comunidades y los Estados Miembros; hay que considerar también la manera como se ejercen y se combinan los poderes comunitarios y los poderes estatales, a propósito de los diferentes objetos de la competencia material de las Comunidades.

Los creadores de las Comunidades utilizaron paralelamente dos métodos a fin de conseguir el objeto que se habían propuesto: por una parte, el método tradicional que consiste en formular por vía de Tratado Internacional unas disposiciones materiales destinadas, según los casos, a comprometer a las Partes Contratantes, o hasta introducir reglas jurídicas directamente operantes sobre el territorio de los Estados Miembros; por otra parte, un método orgánico, que consiste en definir los objetivos, ya que la puesta en ejecución de éstos está encomendada a las instituciones comunes.

El primer método no está ausente de los Tratados de París y de Roma, ni muchísimo menos. En efecto, dichos Tratados consagran toda una serie de compromisos, positivos y negativos, asumidos por los Estados Miembros, y hasta ciertas reglas directamente operantes.

(8) Instituto para la Integración de América Latina.- La Dimensión Jurídica de la Integración BID/INTAL. Europa y Africa.- Pierre Pescatore. 1973. Ob. Citada.

En cuanto al segundo, los creadores de las Comunidades han dado su preferencia a un arreglo que podría denominarse "método institucional". Ese método consiste en fijar objetivos en vez de reglas materiales, así como en la puesta en ejecución de esos objetivos en manos de instituciones comunes, organizadas oportunamente y dotadas de las competencias y los poderes necesarios a ese efecto. El ejercicio de las competencias y de los poderes necesarios para la puesta en práctica de los objetivos comunes, se encomienda a esas instituciones de conformidad con un régimen bien determinado de interacción, que asigna a cada órgano su función específica.

En este estado Pescatore agrega una observación crítica en el sentido de que el proceso que se ha analizado, se describe casi siempre en los términos de una "transferencia", a las instituciones comunes, de competencias dependientes de la soberanía nacional.

En efecto, por el hecho mismo de estar organizados dentro del ámbito de las Comunidades, los Estados Miembros han creado la posibilidad de lograr objetivos -económicos, sociales, tecnológicos y hasta políticos- de tal amplitud, que los poderes nacionales eran incapaces de conseguir. En otras palabras, la formación de las Comunidades fué, no solo un acto de transferencia, sino también un acto creador y en esta medida -es decir, en la medida en que la amplitud geográfica y los objetivos comunitarios trascienden la esfera de cada uno de los Estados Miembros- las competencias y los poderes de la Comunidad, tienen un carácter originario. Es más justo, pues, hablar de una "creación" o de una "atribución" de competencias nuevas, en vez de hablar de una simple transferencia; es más exacto considerar que los Estados Miembros, por intermedio de las instituciones comunitarias, participan en adelante en el ejercicio de un conjunto de competencias originales cuya naturaleza se explica mucho mejor en consideración a su finalidad (la realización de los objetivos comunes), que en razón de su origen.

Desde el punto de vista material, pueden encararse lógicamente distintos tipos de distribución de las competencias, entre los dos términos extremos, las siguientes:

Por una parte, las competencias transferidas a las Comunidades, y, por otra, las competencias enteramente reservadas a los Estados Miembros.

Entre estos dos puntos extremos, cabe situar diversas formas de competencias compartidas, o, para utilizar otro término, concurrentes. Este esquema de análisis se distribuye en tres categorías fundamentales: competencias transferidas, competencias compartidas y competencias reservadas.

Los casos de competencias totalmente transferidas a las comunidades Europeas, son relativamente raros. Los ejemplos más destacados se encuentran en el terreno de la Unión Aduanera propiamente dicha; así, la imposición de la tarifa externa común, ha eliminado totalmente la competencia nacional en materia tarifaria.

En cuanto a las competencias reservadas a los Estados Miembros conciernen evidentemente todas ellas a los dominios que se sitúan fuera de los objetivos comunitarios. Citaremos como ejemplo la política extranjera.

La forma más habitual de la organización de las competencias es la de un reparto; en realidad se trata de un reparto bajo forma de imbricación y de cooperación. Ese reparto, por lo demás, puede adoptar modalidades sumamente variables. Cabe discriminar aquí dos tipos fundamentales de distribución según que lo esencial del derecho de disposición pase al nivel comunitario, o que el derecho de disposición resida siempre en el nivel nacional, bajo reserva de una obligación de coordinación en el nivel comunitario.

En resumen, se ve, por tanto, que el fenómeno que se acostumbra a denominar "transferencia de competencias", en realidad es un proceso complicado que admite gradaciones bastante delicadas en lo que atañe a la naturaleza y la intensidad de las competencias atribuidas a las Comunidades, así como a la interacción de ellas con las competencias nacionales.

La imagen se complica más todavía cuando encaramos la distribución de las competencias desde el punto de vista funcional. Aquí hay que hacer una distribución según las instituciones a las cuales se encomienda el ejercicio de las competencias comunitarias y según los métodos de acción que se aplican.

Las comunidades mismas son organismos compuestos, caracterizados por un sistema institucional que agrupa elementos de índole sumamente

diferente. El alcance de una atribución de competencia será, por consiguiente, profundamente diferente según que el ejercicio real de esa competencia se encomiende a un órgano de tipo intergubernamental o a un órgano comunitario que goce de gran autonomía. La acción de las comunidades no depende de tal o cual institución individual, sino que resulta de una interacción constante de las distintas instituciones.

2. Las Relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea (9)

El complemento necesario de la elaboración doctrinaria de Pescatore, lo encontramos en la posición de Leontin Constantinesco, que refuerza la prevalencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados Miembros, cuyo planteamiento se inicia confiriéndole plena autonomía al Derecho Comunitario en los siguientes términos.

2.a. El Derecho Comunitario constituye un Nuevo Ordenamiento Jurídico.

Los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Europeas constituyen ordenamientos jurídicos nuevos. Difieren del ordenamiento jurídico de los Estados Miembros por su fuente y sus caracteres propios, sobre lo que los autores están de acuerdo. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado en varias oportunidades que "las Comunidades constituyen un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional", que, sin embargo, el derecho comunitario es independiente de la legislación de los Estados Miembros, o que, los Tratados de las Comunidades Europeas constituyen un ordenamiento jurídico propio integrados en el sistema jurídico de los Estados Miembros en el momento de la entrada en vigor del Tratado. La dificultad proviene del hecho de que, autónomo en sus fuentes y específico en sus características, el derecho comunitario es convergente en su aplicación con el derecho de los Estados Miembros. Ahora bien, expresa Constantinesco, ambos ordenamientos jurídicos pueden afectar al mismo hecho o a la misma situación con diferentes y hasta

(9) Leontin Constantinesco.- Instituto para la Integración de América Latina.- La Dimensión Jurídica de la Integración. BID/INTAL.

contradictorias consecuencias jurídicas; las disposiciones del derecho comunitario pueden estar en contradicción con las disposiciones de las leyes nacionales de los Estados Miembros, anteriores o posteriores a aquellas. En efecto, es inconcebible que los dos sistemas normativos que emanan de dos fuentes diferentes, puedan tener ambos fuerza obligatoria en el mismo ámbito y sobre el mismo territorio. Esto plantea, pues, el problema de las relaciones del derecho comunitario con los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

2.b. Características del Derecho Comunitario que exigen su primacía sobre el Derecho de los Estados Miembros.

El autor de esta teoría, quien fuera Director del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad del Sarre, señala cuales a su juicio son las particularidades más importantes del Derecho Comunitario, a saber:

La unidad del Derecho Comunitario tiene que ser asegurada mediante la unidad de la interpretación. Esta tiene que evitar que el Derecho Comunitario tenga significaciones diferentes según la interpretación que puedan darle los distintos tribunales nacionales.

El Derecho Comunitario primario, después de la ratificación de los Tratados y el Derecho Comunitario secundario, tienen que estar sustraídos a todo control Constitucional por parte de los Estados Miembros que practiquen esa clase de control.

Por último, las leyes nacionales posteriores, ordinarias o constitucionales, no deben ni poder modificar ni poder abrogar el derecho comunitario primario o secundario.

2.c. Carácter Multilateral de los Tratados Europeos y sus consecuencias.

Siendo multilaterales y colectivos, esos Tratados regulan dichas relaciones, al mismo tiempo y, a la vez, para todos los Estados Miembros. De ello se sigue el carácter igual y comunitario de sus obligaciones, conjuntamente asumidas, para crear una entidad común. La voluntad y la acción creadora de los Estados fundadores se dirigen aquí colectivamente hacia

un objetivo común. Ahora bien, la igualdad de los Estados Miembros, implica necesariamente la identidad de sus derechos y sus obligaciones.

Dada la naturaleza colectiva del acuerdo, no se podrían concebir y valorar dichas relaciones como relaciones bilaterales separadas e independientes las unas de las otras, sino como relaciones comunitarias y, por tanto, necesariamente colectivas, iguales e interdependientes.

Como derecho unitario, el Derecho Comunitario tiene que tener a la vez, y por todas partes, los mismos efectos y el mismo rango. El principio de la igualdad de los Estados Miembros dentro de la Comunidad, quedaría lesionado y el Derecho Comunitario perdería su carácter comunitario y unitario, si esos efectos variasen de un Estado Miembro a otro, según la voluntad de éstos. Puesto que las obligaciones y los vínculos comunitarios son para todos los Estados Miembros iguales en su contenido y su amplitud. Es necesario que los efectos del Derecho Comunitario, sean también iguales en todos los ordenamientos jurídicos y respecto de todos los Estados Miembros.

El problema de la jerarquía y los efectos del Derecho Comunitario sobre el derecho de uno de los Estados Miembros, no puede ser resuelto por un Estado Miembro de manera autónoma y unilateral, ni solamente en función de su Constitución propia, es decir, independientemente de la solución comunitaria que deba darse al mismo problema.

La igualdad en la posición y en los efectos que el Derecho Comunitario debe tener en cada uno de los Estados Miembros, se estima desde un triple punto de vista.

El Derecho Comunitario debe tener la misma significación en todos los Estados Miembros;

El Derecho Comunitario debe tener la misma fuerza obligatoria en todos los Estados Miembros; y,

El Derecho Comunitario debe representar una categoría jurídica invariable en todos los Estados Miembros.

2.c.1. El carácter comunitario de tales derechos exige que su interpretación y su aplicación sean también unitarias. Un derecho unificado en escala internacional o supranacional, deja de ser unitario si no se asegura la unidad de su interpretación.

Los Tratados de las Comunidades Europeas, han asegurado la unidad de interpretación del Derecho Comunitario instituyendo el procedimiento de la acción prejudicial.

Cuando las jurisdicciones de los Estados Miembros que tienen que aplicar el Derecho Comunitario, dudan acerca de la significación del derecho comunitario primario (los Tratados) o acerca de la validez y la interpretación del derecho comunitario secundario (los actos adoptados por las instituciones comunitarias), esa jurisdicción puede suspender su pronunciamiento y solicitar a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, que se pronuncie previamente acerca de la interpretación del Derecho Comunitario.

2.c.2. Los efectos del Derecho Comunitario tienen que ser iguales en todos los ordenamientos jurídicos y vincular por igual a todos los Estados Miembros. Esta igualdad de fuerza obligatoria del Derecho Comunitario en los Estados Miembros, plantea dos clases de problemas. El primero es el problema general sobre si el Derecho Comunitario, en general, y el derecho secundario, en particular, pueden ser examinados por los Estados Miembros en cuanto a su conformidad con las Constituciones Nacionales, y si los Estados Miembros pueden, por el trámite del control de la constitucionalidad, sustraerse unilateralmente a las obligaciones del derecho comunitario secundario, lo cual equivaldría, por otra parte, a una violación del principio de la identidad de los efectos del derecho comunitario en todos los Estados Miembros. Es, pues, el problema del control de constitucionalidad, el segundo problema, que no es de hecho más que un corolario del primero, está en saber si el Derecho Comunitario, primario y secundario, tiene un rango superior al de la Constitución Nacional. Pues, si se admite que el Derecho Comunitario no puede ser sometido al control de constitucionalidad dentro de los países que lo practican, resulta necesariamente que el Derecho Comunitario, primario y secundario, tiene que ser considerado como de un rango superior al de la Constitución, al punto de que, en caso de conflicto entre ambos, serán las disposiciones del primero las que prevalezcan.

2.c.3. El carácter comunitario y unitario del Derecho Comunitario exige que éste sea invariable. Lo cual significa que tiene que mantenerse en la Comunidad tal como ha sido establecido por los órganos competentes, y que un Estado Miembro no puede ni modificarlo ni abrogarlo, ni

directa ni indirectamente. Admitir que un Estado Miembro pudiera modificar el Derecho Comunitario mediante reformas constitucionales o mediante leyes ordinarias posteriores, sería tanto como aceptar que ese derecho no fuera unitario ni comunitario. Por lo demás, dejaría ya de ser efectivamente obligatorio, puesto que cada Estado Miembro podría, unitariamente, desligarse de él, modificarlo o abrogarlo.

La autonomía del Derecho Comunitario constituye el primer argumento en favor de su primacía.

CAPITULO V

LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. Los Tratados iniciales (10)

No siendo el objeto de nuestro estudio adentrarnos en otros aspectos concernientes a las Comunidades Europeas que no sean las referidas al tema principal de este ensayo, trataremos el asunto de los Tratados Comunitarios Europeos, en forma muy sucinta de tal manera que sirva solo como un referente inicial para profundizar sobre las competencias de los órganos institucionales.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) o Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951, entró en vigor el 25 de julio de 1952. El Tratado permitió establecer las bases de la arquitectura comunitaria al crear un sistema institucional con competencias propias que les fueron atribuidas por los Estados Partes.

Los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa), o Tratados de Roma, firmados el 25 de marzo de 1957, entraron en vigor el 1 de enero de 1958. A estos se agregan sobre todo los protocolos firmados el 17 de abril de 1957 en Bruselas sobre los privilegios e inmunida-

(10) Parlamento Europeo.- Dirección General de Estudios.- El Sistema de funcionamiento de la Unión Europea. 1.1.1. Pág. 12.

des, y sobre el Tribunal de Justicia, todos los cuales entraron en vigor el 14 de enero de 1958.

Así mismo, el Tratado Marco constitutivo celebrado entre Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, al igual que el de la CECA suscrito por los mismos Países fundadores, creó una organización institucional con poderes y competencias propias destinadas a prevalecer sobre el Derecho interno de los Países Miembros.

El Tratado CEE prevé, *inter alia*:

- la supresión de los derechos de aduana entre los Estados Miembros;
- el establecimiento de un arancel aduanero común; y,
- el establecimiento de una política común en el sector de la agricultura y de los transportes.

El mercado común debía permitir la libre circulación de las mercancías y la movilidad de los factores de producción (libre circulación de los trabajadores y de las empresas, libre prestación de servicios, liberación de los movimientos de capitales).

El Tratado de la CEEA contemplaba unos objetivos muy ambiciosos y, en particular, "la creación y crecimiento rápidos de industrias nucleares". Pero de hecho, debido al carácter complejo y delicado del sector nuclear, que corresponde a intereses vitales de los Estados Miembros (defensa e independencia nacional), el Tratado de la CEEA ha tenido que limitar sus ambiciones.

2. La Institución de las Comunidades (11)

Los tres Tratados confieren en principio a las Comunidades una competencia general para controlar el respeto de las obligaciones contraídas por los Estados: ésta competencia se confía naturalmente a instituciones totalmente independientes de los Estados. Se trata antes que nada, de la Comisión, que "vela por la aplicación de las disposiciones del Tratado". En los Tratados de Roma puede iniciar el procedimiento de incumpli-

(11) Manual de Derecho Comunitario General.- Guy Issaac.- Ariel Derecho.- Primera Edición 1985.

miento. En todos los casos, es el Tribunal de Justicia el que tiene la última palabra y su dictamen es obligatorio para los Estados.

Más allá del conjunto de estos poderes, que relacionan las instituciones comunitarias solo con los Estados Miembros, las Comunidades disponen sobre todo de poderes que ejercen directamente sobre los ciudadanos de los Estados. Son esas competencias, del tipo de las que normalmente se reservan a los Estados, las que constituyen la verdadera originalidad.

El Consejo y la Comisión están habilitados para enviar a los particulares Decisiones que los vinculen y llegado el caso, a pronunciar sanciones pecuniarias o no en contra de ellos.

En el plano formal, no puede encontrarse en los Tratados Comunitarios, título o capítulo consagrado especialmente al problema de las atribuciones de competencias. Las disposiciones materiales de los Tratados, determinan, en efecto, cada vez con mayor o menor precisión, en las disposiciones particulares que consagran a las diferentes acciones, los poderes impartidos, la institución beneficiaria (el órgano intergubernamental es decir el Consejo, o el órgano independiente, es decir, la Comisión) al igual que las formas y las condiciones de ejercicio de esos poderes.

2.1. Las Competencias Subsidiarias

Mediante el respeto a un procedimiento puramente comunitario, sin que sea necesario recurrir al procedimiento de revisión de los Tratados, se permite extender la competencia funcional de las instituciones a las dimensiones de la competencia material de la Comunidad. En efecto, autorizado a tomar las "disposiciones apropiadas", el Consejo puede utilizar el conjunto de los instrumentos jurídicos previstos en el artículo 189 CEE. A través del Reglamento, puede plantear directamente obligaciones nuevas para los Estados o particulares o, por el contrario, conferir el ejercicio de nuevos poderes a las instituciones comunitarias; puede crear medios de intervención nuevos, sobre todo financieros, puede crear órganos nuevos y sobre todo conferirles personalidad jurídica. Por la importancia que reviste el artículo anteriormente citado transcribimos su texto a continuación: "Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la

Comisión adoptará reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

2.2. *Las Competencias Implícitas*

Las instituciones comunitarias disponen de competencias no escritas, en virtud de la teoría de los poderes implícitos. Se sabe que la jurisprudencia internacional que reconocía al comienzo poderes no expresamente atribuidos pero indispensables para un ejercicio más completo de las tareas conferidas a una organización internacional, terminó por admitir la atribución de nuevas competencias y funciones en la medida en que éstas son necesarias para la realización de objetivos fijados por el acta constitutiva (Tribunal Internacional de Justicia).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades, ha reconocido expresamente que ésta teoría era válida en el orden Comunitario, y de hecho una aplicación particularmente notable en materia de competencia externa, y afirma que “la competencia para tomar compromisos internacionales puede resultar no sólo de una atribución explícita del Tratado sino igualmente desprenderse de manera implícita de sus disposiciones”.

2.3. *Las Competencias Reservadas a los Estados*

Todas las competencias no atribuidas a las Comunidades siguen reservadas a los Estados, lo que significa que las Comunidades solo pueden

actuar dentro del marco de las competencias que les han sido expresamente atribuidas en el Tratado Marco.

2.4. *Las Competencias Concurrentes*

Los Estados conservan su competencia de legislar o de tomar compromisos convencionales con los países terceros tan largamente y en la medida en que las autoridades comunitarias no hayan aún intervenido en el ámbito en juego. Por lo tanto, el ejercicio efectivo de las competencias Comunitarias, excluye progresivamente la competencia nacional.

3. *La Preeminencia de los Tratados o Derecho Comunitario Primario*

Las normas de los Tratados Comunitarios se sitúan en la cima de la jerarquía del orden jurídico Comunitario. Los Acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades siguen en la jerarquía al Tratado Marco que es el que constituye el derecho Comunitario Primario. Prevalecen con respecto al conjunto de las otras fuentes del Derecho Comunitario sin excepción. Con respecto, sobre todo, al derecho derivado o Derecho Comunitario Secundario (actos unilaterales de las instituciones), los Tratados institutivos constituyen a la vez su fundamento, su marco y sus límites. Esta primacía está garantizada por numerosas vías de derecho jurisdiccionales que permite sancionar sobre todo la “violación de los Tratados”.

Los Tratados Comunitarios prevalecen también sobre los otros Tratados celebrados entre ellos por los Estados Miembros, sobre todo, los que habían sido celebrados antes de su entrada en vigor, sólo siguen siendo válidos en la medida en que son compatibles con ellos.

De la misma manera los Tratados Comunitarios prevalecen sobre los Tratados que eventualmente se celebraran entre los Estados Miembros y Estados terceros posteriormente a su entrada en vigor.

4. El Derecho Comunitario Derivado o Secundario

Los actos unilaterales de las instituciones constituyen el segundo conjunto de fuentes del Derecho Comunitario. Ya no nos encontramos frente al derecho convencional, sino a un derecho legislado, es decir un cuerpo de reglas segregado por la misma Comunidad, de manera casi autónoma, a pesar de su carácter derivado de los Tratados, tomado pues en aplicación y para la aplicación de éstos.

Se sabe, en efecto que en el marco de las Comunidades Europeas, como la capacidad de crear reglas de derecho ha sido institucionalizada, es decir confiada a ciertos órganos que la ejercen según un procedimiento preestablecido, estamos en presencia de un poder normativo totalmente comparable al poder legislativo, llamado a prevalecer sobre el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. Para el cumplimiento de su misión y en las condiciones previstas en el Tratado, el Consejo y la Comisión adoptan Reglamentos y Directivas, toman decisiones, formulan Recomendaciones y emiten dictámenes.

5. Estructura Institucional (12)

Las cuatro instituciones, representativas cada una de un principio determinado, tienen cada una raíz política y sociológica diferente y expresan cada una legitimidad propia. El Consejo representa los intereses de los Estados Miembros; la Comisión, el interés común, es decir el de la Comunidad misma; el Parlamento, los intereses de los pueblos de los Estados; y el Tribunal de Justicia, los intereses del derecho. Este cuatripartidismo, es decir, la presencia necesaria y la combinación de esos cuatro componentes, expresa el espíritu de los fundadores de las Comunidades, que decidieron hacer de ellas a la vez, el fundamento y el motor de la integración Comunitaria.

En la Comunidad, el homólogo del poder legislativo corresponde al Consejo, el poder presupuestario está dividido, el Parlamento puede

(12) Ob. Citada Manual de Derecho Comunitario General.- Guy Issaac.- Ariel Derecho. Primera Edición 1985.

desautorizar a la Comisión, pero no al Consejo. Además, si la comisión, en principio, es el ejecutivo, el Consejo acumula la función legislativa, ejecutiva y gubernamental.

5.1. El Consejo

El Consejo es un colegio de representantes de los gobiernos; el artículo 146 del Tratado establece que: "El consejo estará compuesto por los representantes de los Estados Miembros".

La más importante atribución que le ha sido atribuida al Consejo es la de disponer de un poder de decisión, que le ha conferido poderes supranacionales y así ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Adicionalmente se establece que el Consejo podrá reservarse, en casos específicos, el ejercicio directo de las competencias de ejecución con lo cual consolida su supremacía normativa.

5.2. La Comisión

Asignada a la representación autónoma del interés común, como tal, órgano "revolucionario" del sistema comunitario, cuenta entre sus competencias, la de velar por las disposiciones del Tratado, así como de las decisiones adoptadas por las instituciones en virtud del Tratado, y por sobre todo se especifica que dispondrá de un poder de decisión propio.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha afirmado, en una formulación que ya es clásica (el 15 de julio de 1964, Costa c/ENEL) que el Derecho Comunitario constituye "un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros".

Al reemplazar con la calificación "orden jurídico propio" la expresión "nuevo orden jurídico de derecho internacional" que utilizaba inicialmente, (Van Gend y Loos) el Tribunal entiende, marcar especialmente la autonomía del orden Comunitario en relación al orden jurídico internacional, y subrayar el grado avanzado de centralización de la creación y de la aplicación de las normas, que hace intervenir esencialmente instituciones comunitarias y que las acerca a un orden interno.

Al precisar, en fin, que se trata de un orden jurídico "integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros", el Tribunal subraya el rasgo más original del orden jurídico comunitario, que concierne a su alcance y sobre todo, a sus relaciones con el orden jurídico interno de los Estados Miembros.

6. Fuentes y alcances del Derecho Comunitario

Las modalidades de actuación de la CE son las siguientes: Reglamento, Directiva, Decisión, Recomendación y Dictamen. Se trata de figuras jurídicas propias del Derecho Comunitario, sin relación con figuras jurídicas nacionales. Las instituciones competentes solamente podrán proceder con efecto legal a estos actos si una disposición del Tratado les confiere la facultad de hacerlo (principio de habilitación particular restringida). Cada acto (con excepción de las Recomendaciones y los Dictámenes no vinculantes) debe fundarse en disposiciones concretas de los Tratados (incluyendo los denominados poderes implícitos).

Las reglas comunitarias tienen un carácter imperativo para los particulares como para las administraciones. En ciertos casos la aplicabilidad de esas reglas pueden estar condicionadas, pero la mayoría del tiempo, esas reglas tienen un carácter obligatorio. Eso significa que si una administración nacional toma medidas en contradicción con esas reglas, esas medidas perderían su valor legal.

6.a. El Reglamento

Es, de lejos, la principal fuente del derecho derivado o Derecho Comunitario Secundario. A través de él se expresa, por excelencia, el poder legislativo de las Comunidades. El Tratado Comunitario da una definición completa y sin ambigüedad de sus efectos jurídicos lo que le confiere una naturaleza y una eficacia totalmente comparables con la de la ley en los sistemas nacionales. El Reglamento tiene un alcance general. Como la ley, contiene prescripciones generales e impersonales, es decir legisla abstractamente.

Es obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable en cada Estado Miembro. Los destinatarios (personas, Estados Miembros, institu-

ciones comunitarias) deberán acatar los Reglamentos en su totalidad como "leyes comunitarias". Un Reglamento, sin necesidad de un acto nacional de transposición, es directamente aplicable en todos los Estados Miembros a raíz de su publicación en el Diario Oficial de la CE.

El Reglamento garantiza la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados Miembros. A la vez excluye la posibilidad de aplicación de normativas de los Estados Miembros que pudieran tener incompatibilidad de contenido con el objeto del Reglamento.

6.b. La Directiva: Obliga al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse. No obstante, son las autoridades nacionales quienes eligen la forma y los medios para ello. Pueden ser destinatarios de una Directiva, uno, varios o todos los Estados Miembros.

Para que los objetivos contemplados en la Directiva tengan efecto para los ciudadanos, es preciso que el legislador nacional proceda a un acto de transposición, mediante el cual el Derecho nacional se adapta a los objetivos determinados en la Directiva. Es este acto jurídico que da lugar a la transposición de la directiva al Derecho nacional, el que en esencia confiere derechos e impone obligaciones al ciudadano.

En la transposición de la Directiva, los Estados Miembros elegirán las modalidades internas más adecuadas para garantizar la eficacia del Derecho comunitario. Las Directivas deben transponerse mediante disposiciones jurídicas vinculantes internas que satisfagan los criterios de seguridad y claridad jurídica.

Las Directivas tienen la tendencia a devenir con más y más detalles, a tal punto que sus disposiciones no dejen ningún margen de apreciación a las autoridades nacionales.

Los métodos de transposición pueden ser muy diversos:

- Transposición por referencia o por una reproducción de la Directiva en anexo al acto nacional. Esto no es posible si el texto Comunitario está completo y si la norma nacional es de nivel jerárquico inferior.
- Transposición por las autoridades descentralizadas.

- Transposición en función de la jerarquía de la norma jurídica nacional.

6.c. La Decisión

Según el texto de la disposición pertinente del Tratado, "la decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios", no obstante lo cual, no se hace constar, lo que si aparece en la disposición atinente al Reglamento, que aparte de ser obligatoria, sea directamente aplicable en cada Estado Miembro.

6.d. Las recomendaciones y los dictámenes

Se distinguen del conjunto de los otros instrumentos que figuran en la enumeración en el hecho de que "no vinculan", es decir no tienen fuerza obligatoria y por lo tanto no son fuentes de derecho en el sentido completo del término. No crean por tanto derechos ni obligaciones para el destinatario.

7. La unión Europea y el Tratado de Maastricht

El Tratado de Maastricht, suscrito en 1992 y en vigor solamente desde el 1º de noviembre de 1993, será de gran repercusión y consecuencias en el incremento de la integración política de las comunidades Europeas hoy denominada "Unión Europea".

7.1. Objetivos

7.1.a. Primer pilar de la Unión: la Comunidad Europea.

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado de la Unión y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

7.1.b. Segundo pilar de la Unión: la política exterior y de seguridad común (PESC).

La Unión perseguirá los objetivos de esta política, como, por ejemplo, el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, mediante una cooperación sistemática entre los Estados Miembros.

7.1.c. Tercer pilar de la Unión: la justicia y los asuntos de interior.

Para la realización de los fines de la Unión, en particular, de la libre circulación de personas, los Estados Miembros considerarán de interés común los siguientes ámbitos: en primer lugar, los asuntos relacionados con las fronteras tales como las políticas en materia de asilo, inmigración condiciones de acceso y de circulación, residencia, emigración ilegal y trabajo; en segundo lugar, los asuntos de carácter transfronterizo tales como la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia civil y en materia penal, y la cooperación aduanera.

Los logros más significativos del Tratado de Maastricht serán: primero, la unión económica y monetaria -un banco central y una moneda común-; segundo, una política exterior y de seguridad común; tercero, cooperación en asuntos judiciales; cuarto, el establecimiento de una ciudadanía común de la Unión Europea; y quinto, la adición de todo un nuevo nivel de representación dentro de la Unión: el de las Regiones.

CAPITULO VI

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (13)

La prevalencia de los Tratados constitutivos y modificatorios de la Unión Europea -Derecho Comunitario Primario- y la supranacionalidad del Derecho Comunitario Secundario, esto es, aquél que se deriva de los organismos comunitarios creados por los Tratados constitutivos y modificatorios, deben estar necesariamente garantizados por un órgano jurisdic-

(13) Ob. Citada Manual de Derecho Comunitario General.- Guy Issac.- Ariel Derecho. Primera Edición 1985.

cional que disponga de suficientes poderes y competencias que les permita asegurar el respeto y acatamiento del Derecho Comunitario Primario y Secundario, por parte de los Países Miembros y sus ciudadanos debidamente particularizados, y a ese efecto, se constituyó el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que resultó ser un sistema judicial totalmente inédito tanto por su naturaleza como por sus estructuras y que, además, se va enriqueciendo.

Toda justicia internacional es, en el actual estado de la sociedad internacional, esencialmente voluntaria, sometida al consentimiento de las partes. Al tratarse del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, su jurisdicción es en principio voluntaria, pues solo una minoría de Estados han utilizado la cláusula facultativa del artículo 36 de su Estatuto, sin contar con las reservas que acompañan a numerosas declaraciones de aceptación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dispone, en primer orden, lo que es una situación única en las relaciones internacionales, de una jurisdicción obligatoria. Esto significa no sólo que puede recurrirse a ella unilateralmente, incluso contra los Estados Miembros, sino también que, en el ámbito que se le ha asignado, su competencia es exclusiva respecto a cualquier otra forma de solución; así el artículo precisa: "Los Estados Miembros se comprometen a no someter una controversia relativa a la interpretación o a la aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto a los previstos por éste".

El Tribunal de Justicia de las Comunidades juzga las controversias que tienen los particulares, personas naturales y jurídicas, con las instituciones, y éstas tienen un acceso directo al mismo, aún cuando esté rodeado de diversas limitaciones, mientras que, de una forma muy generalizada, el individuo es mantenido apartado de la jurisdicción internacional y no participa en el procedimiento ante ella. Esta es la diferencia fundamental entre la justicia comunitaria abierta a todos y el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya o el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de Estrasburgo, instituido por la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre, al que no pueden, ni en uno ni en otro caso, recurrir directamente los simples particulares.

Las jurisdicciones internacionales no emiten, en principio, más que sentencias y fallos que son únicamente obligatorios para los Estados en cuestión, y en el orden internacional. Por el contrario, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, no sólo tienen fuerza obligatoria, sino también fuerza ejecutoria en el territorio de los Estados Miembros.

1. Una Conjunción inédita de Funciones Judiciales.

Las Comunidades Europeas, orden jurídico sometido a un derecho común, deben disponer de un sistema judicial que esté a la altura de esta aspiración, o sea que garantice no sólo el respeto sino también la unidad de aplicación del Derecho Comunitario; de donde se desprende la cuádruple función del Tribunal.

1.a. Función de justicia Administrativa.

La primera misión que, cronológica y lógicamente, justificaba la instauración de una justicia Comunitaria, fué el deseo de proteger a los distintos sujetos de derecho contra las acciones ilegales o perjudiciales de las instituciones Comunitarias.

Los poderes de cada institución están establecidos por el Tratado y el derecho derivado; la sanción de este principio residirá en la posibilidad de hacer anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones, de hacer constatar sus omisiones contra el Derecho Comunitario o de hacer apreciar su validez mediante la excepción de ilegalidad, y en caso necesario, por remisión prejudicial de las jurisdicciones nacionales.

Cuando la protección de los interesados lo exige, se pone a su disposición un recurso de plena jurisdicción para obtener la reparación de los daños causados o reformar las sanciones pronunciadas.

Finalmente, los agentes y funcionarios de las Comunidades, pueden hacer que el Tribunal resuelva los litigios que les oponen a su institución.

1.b. Función de Justicia Constitucional.

La misión Constitucional del Tribunal consiste en delimitar y defender las competencias respectivas de los Estados Miembros y de las Comunidades, pero también en preservar el equilibrio de poderes en el interior de éstas.

Cada institución sólo puede actuar en los límites de las atribuciones que le son confiadas, pero las debe ejercer plenamente. El Tribunal podrá así anular los actos de una institución o sancionar una omisión, no sólo ante la demanda de un Estado Miembro, sino también de otra institución.

La función Constitucional se ejerce cuando el Tribunal resuelve los conflictos entre la Comisión de las Comunidades, depositaria de los Tratados y los Estados acusados de incumplimientos.

1.c. Función de Justicia internacional.

Al imponer obligaciones a los Estados Miembros, los Tratados deben proporcionarles los medios para hacerlos respetar. Así, cada Estado dispone de pleno derecho de un recurso ante el Tribunal para resolver las controversias que le oponen a sus asociados respecto a la aplicación o la interpretación del Derecho Comunitario. Pero, además, el Tribunal también es competente para emitir un fallo sobre cualquier controversia entre Estados Miembros relacionada con el objeto de los Tratados, en cuanto los Estados decidan sometérsela, en virtud de un compromiso acordado.

1.d. Función de justicia reguladora.

La naturaleza del Derecho Comunitario, implica su aplicación uniforme en el conjunto de la Comunidad. Los Tratados de Roma completan las tres funciones originarias del Tribunal de Justicia con una función reguladora, cuyo objeto consiste en asegurar la unidad de interpretación y aplicación del derecho comunitario en el conjunto de los Estados Miembros. En el plano técnico, esta función está asegurada por la acción del recurso prejudicial de interpretación que centraliza, en provecho de una jurisdicción única, el Tribunal de Justicia, la misión de proporcionar la única interpretación realmente auténtica del derecho comunitario.

2. La existencia de un auténtico Poder Judicial.

El sistema judicial comunitario tiene un valor especial por el hecho de que el Tribunal de Justicia no es ni un simple órgano judicial (como el Tribunal Internacional de Justicia; art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas), ni siquiera únicamente una autoridad judicial, sino que se presenta como un auténtico poder judicial comunitario. El sitio que ocupa en el sistema institucional de las Comunidades, le situaría incluso en la posición de ejercer un "gobierno de jueces", comportamiento en el que evita caer.

El Tribunal de Justicia se constituye en el único intérprete en última instancia de los Tratados, a través del ejercicio de sus funciones. Posee un poder supremo.

Pero, ante todo, sus resoluciones se imponen irrevocablemente; tiene un poder soberano. En efecto, no hay ninguna autoridad que posea el poder de "impugnar" un fallo del juez comunitario.

Por constituir un auténtico poder judicial, el Tribunal dispone asimismo de un título indiscutible. En efecto, no es únicamente un juez al que corresponde asegurar especialmente, "el respeto del derecho en la interpretación de la aplicación del Tratado", sino también una institución a la que incumbe, contribuir, con y como las demás instituciones, a "asegurar la realización de las tareas confiadas a la Comunidad".

Finalmente, al comportarse como un auténtico poder judicial, depositario supremo del interés comunitario, los jueces del Tribunal han mostrado que tenían la voluntad para ello y que no eludían ninguna de las responsabilidades que les confieren los Tratados a este respecto.

El Tribunal consideró de inmediato que entre las tareas confiadas a la Comunidad, había un trabajo de largo alcance destinado a enmarcar la institución económica mediante una construcción jurídica que deriva de ella pero que la supera; y con esta perspectiva, se ha visto inducido a plantear los principios de aplicabilidad directa de la primacía del derecho comunitario o también del paralelismo necesario de las competencias externas e internas.

Además, como garante de la ortodoxia comunitaria, se compromete, sin debilidades, a salvaguardar la identidad e integridad del sistema

Comunitario. Por ello no dudó, evidentemente, en rechazar cualquier caducidad de los Tratados y en precisar además, la jerarquía de sus objetivos.

El Tribunal se creyó obligado, en caso necesario, a hacer prevalecer el cumplimiento de los objetivos fundamentales de los Tratados contra cualquier obstáculo, a sustituir incluso a las restantes instituciones, a la Comisión en su poder de control de los Estados y al Consejo en la aplicación de su poder normativo.

3. La Organización Judicial Comunitaria.

Por ello el sistema judicial comunitario no reside exclusivamente en el Tribunal de Justicia sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba jurisdicciones de los Estados Miembros y al Tribunal de Justicia. Y aun cuando éste último es a única jurisdicción comunitaria, no es el único juez que aplica el Derecho Comunitario. La organización jurisdiccional comunitaria es, por tanto, una organización compleja, no porque existan múltiples jurisdicciones comunitarias sino porque la competencia jurisdiccional de aplicación de los Tratados, está compartida entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y las jurisdicciones nacionales.

4. El Tribunal de Justicia, única jurisdicción comunitaria.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que tiene su sede en Luxemburgo, no sólo es único a partir de 1957 para las tres Comunidades en virtud de la Convención relativa a determinadas instituciones comunes, sino que es también la única jurisdicción creada en el orden comunitario. De ello se desprende que acumula el conjunto de las competencias jurisdiccionales sustraídas a las jurisdicciones nacionales y que decide siempre en primera y última instancia.

Al tribunal de Justicia se le han conferido las siguientes atribuciones:

4.a. Atribuciones contenciosas. Estas agrupan todos los procedimientos de derecho en los cuales los propios pleiteantes de un litigio, recurren directamente al Tribunal y éste resuelve totalmente. Se trata, por tanto de

un contencioso que se le ha sometido directa e inmediatamente, casi siempre por el ejercicio de una acción, pero a veces también por un procedimiento de excepción, y que resuelve en primer y último término; o sea que deduce en el fondo y pone fin por sí mismo al litigio.

4.b. Atribuciones prejudiciales. Estas corresponden a los casos de recurso "mediato", o sea, no es planteada por el propio litigante, sino por iniciativa de una jurisdicción nacional que, al tener que aplicar el Derecho Comunitario a un litigio que se le ha presentado, interroga al Tribunal por el procedimiento prejudicial. La intervención del Tribunal no constituye más que un incidente del litigio principal, que no resuelve por sí mismo.

4.c. Atribuciones Consultivas. A pesar de su título, estos procedimientos de derecho no corresponden a simples recursos para dictamen; conducen a auténticas resoluciones de carácter obligatorio. Lo que les singulariza es que no están condicionados, en principio, por la existencia de un contencioso a dirimir, aunque, de hecho, a menudo sea al caso.

El sistema judicial comunitario se ha visto confrontado, más que ningún otro, con la cuestión del control de la legalidad aplicada a la administración económica y al respeto del principio de separación de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. La solución se ha encontrado en un compromiso original, que consiste, por una parte, en reconocer a las autoridades comunitarias un importante poder discrecional en cuanto a la oportunidad de las elecciones de política económica, pero, por otra parte, en sancionarlas cuando las mismas hacen un uso irracional de éste.

Los juzgamientos de la Corte de Justicia reflejan la vitalidad del Derecho Comunitario (14). Ellos refuerzan la fortaleza de la ley y le proveen la autoridad necesaria vis a vis gobiernos, juzgados nacionales, parlamentos y ciudadanos. A través de sus sentencias e interpretaciones, la Corte de Justicia promueve el surgimiento de un genuino Derecho Europeo al cual todos están sometidos: Instituciones Europeas, Estados Miembros, Cortes Nacionales y cada uno de sus individuos.

(14) Handbook of European Union.- Nicholas Moussis. 5th Revised Edition 1998.

De conformidad al Acta Unica, de 24 de octubre de 1988, el Consejo adoptó, ante el requerimiento de la Corte, una Decisión estableciendo la CORTE DE PRIMERA INSTANCIA (Court of First Instance-CFI) de las Comunidades Europeas. La CFI fue luego consagrada por el Tratado de la Unión Europea. La CFI está llamada a incrementar la protección legal del ciudadano común y habilita a la Corte de Justicia, liberándola del examen de los hechos en áreas complejas para dedicarse por sí mismo a su tarea, cual es la de asegurar la uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario. La CFI tiene jurisdicción en todas las acciones sometidas a su consideración por personas naturales o jurídicas y casos principalmente relacionados con la agricultura, pesquería, los Fondos Europeos (regionales, sociales), transporte y ayudas estatales.

Las sentencias de la CFI, constituida por quince miembros normalmente distribuidos en Salas, pueden establecer el ámbito de la apelación, limitadas a puntos de derecho, para ser sometida a consideración y resolución de la Corte de Justicia.

5. Los Estados Miembros y la Competencia del Tribunal.

Según Robert Kovar (15), "la Comunidad es mucho más que una organización interestatal. Ella constituye un nuevo orden jurídico en el cual los sujetos no son solamente los Estados Miembros, sino igualmente sus nacionales". La integración postula entonces tanto la subordinación de los derechos nacionales al derecho comunitario como la penetración de éste en el reglamento jurídico estatal de manera que él pueda desplegar aquí la plenitud de sus efectos.

Esta Constitución "pluridimensional" de la Comunidad, exige que la Corte de Justicia deba ella misma controlar la acción de sus instituciones, de vigilar por el respeto de los compromisos de los Estados, con el fin de asegurar la efectividad del Derecho Comunitario. La amplitud y la naturaleza de las competencias de la Corte, expresa la integración jurídica realizada en la Comunidad, y tanto como ella revela los límites.

(15) Robert Kovar.- Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Estrasburgo.

Encargada de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación de los Tratados, la Corte está investida "de una misión vasta y fundamental que, de entrada, se sitúa mas allá de solamente reglamentar litigios entre los diferentes protagonistas del orden jurídico comunitario.

La Corte de Justicia es una jurisdicción única, permanente, obligatoria y soberana. Además ella puede ser compartida no solamente por los Estados y las instituciones sino hasta por los nacionales de la Comunidad.

6. Precedentes Jurisdiccionales del Tribunal de Justicia.

En general, con relación a la Unión Europea, es crucial recordar que el sistema legal europeo no es estático. No solo tiene el desarrollo dinámico de la Unión que produce cambios en la ley, el sistema legal en si mismo, ha sido transformado, y continuará cambiando en el futuro. Es suficiente señalar dos puntos; El primero es que la transformación histórica del sistema legal Europeo, se produjo de una forma relativamente convencional del derecho internacional, en algo absolutamente nuevo, en un "nuevo orden legal", puesto que el derecho internacional convencional es estrictamente vinculante solo sobre Estados, en tanto que el derecho europeo ha desarrollado efectos vinculantes también sobre las personas individuales. El segundo punto que necesita reforzarse es que la Corte de Justicia ha jugado un central y estratégico rol aunque actuando con significativa presión en el desarrollo de su sistema legal, y ciertamente, el desarrollo de este sistema parece haber sido el principal objetivo de la Corte. (16)

Se describen dos doctrinas o principios del Derecho Europeo -efecto directo y supremacía- como llave para el desarrollo del nuevo orden legal. Ninguno de los dos principios fueron escritos en el Tratado de la Unión Europea: ambos pasaron a formar parte del Derecho Comunitario a través de la resolución de un caso de derecho por parte de la Corte de Justicia Europea. Si una regla europea es directamente efectiva, entonces en el supuesto de que hubiere o no sido adecuadamente implementada por cualquier Estado o por todos los Estados, los individuos pueden ampararse en ella directamente. La supremacía es el lógico corolario del efecto directo.

(16) Developments in the European Union.- Edited by Laura Cram, Desmond Dinan (Neill Nugent) 1999.

Si la implementación de la Legislación nacional no es ya un requerimiento para que sean efectivas las reglas europeas, entonces la posibilidad de un conflicto entre las leyes europeas y las leyes nacionales existen. El principio de la supremacía significa entonces que en el evento de tal conflicto, el derecho Europeo prevalece. Además el efecto directo y la supremacía son usualmente descritos como principios distintos del Derecho Comunitario pero, lógica e históricamente, están cercanamente unidos entre ellos, ambos fueron inicialmente establecidos por la Corte en la década de los sesenta (efecto directo en 1963 en el caso Van Gend y Loos y el de la supremacía en 1964 en el caso Costa versus Enel). Fundamentados en la lógica, el servicio legal de la Comisión y numerosos Estados Miembros, coincidieron que el efecto directo y la supremacía estaban tan estrechamente vinculados que no podían ser separados (Stein, 1981; Wincott, 1995a).

Sólo para tener una idea de lo que el Tribunal de Justicia ha realizado durante los años, vale mencionar cuatro casos que constituyen verdaderos hitos en el desarrollo de la legislación comunitaria.

a) En 1963, en "Van Gend y Loos", la Corte decidió que la legislación comunitaria se aplica directamente a los individuos y no sólo a los Estados Miembros;

b) En 1964, en "Costa", una demanda propuesta por un ciudadano italiano sobre una factura de electricidad por un monto de 2,80 dólares, la Corte declaró que, en caso de conflicto, la ley comunitaria prevalece sobre la ley interna de los Estados Miembros;

c) En su sentencia en el caso "Simmenthal" (1978), la Corte afirmó que "en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables, tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados Miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias", confirmando el rechazo a reconocerle eficacia jurídica alguna; y,

d) En 1992, en "Francovich", la Corte decidió que los Estados Miembros son pecuniariamente responsables frente a los individuos si no aplican correctamente la legislación comunitaria. "Francovich" tendrá un tremendo impacto en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de los Estados Miembros.

Es incuestionable la contundencia jurídica con la que la Unión Europea ha resuelto casos como los que se han estudiado, que han asegurado la prevalencia del Derecho de Integración -dentro del ámbito exclusivamente Europeo- sobre el ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros de la Unión, a pesar que, la primacía del derecho Comunitario no aparece muy concluyente en los Tratados constitutivos ni a nivel de definición en cuanto a su categorización supranacional ni a nivel de claridad en materia de transferencia de competencias derivadas de la soberanía de los Estados Miembros particularmente considerados.

Es indispensable colegir, por tanto, que la conciencia integracionista ha penetrado hondamente no solo en los estamentos institucionales comunitarios sino en los organismos intergubernamentales, administrativos y jurisdiccionales de todos los niveles jerárquicos y en la ciudadanía, en general, de los países comunitarios Europeos, que ha permitido un acatamiento generalizado de las normativas supranacionales que provienen de los órganos comunes, en el entendido que el cumplimiento de los objetivos comunitarios ha contribuido y contribuye significativamente al creciente desarrollo y prosperidad de sus Países Miembros.

Este, a nuestro juicio, es un caso inédito en el ámbito de la sociedad internacional, pues en la práctica y en forma extremadamente dinámica en aplicación no solo de los Tratados Constitutivos de la Unión, sino de la normatividad secundaria supranacional, los fallos jurisprudenciales comunitarios y en gran medida, hasta la misma costumbre integracionista, han venido sentando bases inamovibles en la construcción comunitaria. De ahí se explica la contundencia con que actúan los magistrados de la Corte de Justicia de la Unión Europea, cuyos fallos son acatados y respetados en todos los ámbitos y particularmente lo que concierne a la prevalencia del derecho comunitario sobre el Derecho Interno de los Estados en los sectores en que convergen o colisionan según las normativas provenientes indistintamente de fuente comunitaria o de fuente nacional.

Y esta prevalencia del Derecho Comunitario Europeo sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros, continúa inalterable en su proceso de consolidación a pesar de que las Constituciones Políticas de los quince Estados Miembros, no han afianzado suficientemente el principio de la supremacía Comunitaria como era de esperarse, a pesar del avance arrollador del proceso comunitario hacia las formas más avanzadas de integración política y económica implementadas ulteriormente a través del Tratado de Maastricht.

7. Referencias Constitucionales.

Creemos del caso, sin embargo, traer a guisa de ejemplo la parte pertinente de las Constituciones Nacionales de los Países Miembros de la Unión Europea, Holanda y España, para luego compararlas con otros países del Continente Americano que dan diferente tratamiento al tema en cuestión. Así la Constitución Holandesa de 1972, revisada en 1983, establece, en su artículo 94:

“No serán aplicables las normas jurídicas vigentes en el Reino cuando su aplicación sea incompatible con las disposiciones de un Tratado o con las resoluciones de las instituciones internacionales que obliguen a los particulares”

Según esta disposición Constitucional, queda clara la prevalencia del derecho Internacional y -con igual o mayor razón del Derecho de Integración-, sobre el derecho interno de Holanda, dejando en claro que se entiende comprendida dentro del derecho interno su propia Constitución Política que obviamente corresponde al régimen interno del Estado.

El artículo 91 de la misma Constitución, clarifica la disposición anterior al exigir una mayoría especial en las Cámaras para la aprobación de un Tratado “que contradiga la Constitución o que pueda entrar en contradicción con ella” de lo que se interpreta claramente que si el Tratado se aprueba con mayoría cualificada en los términos de su Constitución, el referido Tratado dejaría sin efecto la disposición Constitucional contraria a lo establecido específicamente en el Tratado.

Sin embargo el artículo 93 estatuye que:

“Las disposiciones de los Tratados y de las Resoluciones de las instituciones internacionales, que puedan obligar a los particulares en virtud de su contenido, serán obligatorias después de que hayan sido publicadas”.

A *contrario sensu*, se entiende que si los Tratados o Resoluciones de las instituciones internacionales, que puedan obligar a los particulares, no serán obligatorias si no han sido publicadas.

A nuestro modo de ver, tal disposición Constitucional aparece como contradictoria en el orden internacional, pues la validez de un tratado internacional no puede estar supeditada a un acto interno de incorporación, puesto que, a partir de la correspondiente ratificación y el canje de Notas respectivas, el Tratado es válido, tiene efectos vinculantes y genera plenos efectos jurídicos para los Estados suscriptores, tanto más que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación de incumplimiento de un Tratado; constando como única excepción a este Principio la contemplada en el Artículo 46 de la propia Convención referido a la violación manifiesta del derecho interno del Estado concerniente a la competencia para celebrar Tratados que afecte a una norma de importancia fundamental, definiéndose a continuación que la “violación es manifiesta”, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Verdross, citado por De La Guardia y Delpéch (17), sostenía el Principio que: “Ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su Derecho interno”.

En cuanto a la Constitución Española (artículo 95 párrafo 2), al igual que la francesa, da competencia al Tribunal Constitucional para declarar la incompatibilidad de un Tratado con las normas constitucionales, lo que nos parece que provoca un desfase, puesto que el control Constitucional del Tratado debería ser competencia privativa del propio Parlamento, en el momento mismo que se aprueba el Tratado, para dejar únicamente al Tribunal Constitucional la competencia de control constitucional poste-

(17) El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969.- Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpéch.- Editorial La Ley.- Buenos Aires 1970.

rior, sujeto a limitaciones muy estrictas y solo a instancia de parte a través de una demanda de inconstitucionalidad a ser resuelta por el Tribunal, la que, de ser favorable al demandante, debería provocar la denuncia del Tratado según los términos que, para el efecto, establezca el propio Tratado.

España se afilia también a la tesis de la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, pero con la misma limitación de la obligatoriedad de la publicación, lo que resta seguridad jurídica a los Tratados internacionales en particular y al Derecho Internacional en general.

Así, el artículo 96 párrafo 1 estatuye que:

“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

Ya una sentencia del Tribunal Supremo de 1893 decía que las disposiciones convencionales en vigor, válidamente celebradas y debidamente publicadas, son “obligatorias y de ineludible observancia”.

En cambio, más confuso es el panorama cuando se trata de determinar la jerarquía del Tratado en el orden jurídico español. Si bien, en sentencia de 1985, el Tribunal Supremo afirmó que los Tratados ratificados por España tienen “un valor suprallegal y cuasiconstitucional”, algunas sentencias posteriores parecen haberse apartado de ese camino, haciendo prevalecer las normas internas sobre, por ejemplo, algunos Convenios de la OIT.

A fin de establecer comparaciones sobre la materia, nos referiremos a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica la que, en su artículo VI párrafo 2, expresa:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que serán dictadas en acuerdo con ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del País; y los jueces, en cada Estado, estarán sujetos a ellas, aunque la Constitución o las leyes del Estado dispongan lo contrario”.

Al respecto se observa que el Principio establece que la Constitución y las leyes nacionales de Estados Unidos tienen una igualdad jerárquica con el derecho internacional convencional (pero ambos son superiores al de cada Estado que integra la Federación), sin embargo nada se dice en el evento de conflicto entre una ley nacional y una norma internacional, ante lo cual, la jurisprudencia ha aplicado la llamada doctrina “last in time”, según la cual, la norma posterior deroga a la anterior. En 1870, la Suprema Corte estableció, en el caso “Cherokee Tobacco”, que un Tratado puede derogar un acto anterior del Congreso y un acto del Congreso puede derogar un Tratado anterior.

En cuanto a la República Argentina, en la Constitución de 1853, en su artículo 31, establecía, en forma similar al artículo VI de la Constitución estadounidense:

“Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación”, y el artículo 21 de la ley, n. 48 de 1863 reconocía las otras fuentes del derecho internacional al disponer que: “los Tribunales y jueces nacionales procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes particulares de las provincias, las leyes que han regido anteriormente a la Nación y los principios del Derecho de Gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.

La Constitución de 1994, mantiene, en su artículo 31, la misma redacción que la anterior. Pero, en su artículo 75, establece la jerarquía de los Tratados, disponiendo que tendrán una jerarquía superior a las leyes y algunos de ellos tendrán la misma jerarquía que la Constitución.

Pero puntualiza que corresponde al Congreso, *inter alia*, 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. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

La jurisprudencia Argentina, en general, ha dado al Tratado la misma jerarquía que a la ley.

Pero, a principios de la década de los noventa, la jurisprudencia argentina, en un fallo de su Corte Suprema, el caso "Fibraca", en 1993, hizo prevalecer el Acuerdo de sede de la Comisión Mixta de Salto Grande sobre la Constitución Nacional reafirmando la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, comprendiéndose dentro de este último a la Constitución Nacional. Esta nueva jurisprudencia significó un cambio profundo en la interpretación y aplicación de la jerarquía de las normas internacionales.

En Costa Rica, su Constitución establece que: "los Tratados públicos, los Convenios internacionales y los Concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán, desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

La jurisprudencia ha entendido que ello supone que dichos Acuerdos, en cambio, tienen una jerarquía inferior a la Constitución.

Sirvan estas referencias para concluir que para que el Derecho Internacional en general y el Derecho de Integración en particular, puedan generar plenos efectos jurídicos sin reservas ni interpretaciones contradictorias, es preciso promover a nivel de organismos internacionales, regionales y comunitarios, la necesidad de unificar las Constituciones nacionales de los países del mundo en torno a la prevalencia del Derecho Internacional sobre el ordenamiento jurídico interno incluyendo las Constituciones Políticas de los Estados que integran la comunidad internacional. No obstante que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, instituye en su artículo 26 el principio del "Pacta sunt servanda", que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", en caso de no asegurarse la prevalencia del derecho internacional en las Constituciones nacionales, la propia Convención de Viena o cualquier Tratado internacional, puede ser denunciado o en general impugnado con cualquier pretexto, para eludir el cumplimiento obligatorio de los compromisos internacionales contraídos por los Estados.

CAPITULO VII

LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES EL ACUERDO DE CARTAGENA

1. Algunas Implicaciones para América Latina del Experimento de Integración Europea.

El tratadista Ben Moore, sostiene que (18): "la mayoría de los países de Europa interesados en consolidar una colectividad democrática, son sociedades industriales ya maduras, en tanto que la mayoría de los países de la América Latina están en una etapa menos avanzada de desarrollo económico. Europa tiene muy alta proporción de comercio intrarregional, en contraste con América Latina, donde las relaciones comerciales están firmemente asentadas entre cada país y las regiones adelantadas de Europa y de América del Norte, pero son mucho más tenues dentro de la región. Las relaciones financieras muestran igualmente modalidades muy distintas.

En discurso a los Ministros de la Organización Europea de Cooperación Económica, el 31 de octubre de 1949, Paul Hoffman, entonces Administrador de la Comisión Económica del África, definió la integración como "la formación de un solo gran mercado en el que las restricciones cuantitativas (cuotas de importación o de exportación) sobre el movimiento de mercancías, los obstáculos monetarios al movimiento de pagos y, a la larga, todos los aranceles, se eliminan permanentemente".

Estimo justo decir, expresa Moore, que ningún europeo aceptó esta sencilla definición de la integración por mucho tiempo. En las economías mixtas de la Europa Occidental, orientadas hacia el bienestar colectivo, pronto se hizo evidente que la integración debía aplicarse no solamente a los mercados, sino también a muchas otras instituciones económicas.

La Comunidad Económica Europea se basa en la suposición de que sus miembros desean equilibrar sus beneficios y cargas a un alto nivel de inte-

(18) Factores para la Integración Latinoamericana.- Banco Interamericano de Desarrollo.- Fondo de Cultura Económica-Buenos Aires. Primera Edición. 1966. Ben Moore.

gración económica; este equilibrio se puede lograr sólo si los miembros aceptan realmente limitaciones considerables a la soberanía sobre su economía nacional.

Los gobiernos han llegado a confiar grandemente en cuotas, regulación de cambio y aún aranceles para corregir todo desequilibrio grave en su balanza de pagos.

Los Miembros juzgan cada medida que se propone a la luz de sus intereses nacionales. Por lo tanto, la integración sólo puede comenzar cuando hay gran congruencia de intereses nacionales para hacer que funcionen efectivamente determinados arreglos. A medida que la organización se consolida y soporta el peso de más funciones, con razonable eficacia y equidad, será más fuerte el sentido de comunidad. Gradualmente, la política será valorizada en función de los intereses de la agrupación en conjunto, más que en consideración de los intereses nacionales independientes de sus miembros, aunque siempre persistirá la influencia de estos últimos. Conforme se fortalezca el sentido de comunidad se podrá acelerar el proceso de integración y se harán posibles arreglos institucionales de más vasto alcance hasta acercarse al sistema plenamente integrado.

Es esencial, decía Moore, avanzar hacia un ambiente de irreversibilidad. Esto requiere que los gobiernos miembros tomen medidas especiales que entrañen considerables sacrificios, limitaciones de su libertad de acción soberana, o bien concebidas obligaciones mutuas que se mantengan inalterables por mucho tiempo y se cumplan a cabalidad.

Más allá de las consideraciones de orden económico o comerciales que se han mencionado, es conveniente resaltar para efectos de nuestro estudio, que hace más de tres décadas los tratadistas y estudiosos del Derecho Comunitario, habían llegado a la conclusión que para que avancen los procesos de integración económica, los Estados Miembros debían aceptar limitaciones considerables a la soberanía sobre sus economías nacionales, lo que siendo necesario para economías desarrolladas e industrializadas como las de los Países de Europa Occidental, tanto más necesarias deberían ser para las economías en desarrollo como serían las de América Latina.

2. El Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino.

Consideramos de suma importancia para darle mayor cobertura a este estudio, analizar, aunque sea superficialmente, la estructura institucional, la competencia de sus órganos, en especial de su órgano jurisdiccional, de uno de los principales procesos de integración de América Latina, el Acuerdo de Cartagena, que es el proceso de integración interregional más avanzado de América Latina y que se ubica en el segundo lugar de importancia del mundo, obviamente después de la Unión Europea.

El Acuerdo de Cartagena -celebrado el 26 de mayo de 1969 entre Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, que entró en vigencia el 16 de octubre del mismo año, inaugura dentro del marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC 1960), una nueva modalidad para acelerar la integración. Este Acuerdo nació como una respuesta a la dificultad para establecer, dentro del contexto global de la ALALC, -que pretendía constituir una zona de libre comercio entre los países signatarios- normas más agresivas para avanzar en el desmantelamiento recíproco de trabas al comercio, en el establecimiento de un arancel externo común, y en la implantación de principios y compromisos de planificación conjunta. El Acuerdo tiene por finalidad acelerar el proceso de integración, satisfacer los objetivos de un desarrollo equilibrado de los países suscriptores y dar a éstos, como conjunto, dentro del marco de un futuro Mercado Común Latinoamericano, mayor poder de negociación que el que tendrían aisladamente. Con tal objeto, los países que formaron el Grupo Andino persiguen el objetivo de armonizar políticas económicas y sociales; programar conjuntamente el desarrollo; liberar el intercambio recíproco a un ritmo superior al contemplado en la ALALC; establecer un arancel externo común, e integrar físicamente los territorios de los países componentes (19).

La declaración de Bogotá es enfática al expresar que "estos Acuerdos (los subregionales), no se conciben como compartimientos estancos que obstaculizan la formación de la Comunidad Latinoamericana, por el contrario, deben considerarse como una forma de articular el proceso de inte-

(19) El Pacto Andino, América Latina y la Comunidad Económica Europea en los años 80.- BID/INTAL. 1984.

gración de toda la región; en consecuencia, sus objetivos y políticas deben ajustarse a los intereses generales de la comunidad".

En septiembre de 1967, por la Resolución 202 (CM-II/VI-E) en la que encomendaba a la Conferencia de las Partes Contratantes de la ALALC el establecimiento de las normas a las que deberían ajustarse los Acuerdos Subregionales, se aprobaron las bases para el Acuerdo Subregional del Grupo Andino. Dichas normas fueron establecidas por la Séptima Conferencia en la Resolución 222. (CM/VII).

Por el Protocolo del 5 de octubre de 1976, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, convinieron el retiro de Chile del Acuerdo de Cartagena.

Venezuela adhirió al Acuerdo de Cartagena mediante el Instrumento aprobado el 13 de Febrero de 1973 y declarado compatible por la Resolución 292 del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC del 20 de marzo de 1973.

El Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena contemplaba su organización institucional constituida básicamente por la Comisión y la Junta.

La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo, integrada por un representante plenipotenciario de los Países Miembros y entre sus atribuciones constaba la de aprobar las normas que sean indispensables para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, lo que le confería potestad legislativa, y a la vez, facultades administrativas. La Comisión debía expresar su voluntad mediante Decisiones.

La Junta era el órgano técnico del Acuerdo, integrada por tres miembros, y entre sus atribuciones constaban la de velar por la aplicación del Acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión, formular a la Comisión proposiciones destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo, efectuar los estudios técnicos que le encomiende la Comisión y ejercer las atribuciones que le delegue dicho organismo.

En el esquema original del Acuerdo de Cartagena no se contemplaba la creación de un órgano jurisdiccional limitándose a establecer un mecanismo de solución de controversias a través de procedimientos de nego-

ciación, buenos oficios, mediación y conciliación, correspondiéndole a la Comisión llevar a cabo las acciones conducentes a encontrar solución a las discrepancias que surjan con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión.

Como mecanismo sustitutivo se remitía el caso al Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967, por los Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo que instituyó la ALALC.

El Acuerdo constitutivo era un esquema de integración incompleto pues a más de no estar claramente definidas las competencias supranacionales de sus órganos y consecuentemente su prevalencia sobre el Derecho interno de los Países Miembros, tampoco disponía de un órgano jurisdiccional propio con competencias supranacionales, lo que, demás está decirlo, no garantizaba de manera alguna el éxito del proceso integracionista.

Luego de algunos años de vigencia del Acuerdo, las omisiones se comenzaron a notar con extrema gravedad, lo que amenazaba con conducir al fracaso al Acuerdo de Cartagena.

Así, conviene transcribir un artículo publicado en el órgano oficial periodístico del Acuerdo (20), que refleja con certera visión la gravedad de los problemas que venían ocurriendo en la aplicación de los mecanismos de la integración subregional, cuyo fragmento reproducimos a continuación:

"Con notable preocupación, más no con sorpresa, podemos captar el surgimiento de un ambiente tenso en Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia, como integrantes del proceso de integración subregional andino, debido a los incumplimientos de Decisiones y Acuerdos, que nos obligan a pensar nuevamente en la necesidad de un mecanismo severo que corrija la situación y permita facilidades en las negociaciones de los programas sectoriales de desarrollo industrial.

El Grupo Andino, sin querer hacer nuevas revelaciones, es objeto de muchos cuestionamientos, tanto por parte de los gobiernos que lo integran

(20) Las decisiones Andinas y su incorporación al Derecho Interno de los países del Acuerdo (Alvaro Romero Galindo). Abril 1977.

como de sus empresarios y actores externos, al mismo proceso subregional. Sin embargo, se reconoce que ha sido el intento más consistente en América Latina creado por los países del área.

Si este empeño del Grupo Andino fracasa, pasarán varias generaciones antes de volver a considerar la integración como una alternativa seria para superar retrasos atávicos.

Asimismo, es de la mayor importancia el establecimiento del Tribunal Andino de Justicia, que asegure el fiel cumplimiento por parte de los países miembros de los compromisos contraídos y que determine las sanciones a que haya lugar".

Ante la evidencia de fácil constatación, los países signatarios del Acuerdo de Cartagena llegaron a la conclusión acerca de la necesidad de establecer un órgano jurisdiccional para el ámbito subregional.

En la Declaración de Bogotá (8 de agosto de 1978), los Presidentes Andinos señalaron la impostergable necesidad de disponer de un órgano de esa naturaleza, e impulsaron acciones tendentes a su concreción en el siguiente año.

Tras sucesivas reuniones de representantes plenipotenciarios realizadas en Lima, en febrero y mayo de 1979 (diez años después de que entra en vigencia el Acuerdo), Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron el Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia en la ciudad de Cartagena, el 28 de mayo de 1979. A su vez, el Mandato de Cartagena, recomendó la urgencia de poner en vigencia dicho Tratado.

El contenido del Tratado contempla los siguientes puntos:

El Ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, que comprende:

1) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el propio Tratado del Tribunal de Justicia; las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta;

2) La Organización del Tribunal; y,

3) Las Competencias del Tribunal: las controversias que surjan por la aplicación de las normas comunitarias.

Además de establecerse en forma jerárquica el ordenamiento jurídico del Acuerdo, las partes contratantes suplen las omisiones originales del

Acuerdo y jerarquizan con competencias claramente supranacionales, las normativas derivadas de sus dos principales órganos: La Comisión y la Junta.

Así, los artículos 2 y 3 del Tratado que instituye el Tribunal de Justicia Andino, establecen:

"Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión".

"Artículo 3.- Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro".

Como se observará, el artículo 2 establece la obligatoriedad que se le confiere a las Decisiones de la Comisión, desde la fecha que sea aprobada y el artículo 3, primer inciso, expresa que serán directamente aplicables en los Países Miembros, -se entiende a las personas sobre quienes recae la normativa-, cuando sea publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo, y en su segundo inciso, deja a la voluntad de la Comisión resolver cual de las Decisiones que expida requiere de incorporación al derecho interno de las Partes para que entren en vigencia, lo que significa dejar la "puerta abierta" para aplicar a voluntad y "cuando las circunstancias lo requieran", -en función, seguramente de la importancia de la normativa-, la postura dualista de que la norma internacional (supranacional) no entrará en vigencia si no es incorporada expresamente al ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes.

Por lo demás, el artículo 4 establece que las Resoluciones de la Junta entrarán en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento. El artículo siguiente por su importancia complementaria lo transcribimos a continuación.

"Artículo 5.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

Mediante este artículo se compele a los Países Miembros para que, a través de disposiciones internas, aseguren el cumplimiento de la normativa proveniente de los órganos comunes, a la vez que los insta a comprometerse a no adoptar medida alguna que de alguna manera obstaculice la aplicación de las normas que se originen en los órganos comunes del Acuerdo.

3. Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).- Comunidad Andina de Naciones.

Desde la suscripción del Acuerdo de Cartagena (26 de marzo de 1969), que entró en vigencia el 16 de octubre de 1969, pasando por la celebración del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (28 de mayo de 1979), que hemos mencionado anteriormente, el Acuerdo de Cartagena ha venido experimentando profundas modificaciones en muchos aspectos desde el cambio de su denominación a la de “Comunidad Andina de Naciones (CAN)”, la reforma de su organización institucional como la creación del Parlamento Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, con la consiguiente determinación y precisión de competencias otorgadas a sus órganos y otras reformas que no son del caso analizar en este estudio, no obstante lo cual, nos permitiremos mencionar de pasada, ciertas modificaciones que servirán para definir nuestras conclusiones y sugerencias al final de este ensayo, como el atinente al Protocolo Modificadorio del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que se deriva a su vez del Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional, aprobado en Trujillo el 10 de marzo de 1996, que entró en vigencia el 2 de junio de 1997, y que a su vez es reformado por el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), que entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, y que, *inter alia*, dispone que la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, adopte la Decisión que contenga la nueva codificación del

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como en efecto ocurrió (Decisión 472 de 16 de septiembre de 1999), codificación del Tratado a la que nos remitiremos sin pasar por los antecedentes, a fin de no prolongar innecesariamente este análisis, habida cuenta que éste último instrumento contiene la suma de todas las modificaciones que consideramos relevantes en función de las conclusiones que habrán de obtenerse ulteriormente.

Cabe resaltar lo expresado en una de las consideraciones del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que comprende los elementos indispensables en que se fundamenta la existencia del Tribunal, que expresa lo siguiente:

“Seguros de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Por lo demás, nos permitiremos reproducir los cuatro primeros artículos del Tratado que se refieren al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al final de los cuales nos permitiremos formular el comentario que sea pertinente para luego pasar al análisis de las competencias del Tribunal.

Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales.
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios.
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina.
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Este artículo ha sufrido modificaciones en comparación con el artículo del Tratado original del 28 de mayo de 1979, que hemos analizado con anterioridad. Así, en el literal b) a más del Tratado se le agrega, como parte de su ordenamiento jurídico, a los "protocolos modificatorios". En el literal c) se hace constar el nuevo organismo de más alto nivel político que es el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que, al igual que la Comisión, tienen competencia para dictar Decisiones (normativas supranacionales) dentro del ámbito de la Comunidad Andina; en el literal d) aparece uno de los nuevos organismos creados, la Secretaría General de la Comunidad Andina que pasa a sustituir a la Junta para adoptar Resoluciones; y finalmente, se agrega el literal e) para hacer constar como parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países Miembros entre sí, lo cual, a nuestro juicio, completa el ordenamiento jurídico de la Comunidad ampliándolo a los Convenios que, dentro del marco del Tratado, celebren Partes interesadas en el ámbito industrial y otros similares, que van a permitir dinamizar, con referencia al sector empresarial, el proceso de integración comunitario.

A continuación los subsiguientes artículos:

Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Por lo demás, los artículos que se han reformado no varían en lo sustancial el esquema original, advirtiéndose eso sí en los artículos 2 y 3, que constan los nuevos órganos creados, esto es, en el Artículo 2, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y en el artículo 3, el mismo organismo más la nueva Secretaría General. En consecuencia, los comentarios formulados con anterioridad al esquema original del Tratado, no varían en lo fundamental.

4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus competencias. (21)

La originalidad del Derecho de la Integración reside en la distribución de competencias entre los Estados y la Comunidad y, dentro de ésta, en la distribución de poderes entre las distintas instituciones comunitarias creadas. El sistema institucional de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) es semejante al de la Unión Europea, y frente a los órganos interestatales, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión, existe un órgano comunitario - la Secretaría General - que tiene un carácter autónomo e independiente de los gobiernos de los Países Miembros.

El establecimiento de un poder normativo ejercido por los órganos de los esquemas de integración crea una estructura jurídica que, contemplada en el acto constitutivo -Tratado o Acuerdo-, se continúa en las normas emanadas de los órganos comunitarios para ejecutar las disposiciones contenidas en aquél y para desarrollar los objetivos comunes. (21)

La estructura jurídica que generan los llamados "Tratados marco", que se caracterizan por contener normas globales a ser complementadas, para su ejecución, por otras, está integrada por disposiciones de distinta naturaleza. Están, en primer lugar, las disposiciones generales contenidas en

(21) Banco Interamericano de Desarrollo. BID/INTAL.- Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino) Buenos Aires. 1983.

el Tratado (derecho originario) y, luego, las normas emitidas por los órganos (derecho derivado). Estas normas secundarias deben guardar concordancia con el marco jurídico original.

La primacía del derecho comunitario (original o derivado) sobre los ordenamientos jurídicos internos, y la forma en que se incorporan a estos últimos las decisiones de los órganos comunitarios, suelen originar conflictos de interpretación y aplicación. Esto ocurrió en el marco Andino porque el texto del Acuerdo no fue suficientemente explícito acerca de los instrumentos que conforman su estructura jurídica ni sobre la forma en que ellos entraban en vigencia.

Por eso el Tratado que crea el Tribunal de Justicia contiene precisiones sobre la estructura jurídica del Acuerdo y acerca de la determinación del momento en que las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General -según modificaciones introducidas al esquema- son obligatorias para los Países Miembros.

La obligatoriedad normativa proveniente de los órganos comunitarios, según lo establecido en el Tratado que instituye el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, implica conferirle a dichas normas, la jerarquía supranacional pues, en tal sentido, están llamadas a prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros de la Comunidad.

Por lo demás, las competencias del Tribunal, quedaron perfectamente definidas desde que se suscribió el Tratado original (28 de mayo de 1979) hasta la presente fecha que se encuentra vigente el nuevo esquema institucional modificado y codificado, notándose, en esta nueva versión, mejoras en la técnica jurídica para volver más operativos la sustanciación de los procesos en ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos comunes.

La acción de nulidad tiene sustento en el control de legalidad de aplicar medidas para corregir actos de las autoridades que en el ejercicio de sus funciones, hayan incurrido en errores (desviación de poder) o en excesos (abuso de poder). En el orden interno, la mayoría de los países prevén acciones y a veces tribunales especiales para anular, ya sea "erga omnes" ya "inter partes", los actos que violan o exceden la competencia de las autoridades de quienes emanan.

En los esquemas de integración, en los que existen órganos intergubernamentales y órganos que representan los intereses comunitarios, y en los que, por su peculiar estructura institucional, se pueden adoptar decisiones obligatorias aún contra la voluntad de algunos países, se impone el ejercicio del control de legalidad por un órgano autónomo, para asegurar que los demás se mantengan en el campo de sus atribuciones y no se aparten del cumplimiento de los objetivos comunes.

Cabe destacar que la acción de nulidad contra las normativas de los órganos comunitarios, podrá ejercerse por violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad y la acción de incumplimiento deberá ejercerse cuando un País Miembro incurra en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, acción que, indistintamente, debe ser ejercida sea por la Secretaría General de la Comunidad, sea por un País Miembro que se sienta perjudicado por el incumplimiento de otro País Miembro, debiendo relevarse que, en cuanto a la acción de nulidad, el ejercicio de la acción es facultativo en tanto que el ejercicio de la acción de incumplimiento aparece como obligatoria, sea que se inicie el proceso a instancia del órgano Comunitario (la Secretaría General) sea por iniciativa de un País Miembro perjudicado, lo que da a entender que la Comunidad no desea que los incumplimientos de las obligaciones dimanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad dejen insatisfacciones en las partes, y lo que es peor aún, queden casos sin resolver que pongan en peligro la estabilidad y permanencia del proceso de integración, lo que a nuestro juicio habría sido consecuencia de muchos años de incumplimientos que se produjeron dentro del marco de la integración andina.

Es necesario resaltar también que tanto la acción de nulidad como la acción de incumplimiento, las personas naturales o jurídicas, pueden ejercer la acción impugnando las normativas comunitarias, cuando afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos en el primer caso, y cuando se consideren afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, en el segundo, lo que los convierte en sujetos activos directos del proceso de integración con capacidad suficiente para ejercer el control de la legalidad y para demandar el incumplimiento de las obli-

gaciones dimanadas del ordenamiento jurídico integracionista, a fin de que se resuelva en derecho la controversia surgida con algún País Miembro.

En cuanto a la competencia de la interpretación prejudicial que se le otorga al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, está dirigida a asegurar la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad, siendo dicha figura jurídica originaria de la integración europea, al decir del profesor Leontin Constanti-nesco, persigue que el Derecho Comunitario tenga la misma significación en todos los Estados Miembros.

CAPITULO VIII

OTROS PROCESOS DE INTEGRACION

1. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que sustituye a la (ALALC).

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) que se constituyó por la suscripción del Tratado de Montevideo celebrado el 18 de febrero de 1960, por siete países latinoamericanos al que se adhirieron cuatro países adicionales, que perseguía instituir una zona de libre comercio entre los Países signatarios a través de la liberación del intercambio recíproco mediante negociaciones anuales selectivas y multilaterales, luego de veinte años de existencia sin haber conseguido culminar sus objetivos, fué sustituida mediante la celebración de un nuevo Tratado suscrito en la misma capital de la República Oriental del Uruguay, el día 12 de agosto de 1980, por los mismos once Países Partes de la ALALC (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) que instituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Tratado que, para su plena identificación, se le denominó en el propio instrumento constitutivo como Tratado de Montevideo 1980.

El Tratado de Montevideo 1980 (22) destaca al pluralismo, a la convergencia; a la flexibilidad, a la solidaridad manifestada en la existencia de tratamientos diferenciales y a la multiplicidad de instrumentos, como los soportes doctrinarios más relevantes del esquema.

El proceso de ALADI debe perfeccionarse por aproximaciones sucesivas que permitan ir generando, dentro de un marco sumamente flexible, una masa de intereses que configure a la región como un área de preferencias económicas.

El objetivo mediano, indeterminado en el tiempo, es el establecimiento de un mercado común regional. Tanto el Tratado de Montevideo 1960 como el suscrito en 1980, son instrumentos internacionales multilaterales; regionales; de integración económica; marcos; evolutivos; permanentes e institucionales.

De integración económica, en el sentido que ambos instrumentos postulan, en forma mediata, la constitución de un mercado común regional, el que se obtendrá por aproximaciones sucesivas que se orienten hacia una gradual integración económica. Al efecto, el Tratado de 1960 establece una zona de libre comercio como etapa previa, y el de 1980 un área de preferencias económicas, compuesto por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial.

Entre los objetivos del Tratado se encuentran, entre otros, el establecer a largo plazo, en forma gradual y progresiva, un mercado común latinoamericano, privilegiar el intercambio recíproco mediante el establecimiento de un margen de preferencia regional, promover el comercio entre los países mediante acuerdos comerciales sean de alcance regional o de alcance parcial, siendo los Acuerdos de alcance regional aquellos en los que, necesariamente, participan todos los países miembros. Son entonces esencialmente multilaterales, globales, totalizadores; en tanto que los Acuerdos de alcance parcial, son aquellos en cuya celebración no participan la totalidad de los Países Miembros, con el propósito de propender a

(22) Banco Interamericano de Desarrollo.- Tratado de Montevideo 1980 que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) BID/INTAL. Buenos Aires, Junio 1983.

crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización.

Los Acuerdos de Complementación Económica tienen por objetivo, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros.

1.a. Panorama Institucional de la ALADI

No parecería justificado estructurar instancias supranacionales importantes para promover simples entendimientos comerciales desprovistos de mayor envergadura integracionista.

El Tratado de Montevideo 1980 contempla en uno de sus capítulos la organización institucional, siendo órganos políticos de la nueva Asociación el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores (el Consejo); la Conferencia de Evaluación y Convergencia (la Conferencia) y el Comité de Representantes (el Comité).

Los tres órganos son intergubernamentales y los representantes en ellos han de circunscribir su acción dentro de las instrucciones precisas que reciban al efecto.

Debemos destacar que la estructura misma del Tratado le confiere al principio de la "convergencia" una considerable importancia. De allí que la labor de la Conferencia pareciera ser decisiva.

El Consejo está constituido por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros, es el órgano supremo de la Asociación, debiendo adoptar las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración económica, y, entre sus atribuciones, se encuentra la de dictar normas generales que tiendan al mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación, así como al desarrollo armónico del proceso de integración.

Como se deduce con facilidad, la competencia que se le confiere al máximo organismo de la ALADI para dictar "normas generales" es rela-

tivo y de poca efectividad en la práctica, pues no se especifica ni directa ni indirectamente su prevalencia sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros. No se menciona siquiera su condición de obligatorias, ni se ha constituido un órgano jurisdiccional con competencias supranacionales para ejercer el control de la legalidad o resolver las controversias que se produzcan entre las partes o entre las partes y la Asociación, motivo por el cual, el proceso de la ALADI tiene la apariencia de un proceso voluntario con pocas posibilidades de éxito en la consecución de sus objetivos mediatos e inmediatos.

Por lo demás, las competencias conferidas tanto a la Conferencia como al Comit, no modifican en caso alguno el panorama antes enunciado.

2. El Mercosur. - El proceso de integración conocido por las siglas de MERCOSUR se instituye por la suscripción del Tratado para la Constitución de un Mercado Común celebrado en Asunción el 26 de marzo de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que se complementa con el Protocolo Adicional sobre la estructura institucional del Mercosur firmado en OURO PRETO el 17 de diciembre de 1994. Al decir del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani (23), "el Mercosur solo posee nivel intergubernamental, su estructura tiene menos desarrollo institucional que la europea, no cuenta con un tribunal propio, agregando que, "hasta ahora el proceso mercosureño ha llegado a ser una zona de libre comercio y una unión aduanera que preferimos llamar inconclusas (suele decirse una zona de libre comercio incompleta y una unión aduanera imperfecta)". Más adelante expresa que: "Como el Mercosur carece de un tribunal propio, el artículo 15 establece que las controversias con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Protocolo serán sometidas a negociaciones diplomáticas directas y, de modo subsidiario, a los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigentes entre los Estados Partes del Tratado de Asunción.

No parece necesario extenderse más en profundizar en los procesos de integración a que nos hemos referido y a otros procesos de integración

(23) El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur.- Fundación para las Investigaciones jurídicas.- Rosario. 1998.

que en gran medida adolecen de las mismas omisiones como las últimamente enunciadas, que vuelven inaplicables los esquemas jurídico-institucionales de los procesos de integración vigentes, habiéndose conseguido solo resultados parcialmente positivos, lo que, con excepción de la Unión Europea que ha conseguido en el campo de la integración resultados ampliamente favorables que van más allá de sus propios objetivos originales, da la impresión inequívoca que otros países que se han involucrado en procesos de integración como los países latinoamericanos, en mayor o menor medida, les falta voluntad política para eliminar los obstáculos que impiden o dificultan el avance de los procesos de integración, sea por diseñar un esquema institucional incompleto, sea por no dotar de competencias suficientes a los órganos comunes, sea por no definir los poderes supranacionales que deban prevalecer sobre el derecho interno de los Estados Miembros incluyendo las Constituciones políticas, y, fundamentalmente, por no haberse contemplado dentro del esquema institucional un órgano jurisdiccional supranacional cuyos fallos sean de cumplimiento obligatorio.

CONCLUSIONES

1. El Tratado Marco, que es el punto de partida de todo proceso de integración, debe contemplar un sistema institucional cuyos órganos tengan claramente definidas sus áreas de acción y sus poderes y competencias a ser ejercidas en la circunscripción territorial de los Países Miembros.

2. Tanto el Tratado Marco a través de normas materiales directas (Derecho Comunitario Primario) como las normas dictadas por los órganos comunitarios según la atribución de competencias establecidas por el Tratado constitutivo (Derecho Comunitario Secundario), deben tener jerarquía supranacional, esto es, que deben prevalecer sobre el derecho interno de los países particularmente considerados, sin necesidad que, en este último caso, sean transformadas, receptadas o reproducidas en el Derecho positivo interno de los Estados Partes del Proceso de Integración.

3. Tanto el Derecho Comunitario Primario (Tratado Marco) como el Derecho Comunitario Secundario (normas supranacionales promulgadas

por los órganos comunitarios) deben prevalecer automáticamente sobre las Constituciones Políticas que conforman la más alta jerarquía normativa interna de los Países Miembros.

4. Al encontrarse vigente el Tratado Marco que implica su previa aprobación por parte de los Parlamentos o Congresos Nacionales u órganos sustitutivos con poderes Constitucionales de los Países Miembros, éstos deberían modificar sus Constituciones para excluir cualquier control Constitucional posterior, tanto del propio Tratado como del Derecho Comunitario Secundario, pues siempre le quedará a los Países Miembros el derecho de denunciar el Tratado Constitutivo separándose del mismo sin distorsionar el proceso de integración en perjuicio de las otras Partes o recurrir al órgano jurisdiccional de las Comunidades para impugnar el Derecho Comunitario Secundario en cuanto a normativas adoptadas en desviación o por exceso de poder del órgano Comunitario que expidió la resolución.

5. Los Países que hayan decidido iniciar un proceso de integración a través de la suscripción de un Tratado Marco, deberían modificar y unificar sus Constituciones Políticas, de tal manera que éstas no constituyan, en caso alguno, un obstáculo que dificulte e impida la marcha del proceso de integración. Así mismo, los Países que en la actualidad formen parte de algún proceso de integración deberían tratar de unificar sus Constituciones para permitir que el Derecho Comunitario Primario y Secundario, tenga suficiente poder Supranacional, de tal manera que prevalezca sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

6. Los Procesos de integración deben contar como parte de su estructura institucional con un órgano jurisdiccional con suficientes competencias supranacionales para, *inter alia*, resolver las controversias que se susciten entre los Países Miembros y la propia Comunidad, los Países Miembros entre sí y entre las personas particulares (naturales y jurídicas), la Comunidad integracionista y los Países Miembros, así como para ejercer el control de la legalidad y resolver las consultas previas de prejudicialidad.

7. Mediante la competencia subsidiaria, el órgano supranacional legislativo creado por el Tratado Marco debe tener la capacidad para extender la competencia funcional de las instituciones a las dimensiones de la competencia material de la Comunidad instituida en el Tratado Constitutivo.

8. Del mismo modo, en función de la teoría de los poderes implícitos, los órganos comunitarios deben disponer de competencias no escritas, no expresamente atribuidas pero indispensables para el cumplimiento de los objetivos del Tratado Constitutivo, lo cual puede consagrarse inicialmente en el propio Tratado Marco o ser reconocido por jurisprudencia expresa del organismo jurisdiccional de la Comunidad.

9. Las personas particulares, naturales o jurídicas, deben ser sujetos principales del proceso de integración, en cuyo caso, deben otorgárseles derechos suficientes para demandar en forma directa tanto a los órganos Comunitarios por desviación o exceso de poder o a los Países Miembros y a otras personas naturales o jurídicas, por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del proceso de integración.

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS

PAPEL ACTUAL DE ACTORES NO GUBERNAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL (*)

Juan Carlos M. BELTRAMINO
Asociado del I.H.L.A.D.I.

La aparición de tanto en tanto de nuevas realidades trascendentes en la historia de la humanidad ha tenido que ver con el desarrollo de la civilización, de la cultura, de los conocimientos y de la tecnología, habiéndose producido, en el presente siglo, y en años relativamente recientes, como es bien sabido, una notable expansión de dichas realidades al nivel planetario y una aceleración en los tiempos de su evolución.

Debemos admitir que el Derecho Internacional ha sido particularmente lento en adaptarse a los cambios con que se ven enfrentados la sociedad internacional y los Estados en general. Hasta bien entrado el siglo XX eran estos últimos los únicos actores y sujetos de derecho internacional reconocidos. Con el desarrollo de las organizaciones internacionales éstas fueron luego admitidas como sujetos, de manera genérica aunque referidas a las organizaciones intergubernamentales, es decir creadas por Estados y de las que son parte los Estados.

Hoy en día no deberían existir dudas de que los Estados son los actores primarios y por antonomasia del orden internacional y cabe suponer que continuarán siéndolo por un tiempo previsible, a pesar de la erosión que han venido sufriendo, sobre todo en décadas recientes, sus facultades soberanas, cosa que antes parecía impensable. Dicho de otra manera, a través de una voz académica: "El Estado no va a desaparecer, más bien el Estado se encuentra contrayéndose cada vez más. A medida que los Estados disminuyen de tamaño en respuesta a presiones de sociedades

(*) Disertación del autor en el Seminario AADI/CARI sobre el tema "El Derecho Internacional frente a desafíos de la realidad actual", celebrado en Buenos Aires, el 3 de noviembre de 2000.

abiertas, mercados abiertos y tecnologías abiertas, los actores no gubernamentales tales como las empresas transnacionales y las organizaciones no gubernamentales se hacen cargo de algunas funciones que habitualmente eran parte y sectores de la soberanía" (Cusimano y otros, 2000: 280).

En esta disertación me referiré a actores no gubernamentales que han adquirido en tiempos recientes, a través de su establecimiento y actividades, una gran proyección y una influencia que llega a ser muy grande, tanto en lo que se ha denominado la *sociedad civil internacional*, en determinadas organizaciones internacionales, como en los propios Estados. Se trata, por un lado, de entidades compuestas por individuos, y en ocasiones comprensivas de otras entidades, como ser las organizaciones internacionales no gubernamentales y las empresas transnacionales, también conocidas como multinacionales, y, por otro lado, las comunicaciones a distancia vía internet y los flujos masivos de capitales también a distancia. A estos se han agregado, en su mayor parte en la última década, nexos y redes tripartitas de políticas públicas. La nota común de todos estos actores es que sus actividades son transfronterizas, simplemente atraviesan las fronteras, y en ocasiones no las respetan según un criterio riguroso de la soberanía estatal.

Un análisis más a fondo permite identificar las siguientes características generales:

1. Heterogeneidad en su estructura, número de integrantes, campos de actividades, objetivos, medios financieros y otros medios disponibles, modo de actuar y eticidad;
2. Notable incremento numérico de los actores en décadas recientes y poder e influencia crecientes de muchos de ellos, en relación con sus intereses y medios;
3. Empeño constante de los actores por mantener su autonomía y libertad de acción frente a los Estados y organismos internacionales;
4. Distinto grado de eficiencia y de ventajas o perjuicios que pueden producir en su accionar en la sociedad civil, la política y economía de los Estados y en los organismos internacionales;
5. Responsabilidad muy limitada por los actos que realizan como organizaciones o como empresas;

6. Actualmente ausencia de normas convencionales obligatorias que rijan las actividades de los actores no gubernamentales.

Todos estos actores, aunque se les adjudique a algunos de ellos, como las ONGs o las empresas transnacionales una "subjetividad internacional 'parcial' o *ad hoc*, carecerían aún al menos de uno de los atributos esenciales de la personalidad internacional. Esto es, del poder de participar directamente del proceso de creación de normas internacionales" (Baade, 1979: 16). Es decir, son actores internacionales pero no sujetos de derecho internacional.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público interesa destacar cuál es el marco normativo al que actualmente responden los actores, en qué medida son o pueden ser destinatarios de una norma de derecho internacional y cuál sería su condición jurídica posible en un próximo futuro.

Abordaré en primer término el tema de las *organizaciones no gubernamentales o ONGs*. La definición adoptada por las Naciones Unidas para estas organizaciones es una buena aproximación a sus atributos formales y expresa: "Una Organización No Gubernamental (ONG) es una agrupación voluntaria de ciudadanos, sin fines de lucro, organizada a nivel local, nacional o internacional. Orientada a la acción y dirigida por personas con un interés común, las ONGs pueden cumplir una variedad de servicios y funciones humanitarias, llevar la preocupación de los ciudadanos a los gobiernos, supervisar políticas y alentar la participación en la política a nivel de la comunidad local" (Naciones Unidas, 1999: v). La experiencia indica que sus actividades a menudo van más allá de las aquí descritas con relación a los organismos internacionales a los que están vinculadas.

Las ONGs de carácter internacional han tenido un desarrollo considerable durante el último siglo y en particular con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, estimándose su número en la actualidad en unas seis mil. Algunas de ellas han cumplido un papel sumamente destacado, especialmente en la mediación de conflictos y en la prestación de asistencia en ocasión de desastres naturales, conflictos interétnicos y asistencia a poblaciones carenciadas. Al propio tiempo, aunque en años más recientes, en algunos países se ha producido una especie de eclosión de

organizaciones locales dirigidas a la prestación de asistencia a individuos y comunidades con necesidades insatisfechas por los Estados. Solamente en nuestro país se registran actualmente más de cincuenta mil de esas entidades asistenciales. De alguna manera, todas estas organizaciones, sean internacionales o nacionales, son representativas de inquietudes y reacciones explicables de lo que se ha dado en llamar la "sociedad civil internacional", que desea cada vez más ser oída y participar en la solución de problemas sociales y políticos, frente al receso evidente producido en la actividad de los gobiernos en relación con las necesidades y requerimientos de distinto tipo de su población.

El semanario liberal británico "The Economist" se preguntaba hace poco tiempo de manera crítica: "¿Son las agrupaciones de ciudadanos, como muchos de ellos sostienen, los primeros pasos de una "sociedad civil internacional" (cualquiera que ella sea)? O representan un cambio peligroso en favor de grupos no elegidos e irresponsables que responden a intereses especiales". Esta afirmación puede corresponder a la actividad desarrollada por algunas ONGs bien conocidas, pero se trata de un juicio genérico que no se ajusta a una realidad omnicompreensiva.

Según la misma publicación "muchas (ONGs) son importantes prestadoras de servicios, especialmente en países en desarrollo. Como grupos, las ONGs prestan más ayuda que el sistema de las Naciones Unidas. Algunas de las mayores ONGs, tales como CARE o Médicos sin Fronteras, son antetodo proveedores de ayuda. Otros, como Ofam, son proveedores de ayuda y propagandistas. Otros aún, tales como Greenpeace, se limitan a hacer campaña" (The Economist, 1999: 20-21).

Se comprenderá fácilmente que, dentro del elevado número de ONGs, exista una amplia variedad en los propósitos, organización, fondos disponibles, actividad, grados de eficiencia y seriedad de cada una de ellas. Unas son particularmente activas y han establecido estrechas relaciones de trabajo con determinados organismos internacionales; otras son comparativamente pasivas, limitándose a la promoción de principios; otras persiguen fines políticos, que van más allá de sus disposiciones estatutarias.

Se han destacado, por ejemplo, por su labor para la solución de conflictos y el mantenimiento de la paz el *Servicio de Conciliación Menonita*,

que pone el acento en las partes negociadoras y ha estado trabajando particularmente en Sudáfrica y en Irlanda del Norte. Otra ONG, confesional católica, la *Comunidad de San Egidio*, con sede en Roma, logró en 1996 un acuerdo que permitió a los estudiantes albaneses utilizar el sistema educacional oficial de Serbia (Smith, s/f: 15-19). En 1990 la Comunidad mantuvo reuniones informales con facciones en guerra en Mozambique que llevaron a un arreglo pacífico en dicho país (Simons, 1998: 86).

Después de una campaña en la que intervinieron más de 150 ONGs en la década del 90, demandando mayor apertura y responsabilidad en el Banco Mundial, la reducción de la deuda externa y la protección del medio ambiente, en la actualidad casi la mitad de los préstamos del Banco incluyen una participación de las ONGs (Simmons, *ibidem*). En tanto que el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio al parecer aceptan con renuencia la presencia de las ONGs.

Las actividades de información y de convencimiento en vistas a influir en gobiernos y organismos internacionales ha sido en determinados casos y circunstancias particularmente importante. Como ejemplos baste citar el papel activo y trascendente desempeñado por un buen número de ONGs durante años en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, ocasión en que se reunió una conferencia paralela a la gubernamental, de la que participaron unas 1.500 ONGs, y que tuvo un impacto reconocido en la primera.

La facilitación de las comunicaciones vía internet y su utilización prácticamente sin costo han dado un gran impulso al activismo de las ONGs interesadas, que pueden actuar así masivamente y con rapidez en procura de sus objetivos. La actuación concertada por internet en realidad es un arma de doble filo, ya que favorece tanto las actividades con altos propósitos basadas en la ética como las que responden a intereses políticos distintos a los expresamente declarados. Se atribuye en gran parte a la intervención de ONGs ecológicas que el proyecto de Convención sobre la Reglamentación de Actividades Mineras Antárticas de 1988, no recibiera las firmas necesarias y por consiguiente no entrara en vigor.

Según sostiene Simmons "A pesar de la capacidad demostrada por ONGs para hacer las cosas bien, su poder creciente en el terreno las ha

expuesto a un creciente criticismo, parte del cual es justificado". En su apoyo el autor revela que ONGs han subsidiado a las facciones en pugna en Sudán y Somalia para tener acceso a las áreas que requerían su asistencia (Simmons, 1998: 88). También han sido criticados casos en que ONGs actuando bajo su mandato de defensa de la salud y del medio ambiente habrían respondido a intereses políticos y comerciales de determinados países.

En el vasto mundo de las ONGs en la actualidad coexisten las que cumplen acabadamente su mandato y actúan con eficiencia y seriedad, y otras que no son acreedoras de tal calificativo. Pero no hay duda alguna que las ONGs son una manifestación de la sociedad civil internacional y su desempeño requiere ser seguido con atención y debidamente evaluado.

Desde el punto de vista jurídico, contrariamente a lo que sucede con las actividades internacionales de los Estados, de organizaciones intergubernamentales regidas por convenciones y tratados internacionales, y con las actividades de empresas pertenecientes a distintos países que cuentan con convenciones para un buen número de actividades comerciales, *las organizaciones no gubernamentales se encuentran regidas por el derecho nacional de los Estados en que tienen sus sedes y/o realizan sus actividades.*

Las Naciones Unidas y otros organismos internacionales cuentan con un marco normativo propio que rige las relaciones de cada uno de ellos con las organizaciones no gubernamentales, las cuales tienen en general un carácter consultivo.

El marco normativo de las relaciones entre las Naciones Unidas con las ONGs internacionales y nacionales tiene su base en el artículo 71 de la Carta que expresa:

"El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas".

Desde un comienzo de la vida de la Organización mundial se adoptaron resoluciones para reglamentar las consultas. Actualmente rige la com-

prensiva y detallada Resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social que contiene principios para el establecimiento de relaciones consultivas y para los arreglos para celebrar consultas, las condiciones que han de reunir las organizaciones, las normas procesales para las consultas en el Consejo, sus comisiones y comités especiales, la participación de ONGs en conferencias de las Naciones Unidas, la suspensión y retiro del carácter consultivo y otras disposiciones.

En las Naciones Unidas existen tres categorías de status consultivo de las ONGs según los fines estatutarios de estas: I. ONGs que se interesan en la mayor parte de las actividades del Consejo; II. Las que tienen competencia en áreas específicas; y las que figuran en una lista que ocasionalmente pueden efectuar aportes a la labor del Consejo. Otras ONGs están simplemente asociadas a la Organización a través del Departamento de Información Pública de la misma (United Nations, 1999: v).

Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto *¿qué tipo de normas de Derecho Internacional Público deberían ser adoptadas por los Estados con relación a las ONGs y a sus actividades?*

El tema no es de fácil solución, encontrándose en campos diametralmente opuestos, por un lado, las ONGs que sostienen que debe asegurárseles la libertad más completa y, por otro, los Estados que aún hoy en día son renuentes a reconocerlas y a aceptar sus actividades.

En mi opinión, una convención internacional reglamentaria de las relaciones entre Estados y ONGs debería contener fundamentalmente: Primero, una reafirmación de la competencia constitucional del Estado de asegurar la plena vigencia y funcionamiento de las instituciones democráticas y los derechos y garantías de sus habitantes; Segundo, el derecho de los habitantes a asociarse con fines útiles en organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales y al libre ejercicio de las actividades de dichas organizaciones, conforme a las leyes que las reglamenten; y Tercero, un procedimiento para la consulta entre organizaciones no gubernamentales y las instancias gubernamentales respectivas, en vistas a facilitar el entendimiento y una coordinación apropiada de actividades.

Las *empresas transnacionales* (o multinacionales para algunos) son entidades que realizan actividades transfronterizas, como las ONGs inter-

nacionales, pero se diferencian fundamentalmente de éstas debido a que el propósito y razón de su existencia es la ganancia o beneficio económico.

Mientras que en el caso de las ONGs las Naciones Unidas y otros organismos internacionales adoptaron normas para un régimen de consultas con dichas organizaciones, con respecto a las empresas transnacionales se esforzaron por contar con instrumentos que reglamentaran sus actividades. De allí surgieron los llamados *Códigos de Conducta*. Se trata de instrumentos quasi-legales, que contrariamente a lo que ocurre con los tratados "no crean normas obligatorias de derecho internacional, pero en cambio establecen principios guía voluntarios que tienen el propósito de influir en el comportamiento de gobiernos y de empresas privadas..., no incluyen mecanismos para su implementación, pero se remiten a los gobiernos para la adopción de leyes nacionales que deberían reflejar la política de los códigos" (Zamora, 1995: 541-42). Según Zamora (*Ibidem*, 545), estos códigos pueden considerarse una avanzada en vistas a la adopción de normas jurídicas obligatorias, tanto en el plano nacional como internacional y servir de base a la negociación de los correspondientes tratados. Para Baade (1979: 17 y sigtes.) son instrumentos voluntarios, no legalmente implementables, pero constituyen estándares internacionales de políticas, que pueden servir asimismo como guías para las actividades empresariales y como modelos para la adopción de la legislación nacional de los Estados.

La normatización relativa a empresas transnacionales fue impulsada por países en desarrollo y resistida por países desarrollados, y la falta de acuerdo para una regulación jurídica internacional de sus actividades explica el carácter de "soft law" de los instrumentos referidos.

Entre las organizaciones que elaboraron códigos de conducta corresponde mencionar, además del Consejo Económico y Social, a la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

La OIT, conforme a la integración de sus órganos deliberativos con representantes, gubernamentales, empleadores y trabajadores dispuesta en su Constitución, adoptó en 1977 una *Declaración Tripartita de*

Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social, en la que se establecen con carácter recomendatorio reglas de comportamiento para las referidas empresas y que deberían (así en potencial en el texto) ser observadas asimismo por los gobiernos y las organizaciones de empleadores y trabajadores. Esta Declaración no fue adoptada por la Conferencia anual, órgano máximo del organismo, sino por su Consejo de Administración, y se le asigna un valor referencial y promocional de los principios que contiene (OIT, 1998).

El *Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales* es el de enfoque más amplio y más importante entre los códigos mencionados. Las negociaciones para su elaboración comenzaron en 1970 y a partir de 1975 estuvieron a cargo de la Comisión de Empresas Transnacionales del ECOSOC, pero su texto se encuentra aún hoy en día en forma de proyecto (Zamora, 1995: 544), lo que da una idea de las dificultades con que tropieza la concertación de intereses de las partes en vistas al logro del necesario consenso. A principios de la década del 90 la mayor parte de las disposiciones habían sido aceptadas, pero quedaban aún temas pendientes. En su contenido el documento cubre una multiplicidad de actividades que regularmente realizan las empresas, el trato de los gobiernos a las empresas, la cooperación intergubernamental y disposiciones sobre la aplicación del Código. Contiene disposiciones sobre respeto de la soberanía nacional, no intervención en los asuntos internos de los países, abstención de utilizar prácticas corruptas, condiciones de empleo, tributación, protección del consumidor y del medio ambiente, etc. No obstante la naturaleza recomendatoria del proyecto de código, su redacción y lenguaje es comparativamente más asertivo, como si se tratara de un instrumento jurídicamente obligatorio (Naciones Unidas, 1990).

Otro proyecto importante y de proyecciones muy ambiciosas, y que dió lugar a una fuerte controversia, es el denominado *Acuerdo Multilateral sobre Inversiones*, conocido también con el acrónimo de MAI, que se negoció en la mayor confidencialidad en la sede de la OCDE en París, durante unos tres años a partir de 1995.

El extenso documento comprende una parte general, tratamiento a inversores e inversiones, protección de la inversión, solución de disputas,

excepciones y salvaguardias, servicios financieros y tributación (OCDE, 1998). Tiene como propósito liberalizar los movimientos de capital y garantizar las inversiones y la actividad de los inversores. Según afirma Kobrin, una lectura razonable del mismo "despierta cierta preocupación. El tratado aparece algo parcial, centrado -como notan sus críticos-, sobre los derechos del inversor y no sobre sus obligaciones. Las disposiciones prohibitivas de requerimientos de realizaciones (por los inversores) parecen demasiado amplias". El tema de la expropiación aparece redactado demasiado flojo: podría ser interpretado como que se refiere a cualquier acto de gobierno que afecta a las operaciones o beneficios de los inversores (Kobrin, 19: 101-102).

Diferencias entre delegaciones negociadoras que presentaron largas listas de excepciones y otras objeciones al proyecto de acuerdo, la presión ejercida de manera crítica y muy activa por organizaciones no gubernamentales, la excepción cultural hecha por Francia, fueron causantes de que las negociaciones se discontinuaran y que el acuerdo se considerara fracasado (Díaz, 1999: 170-72).

Flujos transfronterizos de capitales. Sobre todo en la última década, facilitados por las comunicaciones electrónicas a distancia, han tenido un gran desarrollo los flujos masivos de capitales, entre bancos y bolsas de valores de distintos países. El monto diario de las transacciones se ha estimado en 1.3 trillones de dólares diarios, es decir diez veces más que el valor del comercio internacional de cada día en todo el mundo. Su impacto en la economía mundial y en la de muchos países es considerable, dentro de la libertad absoluta y la extraordinaria rapidez con que se producen dichos flujos, que no están sometidos actualmente a regulación internacional alguna. Se han oído algunas voces en reuniones internacionales y en círculos académicos llamando la atención sobre esos movimientos de capitales y sus consecuencias.

En 1972 el profesor de economía de la Universidad de Yale y premio Nobel de Economía James Tobin propuso que los Estados percibieran un impuesto mínimo sobre cada operación, dentro de una "lista de medidas para reforzar la eficacia de la política macroeconómica" (Haq, 1996: IX). El impuesto sugerido se ha conocido desde entonces como "Tobin tax" o "impuesto Tobin" y ha sido motivo de discusión en varias reuniones inter-

nacionales así como de investigación académica, en la que se pusieron de relieve dificultades y problemas técnicos que plantearía su adopción en la práctica. En su momento se llegó a la conclusión que la "factibilidad y efectos de un impuesto a las transacciones internacionales sigue siendo una cuestión abierta" (Haq, ibidem: 285). En definitiva, no hay normas internacionales obligatorias para estos flujos de capital.

Comunicaciones via internet. Es hoy en día generalmente aceptado que la introducción de la internet en las comunicaciones electrónicas a distancia ha producido un cambio de enormes proporciones en la modalidad conforme a la cual se relacionan las personas y las más diversas entidades, en una multiplicidad de actividades que cubren numerosos campos que tienen que ver con el conocimiento, el comercio, la cultura, el gobierno, y se presume que la internet producirá en el futuro otros cambios que ni siquiera pueden ser imaginados en la actualidad.

Desde hace algunos años, un buen número de países han estado adoptando disposiciones legales y reglamentarias que tienen que ver sobre todo con el derecho relativo a las personas e instituciones y a sus actividades.

En el marco de las Naciones Unidas merece mención especial la Ley Modelo relativa al Comercio Electrónico elaborada por la Comisión sobre el Derecho Mercantil Internacional y recomendada a los Estados Miembros de la Organización por la Asamblea General en su Resolución 51/162, del 16 de diciembre de 1996. Las leyes modelo son producidas por esta Comisión por métodos análogos a los de los tratados y convenciones, es decir por especialistas en los temas y a través de la negociación para lograr el necesario consenso, pero por su naturaleza "no pretenden expresar el derecho internacional", es decir no pueden considerarse derecho, sino documentos que sirven de orientación a los gobiernos para la adopción de la legislación respectiva (V. Szasz, 1995: 47-48).

El documento de la Comisión -cuyo contenido entra en el dominio del Derecho Internacional Privado- se refiere a las condiciones que deberían reunirse para dar certeza y legitimidad a los datos y mensajes que se transmiten por vía electrónica en ocasión del comercio, firma, conservación de los mensajes, formación y validez de los contratos, documentos de transporte de mercaderías, etc. (Naciones Unidas, 1999: 1-13).

Una Reunión de Expertos sobre Derecho del Ciberespacio que tuvo lugar en 1998, convocada por la UNESCO, acordó una serie de Principios y Actividades a realizar por dicho organismo. Entre los principios corresponde mencionar: El derecho de comunicación como derecho humano fundamental, cada ciudadano tiene el derecho de participar en la sociedad de la información, los Estados deberán promover servicios y accesibilidad a los medios sobre base no discriminatoria, la diversidad cultural y lingüística, el desarrollo de códigos de ética, el derecho de las personas a la expresión libre y a recibir información a pesar de las fronteras, la privacidad y el encriptamiento o cifrado de mensajes deben ser asegurados, los Estados deberán cooperar a nivel internacional para armonizar leyes nacionales y para solucionar diferencias jurisdiccionales y legales (UNESCO, 1999: 4-7).

Es bien sabido que las comunicaciones via internet se caracterizan por la libertad prácticamente absoluta que gozan los usuarios y la posibilidad de transmisión a nivel planetario de mensajes e información, lo que constituye un verdadero desafío a cualquier sistema de control que se pretendiera establecer sobre los mismos. Internet representa al mismo tiempo una herramienta idónea para la difusión a distancia de distintas manifestaciones de la sociedad civil internacional, que a menudo lo hace a través de las ONGs interesadas, como ha sido, con impacto innegable, en relación con las manifestaciones de distintas entidades en la Conferencia de la OMC en Seattle el año último, y precedentemente con referencia al proyecto de Acuerdo Multilateral sobre Inversiones que se negociaba en la sede de la OCDE antes citado y más recientemente en la reunión conjunta del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional celebrada en Praga.

Por otra parte, hay ciertas funciones y responsabilidades que deben ser cumplidas por los gobiernos según las constituciones respectivas, como ser, seguridad nacional y seguridad de las personas, salud pública, educación, asistencia en casos de desastres, protección del medio ambiente, desarrollo económico, social y cultural, infraestructura, disposiciones sobre industria y comercio, etc., que constituyen valores y normas legales bien anteriores a las comunicaciones electrónicas a distancia. Como compatibilizar la idea de asegurar la más amplia libertad en esas comunicaciones con los intereses nacionales he aquí el gran dilema con que se enfrentan los juristas.

La práctica seguida en la codificación del derecho internacional, en particular en la segunda mitad del siglo XX, indica que *podría emprenderse una codificación convencional en lo que se refiere a internet, adaptada a la naturaleza propia de dicha actividad, que asegurara básicamente su libre ejercicio, los derechos y obligaciones de individuos y de asociaciones de individuos con y sin fines de lucro, y de los Estados, la prevención del delito, así como la cooperación entre Estados para el cumplimiento de los fines de la convención.*

Nexos y redes de políticas públicas. Con esta denominación abarcamos a relaciones activas entre entidades gubernamentales y no gubernamentales pertenecientes a distintos países, que han emergido en su mayor parte en la última década. En realidad una membrecía tripartita. Para Reinicke (1999: 44) las redes "son alianzas flexibles entre organizaciones gubernamentales, organizaciones internacionales, empresas, y elementos de la sociedad civil, tales como organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales o grupos religiosos que se reúnen para lograr lo que no podrían alcanzar aisladamente. Informes del Banco Mundial en 1999 identificaron unas 50 diferentes redes globales de políticas públicas, variando en su objeto desde crimen a pesquerías y a salud pública".

Ejemplos de estas redes: Una denominada "Roll Back Malaria" (se traduciría por llevar la malaria a su retroceso), fundada en 1998 con participación de la OMS, el Banco Mundial, UNICEF, PNUD, organismos gubernamentales, bancos de desarrollo y ONGs, otra "The World Commission of Dams" (Comisión Mundial sobre Represas) fundada el mismo año. Integrada por bancos de desarrollo, organizaciones bilaterales, autoridades nacionales de cuencas hidrográficas, institutos de investigación, compañías de hidroelectricidad y ONGs. (Ibidem: 52-53).

Según afirma acertadamente Reinicki las redes "dan a grupos antes ignorados de la sociedad civil una mayor voz, reduciendo así la brecha en la participación y el "déficit democrático" por el cual la decisión internacional es a menudo criticada (Ibidem: 45). Agreguemos que la cuestión no está exenta del riesgo de que algunas organizaciones sean fuertemente influenciadas por gobiernos o empresas multinacionales interesadas.

La ampliación de los debates y negociaciones entre instituciones públicas y representantes de la sociedad civil es probable que se convierta en

un importante desafío para la adopción de decisiones políticas de efectos transfronterizos en un próximo futuro.

Por el momento se cuenta como marco de referencia para la actuación de estos nexos y redes con los siguientes elementos: los tratados existentes sobre actividades específicas, las disposiciones y decisiones de organizaciones intergubernamentales y las legislaciones nacionales de las entidades privadas intervinientes. *La normatización convencional futura de estos emprendimientos tripartitos debería basarse no solamente en las convenciones y tratados existentes sino también en la experiencia adquirida por las redes y en las guías para sus actividades elaboradas por ellas.*

Me he referido hasta aquí a actores que son instituciones concretas: organizaciones no gubernamentales y empresas transnacionales y a conjuntos de instituciones mixtas, como los nexos y redes de políticas públicas y, además, a dos actividades con participación de innumerables actores individuales, conocidos en todo caso en su propio círculo, que tiene en común la comunicación electrónica a distancia: los flujos transnacionales de capitales y la internet.

Las tres primeras categorías de actores se encuentran en distintas etapas, que llamaría embrionarias, con relación a una eventual regulación jurídica internacional de tipo clásico. Las dos últimas carecen hasta ahora de toda normatización internacional.

¿En qué medida las actividades de los actores no gubernamentales pueden ser objeto de normas de Derecho Internacional Público?

Los Estados, aún con sus funciones soberanas reducidas en relación a los cambios producidos con los adelantos de la civilización, siguen siendo los actores primarios responsables y en cierto modo garantizadores del orden o condición actual de la sociedad internacional. Es pues a ellos que compete la regulación de las actividades interestatales e inclusive entre particulares, respetando al propio tiempo derechos básicos individuales y societarios, como han pretendido hacerlo hasta ahora.

No hay duda, en mi opinión, que es *materia del Derecho Internacional Público la adopción de normas convencionales apropiadas en los campos en los que se desenvuelven los actores referidos, para el ejercicio orde-*

nado y ético de los derechos y obligaciones respectivos, como se ha venido haciendo respecto de otras actividades humanas. Las normas se dirigirían a los ordenamientos jurídicos nacionales y de las organizaciones internacionales intergubernamentales. La situación no varía si se trata de entidades o de individuos, que serían en todos los casos regidos indirectamente por el derecho internacional (Armas Pfirter y otros, 1999:20).

¿Hay base jurídica suficiente en la actualidad para emprender la elaboración de convenciones internacionales respecto de los actores no gubernamentales examinados y sus actividades? Es cierto que frecuentemente buena parte de las convenciones adoptadas en el marco de las Naciones Unidas se han basado en la costumbre. Es decir, han consagrado normas de aceptación generalizada por los Estados durante un largo tiempo, pero también otras normas nuevas y creativas, basadas en recientes necesidades y adelantos de la técnica. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es un caso bien ilustrativo al respecto.

Elementos menos contundentes, aunque con un valor propio, son, por un lado, las resoluciones y los códigos de conducta de organismos internacionales previamente mencionados, que entrarían en la categoría de soft law, y, por otro lado, la opinión de juristas calificados, respecto del cumplimiento de normas internacionales no obligatorias (Brown Weiss, 1996:3), cuestiones de seguridad, evitación de fraudes, etc. Podría estimarse que constituyen una base, embrionaria por cierto, a ser tenida en cuenta cuando se emprenda la negociación de futuras disposiciones convencionales.

Cabe recordar, como lo demuestra la práctica, que el proceso de normatización internacional es progresivo en determinados campos de actividades y suele ajustarse a tiempos diferentes. La cuestión dilemática crucial en el tema que abordamos es, reiteramos, cómo conciliar en los instrumentos internacionales respectivos la libertad de acción de actores no gubernamentales con los derechos de los Estados en las materias que les competen, de la sociedad civil en general y de las personas. El desafío que representa es apreciable, pero no imposible de llevar a cabo con éxito en definitiva si se cuenta con la firme decisión encararlo.

Pero se dirá: ¿la voluntad política de los Estados es actualmente favorable a contar con un derecho positivo respecto de actores no guberna-

mentales? Existen necesidades y problemas que plantean la actuación de dichos actores, importantes intereses políticos y económicos de gobiernos, organizaciones y empresas en juego, fuerte tensión entre los defensores de una libertad completa y de los que quieren restricciones máximas para el accionar de los actores y los gobiernos están preocupados al mismo tiempo por otras cuestiones trascendentes que exigen su atención permanente. Es pues deber de los círculos políticos ilustrados y de los centros académicos contribuir con sus conocimientos y propuestas a la edificación de esa voluntad política, teniendo en cuenta a la vez la promoción del derecho y la satisfacción de los intereses nacionales.

Básicamente será necesario tener presente con respecto a los actores no gubernamentales: 1. la naturaleza de los actores y de las actividades que realizan; 2. los derechos y obligaciones que corresponden tanto a actores gubernamentales como no gubernamentales, a la sociedad civil y a las personas; 3. el estado embrionario actual de la normatización y la ausencia de dicha normatización en su caso; y 4. que el logro del necesario consenso para la elaboración y adopción de las convenciones internacionales respectivas será el resultado de un considerable e inteligente esfuerzo negociador y del tiempo necesario para el acomodamiento de posiciones e intereses, a partir, indispensablemente, de una aproximación objetiva e integral de la realidad internacional.

Constituye un emprendimiento complejo y de la mayor importancia, en el que se tropezará, en cada campo, con numerosos obstáculos, habrá avances y retrocesos, crisis y detenciones, pero la marcha hacia el derecho es en definitiva unidireccional e imparable.

REFERENCIAS Y FUENTES

AVIEL, JoAnn Fagot (1999), "NGOs and International Affairs: A New Dimension of Diplomacy", J. Muldoon y otros, editores, *Multilateral Diplomacy and the United Nations Today*, Westview Press, Bolder, Colorado, p. 156-166.

ARMAS PFIRTER, Frida, Julio A. Barberis y María Querol (1998), *Sujetos del Derecho de Gentes*, Universidad Austral, Buenos Aires, Cuadernos de Derecho Internacional, 1.

BAADE, Hans (1979), "The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises", *German Yearbook of International Law*, 22, p. 11-52.

BARBERIS, Julio A. (1994), *Formación del Derecho Internacional*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

BOGGIANO, Antonio (1997), *Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos*, La Ley, Buenos Aires.

BROWN WEISS, Edith, editor (1996), *International Compliance with Nonbinding Accords*, The American Society of International Law, Washington, DC.

CUSIMANO, Maryann K., Mark Hensman y Leslie Rodrigues (2000), "Private-Sector Transsovereign Actors-MNCs and NGOs", Cusimano M. K., editor, *Beyond Sovereignty. Issues for a Global Agenda*, Bedford/St. Martin's, Boston, p. 255-282.

DIAZ, Mirta (1999), "Las Negociaciones del Acuerdo Multilateral de Inversiones en el Marco de la OCDE: Breve Historia de un Fracaso", *Panorama de la Economía Internacional*, Centro de Economía Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, mayo de 1999, N° 3, p. 167-178.

DONALDSON, Thomas (1989), "Moral Minimums for Multinationals", *Ethics and International Affairs*, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, Nueva York, vol. 3, p. 163-182.

GUGGENHEIM, Paul (1953), *Traité de Droit International Public*, Librairie de l'Université, Georg et Cie, Ginebra. Tomo 1.

HAQ, Mahbub ul, Inge Kaul y Isabelle Grunberg, editores (1996), *The Tobin Tax. Coping with Financial Volatility*, Oxford University Press, New York.

KRATOCHWIL, Friedrich V. (1989), *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge.

MATHEWS, Jessica T. (1997), "Power Shift", J.F. Hoge y F. Zakaria, editors, *The American Encounter. The United States and the Making of*

the Modern World, Council on Foreign Relations, Inc., Nueva York, 515-529.

NACIONES UNIDAS (1990), *Desarrollo y cooperación económica internacional: Empresas Transnacionales, Anexo: Texto propuesto para el proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales*, documento E/1990/94.

NACIONES UNIDAS (1999), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996*, naciones Unidas, Nueva York.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (1997), *Electronic Commerce. Opportunities and Challenges for Government*, OECD, Paris.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (1998), *Multilateral Agreement on Investment. Consolidated Text*. Doc. DAF/MAI (98)7/REV1.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998), ILOLEX, Texto a dicho año de la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*.

REINICKE, Wolfgang H. (1999), "The Other World Wide Web: Global Public Policy Networks", *Foreign Policy*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC, Winter 1999-2000, 44-57.

SIMMONS, P.J. (1998), "Learning to Live with the NGOs", *Foreign Policy*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, DC, Fall 1998, p. 82-96.

SMITH, Anne-Marie (s/f), *Advances in Understanding International Peacekeeping*, United States Institute of Peace, Washington, DC.

SZASZ, Paul (1995), "General Law Making Process", O. Schachter y C. Joyner, editors, *United Nations Legal Order*, American Society of International Law, Washington, DC, vol 1, p. 35-108.

THE ECONOMIST (11 Diciembre 1999), "The non-governmental order", p. 20-21.

UNITED NATIONS (1999), *Directory of Non-Governmental Organizations Associated with the Department of Public Information, 1999-2000*, United Nations, New York.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (1999), *Report of the Experts Meeting on Cyberspace Law* (MonteCarlo, Principality of Monaco, 29-30 September 1998), documento CII/USP/ECY/99/01.

VON IHERING, Rudolf (1993), *La Lucha por el Derecho*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

ZAMORA, Stephen (1995), "Economic Relations and Development", O. Schachter y C.C. Joyner, *United Nations Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, vol. 1, p. 503-76.

LAS BASES CULTURALES DE LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL, CIVIL Y MERCANTIL, EN EL ESPACIO HISPANO-LUSO-AMERICANO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)
Miembro del IHLADI

1. Una cultura común

1. La ponencia presentada al Congreso por el distinguido colega profesor doctor José Carlos Fernández Rozas posee, a nuestro parecer, sólidas bases en la *cultura hispano-luso-americana* que, sobre todo como homenaje a la presentación y a su autor, deseamos explicitar con más detalle (1).

Consideramos que, pese a diversidades dignas de atención, el área hispano-luso-americana posee, dentro de la tradición occidental, una cultura específica común que hace particularmente viable, y a nuestro parecer recomendable, la cooperación internacional, civil y mercantil.

2. Pese a la complejidad que siempre tienen las redes causales, sobre todo cuando se trata de cuestiones humanas, y sin ignorar el debate que puede realizarse respecto de otras influencias, creemos que *Occidente* es heredero de un plexo de contribuciones históricas muy diverso, en el que se destacan el equilibrio dinámico entre *mar* y *tierra* que permitió el Mediterráneo; los aportes del sentido prometeico, filosófico, antropocéntrico, e incluso durante un lapso relativamente democrático, de Grecia; las contribuciones jusprivatistas patrimoniales y la capacidad administrativa

(*) Las ideas fundamentales de esta comunicación fueron publicadas en "Investigación y Docencia", N° 33, págs. 59-63.

(**) Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario e investigador del CONICET (Argentina).

(1) Pueden v. nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

de Roma; la creencia en el Dios creador, persona, omnisciente y omnipotente que es amor, se encarnó en un hombre y resucitó, sostenida por el *judeocristianismo*, y el sentido *germánico* de individualidad en la comunidad (2).

Sin embargo, dentro de ese complejo cultural occidental, hay diversidades significativas. Una de las líneas de diferenciación más importantes es la que se muestra ya en la Edad Media, según la distinta concepción entre el espíritu más *racional* del "continente" y el sentido más práctico que ya entonces se fue haciendo claro en las islas británicas. La oposición de la tendencia continental encarnada por Santo Tomás de Aquino, Descartes y Leibniz y la línea "insular" expresada por Occam y Locke, evidencia una clara correlación con la diversidad del estilo jurídico "romano-germánico" y el del "common law".

Otra de las líneas de diferenciación es la que distingue a los países *católicos tradicionales* y a los que en diversas expresiones recibieron el impacto de la *Reforma*, en la cual a su vez vale distinguir la presencia luterana, calvinista y anglicana y reconocer en el calvinismo la expresión del cristianismo más cercana al capitalismo (3). También es relevante atender a la comprensión de la *economía*, en la que -salvando importantes diferencias- el sentido de Colbert, de Bismarck, de Marx o de la Doctrina Social de la Iglesia es distinto del de Adam Smith o incluso del Código Napoleón.

El Occidente actual está signado en gran medida por la tensión entre el desenvolvimiento más libre de los *mercados* y la *economía*, según el modelo de origen anglosajón, y el desarrollo de la *democracia* y los *derechos humanos* que, con innegables raíces también anglosajonas, pretenden influir más en el mercado y la economía, en el espacio "continental". De cierto modo, cabe señalar que hay una tensión entre el predominio de los valores de la economía, sobre todo en su vertiente capitalista liberal, que culminan de manera casi abrumadora en la *utilidad*, y los valores del derecho, que tienen su centro de gravedad en la *justicia* (4).

(2) En general es posible c. nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

(3) Puede v. WEBER, Max, "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed. Barcelona, Península, 1973.

(4) Es posible v. nuestros "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 71-114.

En ese contexto, y sin desconocer las diferencias que separan a Felipe II de Carlos III y a Aranda y Floridablanca de Pombal (5), o incluso distinguen a la Península Ibérica actual (dentro de la Unión Europea y con las influencias respectivas) y a sus "hijos" americanos, creemos que en general los hispano-luso-americanos poseemos una común cultura *occidental específica*.

No es posible comprender la occidentalidad de nuestra zona sin atender también a la influencia *árabe musulmana*, a las culturas *indígenas* y *africanas* o a los procesos de *inmigración*. Nuestra cultura es al menos relativamente "continental"; es *racional* y *emotiva* más que práctica; posee fuertes influencias *católicas tradicionales*, y es menos liberal en economía; tiene especial fe en el *derecho* e incluso contiene rasgos *feudales*.

El genio de Cervantes vio en *don Quijote* la especialidad e incluso los riesgos de nuestra muy intensa vocación por la justicia (6). Es claro que, siguiendo las líneas que indican los referidos reyes Felipe II y Carlos III, dentro de la zona hispano-luso-americana en general hay una tendencia más *ibérica tradicional*, comunitaria, paternalista y de espíritu católico tradicional y otra más "anglofrancesa", individualista y de influencia al menos indirecta calvinista. Sin embargo, creemos que en general la cultura hispano-luso-americana es una "subfamilia" *occidental* que se apoya en una especial confianza en el derecho y en la justicia.

3. La comprensión de lo hispano-luso-americano se enriquece si se emplea la noción de "consistencia" jurídica y cultural que atiende, por ejemplo, a las afinidades sociológicas, normológicas y axiológicas de los regímenes jurídicos. Existe una consistente comunidad jurídica básica hispano-luso-americana, apoyada en una especial razonabilidad, una particular lógica y una propia valoración del derecho y, en nuestro caso, del proceso.

(5) Cabe c. por ej. nuestro artículo "El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur", en "Derecho de la Integración", N° 4, págs. 113 y ss.

(6) Puede v. nuestro estudio "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, págs. 19 y ss.

Los regímenes de nuestra subfamilia cultural tienen una visión de la jurisdicción como importante *actividad gubernamental*, con referencias fuertes a la *legislación* y concepciones de *solidez institucional* y un sentido de *responsabilidad judicial* por los resultados. Para concretarla tienden a combinar la abstención y la intervención con miras a un difícil equilibrio entre la *imparcialidad* y la *audiencia*, por un lado, y la obtención de soluciones que se consideren justas por el otro (7).

2. La cultura común y la cooperación

4. En esa manera especial de entender la vida, propia de los hispano-luso-americanos y en nuestra consistencia jurídica y cultural, radica una gran fuerza "*superestructural*" común de la región, que creemos debe ser *respetada y desarrollada*. Los intentos de negar las diversidades suelen culminar, como lo muestran muchas explosiones sociales actuales, en una quizás insostenible *globalización/marginación* que, a nuestro parecer, debe ser superada para lograr la *universalización* respetuosa y superadora de las diferencias, en la medida posible a través de la *integración* (8).

Estimamos evidente que las condiciones tecnológicas y económicas actuales hacen imposibles los cerramientos localistas, pero también que la *globalización/marginación* tiende a tropezar con la realidad concreta de los *seres humanos*. El sendero que estimamos acertado es el que lleva a la *universalización*, cuando la proyección mundial se hace en base a las particularidades.

(7) Es posible v. nuestra "*Filosofía de la Jurisdicción*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

(8) Respecto de la *globalización/marginación* pueden v. por ej. nuestros estudios "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en "*Investigación...*" cit., N° 27, págs. 9 y ss.; "Una perspectiva bioética: vida y globalización", en "*Bioética y Bioderecho*", N° 1, págs. 43 y ss.; "Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en "*Investigación...*" cit., N° 25, págs. 25 y ss.; "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en "*Revista del Centro de Investigaciones...*" cit., N° 24, págs. 41 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. McLuhan, Marshall (con la colaboración de Quentin FIORE y Jerome ANGEL), "*Guerra y paz en la aldea global*", trad. José Méndez Herrera, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985; ORSI, Vittorio, "*Las Claves de Davos 97*", Bs. As., ABRA, 1997; URRIOIA, Rafael (coord.), "*La globalización de los desajustes*", Venezuela, Nueva Sociedad, 1996; TOMLINSON, John, "*Globalization and Culture*", The University of Chicago Press, 1999; CHOMSKY, Noam - DIETERICH, Heinz, "*La aldea global*", Txalaparta, Tafalla, 1997.

5. Aunque a veces se piensa que el *Derecho Internacional Privado* es una técnica desprovista de *sentidos vitales profundos*, entendemos que es una de las manifestaciones más hondas de esos sentidos (9). Cada fuente del Derecho Internacional Privado, de "fondo" o procesal, es una expresión de una respectiva manera de comprender la existencia.

Por ejemplo: los *Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo* de 1888-89 y sobre todo los de 1939-40 son expresiones de una *concepción "social"* del contrato que imperaba con especial intensidad a fines de la primera mitad de nuestro siglo. No es sin motivo que someten la validez de los contratos a la ley del lugar de su cumplimiento, que califican este lugar para evitar una "autonomía indirecta" de las partes y que cuando tienen que llegar a aplicar la ley del lugar de celebración establecen cuál es la ley que lo indicará. No es sin razón que el Protocolo Adicional de 1939-40 excluye la autonomía conflictual de las partes. Tampoco lo es que en materia jurisdiccional se utiliz el criterio del paralelismo.

En cambio, la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* celebrada en la CIDIP V de México de 1994, bajo la influencia de un modelo económico más *liberal* y en particular de los Estados Unidos de América, no sólo reconoce la autonomía conflictual, sino que, con sentido práctico de referencia al caso concreto, hace remisión subsidiaria al derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

Tampoco es por azar, v. gr., que el orden público, resguardo último de una identidad vital, puede ser menos fuerte en las relaciones entre países afines, como son los hispano-luso-americanos.

En concordancia con esa comprensión vital honda, el *Derecho Internacional Privado Procesal*, de normas indirectas, y el *Derecho*

(9) Es posible v. nuestros "*Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997; "*El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración*", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998 (también la publicación parcial, en nuestra ponencia "El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", en "*Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*", 14, 1999, págs. 77 y ss); "Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)", en "*Investigación...*" cit., N° 26, págs. 20 y ss.

Procesal Internacional, de normas directas, han de reflejar sentidos últimos de una concepción del derecho y el proceso, en nuestro caso, en la *cooperación jurídica intensa* que requiere nuestra cultura común (10).

Cuando nuestra zona decide su cooperación internacional, civil y mercantil, debe hacerlo reconociendo y desarrollando su consistencia cultural. Sea cual fuere el objetivo final, sea cual fuere el juicio que se tenga respecto de los beneficios y perjuicios que causa el modelo capitalista liberal, el desconocimiento de la propia situación cultural no puede llevar sino al fracaso. Los anglosajones, con su sentido práctico, jamás lo harían consigo mismos.

6. Nuestra región viene realizando, con diferentes éxitos, diversos procesos de integración. Los países peninsulares forman la Unión Europea y los americanos se manifiestan, por ejemplo, en el Mercado Común Centroamericano, la Comunidad Andina y el Mercosur, por una parte, y la propuesta del ALCA por la otra. En el caso americano, de una línea puede obtenerse más la amplitud de perspectivas de una integración en vías de *comunidad*, en cambio de la segunda propuesta, impulsada por los Estados Unidos de América, se logra sólo una simple *área de libre comercio*.

Estimamos que cuando la zona orienta su cooperación jusprivatista internacional, en relación con el fondo y con el proceso, debe hacerlo aprovechando *todas las posibilidades*, pero atendiendo a que éstas son *diferentes*. No son lo mismo un mercado que puede llevar algún día a una confederación y un área de libre comercio, y esto es muy significativo para la cultura que caracteriza a nuestro ámbito.

No nos parecería acertado ignorar que el sentido de los Tratados de Montevideo respecto de los contratos puede ser no funcional para la integración del Mercosur (11), pero tampoco que la mencionada Convención de la CIDIP puede no ser acorde con la cultura de los pueblos hispano-

(10) Pueden v. por ej. nuestros estudios "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado", en "*Doctrina Jurídica*", 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)", en "*La Ley*", t. 1975-A, págs. 1047 y ss.; "La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado", en "*Investigación...*" cit., N° 14, págs. 27 y ss., etc.

(11) Al punto que creemos que en cuanto perturben a la integración no deben ser aplicados.

luso-americanos. Hay que tener en cuenta la manera de ser especial de nuestra cultura en todas las perspectivas internacionales y de integración, desde los contratos a la cooperación.

7. Sin desconocer la existencia de diversidades e influencias distintas, cabe decir que la concepción del derecho y del proceso de la subfamilia hispano-luso-americana le exige una actitud de amplia cooperación con la administración de justicia en el Planeta todo, pero dentro del grupo -en los procesos de integración más avanzados o fuera de ellos- ese deber es *particularmente intenso*, porque responde a nuestra *idiosincrasia* y contribuye a preservar y desarrollar *nuestra identidad común* (12).

El panorama comparativo de la cooperación internacional en la zona es muy disímil y hay veces en que la colaboración es muy limitada, pero sobre todo en los ámbitos menos dispuestos se ha de tener en cuenta la trascendencia del desarrollo respectivo. Vale construir, con las diferencias inevitables y a veces necesarias, un *espacio jurisdiccional hispano-luso-americano*.

La cooperación internacional civil y mercantil entre nuestros países, en el fondo y el proceso, es un cauce hondamente vinculado con la existencia de la cultura de la región y ésta es decisiva para que haya una verdadera universalidad. A nuestro Instituto, baluarte de la juridicidad de la zona, le es importante señalarlo.

(12) En relación con el tema cabe referirse a la tarea del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (puede v. por ej. <http://www.derechoprocetel.netderecho2.htm#Breve>).

EL DERECHO COMUNITARIO EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999

Nelson GONZALEZ SANCHEZ
Miembro del I.H.L.A.D.I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO COMUNITARIO

En la historia de la humanidad existen ejemplos de integración hegemónica, en dicha integración el instrumento de unificación ha sido la fuerza que dio origen a la constitución de imperios plurinacionales. El derecho comunitario en cambio, regula la integración como un proceso de derecho y es el resultado de normas jurídicas que constituyen el marco para la acción de los sujetos del proceso y establecen las competencias de los órganos comunitarios que se creen.

Al referirnos al derecho comunitario debemos enmarcar su contexto dentro del fenómeno histórico político de la posguerra, con todas las implicaciones sociales y económicas, especialmente las motivadas por el último de los conflictos bélicos.

El derecho comunitario tiene su origen en Europa a fines de la década de 1940-1950. El cuadro político y social que Europa tenía en esa época era deplorable, pues para nadie es un secreto el efecto devastador que produjeron al continente europeo las dos guerras mundiales de 1914-1918 y 1936-1945, especialmente la segunda guerra mundial que produjo grandes horrores y dejó profundas heridas.

En el orden económico y político Europa estaba en gran desventaja en relación a los dos grandes bloques (Estados Unidos de Norteamérica y Rusia) que sostenían concepciones ideológicas y posturas políticas, sociales y culturales absolutamente contrarias entre sí y frente a Europa.

Entre los antecedentes remotos de la integración europea podemos mencionar el proyecto de Federación europea auspiciada por el estadista francés Aristides Briand quien explanó su ideal en un discurso pronunciado en Ginebra ante sus colegas europeos el 7 de septiembre de 1929, con ocasión de la X Asamblea de la desaparecida Sociedad de Naciones, desarrollado por el gobierno francés en un memorandum publicado el 1º de mayo de 1930, dicho proyecto fracasó al decir de Rousseau "como consecuencia del apego de la mayoría de los Estados al dogma de la soberanía, de las reticencias de Inglaterra y del poco entusiasmo de la propia S de N., que tenía la competencia de una organización más limitada y, por lo mismo, más eficaz.

Al terminar la guerra de 1939, volvió a surgir la misma idea. Unirse o desaparecer es, en efecto, la única alternativa que se ofrece a una Europa agotada por dos guerras en el espacio de veinte años y que se halla exangüe frente a los bloques norteamericano y soviético". (1)

La unificación de Europa tuvo desde sus comienzos fines políticos y económicos.

En el plano político cabe destacar que se tendía a la unión permanente, prueba de ello es la creación por el Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949, del Consejo de Europa. Pero desde un principio, esta institución ha evitado toda referencia al federalismo, ya que como apunta Rousseau: "Su propia denominación de "Consejo" -que ha sido preferida a la Unión, para designar a la comunidad europea- es significativa por su modesto carácter. Se trata de un acuerdo regional de alcance semicontinental, que agrupa a 17 de los 25 Estados, Europeos". (2)

El Consejo de Europa que cuenta entre sus órganos esenciales el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva, no representa más que una etapa transitoria en el proceso de integración, que debe conducir a la creación de una autoridad política europea dotada de verdadero poder de decisión.

(1) ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona. Ediciones Ariel 1966. Pág. 209.

(2) IBIDEM. Pág. 210.

En el plano económico cabe destacar que como consecuencia de la grave crisis económica que padecía Europa, producto de la segunda guerra mundial, economías como la norteamericana, que habían sido poco golpeadas por el conflicto bélico tratan de expandirse hacia Europa y bajo la solapada idea de una "ayuda económica" fue concebido por uno de los dirigentes norteamericanos, Marshall, un plan que se conoce históricamente con su nombre y que se convirtió en Ley Norteamericana de fecha 3 de Abril de 1948. Para el desarrollo y puesta en práctica del Plan Marshall se firmó el 16 de Abril de 1948 el Convenio de Cooperación Económica Europea (O.C.C.E.) con sede en París.

Si bien es cierto que existen diferencias sustanciales entre la cooperación y la integración, ya que el cambio de palabras no es un simple cambio formal, sino un cambio de fondo, pues el proceso de integración es mucho más profundo que la cooperación y conlleva desde el punto de vista jurídico a la creación de una nueva entidad económico-política compleja, donde la solidaridad ha de ser el principio inspirador, es indiscutible que entre las formas básicas de relación económica de las naciones, la cooperación económica ha sido una etapa previa a la integración.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, aumentaron los esfuerzos por alcanzar una mayor cooperación internacional. Las Naciones Unidas, avanzando en un campo de realidades prácticas, superando en esta forma a su antecesor La Sociedad de Naciones, que no llegó a pasar de la fase de estudio preparatorio de los principales problemas económicos de alcance internacional, crearon un conjunto de órganos de estudio y de agencias especializadas que han institucionalizado muchos aspectos de la cooperación internacional. Precisamente de esta cooperación internacional habrían de surgir muchos de los proyectos de integración hoy en curso.

El profesor Ramón Tamames refiriéndose a la diferencia entre la cooperación y la integración ha afirmado lo siguiente: "Lo que diferencia sustancialmente la cooperación de la integración es: que por medio de la primera se trata de reducir las barreras a las transacciones económicas para darles una mayor flexibilidad, en tanto que con la segunda se persigue la supresión absoluta de tales barreras para crear un mercado único. Por ello mientras que la cooperación sea posible entre países que tienen distintos

sistemas monetarios, fiscales, de seguridad social y hasta con una visión completamente distinta de la organización de la empresa (empresa libre versus socialismo), la integración plena solo será factible cuando se haya llegado a una unificación o al menos a una armonización muy profunda del marco institucional de la economía". (3)

La palabra integración es muy antigua y ha sido utilizada inclusive para las matemáticas al determinar la integral de una cantidad diferencial y cabe destacar que solo recientemente se ha empezado a utilizar este término para designar un agrupamiento de varias economías nacionales; se habla entonces, como lo hace André Marchal de integración Regional o Territorial; a pesar de la creencia de algunos de que el término utilizado en este sentido data de la Comunidad Económica Europea, ello no es cierto, pues como afirma dicho autor: "En realidad, se la utilizó entre las dos guerras. A propósito de las uniones de naciones, principalmente de proyectos de unión europeas". La unificación europea pretendía en el aspecto económico acuerdos tendentes a la abolición de los obstáculos que entrababan la libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios, es por ello que la declaración formulada el 9 de mayo de 1950 por el entonces ministro francés de asuntos exteriores Robert Schuman, en el sentido de que es intención de su Gobierno colocar mediante negociación con Alemania y con cualquier otro país dispuesto a participar, el conjunto de la producción del carbón y el acero. Para este propósito se establecería una institución destinada a adoptar las medidas obligatorias para los gobiernos, así como para las industrias del carbón, el mineral de hierro, la chatarra y el acero. Dicha idea cristalizó al instituirse la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, mediante tratado firmado en París el 18 de abril de 1951 entre Alemania Occidental, Francia, Italia y los Estados del Benelux (Holanda, Bélgica y Luxemburgo), dicho tratado coloca el conjunto de producción del carbón y del acero de la Europa Occidental bajo una alta autoridad que comprende un Consejo de Ministros, una Asamblea deliberante y un Tribunal de Justicia.

Si analizamos la declaración del Ministro Schuman, podemos afirmar que la meta final del proceso de integración en Europa, es la de obtener

(3) TAMAMES, Ramón. *La Estructura de la Sociedad Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1969, Pág. 113.

una unión política permanente entre los pueblos europeos, ya que Schuman expresaba que era intención de su gobierno poner en común las producciones de base y de instituir una alta autoridad, cuyas decisiones han de vincular a Francia, Alemania y a los otros países que adhieran, para establecer. "Las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz".

El sucesivo fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea, explica la prudencia de los redactores del preámbulo del tratado de Roma, quienes se refieren a las metas políticas del proceso afirmando que las partes contratantes están "determinadas a establecer los fundamentos de una unión sin cesar más estrecha entre los pueblos europeos".

Pero el objetivo concreto e inmediato de las Comunidades creadas es de carácter económico. En un caso, lograr el establecimiento de un mercado común general y la base de una integración económica entre los Estados miembros. En los otros dos casos lograr integraciones sectoriales y por ende limitadas.

Todo el ordenamiento jurídico comunitario está orientado a la realización de los objetivos económicos de las Comunidades. Por ello en caso de la C.E.E., el art. 2 que establece los objetivos de la Comunidad, y el art. 3 que fija los medios por los cuales la Comunidad realiza su misión, constituyen la clave de la interpretación del resto de las normas jurídicas con contenido económico, que figuran en el tratado.

Con un criterio restrictivo podría decirse que los tratados comunitarios institucionalizan un Proceso de integración económica, fijando objetivos concretos y limitados, y atribuyendo a instituciones especialmente creadas, los medios necesarios para actuar en la realización de los fines comunes. El orden jurídico comunitario es por su contenido un ordenamiento jurídico-económico.

El derecho comunitario surge entonces como un orden jurídico autónomo, enmarcado dentro del conjunto de reglas establecidas por los tratados de las comunidades europeas y su estudio se inicia en base a dicha experiencia, hoy día sin embargo, dado el hecho de la existencia de procesos de integración no sólo en Europa, sino también en Africa, América

Central, Sur América y más recientemente en Norteamérica, se plantea la necesidad de imprimir nuevos rumbos a esta rama del derecho, ya que si bien dichos modelos integracionistas están fundamentados en el aspecto económico, no pueden dejar de lado los aspectos políticos, sociales y culturales que constituyen la meta última de un verdadero proceso de integración.

En tal sentido, creemos oportuno destacar la opinión del Dr. Felipe Herrera cuando refiriéndose a la integración latinoamericana expresó lo siguiente: "podríamos quizás pensar que la unidad política será la resultante necesaria a que nos llevarán las fuerzas de integración económica que están empezando a movilizarse en el continente. Sin embargo, ese será un largo camino, tanto más largo, cuanto más nos demoremos en reconocer que la integración económica por sí sola no basta para asegurar el progreso y bienestar de los pueblos; que todo proceso de desarrollo implica batallas simultáneas en los frentes tecnológicos, educativos, institucional y fundamentalmente en el frente político". (4)

La decisión política ha dicho Kaplan "Es indispensable, sobre todo, para que puedan fijarse y ejecutarse, con precisión y energía suficientes, los objetivos y las etapas de la integración y las transformaciones institucionales y jurídicas que unos y otros requieren. Esta decisión es, además indispensable como base política y jurídica del desarrollo, para vencer los obstáculos creados por la falta misma o la insuficiencia de aquel, por la incidencia de las fuerzas centrífugas y de los particularismos nacionales y sectoriales; para fijar, repartir o imponer los costos, beneficios y sacrificios; para suplir las insuficiencias de los argumentos puramente económicos; y para crear los prerrequisitos mínimos para la puesta en operación de las posibilidades y fuerzas de todo tipo que requieren la marcha del proceso integrador". (5)

Luego de las anteriores consideraciones, vamos a precisar un concepto del derecho comunitario en base al modelo europeo; a tal efecto cabe mencionar que se han emitido variados conceptos por parte de los juristas

(4) HERRERA LANE, Felipe. *América Latina Integrada*. Buenos Aires. Editorial Losada. 1964. Pág. 32.

(5) KAPLAN, Marcos. *Corporaciones Públicas Multinacionales para el desarrollo y la integración de América Latina*. México. Fondo de Cultura Económica. 1972. Pág. 49.

que se han abocado al estudio de las comunidades europeas, y que se encuentran diseminados en trabajos de carácter monográfico y en publicaciones de revistas especializadas; de tal variedad acogemos el concepto emitido por el Profesor Nicola Catalano, no obstante estar de acuerdo con su advertencia en el sentido de que es siempre peligroso aventurar definiciones, ya que según nuestra apreciación se dan casos en que por el constante proceso de evolución de una ciencia, una definición aceptada como válida en un momento histórico, puede perder su vigencia en la medida que se amplía su campo de acción, es por ello que preferimos hablar de conceptos y en nuestro caso dentro del contexto que analizaremos "el derecho de las comunidades europeas constituye aquellas ramas del derecho que sin desdeñar las relaciones con los organismos existentes tiene por finalidad profundizar sistemáticamente, no solo el estudio de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, sino también, el de la evolución jurídica resultante de la aplicación progresiva de las disposiciones escritas en los tratados, de la adopción de normas comunitarias prevista por esos tratados, de la interpretación de la jurisprudencia (También ella comunitaria, como elaborada que ha sido por la Corte de Justicia de las Comunidades) relativa tanto a las disposiciones de los tratados como a las normas y las medidas adoptadas por las instituciones de las tres comunidades". (6)

Del análisis del anterior concepto podemos encontrar que el derecho comunitario tiene por objeto:

- a) El estudio de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.
- b) El estudio de la evolución jurídica resultante de la aplicación progresiva de las disposiciones escritas de los Tratados.
- c) El estudio de la adopción de las normas comunitarias previstas en los Tratados.
- d) El estudio de la interpretación de la jurisprudencia comunitaria tanto a las disposiciones de los Tratados como a las normas y medidas adoptadas por las instituciones de las tres comunidades.

(6) CATALANO, Nicola. *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*. Buenos Aires. Edición INTAL. 1966. Pág. 22.

Será preciso estudiar tanto el tratado de París del 18 de abril de 1951, que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.) que ratificado por una notable mayoría por los Parlamentos de los seis Estados, miembros, entró en vigor el 25 de julio de 1952, así como también los Tratados de Roma que instituyeron la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en el Capitolio de Roma el 25 de marzo de 1957.

No han sido dos, sino tres, los Tratados que se han firmado en Roma. Efectivamente, a fin de poder otorgar a una Asamblea y a una sola Corte de Justicia las Atribuciones previstas tanto por los nuevos tratados como por el de la C.E.C.A. (y esto no solo a fin de evitar la publicación inútil de empleos, sino principalmente a fin de asegurar una unidad de control político y jurisdiccional), se había estipulado una "Convención relativa a ciertas instituciones comunes a las Comunidades europeas", que comportara entre otras, la modificación de ciertos artículos del tratado de la C.E.C.A. Por último tanto el tratado que instituía la Comunidad económica como la que instauraba la Euratom han sido completados mediante un protocolo concerniente al Estatuto de la Corte de justicia y un protocolo acerca de los privilegios e inmunidades, cuyo texto se redactó después y se firmó en Bruselas el 17 de abril de 1957. Dichos protocolos forman parte integrante de los tratados, juntamente con los anexos y los protocolos firmados al mismo tiempo que los textos básicos.

Los tratados de Roma fueron ratificados por los Parlamentos de los seis Estados miembros, entre el verano y el otoño de 1957 y entraron en vigor el 1º de enero de 1958.

Aunque la puesta en funcionamiento de las instituciones y mecanismos comunitarios han requerido un proceso mucho más largo, con una etapa de transición de doce años como regla general.

Para consolidar el proceso de integración comunitaria han sido necesarios otros acuerdos internacionales posteriores, entre los cuales se destacan los siguientes: la Convención del 9 de abril de 1965 sobre la unificación de los ejecutivos (Consejo y Comisión) de las Comunidades, el Tratado de Luxemburgo del 22 de abril de 1970 sobre recursos propios, el Acuerdo de ampliación de las Comunidades del 22 de enero de 1972 y el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) de 7 de febrero de

1992 que entró en vigor el 1º de noviembre de 1993 y que ha dado lugar a profundas modificaciones en el Derecho Comunitario Europeo.

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO COMUNITARIO

Toda la estructura institucional de la comunidad Europea ha pretendido imitar la organización de un Estado cualquiera. Así en un Estado los poderes de éste y responsable de la política general, se reparten las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Toda la organización estatal ha sido creada y puesta en marcha por la Ley Suprema o Constitucional, lo que nos hace referirnos a la jerarquía de las reglas de Derecho, en la cual la Constitución ocupa el más alto de los lugares.

Examinando esta organización estatal desde el punto de vista de la ejecución de los planes o fines propuestos es posible apreciar que existe una corriente de continuidad. La Constitución organiza un Estado y la Ley que ésta hace nacer al dar los mecanismos, pone en marcha el resto de la actividad jurídica.

No sucede lo mismo con la organización internacional clásica a base de los Tratados Internacionales, en el cual se interpone un poder soberano entre la creación de la regla de Derecho y la Ley. Podemos decir entonces que mientras en el sistema de derecho interno existe una homogeneidad legislativa cuya cúspide es la Constitución Política, que asegura la institucionalidad y la manera de hacer cumplir la Ley por medio de los Tribunales de Justicia, sin posibilidad que algún cuerpo jurídico se interponga en su camino, en el sistema Internacional ello no ocurre en la misma forma.

Pues bien, ante estos dos sistemas cabe preguntarse cuál es el modo por el cual ha optado Europa al formar su comunidad.

Categoricamente podemos afirmar que el sistema comunitario ha optado por el modelo que presenta el Derecho Interno de cualquier Estado.

Los Tratados han sido concebidos en términos generales como una ley. La ejecución de esta ley depende de los poderes u organismos creados por estos Tratados y como ya hemos señalado estos organismos tienen en sí mismo poder de decisión y la posibilidad de hacer cumplir las decisiones.

El Derecho comunitario en cuanto al ámbito de su aplicación es restringido, pues es imperativo únicamente sobre un territorio, que es el formado por el espacio físico que comprende los países signatarios y consecuentemente sobre una población, que es la población de esos mismos países.

Tomando otros elementos para determinar la naturaleza del derecho comunitario podemos además decir, que reconoce como sujeto a la Organización Comunitaria y tiene como fin regular la actividad de ésta.

La naturaleza del derecho comunitario puede resultar más aclarada si pensamos sobre la actitud asumida por los estados, frente a toda la organización comunitaria.

Esta actitud interesa lógicamente desde el punto de vista jurídico. Tal punto de vista jurídico resulta de criterios comparativos frente a la experiencia europea. Como ya se ha señalado existen el sistema de Europa integrada, competencias que son de exclusivo dominio de las instituciones comunitarias. Frente a este hecho interesa interrogarse, qué constituye esto; o una delegación de soberanía de parte de los Estados o es simplemente una limitación de la soberanía estatal.

El profesor Catalano, antes citado, haciendo suyas las expresiones de Mónaco, niega la existencia simultánea de una delegación de soberanía y de una limitación substancial de ella, expresando que esta transferencia de competencias es sólo un efecto de la integración en el sector económico y diciendo además que al unirse personas para conseguir fines comunes, no han renunciado a su individualidad.

Establece que sería inexacto hablar de delegación de soberanía y que esta delegación es característica especial del protectorado internacional. Acepta entonces el término de distribución de competencias entre los Estados y los órganos comunitarios. Concluye, además, que todo este sistema de transferencia de competencia es lo que hace pensar en la estructura federal de las Comunidades Europeas.

Es evidente sí, que un estudio de las competencias de los órganos comunes nos lleva a determinar que ya no pueden radicar en otro órgano. Si no pertenecen estas competencias más a la organización estatal, es porque han sido transferidas.

Es precisamente este punto el que permite distinguir con claridad una institución internacional clásica y una comunitaria. Debe atenderse para interpretar lo expuesto más a la materia que a la forma, por cuanto es característica de este derecho que ahora estudiamos, el origen formal idéntico a cualquier institución jurídica internacional.

El objetivo inmediato de Europa al integrarse, y por lo tanto de los países miembros de las Instituciones Comunitarias, no es otro que poner en común recursos, este objetivo se ha logrado, por una transferencia de los poderes de los Estados a los órganos comunitarios, al suscribir los acuerdos internacionales que configuraron el sistema, que sería perfeccionado a través de la vida misma de la comunidad.

Se ha pretendido asimilar la Comunidad Europea a una Unión de Estados. El profesor Nicola Catalano, acepta que si esa idea pudiera ser exacta, de cualquier manera habría que establecer que esta Unión de Estados sería, *sui generis*. El mismo autor establece las diferencias que a su juicio presentará la Comunidad Europea de una Unión Internacional de corte clásico. Nos adherimos plenamente a la opinión por él sustentada, en el sentido de establecer notables diferencias entre las organizaciones nombradas. Estimamos de interés transcribir las diferencias que él nota, por considerar que quedan bastante en claro, las características del derecho comunitario.

Las diferencias que destaca son las siguientes:

1) Señala como primera diferencia, la competencia exclusiva de la comunidad, que por ese hecho sustrae a la de los distintos Estados.

2) En lo concerniente a las relaciones entre los órganos comunitarios y los distintos sujetos de derecho bástenos señalar a modo de ejemplo, que son las personas naturales o jurídicas, las que desarrollan actividades dentro de los límites territoriales y de población que la Comunidad ha creado. La relación es directa, no siendo para ningún caso necesaria la intervención de los Estados miembros, para la ejecución de las decisiones de la institución.

3) Por último señala que la Comunidad no ejerce su actividad por intermedio de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros.

Como ya se ha dicho, no ha existido en los Estados Europeos al firmar los Tratados que originaron la Comunidad Europea, el ánimo de perder o vulnerar su individualidad política. No es éste, el mecanismo mediante el cual han deseado operar.

Repitiendo lo expuesto, es posible apreciar que los Estados miembros, han encargado a un Organismo Común una misión determinada, la de realizar, por ahora, la integración en el sector económico. Señala el profesor Catalano que parece más preciso hablar de distribución de competencias entre los Estados miembros y los órganos comunitarios creados.

La idea de delegación de soberanía la considera más apropiada para una estructura de tipo internacional y se ha señalado que la organización comunitaria no es precisamente una organización internacional en su derecho.

Sin embargo para sintetizar lo expuesto en este punto podemos afirmar la necesidad de hacer un paralelo entre un Estado cualquiera y la Comunidad Europea, para presentar con claridad la semejanza en cuanto a la naturaleza jurídica en su organización. La organización de un Estado cualquiera pertenece al derecho público, cosa que por nadie es discutible.

Pues bien, los tres elementos en los que se funda la noción de Estados, los encontramos en la Comunidad Europea y son: territorio, población e instituciones.

De los tres elementos nombrados no se duda de la existencia de los dos últimos, vele decir, población e instituciones.

Causa problemas el elemento territorio. Se ha dicho que el elemento territorial no es necesario para la existencia de una entidad estatal soberana. Igual razón puede darse frente a la organización comunitaria. Sin entrar al estudio del punto por carecer de elementos seguimos al profesor Nicola Catalano, que no hay base para esta afirmación.

La unificación de territorios y poblaciones es precisamente el fin perseguido por Europa al integrar sus economías y para la realización de los objetivos propuestos se han creado instituciones. Para la creación de estas instituciones se ha recurrido a modelos de organización y así se han seguido normas propias del derecho público interno.

Este derecho público interno debe concebirse obviamente como inspirado por los principios clásicos de esta rama del derecho y que en nada difiere en su forma y efectos de organizaciones estatales, y por esta razón en la Comunidad Europea se da a la perfección una homogeneidad y continuidad jurídica que permite hablar de un orden jurídico, especial, independiente y sui géneris.

En base a la anterior consideración nos atrevemos a ubicar esta moderna rama del Derecho dentro de una postura intermedia entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno. El modo operativo de producirse la relación internacional es a través de los tratados internacionales, pero la operatividad de las normas comunitarias se van a aplicar en forma automática y directa en el ámbito del Derecho Interno de cada uno de los Estados miembros.

En el Derecho Comunitario la concertación de las voluntades estatales y de las fuerzas económicas y sociales de la región integrada se basa en la existencia de intereses comunes a todas ellas. La necesidad de satisfacer estos intereses comunes y concretos es lo que permite desarrollar un complejo de solidaridades de hecho que serán la esencia de la irreversibilidad del proceso de integración, ya que como afirma Marchal "una amputación de las soberanías nacionales sólo es concebible en la medida exacta en que las naciones interesadas encuentran en ella una ventaja. Esto significa que si las naciones, pueden, a veces aceptar sacrificios al menos momentáneos, en beneficio del interés general (en la medida que este interés es un poco el suyo) jamás se someterán a los intereses particulares de otras naciones. En tal sentido expresa que tales renunciaciones sólo pueden ser admitidas si existen entre los pueblos, lazos de solidaridad bastante estrechos y si los pueblos tienen conciencia de esos lazos. Esa solidaridad es a la vez social, política, moral, y sobre todo económica" (7).

La existencia de la solidaridad en la actual unión Europea ha sido poco destacada por los autores, la misma constituye en nuestra opinión uno de los lazos más fuertes que la unen.

En ocasiones ha dicho Manuel Medina se ha considerado a la Comunidad Europea como una organización internacional al servicio de

(7) MARCHAL, André. *Integración y regionalización de la economía europea*. Madrid. Seminarios y Ediciones, S.A. 1970. Pág. 119.

los grandes intereses capitalistas, industriales, comerciales y bancarios. Esta crítica resultaba justificada en las primeras etapas del Mercado Común y de la CECA, durante las cuales la preocupación fundamental de las instituciones comunitarias consistía en impedir que la unificación aduanera causara una situación de crisis en amplios sectores económicos. Incluso el establecimiento de la política agrícola común no liberó a las Comunidades de toda crítica desde una perspectiva social, pues los principales beneficiarios de las ayudas a la agricultura resultaron ser los propietarios y no los trabajadores. Ahora bien: una orientación de las Comunidades en provecho del sistema capitalista no resulta justificable desde el punto de vista de los tratados fundacionales.

Entre los objetivos del TCECA se encuentran la elevación del nivel en los Estados miembros y la creación de puestos de trabajo (párr. 4º del preámbulo y art. 2), y las instituciones de la CECA están obligadas a "promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra, haciendo posible su igualación en el progreso, en cada una de las industrias de las que [la CECA] es responsable" [artículo 3-e)]. También el TCEEA incluye ciertos objetivos sociales entre sus fines: la elevación del nivel de vida en los Estados miembros (art. 1); establecimiento de normas de seguridad uniformes para la protección sanitaria de la población y de los trabajadores, y control de su aplicación [art. 2b].

En el TCEE se aprecia la existencia de dos campos en que las preocupaciones económicas ceden ante las consideraciones de orden social. Por un lado, los Estados partes en el TCEE consideran fin esencial de la comunidad "la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de sus pueblos" (preámbulo, párr. 3º). Por otro, la Comunidad ha de procurar reducir la distancia entre las diferentes regiones y el retraso de las menos favorecidas de éstas (preámbulo, párr. 5º).

El TCECA dedicó un capítulo (VIII del título III, arts. 68-69) a los salarios y movimientos de la mano de obra. El TCEEA incluye entre sus disposiciones normas sobre la protección sanitaria de la población en general y de los trabajadores en particular frente a las radiaciones ionizantes (cap. III del título II).

El TCEE establece, por su parte, disposiciones muy amplias sobre política social (título III de la III parte, arts. 117-128), además de las dispo-

siciones sobre libre circulación de trabajadores (capítulo I, título III de la II parte, arts. 48-51). La acción principal de la Comunidad se ha centrado en la eliminación de las restricciones al movimiento de trabajadores, tanto mediante la abolición de permisos de trabajo y residencia para ciudadanos de la Comunidad como mediante la adopción de reglamentos sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes. Es importante la actuación del Fondo Social Europeo en materia de reeducación profesional y ayuda a las zonas afectadas por un alto nivel de paro. El TCEE establece ciertos principios en materia de derecho laboral, como la igualdad de remuneración de los trabajadores masculinos y femeninos (art. 119), el mantenimiento de las vacaciones retribuidas (art. 120) y el propósito de igualar, "en el progreso", las condiciones de vida y trabajo dentro de la Comunidad (art. 117). También prevé el TCEE una colaboración estrecha entre los Estados miembros en cuestiones relativas al empleo, el derecho al trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y el perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los accidentes y enfermedades profesionales, la higiene del trabajo y el derecho sindical y las negociaciones colectivas entre patronos y empresarios (art. 118)". (8)

En el ámbito de la Comunidad Andina el tema social ha sido objeto de atención desde los inicios de la misma. En el Acuerdo de Cartagena se planteó que para alcanzar sus objetivos, se emplearía, entre otros mecanismos, "la armonización de políticas económicas y sociales". Señalaba el acuerdo que "los Países Miembros iniciarían inmediatamente un proceso de coordinación de sus planes de desarrollo en sectores específicos y de armonización de sus políticas económicas y sociales...".

Casi inmediatamente creó el Consejo de Asuntos sociales cuya función sería asesorar a los órganos principales del acuerdo en la armonización de las políticas sociales y en la preparación de los planes y estudios correspondientes.

Se reguló más tarde el tema de la seguridad social y se creó el Instrumento Andino de migración laboral.

(8) MEDINA, Manuel. *La Comunidad Europea y sus Principios Constitucionales*. Madrid. Editorial Tecnos. 1974. Pág. 72.

En junio de 1997 el Protocolo de Sucre suscrito por los Cancilleres de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela reunidos en Quito, Ecuador, "incorporó nuevos aspectos en materia social al Acuerdo de Cartagena al indicar que para efectuar acciones de cooperación conjunta para el logro de objetivos de desarrollo social los ministros respectivos del área social, bajo la modalidad de Comisión Ampliada adoptarán en los campos de interés comunitario programas educativos dirigidos a renovar y mejorar la calidad de la educación básica, programas que persigan diversificar y elevar el nivel técnico y la cobertura de los sistemas de formación profesional y capacitación para el trabajo, programas para el reconocimiento de títulos de educación superior a nivel andino, con el fin de facilitar la prestación de servicios profesionales en la subregión, programas de participación popular orientados a la incorporación plena de las áreas rurales y semirurales en el proceso de desarrollo, programas para el fomento de sistema y proyectos de apoyo social orientados a promover la participación de pequeñas empresas y de circuitos de microempresas y empresas asociativas asociadas en el espacio económico ampliado, programas de promoción de iniciativas dirigidas a la protección y bienestar de la población trabajadora y programas de armonización de políticas en los campos de participación de la mujer en la actividad económica de apoyo y protección a la infancia y a la familia y de atención a las étnias y a las comunidades locales" (9)

Siguiendo la perspectiva de la solidaridad latinoamericana y caribeña, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en Referéndum popular en diciembre de 1999, consagra su adhesión al derecho comunitario ó derecho de la integración, al establecer en su artículo 153 lo siguiente:

"La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los

(9) MALDONADO LIRA, Héctor. *30 años de integración Andina*. Balance y Perspectivas. Lima. Ediciones Integrales, 1999. Pág. 122.

pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna". (10)

No cabe duda que la transcrita disposición coloca a Venezuela a la vanguardia de los países americanos con vocación integracionista imprimiéndole carácter jurídico constitucional al concepto doctrinario de supranacionalidad, lo cual en nada se opone al concepto de Soberanía, pues solo se trata de transferir a órganos comunitarios, competencias específicas en determinadas materias en función del bien común y de nuestro propio beneficio como nación.

Se hace un reconocimiento constitucional a la normativa jurídica comunitaria al prescribir que las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna. Con tal disposición constitucional la República Bolivariana de Venezuela da un paso de avanzada encaminado al relanzamiento de la integración latinoamericana y caribeña siguiendo los lineamientos establecidos por el IX Consejo Presidencial Andino efectuado en mayo de 1999 en Cartagena, Colombia, el cual ratificó su firme decisión de profundizar el Proyecto Comunitario Andino e impulsarlo hacia etapas superiores de integración política, económica, social y cultural e indicó que el futuro de nuestros esfuerzos deberá también contribuir a la formación de un espacio económico regional que fortalezca el proceso de integración de América Latina y facilite el establecimiento de una Zona de Libre Comercio Hemisférica.

(10) ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. CONSTITUCION NACIONAL. Ediciones de la Comisión Legislativa Nacional. Año 1999. Pág. 58.

En igual forma, los presidentes andinos decidieron que en el próximo lustro las tareas prioritarias para profundizar la integración será el establecimiento de un Mercado Común, la instauración de la Política Exterior Común, el desarrollo de una Agenda Social, la ejecución de una Política Comunitaria de Integración y desarrollo fronterizo, la definición y ejecución de políticas de Desarrollo Sostenible y el fortalecimiento institucional, estableciendo como propósito la creación de un mercado común andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión.

EL PRINCIPIO DE JURISDICCION UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Hugo LLANOS MANSILLA
Director del I.H.L.A.D.I.

De acuerdo a este **principio de jurisdicción universal**, también llamado principio de justicia universal, los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de los autores o sus víctimas (1).

Ya la Corte Internacional de Justicia, en el **caso Lotus** (2), se preguntaba si existía en el Derecho Internacional, una regla que prohibiera a Turquía el ejercicio de su jurisdicción para conocer los hechos, que habían conducido a un proceso criminal incoado en territorio turco contra un capitán francés, al que las autoridades turcas acusaban de ser responsable del hundimiento, en alta mar, de una nave turca que había colisionado con un navío francés, causando la muerte de ocho nacionales turcos que iban a bordo.

Luego que la Corte concluyó que Turquía podía ejercer su jurisdicción por cuanto los efectos del hecho se habían dejado sentir en una embarcación turca, que se asimiló a territorio turco, se refiere al tema de la jurisdicción.

Dijo la Corte que los Estados gozan de entera discreción para establecer su jurisdicción sobre cualquier hecho, aún cuando éste ocurra en el extranjero siempre que no exista en el derecho internacional una regla específica que lo prohíba:

“... la primera y principal limitación que impone el Derecho Internacional a los Estados es que, a falta de una regla permisiva en con-

(1) Mercedes García Arán, Diego López Garrido y otros: *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 64.

(2) CPJI, 1927, Ser. A., N° 10.

trario, un Estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención.

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero... Una posición contraria sólo podría sostenerse si el Derecho Internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre las personas, los bienes y los actos que están fuera de su territorio y si como una excepción a esta prohibición general el Derecho Internacional permitiera a los Estados hacerlo sólo en determinados casos. Pero, ciertamente, esto no es lo que ocurre en el Derecho Internacional, tal como éste se presenta hoy en día (3).

Lejos de contener una prohibición general, en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes o actos que se encuentren fuera de su territorio, el Derecho Internacional les deja a este respecto, una amplia discreción que sólo es limitada en ciertos casos por leyes prohibitivas; en los demás casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más apropiados".

Con el **principio de jurisdicción universal**, se establece hoy en día, una excepción al principio de la territorialidad de la ley penal con arreglo al cual los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras.

Como dijo la sentencia del primer caso fallado por el Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia (4): "Ha de notarse que los crímenes que el Tribunal está llamado a juzgar, no son crímenes de una naturaleza puramente doméstica. Son realmente crímenes universales en su natura-

(3) Históricamente, la piratería en la alta mar y la esclavitud se consideraron crímenes internacionales, sujetos a la jurisdicción universal.

(4) Mercedes García Arán, Diego López Garrido y otros, obra citada, pág. 67.

leza. En tales circunstancias, los derechos soberanos de los Estados no pueden ni deben primar sobre el derecho de la comunidad internacional para actuar apropiadamente en tanto afecten a toda la humanidad y sacudan las conciencias de todas las naciones del mundo".

Estamos en presencia de la lesión de determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. Se posibilita así la persecución por cualquier Estado por hechos cometidos fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

Es el carácter internacional de los intereses protegidos, el que legitima este principio de universalidad, que ha permitido que tribunales nacionales de terceros Estados ejerzan jurisdicción en caso de crímenes internacionales cometidos fuera de la jurisdicción territorial del Estado al que pertenece el autor, y siempre que exista algún factor de conexión, como lo han sido el caso de **Eichmann**, en Israel, de **Klaus Barbie** en Francia, y el proceso contra altos oficiales alemanes por represalias contra la población civil en las **Fosse Ardeatine**, en Italia (5).

No se trata de extender la soberanía estatal para proteger a nacionales o intereses propios. Es el ejercicio de la soberanía estatal como delegación, en cierta forma, de la comunidad internacional, interesada en proteger determinados bienes jurídicos, de los cuales es su primer titular (6).

Los bienes jurídicos protegidos constituyen así, una emanación de la comunidad internacional, la que los ha consagrado, sea por medio de organismos internacionales, o por tratados internacionales.

Como se señaló en el **caso Filartiga v. Peña**, fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de EE.UU., el 30 de junio de 1980, "Un caso de tortura cometido por funcionarios de Estado contra una persona

(5) En este caso, en sentencia de fecha 10 de julio de 1997, el Tribunal Militar de Roma declaró la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, como un principio general del ordenamiento internacional. Sería entonces un principio del derecho internacional consuetudinario, que la Asamblea General de la ONU explicitó en 1968 (Mercedes García Arán, Diego López Garrido y otros, obra citada, pág. 50).

(6) Mercedes García Arán, Diego López Garrido y otros, obra citada, pág. 67.

mantenida en detención, viola normas establecidas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por ende, del derecho de las Naciones" (7).

Así, la protección de los derechos humanos es una prioridad de la comunidad internacional, la que ha contribuido a su proceso de universalización (8).

Los atentados a los derechos humanos son considerados, asimismo, como crímenes contra la comunidad internacional y deben, por lo tanto, ser severamente castigados, tanto el Estado que los comete, como los individuos personalmente responsables, como lo afirma el Proyecto de Responsabilidad Internacional por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (9).

Estamos así frente a una "doble sanción al Estado": la del Estado propiamente tal -que debe hacer cesar el ilícito, restituyendo o reparando, dando satisfacción al Estado víctima o a las víctimas-, y al Estado en la persona de los individuos que cometieron los actos sancionados, los que son llevados a los estrados internacionales, para ser juzgado (10).

El término de la segunda guerra mundial produjo un movimiento creciente que tendió a la humanización del derecho internacional, protegiendo y beneficiando al hombre y reconociéndole el goce, cada vez mayor de determinados derechos (11).

(7) Francisco Villagrán Kramer: "Los crímenes internacionales ante las Cortes Penales Internacionales y de Derechos Humanos". Separata del *Libro Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pág. 1590.

La Corte aceptó ejercer jurisdicción en una acción civil de daños y perjuicios entablada por Filartiga contra el Peña Irala, ambos de nacionalidad paraguaya, por la muerte del primero debido a torturas inflingidas en Paraguay.

(8) *Id.*, págs. 1585 y 1586.

(9) Zlata Drnas: "Algunas consideraciones sobre justicia nacional e internacional en caso de violación de los Derechos Humanos". En *Anuario Argentino de Derecho Internacional* de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, X, Córdoba, Argentina, año 2000, págs. 179 y 180.

(10) *Id.*, págs. 180 y 181.

(11) Hugo Llanos Mansilla: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo III. Ed. Jurídica de Chile, 1983, pág. 2.

Igualmente, el exterminio de millones de seres humanos durante la segunda guerra mundial, por razones étnicas, raciales o religiosas, condujo a la preocupación del Derecho Internacional por considerar que su violación afecta el orden internacional y debe ser castigada. La sanción emanará del derecho consuetudinario o de tratados internacionales.

Debemos sí, enfatizar, que el castigo impuesto por la comunidad internacional, a través de **tribunales internacionales ad hoc**, será consecuencia de *delitos graves cometidos durante el transcurso de un conflicto armado, sea éste de carácter interno o internacional*, con la sólo excepción del establecimiento de la Corte Penal Internacional.

El Tribunal de Nuremberg, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1946 (12) declaró lo siguiente:

"Hace tiempo que se ha reconocido que el Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, igual que a los Estados... Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del Derecho Internacional... El principio de Derecho Internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados... Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el solo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el Derecho Internacional... El hecho de que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad, aunque la orden puede ser tenida en cuenta para mitigar la sanción..."

A raíz de los juicios de Nuremberg y de Tokio, en 1950, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones formuló los siguientes Principios de Derecho Internacional, reconocidos hoy por toda la comunidad internacional (13):

(12) *Id.*, pág. 34. Fueron doce procesos.

(13) *Id.*, págs. 34 a 38.

1.- Los siguientes crímenes son punibles como crímenes ante el Derecho Internacional:

a) **Crímenes contra la paz**, se refiere a planear e iniciar una guerra de agresión.....

b) **Crímenes de guerra**: Violaciones de las leyes o usos de la guerra: el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra, la matanza de rehenes

c) **Crímenes contra la humanidad**: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo **en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra** (14).

En 1948, la Asamblea General de las Naciones aprobó el **Convenio para la Prevención y Castigo del delito de Genocidio**, figura no contemplada en los Tribunales de Nuremberg y de Tokio (15).

La Convención, en su artículo 2º, enumera los actos considerados como genocidio: los cometidos con ánimo de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como el dar muerte u ocasionar grave daño, mental o corporalmente, a los miembros del grupo; imponer al grupo, deliberadamente, condiciones de vida encaminadas a producir su destrucción, total o parcial; decretar medidas adecuadas para evitar los nacimientos dentro del grupo; trasladar violentamente a los niños de un grupo a otro.

(14) El Tribunal de Nuremberg exigió que los crímenes contra la humanidad debían ser cometidos antes o durante la guerra (art. 6 c). Este artículo ha sido aplicado en 1961, por el Tribunal del Distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Jerusalén en el caso Eichmann (I.L. R., 36, pp. 39-42, 45-48, 288, 295); por los tribunales de Bangladesh, en 1971, en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la humanidad" (C.I.J. *Annuaire* 1973-1974, p. 125); en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten (N.Y.I.L., 1982, pp. 401 y sig.); en 1983, por el Tribunal Supremo de Francia, en el caso Barbie; en 1989, por el Tribunal Superior de Ontario, Canadá, en el caso Finta (10.5.1989, I.L.R., 82, 438 y sig.).

(15) *Id.*, pág. 31.

La Convención, en su artículo 3º, declara como punible, como crimen de Derecho Internacional, el genocidio.

La Convención establece que el juzgamiento de los culpables será efectuado por **los tribunales nacionales del Estado** en cuyo territorio se hubiere cometido el delito de genocidio. Y el artículo 6º acepta que las Partes puedan someterse a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Esta Convención, que entrega el juzgamiento de los culpables a los tribunales del Estado donde se cometió el delito, ha sido objeto de una diferente interpretación por parte de la Audiencia Nacional de España, en el **caso Pinochet** (16), interpretación contraria a la posición sostenida por el Ministerio Fiscal en su recurso ante el Pleno de la Audiencia Española contra el Auto que declaraba la competencia española. Sostenía el Ministerio Fiscal que la disposición legal citada de la Convención sobre Genocidio, excluía la competencia jurisdiccional español sobre actos de genocidio supuestamente cometidos en Chile o, la limita a los actos de genocidio cometidos en España.

La interpretación contraria de la Audiencia Nacional se resume así: el Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El Convenio pretende un compromiso de las partes para evitar la impunidad del genocidio y sería contrario al mismo pretender que el citado artículo 6 limita el ejercicio de la jurisdicción y excluye a todas las que no sean del territorio o la de una corte internacional. En suma, que las partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales, no impide el establecimiento, por un Estado Parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia internacional en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente (17).

O sea, que el hecho de que dicho Convenio no se desprende que acepte la jurisdicción universal, tampoco la impide, o la prohíbe, por lo que no cabe interpretarlo como contrario al principio de jurisdicción universal,

(16) Mercedes García Arán, Diego López Garrido y otros, obra citada, págs. 81 y 82.

(17) *Id.*, pág. 82.

siempre que no se ejerzan actos de soberanía en el territorio de otro Estado (18).

En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre sanciones de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad**, declarando que es irrelevante para el orden internacional que exista una legislación nacional en sentido contrario (19).

Establece que los responsables son sujetos a extradición.

En 1968, fue suscrita, además una **Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad** (20).

La **Declaración Universal de Derechos Humanos**, en sus artículos 4º y 5º, prohíbe en la práctica los crímenes contra la humanidad. Lo mismo ocurre en los artículos 7 al 10 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de las Naciones Unidas.

En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los **Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de los crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad** (21):

"1.- *Los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad* dondequiera que sean cometidos, quedarán sujetos a investigación y las personas contra las cuales existan pruebas de que han cometido tales crímenes serán objeto de búsqueda, arresto, proceso y castigo, si se les encuentra culpables:

.....

4.- Los Estados se ayudarán, unos a otros, en la identificación, detención y presentación para proceso, de personas sospechosas de haber

(18) *Id.*

(19) Hugo Llanos Mansilla, obra citada, pág. 39.

(20) Establecen la no prescripción: la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la desaparición forzada de personas, aprobada por consenso el 18 de diciembre de 1992 (A/Res. 47/133); el artículo 1º del Convenio del Consejo de Europa, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la Humanidad (25 de enero de 1974).

(21) *Id.*, págs. 40 y 41.

cometido tales crímenes y, si se las encuentra culpables, a aplicarles el castigo;

5.- Las personas contra las cuales existan pruebas de que han cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad están sujetas a proceso y, de encontrárseles culpables, a castigo, como regla general, en el país en el cual han cometido esos crímenes. En conexión con ello, los Estados cooperarán en lo relacionado con la extradición de tales personas".

Es así, que al establecer el castigo, **como regla general**, en el país donde se cometieron dichos crímenes, se está aceptando **el principio de jurisdicción universal** para ser castigados tales delitos por los tribunales de cualquier Estado donde se encuentre el autor de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (22).

Ya en 1991 (23), en el **Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad**, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, -C.D.I.-, consideraba crímenes internacionales la agresión, las amenazas de agresión, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, el genocidio, el apartheid, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el terrorismo internacional, el tráfico internacional de estupefacientes y los daños internacionales y graves al medio ambiente.

La CDI y algunos Estados (24), no favorecían considerar como crímenes de lesa humanidad sino como violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos, el asesinato, la tortura, el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzo-

(22) Para D. Thiam, Ponente Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, "un acto inhumano cometido contra una persona podría constituir un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan o si presenta un carácter represivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor... Un acto individual podría constituir un crimen contra la Humanidad si se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie repetida e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural" (*Rapport*, C.D.I., 1989, p. 147, párr. 147).

(23) Francisco Villagrán Kramer: obra citada, pág. 1584.

(24) *Id.*

so, la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de manera sistemática o masiva, y la deportación o traslado forzoso de poblaciones.

En dicho Proyecto (25), y ante la posibilidad de no ser aceptado por la Asamblea General, se redujeron los crímenes a los siguientes: la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.

Hoy día los crímenes de guerra se encuentran definidos y sancionados por los **Convenios de Ginebra de 1949**, y sus Protocolos Adicionales de 1977, los que se aplican no sólo a conflictos armados internacionales, sino también en *casos de conflicto interno* (artículo 3 común de los 4 Protocolos de Ginebra).

Los Convenios de Ginebra consagran **el principio de jurisdicción universal**, que autoriza a *cualquier Estado Miembro* de ellos -suman alrededor de 160 los Estados ratificantes- *la persecución y castigo* de dichos crímenes, no sujetos a amnistía ni a prescripción.

Otros tratados que consagran también **el principio de jurisdicción universal**, son los siguientes:

a) **La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, dispone en su artículo 5º N° 2, lo siguiente: "Todo Estado Parte tomará, asimismo, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio bajo su jurisdicción, y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo" (26).

(25) *Id.*

(26) Dice el artículo 5: "1.- Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2.- Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción

b) **La Convención internacional contra la toma de rehenes**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1979, incluye en su artículo 5 N° 2, una disposición similar.

c) **La Convención para Prevenir y Sancionar los actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional**, aprobada dentro del marco de la OEA, el día 2 de febrero de 1971, en su artículo 5 contiene una disposición similar.

d) **La Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 30 de noviembre de 1973, incorporó en su artículo V un texto semejante.

e) **La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas**, aprobada el 9 de junio de 1994, incluye en su artículo IV, un texto similar.

f) Lo mismo ocurre con la **Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de 1989, que incorpora en su artículo 9, una disposición similar.

g) Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1992, **la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, que consagra también, en su artículo 14, dicho principio de jurisdicción universal.

h) **La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos**

sobre esos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3.- La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Los números 2 y 3 de este artículo 5 se refieren al ejercicio de la jurisdicción universal, siendo esta jurisdicción obligatoria para el Estado que no entrega al delincuente a alguno de los Estados mencionados en el número 1. Será facultativa bajo el N° 3 y dependerá si el Estado incorporó en su legislación el delito de tortura dondequiera se haya cometido y cualquiera fuera su autor.

cos, de fecha 14 de diciembre de 1973, establece en su artículo 3: "La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional".

Se deben agregar también, la Convención de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970; la Convención sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971; la Convención sobre la represión de actos ilícitos contra la navegación marítima; y la Convención de las Naciones Unidas, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988.

Por otra parte, el Tribunal internacional para la ex Yugoslavia, y el Tribunal Internacional de Ruanda, son un claro ejemplo de la *primacía de la jurisdicción universal por sobre la jurisdicción nacional*.

Ambos tribunales, pueden intervenir en cualquier etapa de un proceso incoado ante los tribunales nacionales, para hacerse cargo de él, aunque sean procesos incoados por los mismos delitos de que conocerán dichos tribunales internacionales. En consecuencia, pueden requerir de la justicia nacional que se ponga a su disposición, a cualquier individuo demandado ante el Tribunal internacional, pese a existir ya un proceso nacional iniciado en contra suya.

El Tribunal internacional para la ex Yugoslavia, fue establecido por Resolución 808, de 1993, del Consejo de Seguridad (27), para juzgar: a) los crímenes que cometen u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra (28), (artículo 2); b) a los que violen las leyes y usos de la guerra (artículo 4); c) a los que cometan actos de genocidio (artículo 4); y d) a los responsables de crímenes contra la humanidad cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno e internacional (artículo 5).

El tribunal enjuiciará a los presuntos responsables de violaciones gra-

(27) Creado por una decisión del Consejo de Seguridad, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

(28) No se consideraron los Protocolos Adicionales I y II, de 1977.

ves del derecho internacional humanitario, del derecho convencional y del derecho consuetudinario (29).

El derecho internacional humanitario convencional, que ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario, es el derecho aplicable en los conflictos armados incorporado en los siguientes textos internacionales:

Los cuatro Convenios de Ginebra, de 1949; el IV Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el Reglamento Anexo de 1907; la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, de 1948 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945. Así lo informó el Secretario General de las Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad (30).

El Estatuto incorpora dentro de la competencia del Tribunal, las violaciones graves de los **Convenios de Ginebra**, enumerando los actos que estos Convenios consideran "violaciones graves" o "crímenes de guerra": a) homicidio intencional; b) tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud; d) destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita o arbitraria; e) uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a una persona civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; f) privación deliberada a un prisionero de guerra o a una persona civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; g) deportación, traslado o reclusión ilícitos de una persona civil; h) toma de personas civiles como rehenes.

El artículo 3 trata de la **violación de las leyes y usos de la guerra**, que se refiere al IV Convenio de La Haya y su Reglamento Anexo sobre la conducción de las hostilidades, que ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, como: a) el empleo de armas tóxicas o de

(29) Los horrores perpetrados en Yugoslavia durante la guerra civil entre los años 1991 y 1994, provocaron la muerte de 250.000 personas y más de 2 millones de desplazados. Christopher C Joyner: "Arresting Impunity: The case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability". En *Law and Contemporary Problems*. Durham North Carolina. Volumen 59, Autumn 1996, N° 4, pág. 3.

(30) ONU. Doc. S 25794 del 20 de mayo de 1993, pág. 10.

otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios; b) la destrucción deliberada de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares; c) los ataques o bombardeos por cualquier medio, de pueblos o aldeas, viviendas o edificios indefensos; d) la apropiación o destrucción de instituciones destinadas al culto religioso, la beneficencia y la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos u éstos; e) el saqueo de bienes públicos o privados.

Respecto al **genocidio** (artículo 4), el Estatuto transcribe los artículos 2 y 3 de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, referido más arriba, que se considera parte del derecho internacional consuetudinario.

En lo relativo al **genocidio**, en el **caso Karadzic v. Mladic (Srebrenica)** (31), el tribunal abordó el genocidio en Bosnia y Herzegovina, no como el resultado concreto de un hecho individualmente considerado, como fue el exterminio de miles de no combatientes de un enclave protegido, sino en el contexto de la limpieza étnica (ethnic cleansing), la que, a juicio del juez Riad, es la última manifestación de las características del genocidio. Política de limpieza étnica que incluye, asimismo, deportaciones masivas.

El tribunal ha asumido la posición de ampliar la figura del genocidio, no sólo a la desaparición física de parte de la población, sino también a la destrucción y sustitución de la base social de un territorio, como sería, por ejemplo, la violencia sexual en el contexto de la limpieza étnica. Así, el genocidio sería una parte esencial de la limpieza étnica y no se podría desligar de ésta.

La competencia del tribunal será para sancionar actos contra la población civil **durante un conflicto armado interno o internacional**.

Dijo el Fiscal, en el **caso Djukic** (32), que son tres las condiciones para asegurar la competencia del tribunal en estos crímenes: ser dirigidos contra la población civil, como grupo destinatario de los ataques; las agresiones deben ser llevadas a cabo en un contexto de actuaciones sistemáti-

cas que respondan a un cierto grado de organización; por último, deben presentar un grado de amplitud o trascendencia.

En cuanto a los **crímenes contra la humanidad** (artículo 5), de acuerdo al informe del Secretario General de las Naciones Unidas (33) se les define como "actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas".

De acuerdo al Estatuto son aquellos cometidos contra la población civil durante un **conflicto armado interno o internacional**: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos.

Por su parte, el **Tribunal Internacional de Ruanda**, establecido por el Consejo de Seguridad, mediante Resolución 955/94, incluyó, dentro de su competencia, las violaciones al artículo 3 común a los cuatro **Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II, de 1977**, ya que el tribunal no juzga crímenes cometidos en un conflicto internacional. Incorporó, asimismo, el **genocidio** y los **crímenes de lesa humanidad**, cometidos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, período del conflicto armado no internacional.

En el reciente aprobado Estatuto de Roma, de 1998, de la **Corte Penal Internacional**, firmado ya por Chile y en proceso de ratificación, se definen con mayor precisión el **genocidio** (artículo 6), los **crímenes de lesa humanidad** (artículo 7) y los **crímenes de guerra** (artículo 8).

El artículo 6 del Estatuto, define el **genocidio** como cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal;

a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o

(31) Hugo Llanos Mansilla: Conferencia dada en el Instituto de Estudios Internacionales sobre el tema: El Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia, Santiago, septiembre de 1998.

(32) *Id.*

(33) Doc. S/25704 y Add. 1.

parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

Debemos hacer notar que el genocidio *se encuentra desligado, en este caso, de un conflicto bélico*, como lo era en los Estatutos anteriormente analizados.

En cuanto a los **crímenes contra la humanidad**, artículo 7, los define como cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, religiosos, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; desaparición forzada de personas; el crimen del apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

En relación a los **crímenes de guerra**, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8, le da competencia a la Corte cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. El Estatuto contiene un largo listado de éstos, y comienza diciendo que son crímenes de guerra las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, como matar intencionalmente, someter a tortura o a otros tratos inhumanos, infligir deliberadamente sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, tomar rehenes, etc.

La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos *después de la entrada en vigor de su Estatuto* (artículo 11), esto es, a partir del primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite el sexagésimo instrumento de ratificación (artículo 126).

El Estatuto de la Corte ha privilegiado la jurisdicción nacional, aunque deja margen para el ejercicio de la jurisdicción universal.

En efecto, se establece que la jurisdicción de la Corte será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Así, la Corte declarará inadmisibile un asunto cuando: a) el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento **en el Estado que tiene jurisdicción**, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) el asunto haya sido objeto de una investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo, etc.

Es cierto que la Corte puede determinar de oficio la admisibilidad de una causa, pero también se puede impugnar dicha admisibilidad.

Además, existen una serie de condiciones en el Estatuto, que limitan el ejercicio de la competencia de la Corte las que, por su extensión, exceden el marco del presente artículo.

Inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado. El caso Pinochet.

El juez español Garzón dictó, el 16 de octubre de 1998, un auto de prisión provisional y una orden internacional de detención con el fin de extradición, en contra del General Pinochet que se encontraba en Londres, convalenciando de una operación. El auto de prisión se fundamentó "... en que Augusto Pinochet Ugarte a la sazón Jefe de las Fuerzas Armadas y del estado chileno, desarrolla actividades delictivas en coordinación con las autoridades militares argentinas entre los años 1976-1983 (período al que se extiende la investigación en esta Causa) impartiendo órdenes para la eliminación física de personas, torturas y secuestros y desaparición de otras de Chile y de diferentes nacionalidades, y en distintos países a través de las actuaciones de los Servicios Secretos (DINA) y dentro del precitado Plan Cóndor". En la orden transmitida a Londres se le acusaba de la muerte de ciudadanos españoles entre el 11 de septiembre de 1973, fecha del levantamiento militar contra el presidente Salvador Allende, y el 31 de diciembre de 1983 (34).

(34) Antonio Remiro Brotons: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Biblioteca Nueva Política Exterior. Madrid, 1999, pág. 20.

Pinochet fue detenido el 16 de octubre de 1998. El 18 de octubre del mismo año, el juez Garzón dictó un segundo auto de prisión provisional incondicional y una orden de detención internacional, acusando ahora a Pinochet "de ser uno de los responsables máximos de la creación de una organización internacional que concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales (secuestros), torturas, desplazamientos forzados de personas, asesinatos y/o desapariciones de numerosas personas, incluyendo ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, Estados Unidos, Chile otros Estados, en diferentes países, con la finalidad de alcanzar los objetivos políticos y económicos de la conspiración, exterminar a la oposición política y múltiples personas por razones ideológicas, a partir de 1973" (35).

El énfasis de la defensa de Pinochet se centró en su **inmunidad como ex Jefe del Estado de Chile**. Este tema fue uno de los temas centrales que debatieron las Cortes inglesas, principalmente, si dicha inmunidad se prolongaba en el tiempo después de haber dejado Pinochet el poder, y de serlo así, qué actos estaban cubiertos por dicha inmunidad.

Si bien la discusión se centró en un comienzo en la inmunidad del Estado, ella se derivó a la inmunidad del Jefe de Estado, como órgano de éste.

En los países del Common Law, la inmunidad de que goza el poder soberano se encuentra en una máxima inglesa "The King cannot be sued in his own courts" (36).

Demandar al soberano era constitucionalmente imposible. En tanto el Rey personificaba al Estado, los tribunales que formaban parte del gobierno central no podían, lógicamente, ejercer jurisdicción sobre él, en cuyo nombre podían solamente actuar.

En el primer caso inglés relativo a la inmunidad de un soberano extranjero y sus propiedades, **The Prince Frederick**, la Corte declinó su jurisdicción, basándose en que el Estado extranjero, personificado en su soberano, era igualmente soberano e independiente, y el juzgarlo insultaría su real dignidad (37).

(35) *Id.*, págs. 20 y 21.

(36) Hugo Llanos Mansilla, obra citada, Tomo II, págs. 351 y sigs.

(37) *Id.*, págs. 351 y 352.

Los principios clásicos de esta doctrina se encuentran en la noción de "soberanía estatal" y se plantean en todos los casos en que la persona o bienes de un Estado soberano son objeto de un juicio, ante los tribunales de otro Estado soberano.

Dichos principios fueron formulados por el juez Marshall -que los derivó de Vattel-, en el **caso Schooner Exchange v. Mac Fadden**, en 1812, en el cual sostuvo la completa independencia e igualdad de derechos de los Estados soberanos (38).

El Jefe de Estado goza de los mismos privilegios e inmunidades de los representantes diplomáticos en el exterior. Esto es, gozan de inviolabilidad personal y de inmunidad de jurisdicción civil y penal absoluta.

Un caso célebre a citar es el del Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana, Erick Honnecker. El Tribunal Supremo de la RFA, conociendo de una querrela, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1984, declaró: "el Presidente del Consejo de Estado de la RDA pertenece a una categoría de personas que están exentas de la jurisdicción de la RFA de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional consuetudinario" (39).

Ya nos hemos referido más arriba, a que, en 1950, la CDI formuló los **Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg** y en el juicio efectuado por este Tribunal. El Principio 3, establece lo siguiente: "La circunstancia de que una persona que ejecutó un acto que constituye un crimen ante el Derecho Internacional haya actuado como Jefe de Estado o como un funcionario de gobierno responsable, no lo releva de su responsabilidad ante el Derecho Internacional" (40).

Por su parte, el **Estatuto del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia**, establece, en su artículo 7.2, al reafirmar el principio de la responsabilidad personal, que la posición oficial de los acusados, incluso Jefe de Estado o de Gobierno, no los eximirá de responsabilidad criminal y del consiguiente castigo si se demuestra su culpabilidad.

(38) *Id.*, pag. 352.

(39) Antonio Remiro Brotons, obra citada, pag. 115.

(40) Hugo Llanos Mansilla, obra citada, Tomo III, pag. 35.

El Tribunal internacional de Ruanda contiene una disposición similar, en su artículo 6.2.

Por su parte, el **Estatuto de la Corte Penal Internacional**, establece en su artículo 27 lo siguiente: "El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena..."

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, por su parte establece en su artículo IV, lo siguiente: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares".

La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, establece en su artículo II que se aplicará la Convención "a los representantes de la autoridad del Estado..."

También la **Convención internacional sobre la represión y el castigo del delito del apartheid**, de 1973, en su artículo III considera criminalmente responsables en el plano internacional "... a los representantes del Estado..."

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984, en su artículo 1.1., al definir la tortura, incorpora en ella, los dolores o sufrimientos que sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Una disposición que no libera de responsabilidad criminal al jefe de Estado o responsable del gobierno, se encuentra también en el **Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad**, de 1954, de la CDI, artículo III, y en 1996, artículo 7 (41).

(41) Citado por Antonio Remiro Brotons, en obra citada, pág. 117.

Todas las disposiciones legales citadas dan pie a una doble lectura: la primera, sostiene que el hecho de incluir especialmente la responsabilidad de los Jefes de Estado o de Gobierno, se debe a que, normalmente, ellos no son responsables por tales delitos, ya que estarían protegidos por la inmunidad de jurisdicción.

La segunda lectura, es que tales crímenes no pueden considerarse actos de gobierno, debido al desarrollo que ha experimentado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, y que los Jefes de Estado o de Gobierno no están ya amparados por la inmunidad de jurisdicción.

Qué dijeron las Cortes inglesas sobre el particular?

Al respecto, hubo tres fallos.

El primero de ellos fue emitido el 28 de octubre de 1998; el segundo, el día 25 de noviembre de 1998, y el tercero, el 24 de marzo de 1999.

Examinaremos a continuación, los aspectos principales de los tres fallos emitidos, en que las partes directamente interesadas fueron la Fiscalía británica y la defensa de Pinochet y las partes "intervinientes" fueron el Estado de Chile, Amnesty International y Human Rights Watch (42).

La primera sentencia dictada por la High Court (43) de Londres, obtuvo la unanimidad de los tres jueces que la integraron, quienes determinaron que **Augusto Pinochet no podía ser extraditado a España, por cuanto gozaba de inmunidad civil y penal en su condición de ex Jefe de Estado** (44).

Me remitiré al aspecto de la inmunidad a que se refiere la sentencia en comentario.

Dijo la sentencia: "...dicha solicitud deja en claro que al solicitante no se le acusa de torturar o asesinar personalmente a víctimas o de causar

(42) Esta sólo hizo presentaciones escritas.

(43) Fue integrada por Lord Bingham Cornhill, Lord Chief of Justice de Inglaterra y Gales -equivalente al Presidente de la Corte Suprema en Chile-, y los jueces Collins y Richards.

(44) Sigo la traducción de la sentencia aparecida en El Diario *El Mercurio*, de Santiago de Chile, de fecha 31 de octubre de 1998.

personalmente su desaparición, sino de usar con dicho propósito el poder del Estado del cual era jefe... Nos remitimos a la Guía Satow sobre Práctica Diplomática (quinta edición), la que establece en su párrafo 2.1.: "De esta inmunidad del Jefe de Estado fluyen, a lo menos parcialmente, los privilegios e inmunidades otorgados a diplomáticos y cónsules que representaron al Estado..."

2.2. El status personal del Jefe de Estado extranjero continúa por lo tanto estando regulado por normas de derecho consuetudinario establecidas hace largo tiempo, las que pueden ser expuestas en términos simples; él tiene derecho a gozar de inmunidad, probablemente sin excepción, de jurisdicción penal y civil...

2.4. Un Jefe de Estado que ha sido depuesto o reemplazado o que ha abdicado o ha renunciado, por supuesto que deja de gozar de privilegios e inmunidades como Jefe de Estado. Gozará de inmunidad permanente respecto de sus actuaciones realizadas mientras era Jefe de Estado, en la medida que los actos fueron efectuados en su calidad oficial. En esto, su posición no es diferente de la de cualquier agente del Estado...

En la obra de Lewis, Inmunidad de Estado y diplomática, (tercera edición), pág. 125, se señala en el párrafo 13.2. "La inmunidad personal soberana en el common law, en virtud de la cual él no puede ser sometido directamente a proceso, es total, no obstante que él puede renunciar a ella mediante una sumisión efectiva"...

Más adelante, la sentencia, luego de referirse a los Estatutos de los Tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda, que no eximen de responsabilidad a los Jefes de Estado, agrega: "Eran tribunales internacionales, establecidos en virtud de acuerdos internacionales. Por consiguiente, los mismos no violaron el principio de que un Estado soberano no puede someter a proceso a otro, en relación a sus actos soberanos. En segundo lugar, evidentemente, se estimó necesario establecer que no habría objeciones al ejercicio de jurisdicción por el tribunal sobre los soberanos extranjeros (45)..."

(45) Esta fue la opinión dada por Lord Bingham, en la que los otros dos jueces coincidieron.

El segundo fallo, de fecha 25 de noviembre de 1998 (46), dictado por cinco jueces, dictaminó 3 votos contra 2, -votaron por la mayoría, lord Nicholls, lord Steyn y lord Hoffmann- **que Pinochet no gozaba de inmunidad** y que, por lo tanto debía darse lugar a la apelación. El voto de minoría, integrado por lord Slynn y lord Lloyd, fue de parecer que Pinochet gozaba de inmunidad soberana (47).

Los lores asumieron que Pinochet fue Jefe de Estado desde el 11 de septiembre de 1973, hasta el mes de marzo de 1990.

Lord Steyn, impugnando la tesis de la inmunidad absoluta, expresa que si no se estableciera una línea entre los actos que un Jefe de Estado pueda realizar en el ejercicio de sus funciones, habría que llegar a la conclusión que cuando Hitler ordenó la "solución final", su acto fue realizado en el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado. Opina, por el contrario, que debe trazarse una línea entre los actos que puede realizar un Jefe de Estado, y que alguno de ellos no pueden ser considerados como actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones oficiales. Así, si un Jefe de Estado mata a su jardinero en un acto de ira, este acto no puede ser considerado como un acto oficial realizado en el ejercicio de sus funciones. Hay, pues, que trazar una línea entre actos del Jefe de Estado, que están amparados por la inmunidad soberana, y otros que no lo están. Y el criterio para trazar esta línea, agrega, debe ser el Derecho Internacional:

"El desarrollo del derecho internacional desde la segunda guerra mundial, justifica la conclusión de que al tiempo del golpe de Estado de 1973, y ciertamente desde entonces, el derecho internacional condena el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad (durante un conflicto armado o en tiempo de paz), como crímenes internacionales que merecen castigo. Atendido el estado del derecho internacional, me parece difícil sostener que la comisión de crímenes tan graves pueda equipararse a actos realizados en el ejercicio de las funciones como Jefe de Estado". Rechaza así la inmunidad absoluta.

(46) Los cinco jueces de la Cámara de los Lores conocieron del caso, en virtud de la apelación del primer fallo.

(47) Los lores fueron de parecer que este asunto debía decidirse conforme al State Immunity Act, de 1978, que incorpora los principios del Derecho Internacional en esta materia.

Por su parte, lord Nicholls, agrega que ni la tortura ni la toma de rehenes pueden ser conductas aceptables de parte de nadie. Esto se aplica a todas las personas y aún más, a los Jefes de Estado. La conclusión contraria, señala, "would make a mockery" (haría una burla) del derecho internacional. Junto a lord Hoffmann, los tres concluyen que los actos atribuidos a Pinochet, no pueden ser considerados actos de Estado cometidos por él, en sus funciones oficiales como Jefe de Estado, por lo que no están amparados por la inmunidad soberana.

Lord Slynn y lord Lloyd, los dos votos de minoría, dictaminaron que la inmunidad del ex Jefe de Estado se extendía a todos los actos realizados por él en el ejercicio de sus funciones oficiales como Jefe de Estado, por lo que no puede ser llevado a los tribunales de otro país, salvo que el actual gobierno del Estado del que fue su Jefe, renuncie a la inmunidad. No pueden, dicen, hacerse distinciones entre actos ilegales o injustos más o menos graves.

De todos los casos invocados como precedentes, agregan, no pudo citarse ni un solo caso en que los actos oficiales realizados como un Jefe de Estado, hubieran sido objeto de enjuiciamiento después de que abandonó el cargo (48).

Esta sentencia fue impugnada y el 17 de diciembre de 1998, un panel del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, integrado por cinco jueces, **dejó sin efecto, en forma unánime, la sentencia recién citada, de fecha 25 de noviembre de 1998**. Ello, por los vínculos existentes entre lord Hoffmann y Amnistía Internacional (49), que daba "la apariencia de parcialidad (bias)".

Amnistía Internacional había actuado como parte "interviniente" en el proceso seguido contra Pinochet en las Cortes inglesas.

(48) Se refieren a los casos: **de Noriega**, ex Jefe de Estado de Panamá, acusado del tráfico de estupefacientes por los tribunales de EEUU; éstos concluyeron que no eran actos oficiales realizados en nombre del Estado panameño; **caso Hilao v. Marcos**, 1949, en que no prosperó una reclamación de inmunidad de los herederos de Marcos: el gobierno filipino, si bien no renunció a la inmunidad, declaró que el juicio debía proseguir. Los lores disidentes se apoyaron en el **caso del Duque de Brunswick v. el Rey de Hannover**, de 1848, y de diversos autores.

(49) La esposa de lord Hoffmann era empleada de Amnistía Internacional por más de 21 años y por ello, la defensa de Pinochet solicitó dejar sin efecto el segundo fallo, el 10 de diciembre de 1998, recusando así a lord Hoffmann.

Era la primera vez que una sentencia de la Cámara de los Lores se anulaba por esta causal de parcialidad de uno de los jueces.

Debido a que la Fiscalía apeló el fallo de la sentencia de fecha 28 de octubre de 1998, que había cogido la inmunidad de Pinochet, se dictó un tercer fallo, con fecha 24 de marzo de 1999 (50).

Los lores, para determinar si los delitos eran extraditables, analizaron si ellos satisfacían el principio de la "doble criminalidad", esto es, ser delitos en el país requirente, España, como en el solicitado, Gran Bretaña (51).

La defensa de Pinochet sostuvo que no eran extraditables los delitos de tortura y de conspiración para torturar, por cuanto, cuando fueron ejecutados, no eran considerados criminales extraterritorialmente, de conformidad con la ley británica. Ello sólo habría ocurrido después de la entrada en vigencia del Acta de Justicia Criminal de 1988, que incorporó la Convención de la Tortura a la ley interna. Por ello, sostuvieron, no se cumplía el requisito de la "doble criminalidad" (52).

Los jueces recordaron que la mayoría de las acusaciones contra Pinochet se referían a actos de tortura y de conspiración para torturar cometidos fuera de Gran Bretaña, y que la tortura fuera del territorio del Reino Unido sólo se convirtió en delito penado por su legislación interna después de la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 1988, del Acta de Justicia Criminal (Sección 134). Por lo tanto, que, **conforme al Acta de Extradición británica, Pinochet no podía ser extraditado para enfrentar cargos de tortura cometidos con anterioridad al 29 de septiembre de 1988. Sólo después se cumplía el requisito de la "doble criminalidad"**.

(50) Se analizaron durante el proceso, una serie de instrumentos nacionales e internacionales: el Acta de Inmunidad de Estado; la Convención Europea de Extradición; el Acta de Extradición británica; el Acta de Justicia Criminal; la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes; y la Convención Internacional contra la toma de rehenes.

(51) Jaime Lagos Erazo: *El caso Pinochet ante las Cortes Británicas*. Ed. Jurídica de Chile, 1999, pág. 58.

(52) *Id.*, pág. 59.

En votación de seis contra uno, la sentencia decidió lo anteriormente transcrito.

Respecto a los delitos extraditables, incorporaron 32 cargos delictivos, incluso la acusación de la teoría de la conspiración, anteriores al 11 de septiembre de 1973 y hasta el 1º de enero de 1990.

Se excluyeron el genocidio (53) y la toma de rehenes, por no cumplir éste, con la "doble criminalidad". De la conspiración para asesinar en España, se dejó sólo una.

Se consideró que las Cortes británicas podían enjuiciar a Pinochet por actos de tortura cometidos en Chile y en cualquier otro lugar, **después del 29 de septiembre de 1988**, por ser ofensas extraterritoriales bajo la Sección 134 del Acta de Justicia Criminal de 1988, eliminándose así, todas las conductas entre enero de 1972 y el 29 de septiembre de 1988. Sólo tres se identificaron como cometidas después de esa fecha.

En síntesis, los cargos que perduraron como delitos susceptibles de extradición fueron los siguientes: un caso de tortura cometido después del 29 de septiembre de 1988; conspiraciones para torturar en el período del 29 de septiembre de 1988 y enero de 1990 y algunos cargos para cometer asesinatos en España (54).

Respecto al tema de la inmunidad, hubo opinión unánime que los ex Jefes de Estado **no gozan de inmunidad *ratione personae***, pero gozan de inmunidad relativa respecto a procesos criminales en terceros países por los actos oficiales ejecutados cuando fueron Jefes de Estado, esto es, **inmunidad en relación al asunto o *ratione materiae***.

Seis jueces contra uno fueron de opinión en cuanto a que organizar, de manera sistemática y como política de Estado, **actos de tortura, no podía ser considerado como un acto normal en el ejercicio de funciones oficiales de un Jefe de Estado, porque tales conductas son contrarias al derecho internacional contemporáneo.**

La mayoría coincidió en que la Convención sobre la Tortura estableció una jurisdicción universal. Como dijo lord Saville, la

(53) Eliminado por el Ministro Straw.

(54) Cargos N° 30, 2, 4 y 9.

Convención sobre la Tortura estableció un esquema acorde con el cual todos los Estados Partes están obligados, ya sea a extraditar los presuntos torturadores que se encuentran en su jurisdicción, o procesarlos domésticamente. Cada Estado Parte establecerá y tendrá jurisdicción sobre los presuntos torturadores de otros Estados Partes.

Como concluyó lord Browne Wilkinson, la elaborada estructura de jurisdicción universal de dicha Convención, ofrece un sistema que impide proporcionar "refugio a los torturadores". Se extradita o se castiga.

Por amplia mayoría se estableció también, que Chile, al haber ratificado la Convención sobre la Tortura, junto a España y el Reino Unido, como lo dijo lord Hope, fue privado del derecho de objetar la jurisdicción extraterritorial del Reino Unido. Lord Millet dijo a su vez, que la Convención sólo le otorga a Chile un derecho prioritario. Si no solicita la extradición, lo que no ha hecho, en ese caso el Reino Unido está obligado a extraditarlo a un Estado requirente o a procesarlo él mismo.

Finalmente, la conclusión del voto de la mayoría sostuvo **"un Jefe de Estado no puede demostrar que cometer un crimen internacional es ejercer una función que el derecho internacional protege otorgándole inmunidad"**.

Pinochet podía entonces, dijo la mayoría, ser extraditado a España por las acusaciones relativas a los crímenes de tortura y de conspiración para torturar que se habrían cometido después del 8 de diciembre de 1988 (55).

(55) Se resolvió por 6 contra 1 que Pinochet tenía inmunidad respecto a la acusación relativa a la conspiración para asesinar en España (cargo 9).

LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI. LUCES Y SOMBRAS EN LA LABOR DE LA CDI

Ana Gemma LOPEZ MARTIN (*)

Desde el siglo XIX, particulares e instituciones científicas han llevado a cabo un cierto número de codificaciones privadas, algunas de ellas de gran influencia, y diversas Conferencias internacionales de Estados han adoptado algunas convenciones codificadoras tanto de ámbito universal como regional (1). Existe a este respecto la creencia generalizada de que, en todas sus formas posibles, la codificación constituye el principal recurso para incrementar la efectividad del Derecho internacional.

Entre los principales argumentos que avalan la oportunidad de la codificación, dos parecen ser ampliamente compartidos (2): por un lado, la proposición de que la codificación, a través de la generación de expectativas autorizadas, incrementa la *certeza jurídica*; por otro, la consideración de la codificación como el método más apropiado para *revisar el derecho* en una sociedad que ha crecido considerablemente, y cuyos valores no son uniformes. En esta línea, puede afirmarse que existe una interrelación íntima entre cada modelo de organización social internacional y el modelo de codificación existente en ese momento dado. La fácil identificación de los Estados obligados por las normas internacionales, su carácter democrático en la creación del derecho, y la oportunidad de la reforma que el proceso prevé, son sin duda ventajas que lleva implícito

(*) Profesora Titular de Derecho internacional público. Universidad Complutense de Madrid.

(1) Para una sucinta reseña histórica, véase PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas y la codificación del Derecho internacional: aspectos jurídicos y políticos", en FERNANDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, C., y QUEL LOPEZ, F.J. (coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, pp.173-176.

(2) Cfr. ZEMANEK, K., "The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law", *R. des C.*, nº 266, 1997, p. 215.

todo proceso codificador. Sin embargo, la realidad de la codificación, como veremos, dista mucho de resultar tan satisfactoria.

Así pues, cuando los fundadores de las Naciones Unidas introdujeron en su Carta, el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación como uno de los propósitos de la Organización, actuaron en consonancia con las expectativas contemporáneas de la Comunidad internacional y del mundo académico. La iniciativa, dirección y control de tan complicada tarea corresponde, según el artículo 13.1 a) de la Carta, a la Asamblea General, quien, para asistirle en su misión, creó en 1947 - Resolución 174 (II), de 21 de noviembre- un órgano subsidiario, la **Comisión de Derecho Internacional (CDI)**, que se erige en el órgano codificador por excelencia de las Naciones Unidas -aunque no exclusivo- (3), el único con competencia general, de carácter permanente, compuesto por expertos en Derecho internacional formalmente independientes.

El trabajo de la CDI consiste en la preparación de proyectos de artículos en orden tanto a la codificación, como al desarrollo progresivo del Derecho internacional (4). En esta línea, en los distintos procesos de codificación llevados a cabo en el seno de la CDI no se han perdido de vista los vínculos que necesariamente han de existir entre los diversos instrumentos codificadores, considerando al ordenamiento internacional como un sistema o conjunto coherente de respuestas jurídicas, de suerte que los fenómenos que se pudieran producir en un ámbito de su estructura normativa no quedaban confinados en este sector, sino que se conectaban con la estructura general del ordenamiento.

(3) No debemos olvidar la competencia asignada en este ámbito a la VI Comisión de la Asamblea General, la Comisión jurídica, así como, las facultades codificadoras de otros órganos subsidiarios de la Asamblea General, ya sean Comités *ad hoc* (caso del Comité de la agresión o el Comité de los fondos marinos), ya sean órganos permanentes (tales como la Comisión de Derechos humanos, la Comisión de las NU para el Derecho mercantil internacional, o la Comisión del Espacio).

(4) Mediante la distinción entre codificación y desarrollo progresivo, y la consiguiente dualidad de procedimientos se quería dar respuesta, como ha señalado TORRES BERNARDEZ, a una preocupación esencialmente política, referida a las reservas manifestadas por ciertos Estados frente a un proceso de verdadera 'legislación internacional', realizado por la vía de la codificación internacional (vid. "La obra de desarrollo progresivo y codificación llevada a cabo por las Naciones Unidas", *ONU Año XX*, Madrid, 1966, p. 198).

La pujanza del fenómeno codificador desarrollado fundamentalmente hasta la década de los 80, condujo a que la CDI y la Asamblea General prácticamente ocuparan la plaza del imposible legislador universal, pasando a jugar un papel central en el proceso de formación del Derecho internacional público relativamente centralizado. Sin embargo, de un tiempo a esta parte hemos asistido, como testigos mudos, al fracaso en que se ha ido sumiendo la labor codificadora de la CDI. Los procesos codificadores auspiciados por las Naciones Unidas se encuentran en una profunda crisis, y la CDI se ve obligada a contemplar impasible cómo los sectores normativos se han ido escapando, paulatinamente, de su lento y complejo mecanismo de codificación.

1. El resultado de los trabajos de la CDI en el umbral del siglo XXI.

En términos generales, el proceso codificador llevado a cabo por la CDI, después de un prometedor comienzo, se ha aminorado considerablemente; en los últimos años, incluso, la elaboración de proyectos ha estado plagada de problemas, y las perspectivas de algunos de ellos son más que dudosas. En este contexto, no es exagerado afirmar que la codificación del Derecho internacional en los umbrales del siglo XXI, se nos presenta como un fenómeno a la vez inacabado e incierto, sin duda indefinido y ambiguo, pero necesario al tratarse de un factor esencial en la evolución del mismo.

Para apreciar la veracidad de tales afirmaciones es necesario esbozar cuáles han sido los resultados de los esfuerzos codificadores de la CDI. En este sentido, creemos posible establecer una fecha crítica que determina un antes y un después en la codificación internacional, tal sería la década de los ochenta, a partir de la cual los trabajos de la Comisión no parecen disfrutar de buenas perspectivas de éxito. La encomiable labor llevada a cabo por la CDI, desde que en 1949 elaborara una lista provisional de las materias seleccionadas para la codificación, hasta la década de los ochenta ha sido, incluso, calificada "comme une sorte d'âge d'or, qui ne reviendra peut-être pas" (5). El tono pesimista de esta aseveración

(5) Vid. AGO, R., "Nouvelles réflexions sur la codification du Droit international", *RGDIP*, 1988.3, p. 551.

(6), respecto del futuro de la Comisión, parece haber sido corroborado por la realidad posterior.

En su primer período de sesiones, celebrado en 1949, la Comisión examinó, sobre la base de un memorando de la Secretaría titulado "Examen del Derecho Internacional en relación con los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional" (7), veinticinco temas para su posible inclusión en una lista de materias por estudiar. Después de examinar esta cuestión, la Comisión preparó una lista provisional de catorce temas seleccionados para la codificación:

- a) Reconocimiento de Estados y Gobiernos (8);
- b) Sucesión de Estados y Gobiernos;
- c) Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes;
- d) Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional;
- e) Régimen de la alta mar;
- f) Régimen del mar territorial;
- g) Nacionalidad, incluso la condición apátrida;
- h) Trato de extranjeros;
- i) Derecho de asilo;
- j) Derecho de los tratados;
- k) Relaciones e inmunidades diplomáticas;
- l) Relaciones e inmunidades consulares;

(6) El propio R. AGO llega incluso a preguntarse "si les travaux de la Commission ne risquent pas de devenir une série de monologues" (vid. *ibidem*, p. 550). Esta posición pesimista, o si se quiere excéptica, contrasta claramente con las conclusiones eufóricas que él mismo había formulado unos años antes (cfr. "La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation", en *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Ginebra, 1968, pp. 93-131).

(7) Cfr. A/CN.4/I, de 5 noviembre 1948.

(8) Posteriormente este tema fue dividido en tres: sucesión en materia de tratados; sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados; y sucesión respecto de la condición de miembro de organizaciones internacionales.

- m) Responsabilidad de los Estados;
- n) Procedimiento arbitral.

Aunque se partió de la inteligencia de que la precedente lista era sólo provisional y que quizá se introdujeran cambios después de que la Comisión realizara nuevos estudios al respecto, o atendiendo a los deseos de la AG, la lista ha seguido constituyendo el programa básico de la CDI a largo plazo. Desde 1949, la Comisión ha presentado proyectos o informes definitivos en relación con diez de estos temas o subtemas, quedando cuatro de ellos (reconocimiento de Estados y Gobiernos, jurisdicción respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, trato de extranjeros y derecho de asilo), fuera de las perspectivas de estudio. Además, la Comisión ha estudiado o está estudiando un total de diecinueve temas más que le ha remitido la AG, en algunos casos por iniciativa previa de la propia CDI (9).

Pero, ¿cuál es el *resultado* de tan laboriosa tarea, centrada en un total de veintinueve temas?

Comenzando con las cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de 1958, son **quince** (10) las convenciones que han sido adopta-

(9) Derechos y deberes de los Estados; formulación de los principios de Nuremberg; jurisdicción penal internacional; reservas a los tratados; definición de la agresión; código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad; relaciones entre Estados y Organizaciones internacionales; régimen jurídico de las aguas históricas; misiones especiales; participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la S. de N.; cláusula de la nación más favorecida; tratados entre Estados y Organizaciones internacionales; derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; protección e inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de otras personas con derecho a protección especial; responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional; estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático; examen del procedimiento de elaboración de los tratados multilaterales; reservas a los tratados; y sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas (cfr. NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 5ª ed., Nueva York, 1996, pp. 10-15).

(10) Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar, 29 abril 1958; Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, 29 abril 1958; Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, 18 abril 1961; Convención para reducir los casos de apatridia, 30 agosto 1961; Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 abril 1963; Convención sobre las Misiones especiales, 8 diciembre 1969; Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 23 mayo 1969; Convención de Nueva York

das por los Estados tomando como punto de partida un proyecto de la CDI (11). Pero, la valoración que merecen estas convenciones codificadoras no es uniforme, pues no puede afirmarse la existencia de un consenso generalizado por parte de los Estados en relación a todas y cada una de ellas, como lo demuestra el decepcionante estado de las ratificaciones de algunas convenciones. En este sentido es posible establecer, con Pastor Ridruejo (12), una distinción entre convenciones codificadoras de éxito pleno, de éxito medio y de fracaso.

A nuestro juicio, dos convenciones han alcanzado **pleno éxito**. Se trata de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963. La primera entró en vigor el 24 abril 1964, y son partes en la misma 181 Estados, cifra que supone una práctica universalidad de dicha Convención. Este dato nos permite afirmar que estamos ante un sector codificado del Derecho internacional, con todas las ventajas que la codificación implica, nota muy destacable dado que estamos ante una materia de gran importancia para el correcto funcionamiento de las relaciones internacionales. Por lo demás, el éxito de la Convención se debe a una confluencia de factores entre los que destacan, por un lado, el hecho de que todos los Estados son a la vez Estados acreditantes y receptores, esto es, la existencia de intereses convergentes; por otro, la circunstancia de que se trataba de una materia en que existían abundantes normas de Derecho internacional general. En el mismo orden de consideraciones hay que citar la

sobre la prevención y el castigo de delitos contra Personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 14 diciembre 1973; Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal, 14 marzo 1975; Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, 23 agosto 1978; Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, 8 abril 1978; Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, 21 marzo 1986; Convención sobre el derecho relativo a la utilización de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación de 1997.

(11) Es necesario indicar, que en esta primera etapa la CDI concluyó otros trabajos que permanecen ignorados en el cajón de la Asamblea General. En esta situación, es posible referirse al Proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados (1949); Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral (1958); y al Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida (1978). El texto de los mismos puede ser consultado en NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho...*, op. cit., pp. 190-213.

(12) Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", op. cit., pp. 179-183.

Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 (en vigor desde el 19 marzo 1967), que cuenta con la importante cifra de 167 Estados partes. Aunque es patente que la Convención no ha tenido el éxito extraordinario alcanzado por la correspondiente a las relaciones diplomáticas, no dista mucho de la misma.

En el campo de **éxito medio alto**, situaríamos la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 (en vigor desde 27 enero 1980), que cuenta con 110 Estados partes; número, sin duda, muy estimable. Hay que tener en cuenta al respecto, por un lado, que muchas de sus disposiciones se consideran hoy como integrantes del Derecho internacional general, y por otro, que las reticencias a la adhesión se deben fundamentalmente al rechazo de la noción de *ius cogens* consagrada en los artículos 53 y 64 de la Convención.

En este mismo nivel podríamos hablar de la Convención de Nueva York sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973 (en vigor desde el 20 febrero 1977), que cuenta con 102 Estados partes. Asimismo, sería oportuno recordar aquí las cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de 1958, que fueron objeto de una más que discreta acogida por parte de los Estados (13), si bien su importancia actual queda absolutamente relativizada en la medida en que han sido paulatinamente relegadas por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982.

Colocamos como **éxito medio bajo**, en cercana linde con el fracaso, la Convención sobre misiones especiales de 1969 (en vigor desde el 21 junio 1985), que cuenta con 31 Estados partes entre los que no figura España. También parece el caso de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales de 1986, aún no en vigor, pero que cuenta ya con 27 Estados contratantes. Debemos retener el dato de que se trata a grandes líneas de la adaptación, con un notable paralelismo, de la

(13) La Convención sobre mar territorial y zona contigua cuenta con 51 Estados partes; la de plataforma continental con 57; la de la alta mar con 62; y la de pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar tiene 37 Estados partes. Debemos tener presente que, salvo los casos de sucesión, desde la década de los 70 (en que comienza la IIP Conferencia de Naciones Unidas sobre derecho del mar), no ha aumentado el número de Estados partes.

Convención de 1969 al *treaty making power* de las Organizaciones internacionales, por lo que se supone un importante contenido de disposiciones de Derecho internacional general.

Finalmente, es posible catalogar como fracasos a la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones internacionales de carácter universal de 1975 y la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983. Ninguna de las dos está en vigor, ni parece presumible que vayan a entrar en vigor alguna vez. Respecto de la primera, aunque cuenta con 30 Estados contratantes, resulta significativo que ninguno de los Estados en que tienen su sede numerosas e importantes Organizaciones internacionales es parte en la misma, y obviamente, es la participación de éstos la que realmente interesa para la operatividad de la Convención. La causa del fracaso debe localizarse en la ausencia de negociación con vistas a un compromiso entre los dos grupos de intereses -Estados huéspedes y Estados de envío-; la Convención no se adoptó, pues, por consenso, sino por mayoría de dos tercios, conseguida por los Estados de envío, circunstancia que ha sido calificada como 'victoria pírrica' (14). Por lo que se refiere a la Convención de Viena de 1983, sólo cinco Estados han manifestado el consentimiento en obligarse por la misma, y ello ha tenido lugar a partir de 1991, esto es, a raíz de los fenómenos sucesorios acaecidos en Europa. También es factible la calificación de fracaso respecto de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978, pues aunque ha entrado en vigor el 6 noviembre 1996, al llegar a la cifra de 15 Estados contratantes, no parece existir la convicción de que sus disposiciones constituyan Derecho internacional general, lo que ha motivado que "las reglas de base establecidas en la misma han sido descartadas en muchas ocasiones en las que se ha preferido buscar soluciones pragmáticas adaptadas al caso concreto y si las reglas sustantivas de la Convención de 1978 no han sido respetadas, tampoco lo han sido los procedimientos formales para hacerlas efectivas" (15).

(14) Cfr. PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", op. cit., p. 182.

(15) Cfr. ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., "Problemas actuales de la sucesión de Estados", *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, Bilbao, 1995, pp. 212-213.

En estos dos últimos casos referidos a sucesión de Estados, se adoptaron las Convenciones sin esfuerzo negociador, esto es, por votación. Y es que, de un modo general, era manifiesto el desinterés por el tema, pues se pensaba que, consumada la descolonización, la sucesión de Estados era básicamente un fenómeno del pasado. Nadie podía imaginar los acontecimientos que sobrevinieron con posterioridad en Europa.

Por lo que se refiere a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997, la valoración respecto de su futuro cabe considerarla aún como incierta.

Ninguna otra convención ha sido adoptada, ni existen tampoco perspectivas halagüeñas al respecto. Más aún, presentados varios proyectos de artículos definitivos por parte de la CDI a la AG, no parece que ésta tenga intención de convocar ni a corto, ni a medio plazo una Conferencia diplomática para deliberar alguno de estos proyectos. La razón de esta posición de la Asamblea General la encuentra Treves en la necesidad "de protéger la Commission -et le processus de codification axé sur celle-ci- des conséquences de la décision 'mal conçue' de soumettre un certain sujet à codification, tout en étant bien clair que les Etats sont aussi responsables que la Commission de cette décision mal conçue" (16).

Teniendo presente los fracasos del pasado, los Estados son conscientes de que los riesgos de llevar a cabo a cualquier precio una codificación mal concebida, son más graves que los que pueda engendrar la decisión de paralizar el proceso en el nivel de proyecto de la CDI. Este parece ser el futuro inmediato del Proyecto de artículos relativo al estatuto del correo y de la valija diplomática (1989), del Proyecto sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (1991), así como del correspondiente al tema de la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999) (17). Tan sólo el Proyecto de

(16) Vid. TREVES, T., "Harmonies et contradictions de la codification du Droit international", en BEN ACHOUR, R., et LAGHMANIE, S. (dirs.), *Harmonie et contradictions en Droit International*, Pédone, París, 1997, p. 90.

(17) En cuanto al primero, en 1995 la AG adopta una decisión indicando a los Estados las cualidades de este Proyecto de la CDI, y señalando que se trata de una materia que "un jour, pourra faire l'objet d'une codification" (vid. TREVES, T., *ibidem*, p. 89); lo que constituye un ejemplo macroscópico de lo que vulgarmente se llama "honrosa sepultura". Por su parte, desde su aprobación en 1991 y ante las graves discrepancias sobre su contenido, el Proyecto sobre inmunidades está siendo revisado por sucesivos grupos de trabajo creados por la AG, lo que nos hace ser pesimistas sobre las posibilidades de llegar en un plazo razonable a un consenso.

Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, aprobado en el 46º período de sesiones de la CDI (1994) (18), ha llegado al objetivo deseado, esto es, a ser objeto de consideración en una conferencia diplomática. Nos referimos a la Conferencia de Roma (15 junio-17 julio 1998) (19) que culminó con la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 17 julio 1998 (20). Sin embargo, el texto cuenta con la oposición, entre otros, de dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, EE.UU. y China, y de India, lo que representa, además, más de la mitad de la población mundial, circunstancia que no hace concebir demasiadas esperanzas a la efectividad del referido Tribunal, en el caso de que llegara a entrar en funcionamiento (21).

No obstante, la CDI continúa con su labor, alentada, sin duda, por la conclusión en 1996 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados en primera lectura, así como la segunda lectura del proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En esta línea, la CDI estableció en su Informe sobre su 48º período de sesiones (1996), cuáles iban a ser a partir de entonces los futuros temas de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional:

- a) Responsabilidad de los Estados;
- b) Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional;
- c) Protección diplomática;

(18) El texto fue aprobado por la Asamblea General el 1 de septiembre de 1994 (A/49/355).

(19) La Conferencia funcionó a través de una Comisión Plenaria, encargada de examinar el proyecto adoptado el 3 de abril de 1998 por el Comité Preparatorio, creado al efecto por la AG en 1995, que tomó como base el proyecto de 1994 de la CDI. En la citada Conferencia participaron delegaciones de 160 Estados, e intervinieron en calidad de observadores, Palestina, 17 Organizaciones intergubernamentales y 124 ONGs (cfr. el Acta Final de la Conferencia, A/CONF.18/10).

(20) Cfr. A/CONF.183/9.

(21) El Estatuto fue adoptado por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Entre los votos en contra y las abstenciones, además de los de EE.UU., China e India, se encuentran los de países como Sri Lanka, Singapur o Turquía; circunstancia que corrobora aún más la visión negativa respecto de la efectividad del Tribunal.

Ha sido ya efectuado el depósito de veintidós instrumentos de ratificación, entre ellos el de España el 24 octubre 2000, de los sesenta necesarios para la entrada en vigor.

- d) Actos unilaterales de los Estados;
- e) Nacionalidad en relación con la sucesión de Estados;
- f) Reservas a los tratados.

La valoración de los trabajos de la CDI a este respecto sigue siendo pesimista, marcada por claros síntomas de agotamiento y ralentización en los mismos (22). En esta línea, debemos retener el dato significativo de que los dos primeros temas están siendo objeto de estudio desde 1955 y 1978, respectivamente, viéndose muy lejana aún su conclusión. Así, el nombramiento de J. Crawford como Relator especial en 1997 para la *responsabilidad de los Estados*, está suponiendo una amplia reorganización de la materia, que ha supuesto la aprobación provisional de un nuevo Proyecto de artículos por el Comité de Redacción en segunda lectura, el 21 agosto 2000; el tenor de este nuevo Proyecto responde a las claras intenciones de "cirugía radical" del Relator especial. Por lo que se refiere a la *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional*, la complejidad de la materia ha obligado a la CDI a abandonar el tema de la responsabilidad para concentrarse en el de la prevención de daños transfronterizos, respecto del cual se presentó en 1998 un proyecto de diecisiete artículos que, por otra parte, no parece contar con la avenencia de los gobiernos.

Las cuatro materias restantes han sido 'inventadas' por la propia CDI y confirmadas por la VI Comisión con mayor o menor entusiasmo. Respecto de las mismas es interesante reseñar que, en la materia de *actos unilaterales y protección diplomática* la Comisión no ha adoptado aún ningún texto, habiéndose presentado tres informes y uno del Relator especial, respectivamente; mientras, sólo ha sido posible la adopción provisional, en 1999, del Proyecto de líneas directrices sobre *reservas a los tratados*, acogido en el debate de la VI Comisión con aceptación matizada de algún escepticismo. Más decepcionante es el resultado de los trabajos sobre *nacionalidad en relación con la sucesión de Estados*, pues, tras la aprobación del Proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en segunda lectura, en 1999, la Comisión recomendó a la Asamblea General que se diera por concluido la consideración de este

(22) Vid. Documentos A/52/10, A/53/10, A/54/10, y A/55/10.

tema sin entrar en el estudio de la nacionalidad de las personas jurídicas, habida cuenta de la falta de interés por parte de los gobiernos.

Los resultados de la labor codificadora invitan a efectuar algunos **comentarios** al respecto:

1º.- El número de Estados *participantes* en una conferencia de codificación y desarrollo progresivo no tiene, aparentemente relación directa con el éxito de la convención resultante. En la Conferencia que concluyó con la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas participaron 81 Estados, y cuenta con 181 Estados partes; mientras que la Conferencia que adoptó la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983 contó con 90 Estados, y la Convención, que tiene 5 ratificaciones, no parece que llegará a entrar en vigor nunca.

2º.- Tampoco parece tenerlo el número de Estados que *adoptan* el texto. 76 Estados adoptaron la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978, no tuvo votos en contra y sólo 4 abstenciones, y tan sólo 17 Estados son partes en la misma.

3º.- La *abstención* no es factor indicativo de la actitud que vaya a adoptar el Estado en cuestión. Australia se abstuvo en la votación final de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y, en cambio, la aceptó sin reservas en 1974.

4º.- Existe una relación directa entre la *materia* objeto de codificación y el éxito de la convención codificadora, en el sentido de que tratándose de materias 'clásicas' o 'conservadoras', sobre las que existe un amplio consenso, esto es, una práctica consolidada, la convención codificadora correspondiente tendrá asegurado el éxito; circunstancia que no se produce cuando en la convención se recogen mayoritariamente disposiciones de desarrollo progresivo. Esto explica el éxito de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, y el fracaso de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983.

5º.- Finalmente, la tendencia habitual de algunas convenciones es la de la adhesión de pocos Estados y que la misma tenga lugar pasados varios años. Tal es el caso de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 que tardó 11 años en entrar en vigor, y las adhesiones se han producido lentamente.

2. Los factores de crisis en la labor de la CDI y el impulso descendente en la formación de normas internacionales.

Las causas del declive de la Comisión de Derecho Internacional han sido puestas de relieve por la doctrina al señalar la influencia de los factores endógenos y exógenos a la propia Comisión. Entre los primeros, apunta Sánchez Rodríguez, se encontraría la naturaleza misma del órgano que en su devenir histórico reciente se ha convertido en un órgano heterogéneo, menos especializado técnicamente merced a su renovada composición más atenta a criterios políticos que a la cualidad técnica de sus miembros. El principal factor exógeno de declive surgiría de la actitud estatal frente al fenómeno codificador, marcado por la desconfianza hacia unas propuestas normativas ajenas a los intereses estatales. La suma de ambos factores está provocando "la paralización de ciertos trabajos de la Comisión enfangados en un ir y venir continuos de cambios de orientación y de relatores en lo que podría considerarse una desorientación respecto a la situación real de la cuestión, y en una indeseable parálisis operativa del organismo codificador que parece no creerse en exceso su papel protagonista" (23).

Tomando como referencia las anteriores observaciones cabría preguntarse, ¿cuáles son los **factores** que han incidido en el avocamiento a esta situación de crisis e impulso descendente en la formación de normas en que se halla sumergida la CDI?, o dicho de otro modo, ¿cuáles son las **debilidades** de que adolece la labor codificadora de la Comisión?

• Un primer factor detonante de esta situación lo localizamos en la elección de la MATERIA. La abundancia y la naturaleza de los temas que ocupan en los últimos años a la CDI han incidido en la crisis de la codificación (24). La abundancia, pues su número impide que la Comisión concentre debidamente sus esfuerzos. Y también la naturaleza, pues algunos de esos temas no se prestan fácilmente a la tarea codificadora, como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o el proyecto sobre responsabilidad por hechos no prohibidos.

(23) Vid. SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., *Prólogo* a la obra de RUIZ COLOME, M.A., *Guerras civiles y guerras coloniales. El problema de la responsabilidad internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 17-18.

(24) Cfr. PASTOR RIDRURJO, J.A., "Las Naciones Unidas...", *op. cit.*, p. 186.

A este respecto, resulta igualmente indispensable que los temas respondan a necesidades prácticas, y que en la elección de la materia converjan los intereses de los Estados. La reciprocidad material parece ser el principal elemento determinante de la oportunidad de una codificación, aunque no el único, pues si los Estados no están interesados en la regulación convencional de una determinada materia, entonces su codificación tendrá escaso éxito, a pesar de la existencia de reciprocidad material, como ocurrió con la Convención sobre Misiones especiales de 1969. Existe reciprocidad material cuando los intereses de los Estados que actúan recíprocamente son diametralmente opuestos. Esto exigiría que la elección de las materias fuera resultado de un diálogo entre la CDI y los Estados, que podría tener lugar por intermedio de la VI Comisión o por consultas ampliadas a otros actores de las relaciones internacionales. Parece en efecto importante, si se quiere que las disposiciones adoptadas por la CDI estén dotadas de efectividad, que reflejen en el mayor grado las opiniones de los Estados, y también las de otros actores de la vida internacional. Sin embargo, esta propuesta choca con un muro hoy por hoy infranqueable: las materias objeto de codificación son elegidas en última instancia por la Asamblea General. Lo que nos enfrenta a una decisión esencialmente política e influenciada por presiones, intereses personales, transacciones y un sin fin de factores ajenos al fenómeno de la codificación, pero inherentes al proceso decisorio de este órgano.

• La LENTITUD del proceso constituye la crítica más recurrente al trabajo de la CDI. Desde que la Comisión elige un tema para abordar su codificación hasta que se obtiene el producto final, transcurren varios años (25), a veces demasiados. En este dato influye indudablemente el

(25) UNITAR ha calculado una media entre 7 y 10 años (cfr. *The International Law Commission: The Need for a New Direction*, Nueva York, 1981, p. 15), aunque la realidad supera dicha cifra. Baste recordar aquí que los trabajos sobre responsabilidad dieron comienzo en 1955, y no fue hasta 1996 cuando se aprobó el proyecto de artículos en primera lectura (41 años después), y la labor de la CDI en esta materia aún no ha terminado.

Esta lentitud viene sin duda marcada por el hecho de servirse de un proceso lento y laborioso que discurre a través de distintas etapas. Así, para efectuar esta tarea, la CDI empieza por un examen general del tema y el nombramiento de uno de sus miembros como Relator especial, quien presenta informes periódicos sobre la materia que son examinados por la Comisión. Tras una ardua deliberación, la CDI adoptará un proyecto provisional de artículos que es presentado a la AG y transmitido a los Gobiernos. Recibidas las observaciones de éstos, la Comisión adopta un Proyecto definitivo de artículos que es remitido a la AG, quien decidirá sobre su curso ulterior; pudiendo simplemente tomar nota y poner el Proyecto en conocimiento de los Estados, recomendar que el Proyecto sea examinado en el seno de la VI Comisión de la AG, o bien en el marco de una Conferencia de plenipotenciarios.

absentismo que caracteriza a los componentes de la Comisión; el gran número de miembros que ejercen funciones de responsabilidad en sus respectivos países, es el origen de un absentismo que se ha visto agravado con el transcurso de los años. La necesidad de una rápida regulación que exigen los nuevos ámbitos del Derecho internacional conjuga mal con el ralentizado ritmo al que está acostumbrada a trabajar la CDI.

• Ultimamente se han planteado numerosas dudas acerca de la oportunidad del convenio como PRODUCTO FINAL de los trabajos codificadores de la CDI, al considerar que algunas materias no se ajustan a dicho formato. En este sentido, la propia Comisión ha considerado en ocasiones otras formas de codificación. Así recordemos que Fitzmaurice propuso, respecto del derecho de los tratados, un código expositivo; el proyecto sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se ha presentado bajo la forma de código; respecto de la materia de las reservas a los tratados multilaterales planea la idea de una propuesta de resolución; mientras, para el proyecto sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, la Comisión ha recomendado a la Asamblea General la forma de declaración. Numerosos Estados tienden a orientar a la CDI hacia la elaboración de líneas directrices, manuales para la práctica..., en definitiva, instrumentos no vinculantes. Incluso, se ha lanzado la idea de que la Comisión podría dedicarse a labores de asesoramiento jurídico, a la elaboración de una exposición no vinculante del estado actual del Derecho internacional, al estilo del *Restatement* norteamericano (26).

• La CRISIS FINANCIERA que atenaza a las Naciones Unidas, nos apunta T. Treves (27) que incide, igualmente, en la desconfianza de los Estados respecto de la CDI. Sucede que los propios Estados, sensibles a la importancia de la función de un cuerpo de expertos independientes en

(26) Entre los partidarios de esta nueva fórmula de resultado final de los trabajos de la CDI podemos citar: SETTE-CAMARA, J., "The International Law Commission: Discourse on Method", en *Etudes en l'honneur de R. Ago*, vol. I, Milán, 1987, pp. 500-501; ZEMANEK, K., "Codification of International Law: Salvation or dead?", *ibidem*, pp. 599-601; CEDE, F., "New Approaches to Law-Making in the UN-System", *Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 51; ORREGO VICUÑA, F., "Major Complexities in Contemporary International Law-Making", *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the International Law Commission*, Nueva York, 1997, p. 3.

(27) Vid. TREVES, T. "Harmonies et contradictions...", *op. cit.*, p. 87.

el centro del proceso de codificación del Derecho internacional, empiezan a cuestionarse si la inversión que las Naciones Unidas hace en la Comisión es rentable, si el producto de sus trabajos es proporcional a los recursos empleados.

• Pero el factor más insistentemente apuntado por la doctrina en los últimos años, se refiere a los profundos cambios que desde su origen han afectado a la COMPOSICION de la CDI.

La Resolución 147 (II) de la AG por la que se instituye la CDI fijó su número de componentes en 15 miembros; desde entonces la Comisión ha sido objeto de sucesivas ampliaciones que se consideraron necesarias por las presiones políticas derivadas del aumento de los Estados miembros de las Naciones Unidas. En el momento actual y desde 1981, son 34 los miembros que la componen, con un sistema de designación que responde a una clave de precisa repartición definida por la AG en la Resolución 36/39, de 18 noviembre 1981: 8 nacionales de Estados de Africa, 7 de Asia, 6 de América latina, 3 de Europa oriental, 8 de Europa occidental y otros; se añade un nacional de Asia o América latina por rotación y otro de Africa o Europa oriental igualmente por turno. En el momento de la elección, la AG deberá velar para que quede asegurada la representación de "las grandes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo" (artículo 8 Estatuto CDI). Si nos referimos a estos últimos, no son muy numerosos, reduciéndose a los sistemas del *common law* o de derecho civil -y quizá un mestizaje de ellos-, a los que cabría añadir el derecho musulmán y, en su momento, los sistemas socialistas. Las 'grandes formas de civilización' son en cambio más diversificadas, y su mención en el Estatuto de la CDI traduce un intento de realismo y de consideración de aquellos elementos cuya naturaleza favorece el aspecto de 'desarrollo progresivo' del Derecho internacional que frecuentemente comporta la codificación. Se trata de responder a las necesidades nacidas de las transformaciones de la sociedad internacional.

Los miembros de la CDI son elegidos por la AG a raíz de una lista de candidatos presentados por los Estados (28), para una duración de 5 años

(28) Una candidatura puede ser presentada por varios Estados al mismo tiempo, aunque pertenezcan a grupos diferentes. Tal ocurrió, por ejemplo, con la candidatura de A. PELLET presentada por Francia, e igualmente por Eslovaquia, Alemania, Camerún e India; o la de P. RAO presentada por India, al igual que por Islandia, Japón y Reino Unido.

con posibilidad de reelección. Pero, no se trata de representantes de los Estados, sino que son elegidos a título personal por ostentar "una competencia reconocida en materia de Derecho internacional" (artículo 2.1 Estatuto CDI), esto es, basándose en su cualidad de especialistas de Derecho internacional. Los miembros de la Comisión no siguen, pues, instrucciones de su gobierno, lo que pretende consagrar el principio de independencia que debe regir en todos ellos.

Sin embargo, las cosas no resultan tan sencillas como parece a simple vista. Se constata, en primer lugar, que la gran mayoría de los miembros de la CDI no se hallan situados en una posición propicia para su independencia respecto del Estado del que son nacionales; es fácil imaginar que el Estado ejerza una presión tal sobre el miembro de su nacionalidad que consiga que éste sucumba. Asimismo, nadie puede negar que existen situaciones o posiciones objetivas que por naturaleza no son compatibles con la independencia de espíritu y la posibilidad de desarrollar una visión personal de la cuestión.

Y. Daudet (29) estima que del total de los 34 miembros de la Comisión sólo un 20% de ellos puede considerarse que se encuentran objetivamente en una situación de independencia. Se trata, en cualquier caso, de universitarios, especialistas de Derecho internacional, en países donde las tradiciones de libertad e independencia de la enseñanza superior están plenamente adquiridas y respetadas, de manera que estos miembros tienen una 'cultura de la libertad intelectual' que les viene como un reflejo natural. El 80% que conforman los otros miembros son, o han sido, personalidades políticas (ministros, antiguos ministros, ex-jefes de Estado) o altos funcionarios del Estado (embajadores, directores de los servicios jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, consejeros del Jefe del Estado o del gobierno...). Quizá sean también universitarios -pues tal condición es una prueba de su aptitud para el puesto que desempeñan-, pero en estos casos los límites a su libertad y su independencia existen. Y ello, no porque reciban instrucciones de sus gobiernos, sino, simplemente, como consecuencia de una especie de autolimitación que procede más del hábito que de una decisión deliberada. Ante tal circunstancia, Y. Daudet

(29) DAUDET, Y., "A l'occasion d'un cinquantenaire, quelques questions sur la codification du droit international", *RGDIP*, 1998.3, pp. 603-604.

(30) plantea la siguiente pregunta, ¿no debería la AG abstenerse de elegir como miembro de la CDI un candidato que es, además, encargado del servicio jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores, o de una embajada de su país, o de otras funciones que conducen inevitablemente a defender ante la CDI las mismas posiciones que las mantenidas por su Estado en la VI Comisión? (31).

Más allá de los riesgos apuntados, es innegable que ante el examen de una cuestión los 'reflejos' del universitario o del investigador no son los mismos que los de un político o un diplomático. No se trata de que unas sean mejores que otras, simplemente son aproximaciones muy diferentes. Lo ideal es que existiera una cierta complementariedad entre el análisis científico, que es esencialmente la tarea de la CDI, y la consideración de las presiones y necesidades políticas, que es la competencia de la VI Comisión. Hace ya 28 años que la CDI evocó esta "interaction continue... entre la pensée indépendante et les réalités de la vie internationale" (32), para describir la división de trabajo entre los dos órganos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en aquella época la CDI era menos numerosa (25 miembros), y la presencia en su seno de personalidades investidas de funciones oficiales en su Estado era un fenómeno raro; en tales condiciones, la división de funciones se hallaba justificada. Hoy día, esta repartición de responsabilidades entre CDI y VI Comisión pierde gran parte de su claridad como consecuencia de la composición anteriormente descrita.

Además, el aumento en el número de miembros hace realmente difícil, en general, el debate de las ideas e implica que las tomas de la palabra sean necesariamente más cortas, lo que conduce a monólogos sucesivos en detrimento de la discusión de conjunto que constituye el análisis cien-

(30) Vid. *ibidem*, p. 604.

(31) M. KAMTO (miembro de la Comisión desde 1999), al observar igualmente que los miembros de la CDI son juristas vinculados al Ministerio de AA.EE. de su país, no duda en afirmar que nada impide que las respuestas dadas por algunos gobiernos a los cuestionarios de la Comisión sean redactadas por los miembros de la misma Comisión (vid. "Selection of topics for codification and progressive development by the Commission and its working methods", en *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the International Law Commission*, Nueva York, 1997, p. 10).

(32) Vid. *Annuaire de la CDI*, 1973-II, p. 234.

tífico (33). Es evidente que en una Comisión de 15 miembros las discusiones eran naturalmente -incluso, se podría decir espontáneamente-colectivas, implicaban la participación directa de todos los miembros en su conjunto, y el trabajo progresaba al hilo de un enriquecimiento del debate nacido del intercambio de ideas. Este método no puede ser mantenido en una Comisión de 34 miembros (34).

La CDI es perfectamente conocedora de que el éxito de sus trabajos no depende exclusivamente de su cualidad científica, sino también de su buen hacer desde el punto de vista político. La presencia en su seno de miembros pertenecientes al mundo político o diplomático es necesaria, pues una primera complementariedad interna en la CDI -universitarios o investigadores, de una parte, y diplomáticos o altos funcionarios de otra, deben aunarse en un equilibrio idóneo-, debe preceder a la segunda complementariedad nacida del diálogo entre la Comisión y los Estados, cualquiera que sea la técnica. Todo es una cuestión de armonía. No obstante, debemos hacer notar aquí que, actualmente, el equilibrio entre los miembros pertenecientes a los países occidentales y los procedentes del tercer mundo no está bien logrado. La mayor parte de los especialistas se encuentran entre los primeros, mientras la mayor parte de los políticos se localiza entre los segundos. La última renovación acaecida en 1996 (35) es particularmente significativa a este respecto. Tal renovación ha sido profunda, incluso excesiva (36), y viene marcada por el hecho de que 10 miembros de la nacionalidad de un Estado del sur son todos hombres políticos o diplomáticos. Por el contrario, entre los 8 nacionales del norte, al

(33) Esta situación ha sido muy claramente evidenciada por R. AGO (vid. "Nouvelles réflexions...", *op. cit.*, p. 550). Es algo ciertamente preocupante y conduce al declive de una característica de la CDI muy remarcada en sus orígenes. La Comisión ha intentado ponerle freno mediante la instauración, en la sesión 49ª (1997), de 'mini-debates' que siguen a las exposiciones orales de cada uno de sus miembros.

(34) El Comité de redacción se vuelve entonces particularmente necesario, pues constituye una instancia de discusión más reducida cuyo papel debe ir más allá de la simple redacción para extenderse a la negociación y a la búsqueda del compromiso.

(35) Decisión 51/309, 11 noviembre 1996, de la AG (cfr. A/51/178). El período de elección concluye a finales de 2001.

(36) Se han cambiado 18 miembros de un total de 34, lo que supone más de la mitad, lo que constituye una modificación demasiado brusca para un órgano que debe trabajar en la continuidad, a pesar de los cambios y las evoluciones. Además, desde entonces han tenido que ser cubiertas cinco vacantes: tres en 1999 (Italia, Camerún y Eslovaquia), y dos en 2000 (Sudán e Irán).

menos 6 de ellos son universitarios u ostentan un estatuto independiente. Esta situación resulta poco alentadora, pues comporta el riesgo de que el análisis jurídico refleje exclusivamente la visión occidental, mientras que las perspectivas y orientaciones políticas estarán demasiado marcadas por las preocupaciones del sur.

Del conjunto de observaciones que acabamos de exponer, resulta posible concluir que, aunque no faltan voces doctrinales que miran con optimismo el futuro de la CDI (37) -entre las que cabría incluir a la propia VI Comisión de la AG- (38), no existe un consenso estatal sobre los asuntos susceptibles de codificación, ni confianza de los Estados respecto de la elaboración de textos por un órgano al que no reconocen en la práctica autoridad alguna. No obstante, es justo reconocer con A. Pellet que la CDI no puede reformarse ella sola. Para ello se precisa la voluntad de los propios Estados que la han creado y que son, en definitiva, sus 'clientes'; sin embargo, éstos no parecen tener ningún 'proyecto' para la Comisión (39). Por el contrario, los Estados no han querido confiar a la CDI las materias más delicadas y modernas que la evolución del Derecho internacional ha sugerido en los últimos años. La importancia política de los temas, la necesidad de negociación y acuerdo entre los Estados y los aspectos técnicos de las nuevas materias, son factores a retener igualmente para comprender los nuevos procesos de creación del Derecho internacional.

3. El papel de las Organizaciones y Conferencias internacionales en la codificación del derecho internacional.

A la vista de lo expuesto, resulta factible sostener que los procesos clásicos de codificación se encuentran en un laberinto que bloquea en buena

(37) En los últimos años, Y. DAUDET se ha erigido en uno de los más fervientes defensores del futuro de la CDI. Según este autor, "la Commission du droit international ne glisserait pas vers le déclin, mais au contraire, grâce à une vigueur retrouvée à l'âge de cinquante ans que l'on dit être celui de la maturité intellectuelle, continuerait à rendre les services attendus" (vid. "A l'occasion...", *op. cit.*, p. 593). En la misma línea A. PELLET, reciente miembro de la CDI (vid. "La Commission du Droit International, pour quoi faire?", en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 583-612).

(38) En su sesión de 1997, la VI Comisión observó que la CDI "semblait avoir retrouvé un regain de vitalité et du même coup une confiance parfois émuée, voire perdue, des gouvernements" (vid. *ibidem*, p. 610).

(39) Vid. PELLET, A., "La Commission du Droit International...", *op. cit.*, p. 612.

medida los proyectos elaborados desde la CDI y que, esencialmente, derivaría de la rapidez de los cambios sociales que demandan un nuevo derecho, y de la necesidad de formalizar jurídicamente estas reivindicaciones de cambio a través de procedimientos dinámicos que respondan a la necesidad de regulación uniforme en una sociedad interdependiente y a la satisfacción de las diferentes subjetividades en presencia (40). Y es que la creciente interdependencia y la interpenetración en la que se suma un cada vez mayor número de ámbitos de regulación, crea una comunidad internacional jurídica imperfecta y frágil, donde el Derecho está marcado a la vez por una necesidad de certidumbre y de suavización de la regla jurídica. Este conjunto de circunstancias, unidas al hecho de que en el momento actual la sociedad internacional se caracterice por los rasgos de heterogeneidad y universalidad, así como a la realidad del rápido proceso de evolución del ordenamiento internacional, ha provocado que los Estados hayan optado por regular sus relaciones, fundamentalmente, a través del 'tratado multilateral', al concebirlo como un instrumento de prueba y de reforma del derecho positivo. Lo que los Estados reivindican es "the need to produce a text that not only responds objectively and intelligently to the problem addressed, but also in subjectively acceptable to at least those states whose participation is essential" (41).

Estos tratados multilaterales -que, normalmente, no son codificadores, aunque algunos de ellos sí son tratados de codificación- (42) surgen, habitualmente, para satisfacer las nuevas necesidades de reglamentación internacional. Su proceso de elaboración se enmarca en el seno de Conferencias internacionales abiertas a todos los Estados, convocadas a iniciativa de las Organizaciones internacionales -particularmente de las Naciones Unidas-, que tienen como objeto, igual que las Conferencias de

(40) Cfr. SCHACHTER, O., "The UN Legal Order: An Overview", *United Nations Legal Order*, vol. I, ASIL, 1995, pp. 5-6.

(41) Vid. SZASZ, P., "General Law-Making Processes", *United Nations Legal Order*, vol. I, ASIL, 1995, p. 76.

(42) Una diferencia fundamental que parece existir, *a priori*, entre convenciones de codificación y tratados multilaterales no codificadores que vienen a regular nuevos ámbitos jurídicos del Derecho internacional, es que, en las primeras se produce una mezcla de codificación de reglas consuetudinarias consagradas -y por tanto ya obligatorias- y desarrollo progresivo de nuevas normas; mientras que los segundos constituyen únicamente desarrollo progresivo, por lo que su obligatoriedad dependerá exclusivamente de su entrada en vigor o de su posterior desarrollo por vía consuetudinaria.

codificación, la elaboración de reglas jurídicas en el marco de una convención propuesta a la ratificación universal.

La referencia, pues, al fenómeno de las Organizaciones internacionales es inevitable, en la medida en que éstas han ofrecido el foro de debate y discusión que, permanentemente, permite a los Estados no sólo la decisión sobre las materias susceptibles de ser convencionalmente tratadas, sino también el trabajo técnico, callado y silencioso que lo hiciera posible. Efectivamente, como ha evidenciado P. de Visscher (43), la multiplicación de las Organizaciones internacionales, universales y regionales, con competencia general o especial, ha dado un impulso notable a las relaciones convencionales interestatales. Pero, no sólo porque estas organizaciones hayan asumido, en su ámbito propio, el papel de detonadores de un proceso de negociación generalizado, sino también porque proporcionan las estructuras y los métodos de tipo parlamentario y administrativo, necesarios para el proceso de elaboración, particularmente eficaces y bien adaptadas a la naturaleza de una comunidad internacional, más numerosa en sus elementos y más diversificada, tanto en sus intereses como en sus necesidades.

Sucede así que las Organizaciones internacionales, en especial las universales, facilitan la cristalización de un consenso general de los Estados a través de las deliberaciones, votaciones y explicaciones de voto que tienen lugar en el seno de sus órganos, principales o subsidiarios, o en el de Conferencias diplomáticas preparadas, convocadas y auspiciadas por ellas. Estos *forums* internacionales ofrecen a todos los Estados amplia oportunidad de tomar parte activa en el proceso de elaboración de la norma jurídica internacional, lo que facilita la cristalización de prácticas generalmente aceptadas como derecho, esto es, de costumbres internacionales, y aumenta las posibilidades de que la norma adoptada en un medio institucionalizado o colectivo llegue a ser generalmente aceptada por los Estados. Asimismo, por lo que se refiere al contexto de las Conferencias internacionales debemos indicar que las fórmulas de *negociación diplomática* se han diversificado y se han transformado. La regla de la unanimidad ha dado paso a la de la mayoría, y ésta a la del consenso que supo-

(43) Vid. VISSCHER, P. de, "Valeur et autorité des actes des organisations internationales", en DUPUY, R.J., *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, 1988, pp. 307-308.

ne la búsqueda de un compromiso mediante la concertación de los miembros sin objeción dirimente (44). Por otra parte, el sello de la diplomacia multilateral es que tiene lugar entre grupos y coaliciones; éstas ayudan a simplificar y facilitar el proceso negociador en el complejo escenario de la diplomacia multipartita, aunque también pueden entorpecer las esperanzas de alcanzar un acuerdo si los intereses son radicalmente incompatibles y las coaliciones rivales llegan a un punto muerto. En esta línea, es necesario recordar que los Estados de la minoría pueden ser objeto de presiones múltiples que desbordan el marco estricto de la regla convencional objeto de la negociación multilateral, y que, a la larga, puede llevarles a sucumbir. Ante tal situación, los actores más débiles reaccionan a las asimetrías del poder, adoptando técnicas de negociación y estrategias que tienden a cambiar el *status quo* (45), de forma que el más fuerte no necesariamente tiene que prevalecer sobre el más débil, en un reflejo de la historia de Gulliver y los Liliputienses.

Todo este fenómeno ha sido descrito por P.M. Dupuy como "l'institutionnalisation de la diplomatie normative" (46); fórmula que se aplica a los aspectos de la acción diplomática y de la cooperación internacional cuyo objeto específico es el establecimiento de normas. Está directamente vinculado con la última fase de institucionalización de la sociedad internacional, y se evidencia por dos rasgos fundamentales: por un lado, la institucionalización de los procedimientos de negociación, por otro, la afirmación del fenómeno mayoritario, con importantes consecuencias, a la vez políticas y jurídicas.

El tratado multilateral celebrado a iniciativa y bajo los auspicios de las Organizaciones internacionales representa así una etapa esencial en la evolución de la Comunidad internacional, cumpliendo una especie de

(44) Ahora bien, si el consenso tiene la ventaja de evitar las minorías discrepantes, su inconveniente radica en la posible ambigüedad e imprecisión de las obligaciones asumidas, como ocurre, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982 y el Acuerdo de Nueva York de 1995, ambos textos negociados por consenso.

(45) Por ejemplo, buscar *forums* de negociación más formales, rehusar a hacer concesiones, o recurrir a la 'conducta irresponsable' para fortalecer sus reclamaciones morales.

(46) Vid. DUPUY, P.M., *Droit international...*, op. cit., p. 331. Con esta expresión, Dupuy hace alusión a la multiplicación constante de reuniones de expertos y de representantes de Estados cuya misión es establecer en común, ya sea por la vía convencional, ya sea por resoluciones, nuevas reglas destinadas a mejorar las condiciones de su coexistencia o a encontrar soluciones mutuamente ventajosas a los problemas a los que se enfrentan unos y otros.

función 'cuasi-legislativa' en el Derecho internacional contemporáneo. Se trate de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa o de las Comunidades Europeas, de la Organización de Estados americanos o de otras organizaciones de tipo regional o funcional (47), sin olvidar aportaciones de otras entidades, particularmente del Comité Internacional de la Cruz (CICR), todas han contribuido a la diversificación del Derecho internacional, incluso en un intento de codificación, en ámbitos tan variados como el derecho del mar, el derecho del trabajo, el derecho del medio ambiente, el derecho ultraterrestre, los derechos humanos, o el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados. En estos casos, la referencia inevitable la comportan órganos compuestos no por 'expertos independientes' (como la CDI), sino por representantes de los Estados.

En esta línea, observamos cómo, si la codificación desde la CDI provocó una sectorialización natural del sistema jurídico, la ausencia de la misma ha acentuado notablemente el fenómeno, si bien marcado con un acentuado rasgo de *especialización*, al quedar confiada la codificación y elaboración de materias técnicas a organismos especializados y órganos *ad hoc*. Lo que conlleva el indudable riesgo de que al abordar esta tarea se pierdan de vista las directrices generales y el armazón fundamental de los grandes principios de Derecho internacional, que deben asegurar la solidez y, sobre todo, la unidad del edificio en su totalidad amenazada por el parcelamiento que surge como consecuencia de las diversificaciones resultantes de las especializaciones técnicas.

(47) Del amplio espectro institucional reseñable en este contexto, la labor más destacada y de mayor envergadura ha procedido de las Naciones Unidas, quien a través, tanto de sus órganos principales, como de sus órganos subsidiarios, de sus organismos especializados, o, incluso, creando comités *ad hoc*, ha proporcionado el marco idóneo para que los Estados desarrollen, tanto la regulación jurídica necesaria para atender a los nuevos ámbitos del Derecho internacional, como para completar la labor codificadora de la CDI. No en vano, A. Pellet califica a las Naciones Unidas como la formidable "machine à fabriquer le droit international" ("La formation du droit...", *op. cit.*, p. 404).

EL TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL Y EL DENOMINADO "CODIGO COMPARTIDO"

Enrique MAPELLI
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCION
- 2.- EL "CODIGO COMPARTIDO". CONCEPTO
- 3.- ANALISIS DEL "CODIGO COMPARTIDO"
- 4.- LAS BASES LEGALES DEL "CODIGO COMPARTIDO"
- 5.- INCIDENCIAS DEL "CODIGO COMPARTIDO"
- 6.- LA RESPONSABILIDAD
- 7.- CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCION

Si bien es cierto que, desde su iniciación, la navegación aérea y el transporte aéreo vienen experimentando una incesante evolución que -puede afirmarse sin reparo- continuará en el futuro, no lo es menos que, una vez que se consolidó dicho transporte como un medio normalmente utilizado para el traslado de personas, las empresas explotadoras del mismo evolucionan también constantemente en la utilización de sus procedimientos comerciales. Estas empresas pretenden, sin concederse sosiego, no solo captar clientes para sus servicios sino racionalizar la utilización de los mismos coordinándolos mediante acuerdos con los prestados por otras compañías aéreas.

Como ha dicho Pena (1) es evidente que las alianzas estratégicas no constituyen un fenómeno exclusivo de la industria aérea, aunque ciertamente las de este medio revisten mayor visibilidad y renombre, cobrando una importancia cada vez mayor a medida que van liberalizándose las leyes que controlan la aviación civil internacional. En una acelerada marcha -añade- hacia la construcción de marcos globales cuyo valor agrupado ha de ser muy superior al valor individual que cada empresa componente aporta.

El fundamental texto regulador del transporte aéreo internacional, llamado "la Carta Magna", es el "Convenio sobre Aviación Civil Internacional" firmado en Chicago el 17 de Diciembre de 1944 (2). Este Convenio, pese a las muchas contestaciones que, en la actualidad, ofrece, no solo continúa en vigor sino que no parece que en un futuro ni próximo ni mediano previsible vaya a ser sustituido. El Convenio de Chicago, en su artículo 1, proclama que "los Estados contratantes, reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio" (3). Como complemento de esta radical definición, descen-

(1) PENA, C. "Alianzas estratégicas: algunos aspectos jurídicos". Trabajo presentado en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico, celebradas en Arequipa. Perú, en mayo 2000, p. 1.

(2) España lo ratificó mediante Instrumento a fecha 18 de marzo de 1969, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 331, de 29 de diciembre de 1969.

(3) Congruente con ello el artículo 1 de la Ley española sobre Navegación Aérea de 21 de Julio de 1960 establece que "el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español".

diendo ya al terreno del mero transporte aéreo se establece el Apéndice sobre "Transporte aéreo internacional", en el que se regulan las que han venido denominándose "libertades del aire" (4). Estas "libertades del aire" han producido una muy nutrida bibliografía y vienen a ser operadas recíprocamente entre los Estados en virtud de los correspondientes convenios bilaterales (5). Los convenios bilaterales constituyen normalmente una prescripción en la que los Estados signatarios quedan facultados para designar las empresas que han de operar las líneas aéreas que se conceden entre sí como consecuencia del pacto establecido (6).

La colaboración empresarial entre las compañías aéreas en el transcurso de los años ha dado origen a muy variadas fórmulas. Debe tenerse en cuenta que, desde que se constituye la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA) (7) las Compañías aéreas asociadas al Organismo

(4) Las "libertades del aire" quedan definidas de la siguiente manera: "1.- El privilegio de volar sobre su territorio sin aterrizar. 2.- El privilegio de aterrizar para fines no comerciales. 3.- El privilegio de desembarcar pasajeros, correo o carga tomados en el territorio del Estado cuya nacionalidad posee la aeronave. 4.- El privilegio de tomar pasajeros, correo y carga destinados al territorio del Estado cuya nacionalidad posee la aeronave. 5.- El privilegio de tomar pasajeros, correo y carga destinados al territorio de cualquier otro Estado participante, y el privilegio de desembarcar pasajeros, correo y carga procedente de cualquiera de dichos territorios".

Este catálogo de "libertades del aire" ha sido aumentado con otras combinaciones surgidas en la práctica, alguna de ellas más ingeniosas que reales.

(5) El Presidente del Consejo de la Organización Civil Internacional (OACI) ha declarado que "El Convenio (de Chicago) ha resistido al paso del tiempo mediante su combinación de coherencia mundial y responsabilidad nacional. Quizás contrariamente a un mito nacional, el Convenio de Chicago no es una carga. No ha obstaculizado la privatización de los transportistas aéreos o de los proveedores de infraestructura, ni ha limitado la regulación del transporte aéreo internacional al bilateralismo". KOTAITE, A. "La liberalización del transporte aéreo". Boletín de la OACI. Julio-Agosto 2000, p. 7.

(6) En la obra "Convenios bilaterales sobre aviación civil" se recogen los firmados por España hasta 1981 fecha de su tercera edición. El primero recogido es el suscrito con la República Argentina en 1 de marzo de 1947, seguido del de Portugal en 31 de marzo del mismo año.

Como ejemplo de designación de compañía, copio de un Convenio el precepto correspondiente: "Cada parte contratante designará una o varias empresas de transportes aéreos para explotar los servicios contenidos". En algunos Convenios se especifican las condiciones en que la empresa designada ha de explotar los respectivos servicios.

(7) La IATA tiene sus precedentes en una reunión celebrada en La Habana en 1919 si bien su denominación y estructura fueron establecidos en 1945 en la propia capital. Según sus Estatutos sus fines y objetos son los de fomentar, para beneficio de todos los pueblos del mundo, el transporte aéreo en forma segura, regular y económica. Estimular el comercio aéreo y estudiar el problema relacionado con dicha actividad; crear los medios de colaboración entre las empresas de transporte aéreo dedicadas directa o indirectamente al servicio internacional del mismo, y cooperar con la OACI y demás organismos internacionales.

han venido elaborando entendimientos tanto técnicos como comerciales. Hasta que se produce el advenimiento de la liberalización (8) la IATA ha ejercido un férreo control sobre el establecimiento de uniformes tarifas sobre su aplicación y sobre otras múltiples modalidades en la ejecución del contrato de transporte que supusieron, durante un largo lapso de tiempo, una radical contracción de la libre competencia.

La cooperación empresarial entre operadores de líneas aéreas, según ya queda aludida, comienza en los aspectos técnicos. Se establece, desde el primer momento, una tácita ayuda en cuanto a suministros de elementos y mano de obra para reparaciones; sigue, más adelante, el auxilio en cuanto a la asistencia en tierra que desemboca en los llamados "contratos de handling" cuya asistencia terminó siendo pretada por empresas dedicadas exclusivamente a dicho cometido (9). En el aspecto comercial, aunque puede extenderse a otros más amplios, destacan los "contratos de pool" (10). Mediante los mismos las compañías aéreas designadas por los respectivos gobiernos para explotar las líneas aéreas que se consignan en los correspondientes convenios bilaterales, llegan a un acuerdo que puede ser más o menos amplio, para operar la ruta en común. El "contrato de pool" restringe notablemente la libre competencia ya que, aunque aparentemente son dos las compañías aéreas que se presentan como operadoras de una determinada ruta, en realidad estas compañías mediante su interno convenio no solo aplican idénticas tarifas y condiciones del transporte, por imposición de la IATA a la que pertenecen, sino que regulan sus

(8) CHAVARELLI, E. Advierte que las líneas aéreas tienen dos opciones: reducir los costes o incrementar el número de pasajeros. Algunos se inclinan por una liberalización completa, otros temen una competencia totalmente desbocada. Los dos llegan a conclusiones muy diferentes. ("Los acuerdos de código compartido: el modelo de Alitalia-Continental", en "Los acuerdos de código compartido" Buenos Aires 1999, p. 1.

(9) Considera Videla Escalada que los contratos de "handling" o asistencia en escalas participan de aspectos técnicos y comerciales ya que permiten a una empresa confiar a otros la atención de sus operaciones en tierra en escalas previamente convenidas. Estos contratos -añade- caben, en realidad, en el campo de la racionalización de la actividad empresarial. VIDELA ESCALADA, F. "Derecho Aeronáutico", tomo III, Buenos Aires 1973, pp. 742 y 743.

(10) En mi obra "Cooperación e integración en el transporte aéreo y algunas de sus fórmulas contractuales prácticas" Universidad de Carabobo, Venezuela, 1974 elaboró un proyecto de contrato de "pool" entre compañías significando que no representaba una fusión de operación, ni tampoco la creación de una sociedad, sino un convenio comercial de explotación que puede ofrecer múltiples variantes.

horarios, los itinerarios que han de ser prestados al viajero, el tipo de aeronave que va a ser utilizada y otras circunstancias más que tienden a la uniformidad del servicio. Consecuencia de ello es el interno pacto en cuanto a los ingresos y, en su caso, beneficios que pueden ser obtenidos en la explotación.

Siguiendo el progreso en cuanto a lo que supone colaboración entre compañías aéreas se llega al denominado "código compartido" que si bien -dígase como anticipo- no restringe directamente el juego de la libre competencia, si que puede suponer un quebranto de los derechos de los consumidores y usuarios (11).

2.- EL "CODIGO COMPARTIDO". CONCEPTO

Antes de entrar en el análisis del "código compartido" parece oportuno llevar a cabo el establecimiento de su concepto que estará, en muchos casos, mediatizado por la evolución del mismo así como por su aplicación práctica.

El citado Pena (12), experto norteamericano en Derecho Aeronáutico, ha elaborado la siguiente definición del "código compartido". Su carácter prolijo la constituye en una completa descripción válida, más adelante, para establecer un análisis de la institución. "El código compartido" -dice- es un acuerdo mediante el cual dos transportadores aéreos distintos venden billetes para el transporte de pasajeros en un vuelo que es operado únicamente por uno de los dos transportadores. Cada transportador vende transporte en ese vuelo bajo su propio código designado y cada pasajero viaja por el contrato de transporte o por las reglas tarifarias del transportador cuyo código designador consta en su respectivo billete. El vuelo se anuncia y se presenta al público en los sistemas computarizados de reservas, en la guía oficial de Aerolíneas (O.A.G.) y en otros medios

(11) Cabe recordar que según el preámbulo de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación "la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica".

(12) *Op cit.* folio 25

de publicidad como si fuese de ambos transportadores, pero llevando números de vuelos diferentes".

Esta descripción contiene todos los elementos que integran el "código compartido", pero no supone un concepto concreto y preciso de lo que sea el mismo.

También puede pecar de descriptiva la definición de Ugarte (13) quien se refiere a intercambios muy concretos. Dice que es el "contrato que celebran dos líneas aéreas designadas que operan tráfico internacional de itinerario fijo con el propósito de transportar pasajeros de un origen nacional de su cuadro de rutas autorizada a otra de destino en el extranjero del cuadro de rutas de la otra parte contratante a través de un destino común de transferencia o viceversa, designado con un código común de identificación de dichos vuelos para todos sus efectos, que autorizarán las autoridades aeronáuticas de los países en los que se opere".

Para Folchi (14) nos encontramos con una nueva figura contractual de naturaleza jurídica compleja, autónoma e internacional, surgida de las características propias de la actividad aeronáutica, siendo, sin duda, una nueva fórmula de cooperación interempresaria en el transporte aéreo que no es posible asimilar a otras características contractuales como la locación de obra ya que si bien las partes se comprometen a realizar la comercialización conjunta del vuelo, se entremezclan obligaciones de medio y de resultado entre ellos sobre la base de la utilización de un elemento específico de la industria del transporte aéreo internacional: Los códigos internacionales de identificación de las compañías aéreas.

El legislador peruano en su reciente Ley de Aeronáutica Civil de 8 de abril de 2000 (15) afronta la definición del "Código compartido" en su artículo 104,2 diciendo que es un acuerdo "mediante el cual dos o mas transportistas aéreos comercializan uno o más vuelos que son operados por uno solo de ellos en las rutas autorizadas, utilizando conjuntamente

(13) UGARTE ROMERO, L. "Código compartido". Trabajo presentado en las XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial celebradas en Mérida (Venezuela), Mayo 1995.

(14) FOLCHI, M. "Cuestiones jurídicas del Código compartido", en "Los acuerdos de Código compartido". Buenos Aires 1999, p. 19.

(15) Ley 27261 publicado oficialmente en "El Peruano" del día 10 mayo 2000, p. 18431 y sgts.

sus códigos internacionales de designación e individualización". Añade que los acuerdos de cooperación comercial, cualquiera que sea su modalidad y de código compartido deben constar por escrito y ser previamente aprobada por la autoridad aeronáutica antes de su ejecución.

Vásquez Rocha, E. (16) estima que mediante el Código compartido los transportistas internacionales están buscando acceso a puntos colocados más allá de sus respectivos puntos de entrada en determinados países para integrar dos o más redes de rutas existentes, a través de alianzas internacionales, buscando de esta manera expandir las respectivas redes de rutas para ofrecer servicios en puntos respecto de los cuales no sería económico prestar servicios directos o bien porque no existen en dichos puntos los respectivos derechos de tráfico.

Donato (17) define el Código compartido como un acuerdo entre transportistas aéreos por el cual una parte opera un servicio en particular mientras permite a la otra ofrecer al mismo tiempo el mismo servicio bajo el Código del operador.

Para Corbrán (18) los acuerdos de Código compartido son en el mundo contemporáneo del transporte aéreo un instrumento muy importante para ampliar los mercados de las empresas aéreas y para mejorar su utilización y su eficacia, es decir son un instrumento de mercado.

La propia Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)(19) ha establecido que la comparación (*sic*) de código es la práctica por la cual un transportista permite a otro utilizar su designador de línea aérea para un vuelo en el que dos transportistas comparten el mismo Código de línea para un vuelo.

(16) VÁSQUEZ ROCHA, E. "Alcance y efecto de los acuerdos del "Código compartido", Boletín Informativo de AITAL, Bogotá, febrero 1996.

(17) DONATO, M. "Desafíos. Enfrentando el futuro". Trabajo presentado en la Conferencia sobre Derecho Espacial y Aeronáutico, Universidad de Mc Guill, Montreal, Canadá, Octubre 1996.

(18) CORBRÁN, R. "La regulación del Código compartido". Trabajo presentado en las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial. Arequipa. Perú. Mayo 2000, p. 3.

(19) "Repercusión de la compartición de Código entre líneas aéreas". Circular 260-AT/110 aprobada por el Secretario General.

A la vista de cuanto queda expuesto estimo que el Código compartido es el acuerdo comercial mediante el que dos o más empresas convienen en operar sus respectivos servicios en relación con una o más líneas aéreas asignando a las mismas la identificación asignada a cualquiera de ellas y con independencia de la que sea la realizadora efectiva del vuelo.

3.- ANALISIS DEL "CODIGO COMPARTIDO"

Entre las diversas acepciones que la Real Academia Española atribuye a la palabra código figuran las de "sistema de signos o señales y reglas para dar otra forma a un mensaje" (20). Por su parte Seco (21) lo define como "sistema de signos y de reglas para el uso de estos, que sirve para formular y comprender un mensaje" lo que viene tan solo a perfilar la definición oficial.

En el argot aeronáutico (lenguaje especial de personas de un mismo oficio o actividad, según la propia Academia), código es el conjunto o combinación de guarismos o letras que identifican internacionalmente una ciudad, un aeropuerto, una línea o empresa aérea, una aeronave o un servicio o transporte aéreo determinado. Esta combinación de números o letras se utiliza estampándola en los documentos e informaciones que se facilitan a los usuarios presumiendo en los mismos conocimientos que, salvo en los que son habituales en las actividades aeronáuticas, no tienen.

En virtud de acuerdos, las organizaciones internacionales reguladoras de la aviación civil y del transporte aéreo -OACI en el ámbito público y IATA en el privado- tienen establecidos unos códigos o combinaciones de letras y números en virtud de los que es posible conocer las respectivas identificaciones. La utilidad del sistema es notoria y no requiere explicación alguna. Sería enojoso, máximo cuando constantemente se tiende a la simplificación sin que para cada operación fuese necesario conseguir el nombre completo de la compañía aérea operadora de los aeropuertos de origen y destino y del tipo de aeronave que va a ser utilizada (22).

(20) Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid 1992, p. 352, 1ª columna.

(21) SECO, C. "Diccionario del Español Actual". Madrid 1999, p. 1093, 1ª columna.

(22) Así, por ejemplo, AA es Americana Airlines, AB6 el avión Airbus Industrie, AGP, Málaga, etc.

Las compañías aéreas habitualmente consignan en los folletos en que se especifican sus horarios y, a veces, las tarifas, una explicación de los signos y códigos que en ellos se utilizan. Aunque estos documentos se encuentran a disposición de los usuarios es cierto que no se entregan directamente a los mismos cuando se extienden los billetes de pasaje en los que no constan las mencionadas explicaciones.

Es preciso, con carácter inicial, traer a consideración los dos siguientes textos legales.

A) Artículo 19 de la Ley de 19 de Julio de 1984 General para la Defensa de los Consumidores y de los Usuarios, que dice: "Las cláusulas, condiciones y estipulaciones que, con carácter general, se aplican a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las entidades deben cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debería hacerse referencia expresa en el documento contractual".

B) Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación. Su artículo 7, dice: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes Condiciones Generales: b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplina en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Al margen del llamado "código compartido" objeto del presente estudio, la utilización de los códigos, cifras y signos es un uso comercial consagrado desde casi la iniciación del transporte aéreo y establecido, aunque sin rango legal, por los organismos internacionales competentes en la materia. Ello y la disponibilidad que, en todo momento, tanto mediante folletos explicativos, como verbalmente de que disponen los usuarios del transporte aéreo, autoriza opinar que lo establecido en los dos preceptos que han quedado citados no supone un obstáculo insalvable.

Tomando como punto de partida el concepto que precedentemente ha sido establecido respecto del "código compartido" puede llevarse a cabo el siguiente análisis del mismo:

a) Es un acuerdo comercial entre dos o más empresas explotadoras del transporte aéreo. Este acuerdo comercial tiene por objeto la racionalización de las operaciones que las empresas intervinientes explotan obteniendo, gracias a la misma, rendimientos de mayor rentabilidad (23).

b) El acuerdo comercial no supone en sus condiciones interferencia alguna en la gestión empresarial de los operadores respectivos que continuarán organizando su explotación con absoluta independencia.

c) Aunque se trata de un acuerdo comercial hay que estimar absolutamente necesaria la intervención de la autoridad aeronáutica correspondiente. El "código compartido" afecta a los intereses públicos que trascienden de los meramente privados de las empresas aéreas en los tres importantes aspectos siguientes:

a') El usuario debe conocer ciertamente cual sea la empresa en la que va a llevar a cabo su desplazamiento no remitiendo su conocimiento para el momento en que el mismo va a ser llevado a cabo (24).

b') Las compañías intercambiadoras de código deben reunir las condiciones de seguridad adecuadas. Por ello la autoridad aeronáutica previamente a la autorización que se le solicita ha de conocer la identidad de la empresa que ha de utilizar el "código" de la solicitante disponiendo por supuesto de cuantos elementos de juicio considere necesarios (25).

(23) GROOT, J.E. Advierte que cuando se utiliza por primera vez el "código compartido" fue universalmente considerado como un legítimo instrumento de mercado y como una herramienta para incrementar los ingresos. Vid: "Los Códigos compartidos: política de los Estados Unidos y sus enseñanzas para Europa". En "Boletín informativo de AITAL", n° 21. Noviembre-Diciembre 1999, p. 23 y ss.

(24) En la carta de "Derecho del pasajero" aprobada por la Unión Europea se establece que los mismos deberán recibir información al reservar sus billetes entre otros aspectos sobre "la identidad de la compañía aérea que prestaría realmente el servicio, si es distinta de la compañía mencionada en el billete".

(25) El Departamento de Transporte de los Estados Unidos dispuso en fecha 29 de febrero de 2000 que cuando una compañía extranjera tenga "código compartido" con una de los Estados Unidos, aquella está obligada a permitir que ésta última le practique una inspección de seguridad operacional. Aún cuando no señala concretamente cómo debe practicarse la inspección se publicó un "Codeshare Safety Program Guidelines" de la misma fecha estableciendo el procedimiento de las inspecciones y la frecuencia de las mismas como condición para la necesaria autorización.

c') En los sistemas en que todavía no rige la liberalización del transporte aéreo estando éste sometido a las concesiones que se establecen en los convenios bilaterales nacidos al amparo del Convenio de Chicago de 1944, se hace necesario velar para que la práctica del "código compartido" no suponga una interferencia o violación en relación con terceros Estados de los mencionados pactos bilaterales.

Las legislaciones que hasta el momento presente han sido promulgadas en relación con el "código compartido" recogen la necesidad de que la práctica del mismo sea debidamente autorizada. Los Estados Unidos la establecieron ya en el año 1988 no sin que las empresas que lo pretendían establecer discutiesen su necesidad alegando que ya poseían -ambas- "autorización subyacente" para las rutas en las cuales efectuarían sus servicios de "código compartido" no requiriendo ello adicionales autorizaciones.

En la moderna Ley Aeronáutica Civil del Perú de 8 de abril de 2000 claramente se impone -artículo 205- que los acuerdos de cooperación comercial, cualquiera que sea su modalidad y el "código compartido" deben constar por escrito y ser previamente aprobado por la Dirección General de Aeronáutica Civil, antes de su ejecución.

No faltan opiniones en el sentido de que el marco legal establecido en el Convenio de Chicago de 1944 resulta, en la actualidad, totalmente inoperante para dar cabida a la realidad del transporte aéreo. Es cierto que la evolución experimentada desde aquel año es notable. Cabe citar, como ejemplo, los Reglamentos de la Unión Europea en los que se implanta, entre los países comunitarios, el derecho de cabotaje y la libertad tarifaria. Sin embargo y sin perjuicio de que sea, como se intenta, razonable una profunda revisión de los principios establecidos en 1944, el Convenio en este año firmado sigue siendo válido para dar cobijo a la realidad presente. A tal efecto, es oportuno transcribir la opinión del Presidente del Consejo de la OACI: "Este ejemplar marco normativo todavía facilita soluciones viables para los problemas más intrincados que han enfrentado a OACI y la comunidad aeronáutica mundial a través de los años. Su flexibilidad inherente permite que los Estados contratantes enfrenten eficazmente los principales fenómenos tecnológicos, sociales, políticos y económicos que configura nuestro entorno mundial, especialmente la pri-

vativación de los servicios estatales y la liberalización de los controles económicos (26).

4.- LAS BASES LEGALES DEL "CODIGO COMPARTIDO"

La práctica del "código compartido", según los perfiles que han quedado establecidos, requiere fundamentalmente que las empresas operadoras en el mismo se encuentren debidamente facultadas para operar cualquiera de ellas las líneas que se amparan en el código intercambiado. Esta autorización ha de emanar, en primer lugar, de los Convenios internacionales correspondientes. En el supuesto de compañías aéreas pertenecientes a Estados de la Unión Europea el Reglamento (CEE) n° 2.408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992 establece el acceso a las rutas dentro de la Comunidad para los servicios aéreos regulares y no regulares. Respecto de otros Estados no pertenecientes a la Unión Europea, la operación aérea se derivará de los convenios bilaterales establecidos entre los países a los que pertenezcan las empresas que comparten sus códigos (27).

Independientemente de estos aspectos de carácter público es indispensable tomar en consideración lo atinente a la relación contractual trabada entre el usuario del transporte aéreo y el transportista. Difícil es, ciertamente y de ello nos ocuparemos más adelante, encontrar un fundamento contractual lo suficientemente sólido como para que el transportista elegido por el usuario en virtud del código que ostenta, pueda hacerse sustituir por otro completamente diferente.

Independientemente de los preceptos legales, tanto internacionales como nacionales, que sean aplicables, el contrato de transporte aéreo se rige por unas condiciones que son redactadas por la Asociación

(26) Mensaje de fin de año (diciembre 2000) del presidente del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional Dr. Assad Kotaite.

(27) Sobre ello opina de Groot (*op. cit.* p. 44) que los países exigen a los transportadores que comparten el código que ostenten los derechos de tráfico fundamentales sobre todo los sectores de la ruta o rutas a los que se aplicaría el "código compartido", aún sin tener en cuenta si ambos transportadores están en ese momento transportando local en todos los sectores. Sin embargo, debe decirse que sería difícilmente compatible con el principio general de la ley que establece que a nadie puede exigírsele que tenga un permiso (derecho de tráfico local) para algo que no existe (tráfico local).

Internacional de Transporte Aéreo (IATA) un resumen de las cuales figura en los billetes de vuelo. En los supuestos, cada vez más extendidos, de billetes electrónicos, el llamado "ciberticket", el pasajero deberá ser informado de estas condiciones (28).

En los billetes actualmente utilizados por las compañías aéreas se establece -artículo 9- que "en caso de necesidad y sin previo aviso, el transportista puede hacerse sustituir por otros transportistas, utilizar otros aviones y modificar o suprimir escalas previas en el billete". Esta condición contractual tiene difícil aplicación al "código compartido" ya que se refiere a casos de necesidad y el "código compartido" no es fruto de la misma sino de laboriosas y previas negociaciones comerciales entre las compañías aéreas que lo tienen establecido.

Y ello, sin perjuicio de la suspicacia que siempre suscitan los contratos de adhesión en los que una de las partes los redacta y aplica y la otra ha de aceptarlo o verse privada, en caso contrario, de la prestación del servicio que le resulta necesario.

La propia IATA, atendiendo a la primera de las anotadas dificultades, en una nueva redacción de las "Condiciones Generales de Transporte de pasaje y equipaje", próxima a ser publicada consigna expresamente el derecho que tienen las compañías de cambios de aeronaves o de transportista.

Es preciso tener en cuenta que el "código compartido" es una práctica internacionalmente extendida y de forma cada vez más acusada. En muchos Estados la práctica se lleva a cabo por las compañías aéreas sin cobertura legal alguna cual es el caso de España. En otros, como en los Estados Unidos, se encuentra minuciosamente regulado e incluso la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) tiene elaborados unos principios sobre ello. Nos encontramos, pues, ante un uso de comercio, recogido en el artículo 2 del Código de Comercio. Nos dice Videla Escalada (29) que en los últimos años ha sido de gran importancia la formación de verdaderos hábitos jurídicos, que han adquirido categoría de

(28) La Unión Europea en la llamada "Carta de los Derechos del Pasajero" menciona este: "El transporte aéreo estará sujeto a un contrato que estipula ciertos derechos para los pasajeros. Solicite una copia del mismo a la compañía aérea o a su agencia de viajes".

(29) Videla ESCALADA, F. "Manual de Derecho Aeronáutico" Buenos Aires 1996, p. 47.

costumbre y llegado a tener preeminencia en la formación del Derecho Aeronáutico y la consagración de principios y normas jurídicas, que alcanzan vigencia en la legislación positiva o resultan, por si mismos fuente de derecho. Por su parte, Parada Vázquez (30) añade que hay que atribuir a la costumbre un lugar destacado como fuente del Derecho, aunque no se le puedan exigir los grados de antigüedad, ni el carácter inveterado que en otras actividades dado el dinamismo y la modernidad de la actividad aérea.

5.- INCIDENCIAS DEL "CODIGO COMPARTIDO"

La práctica del "código compartido" tiene indudables incidencias que afectan directamente a los transportistas implicados, al público usuario, a la autoridad aeronáutica, a los intereses públicos, a las operaciones aeronáuticas y a los propios aeropuertos (31).

Puede considerarse, en primer lugar si la alianza establecida en este sentido por las compañías aéreas afecta o no a la libre competencia. Ya se ha aludido anteriormente a los llamados "contratos de pool" que, en efecto, pueden incidir negativamente sobre ello. No parece, en principio, que pueda opinarse lo mismo en relación con el "código compartido" ya que precisamente la utilización de las mismas puede abrir nuevas y más amplias posibilidades en la utilización de los transportes aéreos. El interés público debe quedar rigurosamente garantizado en todo lo que se refiere a la seguridad aeronáutica. Es bien sabido que, gracias a las prescripciones reguladas por la OACI (32), todos los Estados se encuentran comprometidos en la aplicación de unos estándares garantizadores de la seguridad. Sin embargo, no es incompatible ello con que los Estados, antes de autorizar que una compañía aérea exterior utilice el código atri-

(30) Parada VÁZQUEZ, J.D. "Derecho Aeronáutico". Madrid 2000, p. 43.

(31) La Organización de la Aviación Civil Internacional ha llevado a cabo un detenido estudio sobre todo ello en su Circular 269-AT/110 aprobada por su Secretaría General y publicada bajo su responsabilidad (sic).

(32) El artículo 37 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 7 diciembre 1944 establece el compromiso de colaborar a fin de lograr el más alto grado de uniformidad posible en las reglamentaciones, normas, procedimientos y organización relativas a las aeronaves, personal, aerovías y servicios auxiliares en todas las cuestiones en que tal uniformidad facilita y mejore la navegación aérea.

buido al servicio de una empresa nacional, verifique que, en efecto, la primera de ellas reúna las mismas condiciones que la titular del código. En este sentido parece adecuado, como según se viene haciendo en los Estados que ya tienen promulgada legislación sobre la materia, que la utilización del "código compartido" pase por la previa autorización de la autoridad aeronáutica.

Favorablemente el pasajero puede encontrar para sus necesidades de desplazamiento aéreo una mayor red de posibilidades. El intercambio de código entre las compañías aéreas supone o puede suponer una mayor oferta. En cambio, opera de manera negativa la confusión que puede producirse en el usuario que deseando, por las razones particulares que fueren, utilizar los servicios concretos de una compañía aérea, que es la que ha elegido al concertar su contrato de transporte, en el momento de embarque se encuentre sorprendidos al observar que el vuelo va a ser realizado por otra diferente (33). Aunque ello puede ser paliado mediante los avisos previos, no cabe duda de que la confusión seguirá teniendo lugar en la práctica. El aviso al pasajero puede no darse, éste puede no entenderlo encontrándose estas eventualidades acrecentadas con la utilización de los procedimientos electrónicos establecidos para la contratación de los servicios aéreos.

Sería de extrema dificultad pretender llevar a cabo un balance en cuanto a las ventajas e inconvenientes que ofrece el "código compartido". Las aportaciones a este balance serán diferentes según los puntos de vista de los transportistas y de los usuarios. Ello ha sido debidamente estudiado por la OACI (34) y, en definitiva, ha desembocado en la regulación del fenómeno comercial en diversos Estados.

(33) En la regulación establecida en los Estados Unidos se dice: "En cualquier comunicación oral directa en U.S. con un presunto cliente y en cualquier llamada telefónica que se realice en U.S. que afecta a un vuelo que forma parte de un acuerdo de código compartido o arrendamiento "wet" a largo plazo, el agente de billetes que opera en U.S. o un transportista deben comunicar al usuario, antes de realizar la reserva del transporte, que el operador transportista no es el transportista cuyo código aparece en el billete, debiendo identificar al operador transportista por su nombre y cualquiera otro nombre bajo el cual este servicio ha sido ofrecido al público" (Part. 257.- Code-sharing Arrangements and Long-term wet leases).

(34) Circular 269-ATI 110, ya citada.

En relación con todo ello, puede concluirse el que la Autoridad aeronáutica y cualquiera otra competente deben velar no solo por la aludida seguridad aérea sino porque los derechos de los usuarios no sean vulnerados, extremo éste sobre el que me muestro escéptico aunque de la contemplación de la práctica del "código compartido", ya muy extendida, no se deducen graves problemas en este sentido.

6.- LA RESPONSABILIDAD

La circunstancia de que un transporte haya sido convenido con una compañía aérea que expresa en el documento correspondiente -billete de pasaje- su código identificador y que luego el vuelo sea ejecutado por otra diferente, ofrece muy necesarias consideraciones en cuanto a la responsabilidad en que, frente al pasajero, puedan incurrir, según los casos, una y otra empresa.

Ha venido distinguiéndose entre transporte combinado y transporte sucesivo, así como transportes complementarios.

Sin entrar en el análisis de unos y otros, conviene establecer el principio que el transporte de "código compartido" constituye una unidad, la que se identifica con el código correspondiente. Puede ocurrir que con dicho código, que es único, se abarque más de un trayecto y que, incluso, el vuelo se lleve a cabo fraccionadamente correspondiendo cada una de dichas fracciones a diferentes empresas aéreas, ambas o todas, las concertantes del código compartido. Estimo que este transporte, si responde a un sólo código, es único, al que puede asignársele la denominación de sucesivo y no combinado. El contrato es uno solo y la operación una sola aunque se encuentre integrado por más de un trayecto.

El problema se agudiza si se tiene en cuenta que la legislación aeronáutica internacional dista mucho, no obstante los esfuerzos realizados sin interrupción, de gozar de la unidad necesaria. Para resaltar la importancia del problema puede citarse un trágico ejemplo: El día 20 de abril de 1998 un Boeing 727-100 operado por TAME (Transporte Aéreo Militares Ecuatorianos) compañía de la Fuerza Aérea de la República del Ecuador sufrió un accidente cuatro minutos después de despegar del aeropuerto de Bogotá con destino a Quito. Como consecuencia del accidente

fallecieron 53 personas, de las cuales diez eran tripulantes. La aeronave realizaba el servicio de "Air France" como continuación del que en el avión de esta compañía había sido iniciada en París. El vuelo era, pues, París-Bogotá-Quito operado por avión de "Air France" desde París a Bogotá y de Bogotá a Quito por la Fuerza Aérea Ecuatoriana, tramo éste en el que la tragedia tuvo lugar.

Aceptando que se tratase de un vuelo operado en virtud del código de "Air France" hay que suponer que, perteneciendo esta compañía a un país de la Unión Europea la legislación aplicable sería del Reglamento (CE) de octubre de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Su artículo 4 establece que en caso de muerte, herida u otra lesión corporal sufrida por un pasajero en caso de accidente ninguna disposición del mismo implicará que una compañía comunicaría sea la única parte responsable del pago de daños y perjuicios ni que limitará los derechos de una compañía aérea comunitaria a solicitar una contribución o indemnización a cualquier otra parte de conformidad con la normativa aplicable. Esta última frase -de conformidad con la normativa aplicable- plantea una seria cuestión. La compañía comunitaria pagará con arreglo a las normas del Reglamento que le obliga, pero, en su acción de repetir a su socio el transportador de hecho ¿puede éste limitar su responsabilidad con arreglo a la normativa que le es aplicable?

El Reglamento europeo establece la responsabilidad sin límite (35) mientras que la legislación aplicable en los Estados no pertenecientes a la Unión puede aún concurrir esta limitación.

En los contratos que habitualmente se redactan entre las compañías que establecen el "código compartido" suele encontrarse la siguiente cláusula: "Con objeto de prestar una satisfactoria atención al cliente, la compañía "marketing" (la que establece el contrato) atenderá las reclamaciones que se presenten contra ésta por cualquier tipo de incidente que pueden sufrir los pasajeros que viajen con su código con independencia del tramo del viaje en que dicho incidente haya ocurrido. Una vez satis-

(35) El artículo 3, dice: "La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria por los daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal por un pasajero en caso de accidente, no estaría sujeto a ningún límite financiero ya sea legal, convencional o contractual".

fecha la reclamación del pasajero, la compañía "marketing" podrá reclamar a la compañía operadora en cuyo tramo se ocasionó el incidente, el reconocimiento de las costas que la reclamación del pasajero haya ocasionado, con el previo conocimiento de la compañía operadora o de su aseguradora".

Esta condición contractual facilita la actuación del reclamante, pero deja en suspenso la relación cuantitativa entre una y otra compañía, ya que, como he indicado precedentemente, cada una de ellas puede estar sujeta a diferentes sistemas indemnizatorios (36).

Antes de que el proceso de "código compartido" comenzase a operar como consecuencia de una cada vez más acentuada colaboración entre las empresas aéreas, fue convenido en Guadalajara (México) el Convenio complementario del Convenio de Varsovia, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual. Este Convenio firmado el 18 de septiembre de 1961 establece en su artículo 3 que "las acciones y omisiones del transportista de hecho y de sus dependientes, cuando éstos actúan en el ejercicio de sus funciones, se considerarán en relación con el transporte realizado por el transportista de hecho, como acciones y omisiones del transportista contractual".

Este Convenio de Guadalajara no ha sido firmado por España, afecta a 82 Estados y entró en vigor el 1 de mayo de 1964 circunscribiéndose, el ser complementario del mismo, a los 82 Estados que lo son parte del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (37).

La Organización de la Aviación Civil Internacional, al unísono con la doctrina y la industria, es consciente de las dificultades que ofrece un panorama legislativo no solo disperso sino, a veces, contradictorio.

(36) Conviene recordar que el llamado "sistema de Varsovia" nacido con el convenio de 12 de octubre de 1929 se integra por siete instrumentos jurídicos: Protocolo de La Haya de 1955, Convenio de Guadalajara de 1961, Protocolo de Guatemala de 1971 y Protocolo 1, 2, 3 y 4 de Montreal de 1975.

(37) Aclara TAPIAS SALINAS, L. "Derecho Aeronáutico" Barcelona 1993, p. 53, que tanto el transportista contractual como el transportista de hecho quedarán sometidos a las disposiciones del Convenio de Varsovia, el primero con respecto de todo el transporte previsto en el contrato, y el segundo solamente con respecto al transporte que realiza.

Después de muy dilatadas y profundas preparaciones, durante los días 10 a 28 de mayo de 1999 fue celebrado en Montreal (Canadá) una Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico en la que participaron 118 Estados y 11 organizaciones internacionales en calidad de observadores. Resultado de ello es el denominado "Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de 28 de mayo de 1999", cuya acta final fue firmada por 111 Estados. Este Convenio afronta decididamente muy diversas cuestiones sobre responsabilidad. En lo que atañe al "código compartido" su artículo 40 dice que si un transportista de hecho realiza todo o parte de un transporte, tanto el transportista contractual como el transportista de hecho quedarán sujetos a las disposiciones del Convenio, el primero con respecto a todo el transporte previsto en el contrato, el segundo solamente con respecto al transporte que realiza. El artículo 41 añade que las acciones y omisiones del transportista de hecho y de sus dependientes y agentes, cuando éstos actúen en el ejercicio de sus funciones se considerarán también con relación al transporte realizado por el transportista de hecho, como acciones y omisiones del transportista contractual.

Conviene advertir que este Convenio de Montreal de 1999 aún no ha entrado en vigor, sin que sea posible hacer predicciones respecto de ello (38).

En virtud de los pactos establecidos entre las compañías aéreas participantes en el "código compartido" pueden encontrar solución las relaciones contractuales con el usuario del transporte; también ello puede quedar suficientemente regulado en virtud de las legislaciones internas y de las condiciones que regulen la autorización que permita la práctica del "código compartido" (39).

(38) La ya citada Ley de Aeronáutica Civil del Perú de 9 Mayo 2000 es bien expresiva al efecto de disponer -artículo 128- que si el contrato de transporte aéreo es celebrado con un transportista y prestado con otro, la responsabilidad frente al usuario que contrató el servicio es indispensable y solidaria pudiendo el usuario dirigir su protesta o demanda a cualquiera de ellos de manera independiente o simultánea.

(39) VÁSQUEZ ROCHA, E. "Algunos apuntes sobre las llamadas alianzas en el sector aéreo" texto inédito, alude al intervencionismo que se produce en compañías aéreas no pertenecientes al Estado que lo practica. "La exigencia cuando se trata de "código compartido" con compañías de los Estados Unidos, de que el socio de ese país practique al socio extranjero una auditoría de seguridad operacional, que además de ser larga y probablemente costosa, lleva nuevamente a que los criterios y normas de los Estados Unidos tengan evidencialmente una vigencia extraterritorial. Tal es el precio de tener que contar casi siempre con el primer poder del mundo".

No faltan autores que hayan planteado la duda a que nos referimos. Así Pena (40) dice que "con la redacción que prevalece en los acuerdos de "código compartido" actualmente vigentes, probablemente no quede muy claramente definido a quien es que corresponde la obligación de responder y pagar por los costos relacionados con un accidente. En el lugar en que ha ocurrido el accidente no se deben de discutir cosas que tuvieron que quedar definidas concretamente dentro de los términos expresos en que quedó redactado el acuerdo original de compartición de código. En lo que respecta al manejo de las reclamaciones, deben quedar reconocidas las diferencias fundamentales engendradas por elementos culturales, en cuanto al manejo en si de las reclamaciones como a la evaluación de los daños y a la formulación de estrategias contenciosas". Este autor, profesor de Universidad de Nueva York pero, sobre todo, abogado americano en ejercicio, conoce bien lo que suponen las diferencias a las que alude y sobre todo en cuanto a la "formulación de estrategias fundamentales".

7.- CONCLUSIONES

Parece oportuno, después de cuanto ha quedado expuesto, concluir con unos razonamientos finales que, al menos en lo que concierne al autor, puedan servir de conclusiones. Debe, no obstante, advertirse que éstas tienen un carácter provisional ya que en el mundo de la aeronáutica y en el mundo del Derecho Aeronáutico, impulsado siempre por la realidad, la evolución y los cambios operan constantemente.

En consecuencia debe partirse del principio, confirmado ininterrumpidamente por la historia, de que debido tanto a las técnicas de la aeronáutica como a las prácticas comerciales, el mundo del Derecho se encuentra acosado por la realidad. El llamado "código compartido" es una realidad ya extendida internacionalmente y a la que no son ajenas las compañías aéreas de la Unión Europea, entre ellas las españolas.

El jurista, según ha ocurrido en otras prácticas surgidas en el mundo de la aeronáutica, especialmente las comerciales, se encuentra abocado a realizar los estudios e investigaciones indispensables hasta llegar a la regulación legal que legitime las referidas prácticas.

(40) PENA, C. "Alianzas estratégicas: algunos aspectos jurídicos". Trabajo presentado en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico celebradas en Arequipa (Perú) en mayo 2000, p. 16.

El "código compartido" ha de estar sujeto a precisas normas que garanticen la seguridad aeronáutica. No es necesario insistir en que seguridad - así lo proclama el Convenio de Chicago de 1944, la llamada "Carta Magna" de la Aviación Civil- es postulado máximo e insoslayable de esta actividad que tanto beneficio reporta a la humanidad (41).

Otro principio sustancial en el ejercicio del "código compartido" es la salvaguarda de los derechos de los usuarios del transporte aéreo. Ello no deja de ofrecer ciertas dificultades ya que la información ha de verificarse en su momento oportuno y de forma clara y precisa de tal manera que el pasajero sepa no sólo cual es la compañía aérea con la que va a volar sino las características del vuelo que, en la realidad no es coincidente con el seleccionado por él y con el que se identifica mediante el oportuno código en la documentación correspondiente.

A la Autoridad aeronáutica corresponde el ejercicio de una eficaz vigilancia de suerte que tanto la seguridad como el respeto al usuario se encuentren perfectamente garantizados.

(41) En la conclusión 3ª de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial (Arequipa - Perú 17 al 19 de mayo de 2000) se dice: "Como un criterio es tener en cuenta en la aprobación de los "códigos compartidos", se halla el tema de la verificación del nivel de cumplimiento de los estándares de seguridad operacional a los operadores por parte de la Autoridad Aeronáutica".

En un Comunicado (P10/15/01) de la Organización de la Aviación Civil Internacional se informa que "a fines del año 2000 la OACI habrá anotado 131 de sus 185 Estados contratantes en el marco de su Programa Universal de auditoría de la vigilancia operacional".

APOSTILLAS SOBRE EL DERECHO DEL MERCOSUR Y LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Ernesto J. REY CARO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

La puesta en práctica de los mecanismos de solución de controversias previstos en el Protocolo de Brasilia de 1991 -en vigor desde 1993-, ha permitido la constitución de tres tribunales arbitrales, que en menos de un año se han pronunciado en diferendos surgidos entre la República Argentina y Brasil.

Los dos primeros laudos, se produjeron en controversias sustanciadas inicialmente en el marco de la Comisión de Comercio del Mercosur, y el último en una reclamación estatal que puso en funcionamiento los procedimientos previstos en los Capítulos II y III del Protocolo de Brasilia.

En primer laudo, en la "Controversia sobre Comunicados Nº 37 del 17 de diciembre de 1997 y Nº 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SEDEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco", causa en la que la República Argentina actuó como parte "reclamante" y Brasil como "reclamada", se dictó el 28 de abril de 1999 (1).

El segundo laudo, del 27 de septiembre del mismo año, se dictó en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo (2).

El tercer pronunciamiento, se produjo el 10 de marzo de 2000 en una controversia en la que Brasil actuó como parte "reclamante" y la República Argentina como parte "reclamada", identificada como

(1) *Boletín Oficial del Mercosur*, Año III, Nº 9, abril-junio 1999, pp. 227-249.

(2) *Boletín Oficial del Mercosur*, Año III, Nº 11, oct.-dic.1999, pp. 265-284.

"Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos" (3).

No es el propósito de estas consideraciones examinar *in totum* los laudos arbitrales mencionados, sino formular algunas reflexiones sobre determinadas contribuciones puntuales de los tribunales arbitrales vinculadas con el Derecho del Mercosur, tomado este desde una perspectiva amplia, que abarcará también cuestiones procesales derivadas de la aplicación del procedimiento arbitral regulado en el Protocolo de Brasilia y el Reglamento de este instrumento aprobado por la Decisión 17/98 del Consejo Mercado Común (4). Tampoco pretenderán introducirse en las fuentes del Derecho del Mercosur ni en los mecanismos de solución de controversias, materias estas que han sido abordadas en importantes obras y trabajos. En algunos casos, se analizarán las interpretaciones realizadas por las partes en las controversias.

En cuanto a la naturaleza del Tratado de Asunción, instrumento este que ha concitado la atención de la doctrina desde su adopción (5), en el primer laudo, la postura de la parte reclamada resalta que este instrumento debe ser considerado un acuerdo marco, es decir un instrumento internacional en el cual se trazan los objetivos y mecanismos para alcanzarlos, cuyos preceptos, en general, tiene el carácter de programáticos, siendo en su mayoría jurídicamente autoaplicables y que el objetivo de conformar un Mercado Común el 31-12-94, debía ser alcanzado gradualmente mediante acuerdo entre las Partes sobre las normas y políticas (6).

El Tribunal, en el mismo laudo, se ocupa de esta cuestión desentrañando sus características, coincidiendo en su esencia con la postura reseñada. Sostiene que el Tratado de 1991 y sus Anexos, constituyen una combinación de normas propias de un tratado marco con otros de carácter operativo, "constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un 'derecho directivo' con bases jurídicas generales y un 'derecho operativo'

(3) Boletín Oficial del Mercosur, Año IV, N° 13, abril-junio 2000, pp. 117-148.

(4) Boletín Oficial del Mercosur, Año III, N° 8, enero-marzo 1999.

(5) Cf. Gros Espiell, Héctor "Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus Protocolos", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VII, 1996-1997, pp. 127-152; Dreyzin de Klor, Adriana "El Mercosur. Generador de una fuente de derecho internacional privado", Buenos Aires, 1994, pp. 53 y ss., etc.

(6) Op. cit., p. 234.

constituido por compromisos concretos. Hay por tanto, normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el Mercosur. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados". Según el Tribunal, éstas están especialmente contenidas en los Anexos y juegan un papel dinamizador del proceso de integración, constituyendo "el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran salto adelante" (7).

En otro orden, el mismo Tribunal destaca que la alteración de los plazos para el logro de las metas fijadas por el Tratado de Asunción, no modifica las obligaciones básicas nacidas de este instrumento: "Habiendo una continuidad del sistema del TA con los instrumentos y decisiones posteriores al punto de configurar un único y mismo sistema, la expiración del plazo pactado originariamente, 31-12-94, sin que se hubiera completado el desmantelamiento arancelario y no arancelario y sin que se hubiera conformado el mercado común no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el TA". (8).

En lo que atañe a las "fuentes" del Mercosur, otro tema de capital trascendencia, el segundo laudo arbitral, al reseñar el "marco jurídico aplicable", destaca que el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia, enumera las fuentes normativas del Mercosur y sostiene que tal enumeración consagra un "Derecho originario" integrado por las normas de los Tratados y sus Anexos y los acuerdos entre los Estados, y un "Derecho derivado" formado por las Decisiones del Consejo Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común, agregando que el Protocolo de Ouro Preto adicionó a esta categoría las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, como fuente normativa (9).

Sin embargo, en el tercer laudo arbitral el Tribunal, al intentar identificar las normas primarias y secundarias sobre medidas de salvaguardia

(7) Op. cit., p. 241-242.

(8) Op. cit., p. 245.

(9) Op. cit., p. 274.

adoptadas por los órganos del Mercosur en las distintas etapas de integración, pareciera que incluye entre las primeras a las Decisiones del Consejo -cuando examina los alcances de las decisiones 8/94 y otras-, y entre las segundas las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (10), aunque reconocemos que es una de las interpretaciones posibles de los dichos del Tribunal.

Al margen de este análisis en torno a la naturaleza de las Decisiones del CMC, el segundo laudo arbitral reconoce la primacía institucional y jerárquica de este órgano, cuando sostiene "En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común N° 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de incentivos a las Exportaciones por parte de los Países integrantes del Mercosur, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del Mercosur, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones" (11).

En nuestro entender, esta interpretación permite sostener, en el caso de que se incluyera a todas las normas surgidas de los órganos del Mercosur dentro del "derecho derivado", una superioridad de las "decisiones" del CMC sobre las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.

Las características del GMC y de la CCM han sido examinadas también en el tercer laudo, cuando el Tribunal desentraña la naturaleza de los actos normativos emanados de estos dos órganos: "... ambos órganos con funciones ejecutivas más que con funciones legislativas sobre cuestiones fundamentales dentro del proceso de integración y el logro de los objetivos del TA. Esta última función está reservada al Consejo Mercado Común." (12).

En relación a la aplicación del Derecho internacional, cabe destacar que en los tres laudos, los respectivos tribunales han recurrido a este orde-

(10) *Op. cit.*, pp. 136-138.

(11) *Op. cit.*, p. 275.

(12) *Op. cit.*, p. 140.

namiento para dilucidar algunas cuestiones, entre ellas la de la interpretación de los instrumentos que integran el ordenamiento jurídico del Mercosur.

Así, en el primer laudo, al tiempo que se destaca que los tratados -y en particular los relativos a sistemas de integración- establecen un régimen constituido por el conjunto de sus disposiciones, es decir que forman un todo del que no puede dissociarse las distintas cláusulas para ser consideradas en forma separada, reivindica una interpretación funcional, que tenga en cuenta el objeto y el fin del tratado:

"En este contexto -afirma el fallo- habrá que buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento del ordenamiento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y propósitos del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias en el Protocolo de Brasilia anticipa que las controversias requieran una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos (art. 1)" (13).

Este criterio ha sido reiterado en el tercer laudo arbitral, que sostiene que el mismo refleja "los principios consuetudinarios internacionales en materia de interpretación de tratados" (14).

En el primer laudo, los árbitros, al aferrarse al método "teleológico" de interpretación de las normas, afirman que éste resulta más evidente en los tratados e instrumentos que pergeñan organizaciones internacionales o dan sustento a procesos o mecanismos de integración y que "A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido" (15). La labor interpretativa, sigue el Tribunal, debe partir del texto de los ins-

(13) *Op. cit.*, p. 239.

(14) *Op. cit.*, p. 128.

(15) *Op. cit.*, p. 240.

trumentos internacionales en el sentido ordinario, del contexto de dichos instrumentos y del conjunto normativo constituido (16).

Ya en la etapa de las conclusiones, el Tribunal reitera aquel método interpretativo, aplicable en general, a los procesos de integración: "Los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aún en ausencia de normas de carácter supranacional" (17).

Por otra parte, recordando la remisión que efectúa el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables en la materia, el segundo laudo destaca que tal referencia al Derecho de Gentes "cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional" (18).

Cabe destacar que en el tercer laudo, el Tribunal al abordar el contexto para la interpretación de las normas del Mercosur, recurre también al artículo citado de Protocolo de Brasilia, sosteniendo que "a lo largo de su decisión tomará en consideración los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 [...] que codifican principios de derecho internacional consuetudinario" (19).

En la misma línea, el primer laudo arbitral se vale del principio "pacta sunt servanda", recogido en el Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 y a su asociación con el principio de "buena fe", interpretando este último en el sentido de que incluye "no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos [...] sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas" (20).

(16) *Op. cit.*, p. 241.

(17) *Op. cit.*, p. 248.

(18) *Op. cit.*, p. 275.

(19) *Op. cit.*, p. 128.

(20) *Op. cit.*, p. 240.

Asimismo, recurre al principio del "efecto útil o de eficacia mínima de las normas", y define tal principio siguiendo los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional: "escoger entre varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin" (21).

En el contexto de los procesos de integración, el mismo Tribunal reivindica el principio de la incompatibilidad de las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en que la normativa requiere procedimientos multilaterales (22).

En cuanto a la noción de "controversia", el tercer laudo, frente a la defensa opuesta por la República Argentina -como de previo y especial pronunciamiento-, aduciendo que el Protocolo de Brasilia no resultaba aplicable en razón de que no existía un conflicto de normas o de interpretación de normas del Mercosur, se pronuncia sobre la cuestión, reconociendo que no existía una definición expresa en el Tratado de Asunción ni en el derecho derivado de este instrumento. En consecuencia, aplicando el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia, sostiene que ella debía buscarse dentro del contexto general de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del Mercosur (23).

Para tal fin, recurriendo a los antecedentes que ofrece la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la actual Corte Internacional de Justicia, y la práctica arbitral internacional, afirma: "En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, como fueran expresados en los precedentes antes citados, el Tribunal entiende que, en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la

(21) *Op. cit.*, p. 241.

(22) *Ibidem.*

(23) *Op. cit.*, p. 124.

Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa Mercosur" (24).

En relación a algunos aspectos procesales, es interesante la interpretación realizada por los tribunales arbitrales en cuanto a la traba de la litis y, del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

En el primer laudo, aunque el Tribunal constata que no ha ingresado cuestión alguna nueva en la instancia arbitral, afirma: "Es claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esta regla" (25).

El mismo criterio sigue el Tribunal en el segundo laudo cuando reconoce que los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur se desarrollan en diferentes fases, de aplicación sucesiva, con la finalidad última de tratar de encontrar una solución a la disputa. Tanto en las controversias entre Estados, como cuando se actúa a instancia de particulares, según el Tribunal "Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de las negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas. Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias del Mercosur" (26). Esta interpretación, según el Tribunal, no implica la imposibilidad de las partes de complementar o profundizar sus respectivas líneas argumentales que han servido de fundamento a las posturas adoptadas, sin perjuicio de la obligación de precisar inicialmente el objeto de la reclamación.

En nuestro parecer, deben distinguirse dos cuestiones. La primera consiste en determinar si es necesario que se observen en forma sucesiva los mecanismos de solución de controversias previstas en los Protocolos de

(24) *Ibidem*.

(25) *Op. cit.*, p. 239.

(26) *Op. cit.*, p. 273.

Brasilia y Ouro Preto. La segunda, esclarecer si en el procedimiento arbitral, no se pueden introducir alegaciones nuevas o no esgrimidas en las etapas anteriores.

En cuanto a la primera cuestión, los tres tribunales arbitrales han reconocido la necesidad de que se observe el escalonamiento en los medios consagrados en los instrumentos señalados.

Ello se desprende de las reseñas efectuadas de las opiniones vertidas por los árbitros en los dos primeros laudos, y también en el tercero, cuando se examina si se han cumplido con las etapas previas al arbitraje (27).

En cuanto a la segunda cuestión, existe coincidencia en la interpretación realizada en los dos primeros laudos. No obstante, en el tercer laudo, pareciera haberse adoptado un criterio diferente. En efecto, el Tribunal, al considerar la alegación argentina en el sentido de que las cuestiones planteadas por Brasil en el escrito de reclamación presenta en la instancia arbitral eran más extensas que las que este país había presentado en las etapas anteriores de solución de controversias, interpreta el Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

Este dispositivo, incluido en el capítulo que regula el procedimiento arbitral, establece: "El objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente".

En el laudo, se sostiene que "El Tribunal interpreta este artículo en el sentido de que el reclamante y/o reclamado pueden definir el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y/o respuesta" (28).

Sin perjuicio de las observaciones efectuadas a este dispositivo en otro trabajo (29), el Tribunal ha interpretado tal norma ajustándose a la letra del texto relacionado. A la afirmación anterior, agrega: "El Artículo 28

(27) *Op. cit.*, p. 126.

(28) *Op. cit.*, p. 127.

(29) "Comentario al Reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur", en *Revista de Derecho del Mercosur* (Ed. La Ley), Buenos Aires, Año 3, Nº 3, junio de 1999, pp. 11-19.

exige al Tribunal el examinar el contenido completo de las dos presentaciones, inclusive el "petitorio". El objeto de la presente controversia es el descrito en la presentación de Brasil y la respuesta de Argentina. La objeción Argentina a la definición del objeto de la controversia por parte de Brasil no es consistente con el Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia en razón de que Brasil definió el objeto de la controversia en el escrito de presentación, por lo tanto el Tribunal no tomará en consideración la antedicha objeción" (30).

Entendemos, como lo anticipáramos que el Tribunal se aparta del criterio adoptado en los dos laudos anteriores que limitaron el contenido de la litis a las posturas adoptadas por las partes en las instancias anteriores, no admitiendo que se pudieran introducir nuevas cuestiones en la instancia arbitral.

En lo que atañe al procedimiento arbitral, el segundo laudo destaca que para el mismo rigen las reglas y procedimientos generales en materia jurisdiccional, que importa la necesidad de que las partes prueben sus afirmaciones, no quedando eximidas de esta obligación por la acreditación que hubieren realizado en los procedimientos previos o cautelares (31).

Por otra parte, en cuanto a la valoración de las pruebas, el Tribunal reivindica la aplicación de la regla de la "sana crítica", sin perjuicio de las reglas de procedimiento adoptadas para el litigio concreto (32).

Sin duda, lectores más avizorados podrán descubrir otros aportes vinculados con el Derecho del Mercosur que ofrecen los laudos reseñados.

Creemos que las breves consideraciones efectuadas permiten inferir el papel que cumplen los órganos jurisdiccionales en relación a la interpretación de los ordenamientos jurídicos, en este caso, del Mercosur. Asimismo, demuestran la frecuencia con que debe recurrirse al Derecho internacional para dilucidar las controversias y el rol que cumple el Derecho de Gentes convencional o consuetudinario.

(30) *Op. cit.*, pp. 127-128.

(31) *Op. cit.*, p. 272. "Tal como ocurre en los Derechos Procesales Internos, la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares, no exonera de la prueba debida a ser rendida en el proceso principal".

(32) *Ibidem*.

Sin embargo, la constitución de tribunales ad-hoc o arbitrales, no garantiza una interpretación uniforme, como se desprende del análisis de los tres pronunciamientos, circunstancia esta que, entre otras, ha puesto en tela de juicio la eficacia del sistema actual de solución de controversias en el Mercosur para afianzar la seguridad jurídica, supuesto ineludible para que se logren los objetivos fundacionales. Pero esta materia, es ajena al propósito de estas reflexiones.

LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES (*)

Prof. Dr. Alfredo H. RIZZO ROMANO

Miembro del I.H.L.A.D.I.

I.- Proemio

Podemos afirmar -sin temor de equívocos- que esta cuestión tuvo un desarrollo acelerado después de la G.M. I (1914-1918) al constituirse la Sociedad de las Naciones, aunque ya se había planteado antes, al crearse, por iniciativa de los más importantes Estados europeos, diversos Organismos Internacionales, que dieron lugar a los denominados "Servicios Públicos Internacionales", a partir del año 1865, en que nació el primero de ellos: la Unión Telegráfica Internacional, con asiento en Berna, poco después la Unión Postal Universal (1867) también con funcionamiento en la capital de Suiza, la Unión Internacional de Pesas y Medidas, la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística (Berna, 1886), la Unión Internacional para la Publicación de Tarifas Aduaneras (Bruselas, 1890), la Unión para los Transportes Ferroviarios Internacionales (Berna, 1890), etc. (1). En estos veinticinco años, cuando surgieron conflictos entre los agentes y directivos de los mismos y no pudo lograrse una solución conciliatoria por vía interna, se litigó ante los Tribunales de Suiza y Bélgica.

En el Capítulo XIII de la antes citada obra (2) bajo el título "Cooperación Internacional. Organizaciones. Derecho Administrativo Internacional..." partimos de una base: considerar que el Derecho Administrativo es una reciente creación de la doctrina francesa de fines del siglo XIX. Algunos tratadistas de esta disciplina jurídica fijan como

(*) Comunicación presentada en el XXI Congreso del IHLADI.

(1) Rizzo Romano, Alfredo H.: *Derecho Internacional Público*, Editorial Plus Ultra, 3ª edición, Buenos Aires, 1994, Capítulo XIII, págs. 468 y sgtes.

(2) *Idem*, pág. 468.

fecha de su fundación el año 1886, cuando el profesor Laferrière publicó su *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, el administrativista argentino Rafael Bielsa definió a la misma como: "El conjunto de normas positivas y de principios de Derecho Público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los Servicios Públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública".

En las primeras décadas del siglo XX surgieron dos ramas de este derecho: el Derecho Administrativo Internacional y el Derecho Internacional Administrativo.

Se ha dicho que el primero estudia las relaciones jurídicas existentes entre personas físicas, Estados y entidades internacionales. Algunos autores incluyen a los antiguos mandatos y fideicomisos internacionales dentro de esta nueva rama del saber jurídico.

Quien fuera nuestro maestro en la Universidad de París, el profesor Charles Rousseau, en su *Derecho Internacional Público Profundizado* (3) omite toda mención al Derecho Administrativo Internacional; asimismo Bohdan T. Halajczuk en su Tratado (4) se refiere a la "Administración Internacional" y a los "Órganos del Derecho Internacional", adoptando la misma pose que el maestro francés. Alfred Verdross en el Capítulo XXIII de su conocida obra (5), dentro de las funciones de la Comunidad Internacional Organizada, se refiere a la "Administración Internacional".

Sin embargo ya en 1902 el jurista italiano y profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Bolonia Escipión Gemma, cuando solo contaba 35 años, escribió una monografía intitulada *Pime linee d'un Diritto Internazionale Administrativo*, en una época en que todavía no existía una auténtica Comunidad Internacional de Naciones, lo que nos hace sostener en nuestra citada obra que, así como Laferrière es considerado el primer jurista que aludió a un Derecho Administrativo, al ilustre Gemma se lo puede llamar el primer administrativista internacional y

(3) Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público Profundizado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1966.

(4) Halajczuk, Bohdan Tadeo y Moya Domínguez, María Teresa: *Derecho Internacional Público*, Ediar, Buenos Aires, 1972.

(5) Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, Capítulo XXIII, Madrid, 1972.

también uno de los primeros en hablar de un Derecho Internacional del Trabajo, en su obra *Il Diritto Internazionale del Lavoro*, publicada en Roma diez años más tarde (1912).

Pocos años después apareció la obra de Sayre: *Experiments in International Administration* (1919), en 1926 el trabajo de Delisle Burns *International Administration* y con el mismo título uno de Hill en 1931, los juristas J. Gascón y Marín y Dendías se refirieron al *Derecho Internacional Administrativo*, al igual que el italiano F. Rapisardi Mirabelli en su libro *Il Diritto Internazionale Administrativo* (Padua, 1939), así como el maestro de Viena Kunz y el profesor Roberto Ago (*Considerazione su alcuni sviluppi nell'organizzazioni internazionale*).

Gran parte de estos tratadistas consideraban que el Derecho Administrativo Internacional es el conjunto de normas internas que nos indican cuales actos administrativos han de enjuiciarse por un Derecho Administrativo de extraña jurisdicción, en situaciones tales como aquellas que hacen a la validez internacional de los pasaportes, que constituyen actos jurídicos realizados en el orden interno, pero destinados -sobre todo- a producir efectos en el extranjero, o en las concesiones internacionales realizadas en una nación y que pueden tener validez en otra diferente.

En cambio -en nuestra humilde opinión- el Derecho Internacional Administrativo comprende aquellas normas jurídicas internacionales que regulan la administración de la Comunidad Internacional Universal o Parcial (vg. La antigua Sociedad de las Naciones o las actuales Naciones Unidas respecto a la "universal", y la Organización de Estados Americanos u O.E.A. como ejemplo de la "parcial", según relatamos en nuestro citado libro) (6). Vale decir que el denominado Derecho Comunitario Internacional podría formar parte del Derecho Internacional Administrativo, pero no del Derecho Administrativo Internacional.

II.- La obra de los Tribunales Administrativos Internacionales

Efectuadas estas breves consideraciones, corresponde abordar el tema de los Tribunales Administrativos de los Organismos Internacionales, que

(6) Rizzo Romano, Alfredo H.: *op. cit.* en notas (1) y (2), pág. 471.

el querido maestro salvadoreño Alfredo Martínez Moreno ha enfocado con maestría en su ponencia y desde su experiencia de Juez y Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con asiento en Washington D.C.

Con el ánimo de aportar -tal vez- algún elemento novedoso y actualizar algunos datos, creemos necesario destacar que el maestro de Roma Riccardo Monaco, en su reciente obra *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico* (7) precisamente en el capítulo I° n° 11: "El multilateralismo y el fenómeno de las Organizaciones", reconoce que durante mucho tiempo el D.I.P. fue construido sobre el esquema de los tratados y relaciones bilaterales entre Estados, pasándose al multilateralismo sobre todo después de la G.M. II (1939-1945) por motivos e intereses políticos, económicos, científicos, técnicos o militares (*inter alios*). Al crearse -como consecuencia de la que hemos denominado "cooperación internacional"- múltiples organismos, políticos (como las Naciones Unidas, la O.E.A., etc), económicos como el citado Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la CEPAL, así como tantos otros de servicios, uniones aduaneras, alianzas militares, etc., los agentes y funcionarios de los mismos procuran -como es lógico- que no se desconozcan sus derechos laborales, sociales, económicos, humanos, de libre asociación, así como toda otra gama que hace a la seguridad social, tornándose necesario disponer de Tribunales Administrativos para resolver estas cuestiones que escapan -ante el carácter internacional de los mismos- a las jurisdicciones locales. Así fueron creados -y están funcionando desde más de medio siglo- diversos órganos de decisión dentro y fuera de las Naciones Unidas.

Pensamos que sería necesario consignar algunos datos sobre el tal vez más importante de todos: El Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (The United Nations Administrative Tribunal o T.A.N.U. por sus siglas en castellano), quien posiblemente le siga en importancia: el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Tribunal Administrativo del Banco Mundial (*inter alios*).

(7) Monaco, Riccardo: *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, segunda edición, UTET, 1985, cap. I, n° 11, pág. 29.

Respecto al primero su Estatuto entró a regir el 1° de enero de 1950, a través de una Resolución de la Asamblea General del 24 de noviembre de 1949, en la 255ª Sesión Plenaria, que consta de dos documentos señalados con las letras A y B. El primero es el Estatuto propiamente dicho de doce artículos que transcribimos a continuación, sin otros comentarios por la simplicidad de su redacción; en tanto el segundo, designado con la letra B, se refiere a la designación de los "miembros" del mismo (ver artículo 3° que nunca habla de Jueces) en el siguiente orden: 1) Sra. de Paul Bastide (Madame Bastide, que junto al doctor Rousseau fuera nuestra profesora de Derecho Internacional Público en la Sorbonne y ya contaba con experiencia en un órgano similar de la Sociedad de las Naciones); 2) Sir Sydney Caine; 3) Su Alteza el Maharajá Teniente General Jam Shri Dighvijayasinhji Sahib (*sic*); 4) Rowland Andrews Egger; 5) Omar Loutfi; 6) Dr. Emilio N. Oribe; y 7) Dr. Vladimir Outrata (tres fueron designados por un período de tres años, a partir del 1° de enero de 1950, vale decir Bastide, Sahib y Loutfi), dos fueron designados por dos años a partir de la misma fecha (Egger y Oribe) y los otros dos sólo por un año contado de igual manera (Caine y Outrata). Todo ello según Resolución del 9 de diciembre de 1949, realizada en la 274ª Sesión Plenaria de la Asamblea General.

"La ASAMBLEA GENERAL RESUELVE adoptar, para el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, el siguiente ESTATUTO, que entrará en vigor el 1° de enero de 1950:

ESTATUTO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LAS NACIONES UNIDAS (sin las modificaciones posteriores).

Artículo 1°: Por el presente Estatuto se instituye el Tribunal, que se denominará Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

Artículo 2°: 1. El Tribunal tendrá competencia para conocer y fallar las demandas en que se alegue incumplimiento de los contratos de empleo o de las condiciones de empleo de los funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas. Las palabras "contratos" y "condiciones de empleo" comprenderán todos los reglamentos pertinentes y reglas vigentes en el momento de alegarse su incumplimiento, con inclusión de los reglamentos sobre pensiones del personal.

2. El acceso al Tribunal estará abierto:

a) A todo funcionario de la Secretaría de las Naciones Unidas, aún después de haber cesado en su empleo, y a todo derecho habiente del funcionario en caso de fallecimiento de éste.

b) A toda otra persona que pueda probar sus derechos con arreglo a cualesquier contrato o condiciones de empleo, con inclusión de las disposiciones del estatuto del personal y de las normas reglamentarias que el funcionario hubiese podido invocar.

3. En caso de controversia acerca de la competencia del Tribunal, se dirimirá por decisión del Tribunal.

4. Sin embargo, el Tribunal no tendrá competencia para ocuparse de las demandas cuyo motivo de reclamación hubiera surgido antes del 1º de enero de 1950.

Artículo 3º: 1. El Tribunal se compondrá de siete miembros de diferentes nacionalidades y sólo tres de ellos actuarán en cada caso particular.

2. La Asamblea General designará a los miembros por un período de tres años, que podrá ser renovado. Sin embargo, el mandato de dos de los miembros primeramente designados expirará al año, y el de otros dos de ellos expirará a los dos años. Todo miembro designado para reemplazar a otro que no hubiese terminado su mandato, desempeñará el cargo por el tiempo restante de su predecesor.

3. El Tribunal elegirá a su Presidente y a sus dos Vicepresidentes, entre sus miembros.

4. El Secretario General nombrará un Secretario Ejecutivo para el Tribunal, así como el personal que se considere necesario.

5. Ningún miembro del Tribunal podrá ser destituido por la Asamblea General a menos que los demás miembros decidan por unanimidad que está incapacitado para seguir prestando servicio.

6. En caso de renuncia de un miembro del Tribunal, la renuncia será dirigida al Presidente del Tribunal, quién la transmitirá al Secretario General. A partir de esta última notificación quedará vacante el cargo.

Artículo 4º: El Tribunal celebrará períodos ordinarios de sesiones en las fechas que fije su reglamento, siempre que haya casos en la lista que, a juicio del Presidente, justifiquen la reunión, el Presidente podrá convocar a períodos extraordinarios de sesiones cuando los casos inscritos en la lista lo requieran.

Artículo 5º: 1. El Secretario General de las Naciones Unidas adoptará las disposiciones administrativas necesarias para el funcionamiento del Tribunal.

2. Las Naciones Unidas sufragarán los gastos del Tribunal.

Artículo 6º: 1. Con sujeción a las disposiciones del presente Estatuto, el Tribunal formulará su Reglamento.

2. El Reglamento contendrá disposiciones relativas a:

a) Elección del Presidente y de los Vicepresidentes;

b) Composición del Tribunal para sus períodos de sesiones;

c) Presentación de las demandas y procedimiento que ha de observarse respecto a éstas;

d) Intervención de las personas que tengan acceso al Tribunal en virtud del párrafo 2 del artículo 2, cuyos derechos puedan ser afectados por el fallo;

e) Audiencia, con fines de información, de las personas que tengan acceso al Tribunal con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, aunque no sean partes en el litigio; y en general a

f) Otras cuestiones relativas al funcionamiento del Tribunal.

Artículo 7º: 1. Sólo será admisible una demanda cuando la persona interesada haya sometido previamente la controversia al organismo mixto de apelaciones y éste haya comunicado su dictamen al Secretario General, a no ser que el Secretario General y el demandante hayan convenido en presentar directamente la demanda al Tribunal Administrativo.

2. En el caso de que las recomendaciones del organismo mixto sean favorables a la demanda que le haya sido presentada, y en la medida en que lo sean, una demanda entablada ante el Tribunal será admisible si el Secretario General:

a) Ha rechazado las recomendaciones;

b) No ha adoptado medida alguna dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del dictamen; o

c) No ha cumplido las recomendaciones dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del dictamen;

3. En el caso de que las recomendaciones hechas por el organismo mixto y aceptadas por el Secretario General sean adversas al demandante, y en la medida en que lo sean, la demanda será admisible, a menos que el organismo mixto decida por unanimidad que dicha demanda sea temeraria.

4. Sólo será admisible la demanda cuando sea presentada dentro de los noventa días siguientes a las fechas y los plazos respectivos previstos en el precedente párrafo 2, o dentro de los noventa días siguientes a la fecha de la comunicación del dictamen del organismo mixto que contenga las recomendaciones adversas para el demandante. Si el hecho por el cual sea admisible la demanda para el Tribunal, en virtud de los precedentes párrafos 2 y 3, es anterior a la fecha en que se anuncie la primera sesión del Tribunal, el plazo de noventa días se contará a partir de esa fecha. No obstante, dicho plazo se extenderá a un año si los herederos de un funcionario fallecido, o los representantes legales de un funcionario que no esté en condiciones de ocuparse de sus asuntos, entablan la demanda en nombre de tal funcionario.

Artículo 8º: Los procedimientos orales serán públicos, a menos que, en atención a las circunstancias excepcionales del caso, el Tribunal decida que se desarrollen a puerta cerrada.

Artículo 9º: Si el Tribunal determina que la demanda es fundada, ordenará la anulación de la decisión impugnada o el cumplimiento específico de la obligación alegada; pero si, en circunstancias excepcionales, tal anulación o cumplimiento específico es, en opinión del Secretario General, imposible o inconveniente, el Tribunal, dentro de un plazo no mayor de sesenta días, ordenará el pago al demandante de una indemnización por el agravio sufrido. El demandante tendrá derecho a reclamar una indemnización, en lugar de la anulación de la decisión impugnada o del cumplimiento específico. En todo caso que implique indemnización, la cuantía de ésta será fijada por el Tribunal y pagada por Naciones Unidas o por el organismo especializado participante con arreglo al artículo 12.

Artículo 10º: 1. El Tribunal tomará todas sus decisiones por mayoría de votos.

2. Los fallos serán definitivos e inapelables.

3. Los fallos indicarán las razones en que se fundan.

4. Los fallos serán extendidos en cualquiera de los cinco idiomas oficiales de las Naciones Unidas, en dos originales que serán depositados en los archivos de la Secretaría de las Naciones Unidas.

5. Se comunicará una copia del fallo a cada una de las partes en el caso. A petición de las personas interesadas, se facilitarán también a éstas, copias del fallo.

Artículo 11º: El presente estatuto podrá ser enmendado por decisiones de la Asamblea General.

Artículo 12º: La competencia del Tribunal podrá extenderse a cualquier organismo especializado vinculado con las Naciones Unidas, conforme a las disposiciones de los Artículos 57 y 63 de la Carta, en virtud de los términos establecidos por acuerdo especial que con cada uno de esos organismos concierte el Secretario General de las Naciones Unidas. En cada acuerdo especial se dispondrá que el organismo interesado tendrá la obligación de acatar los fallos del Tribunal y tendrá a su cargo el pago de toda la indemnización concedida por el Tribunal a cualquiera de los funcionarios de tal organismo; y se incluirán, entre otras, disposiciones sobre la participación del organismo en las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento del Tribunal y sobre su participación en los gastos del Tribunal.

255 ª. sesión plenaria,

24 de noviembre de 1949

B

La Asamblea General

1. Designa a las siguientes personas como miembros del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, de conformidad con el art. 3 del estatuto del Tribunal Administrativo:

Sra. de Paul BASTID, Sir Sidney CAINE, Su Alteza el Maharajá Teniente General Jam Shri Digvijayasinghji Sahib, Sr. Rowland Andrews EGGER, Sr. Omar LOUFTI, Dr. Emilio N. ORIBE, Dr. Emilio OUTRATA.

2. Declara que los siguientes miembros son designados por un período de tres años, a partir del 1º de enero de 1950:

Sra. de Paul BASTID, Su Alteza el Maharajá Teniente General Jam Shri Digvijayasinghji Sahib, Sr. Omar LOUFTI.

3. Declara que los siguientes miembros son designados por un período de dos años, a partir del 1º de enero de 1950:

Sr. Rowland Andrews EGGER, Dr. Emilio ORIBE.

4. Declara que los siguientes miembros son designados por un período de un año, a partir del 1º de Enero de 1950:

Sir Sydney CAINE, Dr. Vladimir OUTRATA.

274ª. sesión plenaria,

9 de Diciembre de 1949.

El Estatuto transcripto "ut supra" fue modificado mediante resoluciones 782B (VIII) del 9 de Diciembre de 1953, 957 (X) de noviembre 8 de 1955, 50/54 del 11 de Diciembre de 1995 y 52/166 del 15 de Diciembre de 1997, todas ellas de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Actualmente, después de esta cuarta enmienda el Estatuto cuenta con trece artículos, en lugar de los doce primitivos.

En cuanto a las "Reglas de Procedimiento" (designadas en idioma inglés "Rules"), según la última modificación muy reciente (1/1/1998) abarcan veintiséis artículos distribuidos en nueve Capítulos y dos Anexos.

Al término de esta comunicación se reproduce la publicación de las Naciones Unidas *United Nations Administrative Tribunal. Statute and Rules. Provisions in force with effect from 1 th. January 1998* (8).

Las garantías y derechos que se le conceden a los "Agentes Internacionales" de la O.N.U., para accionar en cuestiones laborales y de

(8) Organización de las Naciones Unidas: *United Nations Administrative Tribunal. Statute and Rules. Provisions in force with effect from 1 th. January 1998*, United Nations Publication, Sales n° 98-X-2, New York, 1998.

seguridad social son amplias; permitiéndose -incluso- la intervención de terceros interesados en el litigio, por ello no pueden si no merecer nuestro aplauso y han sido adoptadas por otros Tribunales Administrativos Internacionales.

Veamos ahora la definición de funcionario internacional o agente internacional, dada por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre "Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas" (9). El motivo de este decisorio fue el reclamo entablado por los parientes del Conde Folke Bernadotte, de la familia real sueca, que fuera designado por la O.N.U. mediante Resolución de la Asamblea General de fecha 22/11/1947, como mediador en el conflicto surgido por la partición de Palestina en dos Estados -uno de los cuales está todavía por constituirse- y la consiguiente creación del Estado de Israel.

Bernadotte fue asesinado en Jerusalén el 17 de Septiembre de 1948 por un Comando del Grupo terrorista Stern. Un día antes había terminado su informe profético afirmando que ninguna solución podía ser justa y duradera en la Tierra Santa, sino se acordaba que los refugiados palestinos pudieran regresar a sus antiguos hogares. Muerto el fundador del grupo en un enfrentamiento con soldados británicos (1942), quien lo comandaba en 1978 se convertiría en Primer Ministro de Israel.

En el mencionado decisorio la C.I.J. afirmó que "...cualquiera que, funcionario remunerado o no, haya sido encargado por un Organismo de la Organización, del ejercicio o de ayudar al ejercicio de una de las funciones de la misma. Es decir cualquier persona a través de la cual la Organización actúa" deberá ser considerado un Agente Internacional reconociéndose expresamente tal carácter al Conde Folke Bernadotte.

El internacionalista español Manuel Díez de Velasco, distingue las siguientes categorías de agentes internacionales (10):

1) Quienes ejercen funciones de carácter representativo o técnico, como presidir o formar parte de los Organismos (no deben confundirse con los delegados o representantes de los Estados ante los mismos);

(9) C.I.J. *Reports*, 1949, pág. 175, New York, 1950.

(10) Díez de Velasco, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 3ª Edición, Tomo II, pág. 60 y sgtes., Editorial Tecnos, Madrid 1981.

2) Los colaboradores ocasionales, que realizan funciones limitadas en el tiempo y respecto a su materia específica (periciales, arbitrales, de encuesta, etc.);

3) Las personas que trabajan para las Organizaciones Internacionales como expertos, en beneficio de un país o conjunto de países;

4) Los colaboradores exteriores, que realizan labores análogas a los funcionarios en condiciones contractuales;

5) Los funcionarios internacionales que en virtud del derecho interno de cada Organización Internacional (especialmente sus Estatutos) forman parte del personal de las mismas y así son designados; y -por último-

6) Otros agentes que ejercen como órganos subsidiarios de tipo individual (vg. un mediador de la O.N.U. entre Israelíes y Palestinos) o forman parte de órganos colegiados y funcionan con independencia absoluta de la Organización Mundial, como los Jueces de la Corte Internacional de Justicia o los miembros del antes analizado Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (T.A.N.U.).

III.- Algunos casos juzgados por Tribunales Administrativos Internacionales

Veamos ahora, en forma somera, como cuadra a la naturaleza de una simple comunicación, algunos de los últimos casos resueltos por el T.A.N.U. durante el año 1999 (causas números 934 a 1030).

En este período el Organismo Jurisdiccional aludido presentó la siguiente composición: Presidente Huber Thierry; Vicepresidente 1º Mayer Gabay; Vicepresidente 2º Julio Bardoza; Miembros Chittharanjan Félix Amerasinghe; Kevin Haugh; Víctor Yenyi Olungu y Marsha A. Echols.

En dicho lapso anual se celebraron dos períodos de sesiones (Ginebra, 28 al 30 de Julio) y Nueva York (25 de octubre al 24 de Noviembre); vale decir poco más de un mes en el transcurso del cual se dictaron treinta y dos fallos, programándose para el presente año 2000 también dos períodos (Ginebra, Julio-Agosto y Nueva York, Octubre a Diciembre).

En el caso Komoun (934) el reclamante protestó por la licencia que se le concedió, su traslado a Dakar y la evaluación negativa de su legajo; en el caso Facchin (959) se trataba de una ex funcionaria de la O.N.U. que alegó como necesaria la prórroga de su contrato, planteándose la presentación extemporánea de la apelación; en el caso Medaya (991) se trata de un ex funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que reclamó por la no prórroga de su contrato, en razón de presuntas acusaciones en la esfera penal que no habrían sido probadas.

En el caso Pace (996) se reclamó un anticipo de subsidio de educación para su hijo; en el pleito Donaje, una ex funcionaria petitionó por no habersele dado prioridad para ocupar un puesto vacante; en el caso Meron (998) se trató de la reclamación de una funcionaria jubilada que sufrió lesiones en acto de servicio durante una misión del ACNUR y cuya convocatoria a una junta médica se habría demorado excesivamente.

En el caso Moore (999) un ex funcionario del Programa de Fiscalización de Drogas, alegó haber sido separado del servicio sin observarse las garantías del debido proceso.

El caso Al-Assari (1001) se refiere a la reclamación ante la rescisión contractual y por la investigación referente a una supuesta apropiación indebida de productos básicos destinados a los refugiados.

La mayoría de los casos son similares en cuanto al contenido de las reclamaciones, salvo el 1010 "Lefevre versus el Comité Mixto de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas", en el que una funcionaria jubilada alegó un error material en el pago de su pensión mensual, que le habría ocasionado daños morales.

Esta situación se repitió en el caso Merani (1019).

Diversos litigios contienen reclamos o rescisiones contractuales ante supuestos actos de apropiaciones indebidas de bienes destinados a refugiados, que son negados por los reclamantes (vg. caso Abboud y otros n° 1032, *et alios*).

Ante el aumento de estos juicios, el T.A.N.U. desde 1991 viene requiriendo a la Asamblea General aumentos de la planta permanente de su personal, y puestos de tal carácter en la Secretaría del mismo, que le fueran asignados "pro tempore" en 1989.

Debemos destacar que entre el año de su fundación (1950) y 1984 el Tribunal dictó trescientos cuarenta y dos sentencias, vale decir unas diez por año. Entre los años 1985 y 1998 se dictaron noventa y siete fallos, lo que significa unos veinticuatro por año; y en 1989 fueron redactadas treinta y dos sentencias y en los siete años siguientes, al ampliarse la jurisdicción del Tribunal aumentaron considerablemente las causas hasta casi duplicarse.

Así en 1996 se redactaron sesenta y un fallos y en 1997 sesenta, pese a las penurias presupuestarias y al escaso número de los colaboradores del TANU.

En la publicación oficial de la O.N.U. *Judgements of the United Nations Administrative Tribunal numbers 502 to 566 - 1991-1992* (11), se consignaron los casos "Giscombe versus The Secretary General of the United Nations"; "Khan, van Banteghen, Brewster, Kofi, Desta, Saeed, Stein, Youghbare, Dewey, Han, Hossain, Dey, Salinas, Kioko, Araim, Rossman and others versus The Secretary General of the United Nations", así como otros treinta juicios donde aparece como demandada la autoridad máxima de la O.N.U.

En otros casos minoritarios la demandada es la Oficina o Junta de Pensiones para los Funcionarios; la Organización Marítima Internacional; el Secretario General de la Organización Civil Internacional y el Comisionado General de la Agencia para Refugiados Palestinos (en casos muy puntuales) revisando los anuarios de la O.N.U. advertimos como con el transcurso del tiempo fueron aumentando sensiblemente los pleitos entablados por los Agentes y Funcionarios de las Naciones Unidas.

Así durante el período 1950 a 1957 el TANU dictó solo setenta fallos (poco menos de diez por año) triplicándose la labor en 1949 según hemos visto (12).

(11) Organización de las Naciones Unidas: *Judgements of the United Nations Administrative Tribunal numbers 502 to 566. 1991-1992*, New York 1999. Idem n° 1 to 70 (1950-1957), New York, 1958.

(12) *Idem*, *op. cit.* en nota (11), cases 1 to 70 (1950-1957), New York, 1958.

A la luz de los Anuarios Jurídicos de la ONU (vg. el del año 1993) publicado ese año en Nueva York en idioma castellano (13) observaremos las modalidades de otros fallos en cuestiones Administrativas Internacionales, así como diversos acuerdos propios de nuestra materia.

Respecto a este último punto la segunda más antigua Organización Internacional (Unión Postal Universal fundada en Berna en el año 1867) celebró un interesante convenio con la República de Corea, consignado en la página 179 del mismo.

En las páginas 274 a 302 dicho anuario incluye una "Reseña General de las actividades de los Organismos Intergubernamentales en relación con las Naciones Unidas", tales como la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Marítima Internacional (OMI), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), que en general cuentan con Tribunales Administrativos propios.

Entre ellos merece destacarse por su importancia el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT) que a partir del año 1993 resolvió disputas importantes como la de Anderson *et alios* contra la Organización Europea de Investigaciones Nucleares; Schickel y Zuber contra igual organismo; Kirstetter contra la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Europea y Filatkin contra la Organización Internacional de Energía Atómica (*inter alia*).

Por su parte el Tribunal Administrativo del Banco Mundial (TABM), también a partir de 1993 resolvió casos importantes, como el entablado por un súbdito norteamericano John Laverne King III (*sic*) contra el banco Mundial de Reconstrucción y Fomento.

(13) Organización de las Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, Nueva York, 1993.

El recordado colega y en vida miembro del IHLADI, Profesor Dr. Antonio Linares, en el Tomo II (Organizaciones Internacionales) de su *Curso de Derecho Internacional Público* (14), enseñaba que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, tiene "...competencia para dictar sentencia en los litigios entre la Comunidad y sus Funcionarios, conforme el art. 40 del Tratado entonces vigente sobre Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el art. 178 del Acuerdo Constitutivo de la C.E.E. y el art. 151 del Pacto que dio nacimiento a la Comunidad Europea de la Energía Atómica", remitiéndose en sus comentarios a la obra de Nicolás Catalano, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas* (pág. 86).

En la obra de João Mota de Campos *Direito Comunitário* (15), este jurista portugués alude a la actuación de dicho Tribunal de Justicia como Tribunal Administrativo de la siguiente manera, respetando la bella lengua de Camoens: "...tem podido impor as Instituições Comunitárias o rigoroso respecto pela legalidade comunitária... como Tribunal Civil julga da responsabilidade extracontratual das Comunidades, emergente das actuações dos seus órgãos e agentes... como Tribunal de trabalho cumpre - lhe decidir em todos os litígios de carácter laboral que oponham as Comunidades aos seus funcionários e agentes...".

Por último con referencia al Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo (TABID), quien fuera durante seis años su Juez y Presidente, el autor de la ponencia Dr. Martínez Moreno, nos ha brindado por sí o través de la obra de Velasco (16), datos de valor muy importante, comentando -incluso- el *leading case* "Abrahams y otros v/BID".

IV.- La Corte Internacional de Justicia y sus opiniones consultivas

El autor de la ponencia Dr. Martínez Moreno se refiere en su introducción a la "célebre opinión consultiva del 13 de Julio de 1954" de la Corte

(14) Linares, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad, Caracas, 1972, Tomo II.

(15) Mota de Campos, João: *Direito Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1990.

(16) Velasco, Eugenio: *Los Tribunales Administrativos en General y el del Banco Interamericano de Desarrollo en Particular*. Edición del BID, Washington D.C.

Internacional de Justicia, refiriéndose al caso "Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal" (17).

Para analizar el mismo nos remitimos a una de las obras jurídicas más importantes sobre estos pareceres consultivos, la del profesor romano Paolo Benvenuti: *L'accertamento del Diritto mediante i Pareri Consultivi della Corte Internazionale di Giustizia* (18), que tanto nos ayudó hace años cuando elegimos el tema de las "opiniones consultivas" para concursar como Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires, ante un prestigioso Jurado integrado por juristas de la talla de Eduardo Jiménez de Aréchaga, Calixto Armas Barea y Hugo Caminos.

A esta opinión de la Corte Internacional de Justicia se la ha calificado como "avis déclaratoire" o incluso de "jugement déclaratoire" por autores como Scandamis y Guggenheim, el primero en su obra *Le jugement déclaratoire en Droit International* (19) y el segundo en su *Traité de Droit International Public* (20).

Scandamis lo define como "...la interpretación de un asunto jurídico que hace al objeto de la controversia, exclusivamente por aquello que hay que establecer conforme con el Derecho Internacional; la fijación y el entendimiento de los derechos vulnerados, amenazados o puestos en duda a través de su fluir. Así se instituye una forma de protección parcial sometida a ella misma, siendo susceptible de una aplicabilidad efectiva en la liquidación de la situación litigiosa".

Como la Carta de las Naciones Unidas no contiene reglas en la relación entre los funcionarios de la Organización y la misma, con referencia a sus deberes y derechos, y el artículo 105 asegura la inmunidad de jurisdicción de los mismos, con referencia a los Tribunales nacionales, es obvio que si la O.N.U. los dejara sin protección judicial o arbitral para resolver estas diferencias, se verían vulnerados fines explícitos del Pacto

(17) C.I.J., *Reports*, 1954, pág. 48.

(18) Benvenuti, Paolo: *L'accertamento del Diritto mediante i Pareri Consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984.

(19) Scandamis N: *Le jugement déclaratoire en Droit International*, Paris, 1975, pág. 175.

(20) Guggenheim, P.: *Traité de Droit International Public*, Ginebra, 1967.

constitutivo, como son los de favorecer la libertad y justicia para todos los seres humanos y promover estos fines, como lo ha reconocido Suzanne Bastide citada por el ponente.

El TANU fijó una indemnización para algunos funcionarios cuyo vínculo contractual con la O.N.U. cesó por decisión de las autoridades de la misma y sin el consenso de estos agentes internacionales.

Ello motivó la consulta a la Corte Internacional de Justicia y la Asamblea General decidió tomar nota de la opinión consultiva ("Decides to take note of the Advisory opinion"), resolviendo luego que el Secretario general debía proveer las correspondientes indemnizaciones a los agentes litigantes, a extraerse de un fondo especialmente instituido (21).

Si bien hasta el momento no ha tenido sanción el proyecto para que la Corte Internacional de Justicia conozca en decisiones de los Tribunales Administrativos de la ONU y Agencias Especializadas, bien sostiene el ponente que -de hecho- mediante opiniones consultivas el máximo órgano jurisdiccional de la organización Mundial ha intervenido, y éstas tienen -Paolo Benvenuti *dixit*- el mismo valor jurídico de las sentencias (22).

Tal vez la célebre opinión consultiva del 11 de Abril de 1949 sobre "Reparación de injurias sufridas en el servicio de las Naciones Unidas" (23) después del reclamo del Conde Folke Bernadotte y su ayudante, muertos como consecuencia de un atentado terrorista, según relatamos anteriormente; mientras el primero oficiaba como mediador bajo el mandato de la ONU, resultó un motivo determinante para la posterior creación del TANU en 1950.

La sentencia del Tribunal Administrativo de la O.I.T. en relación a la UNESCO, fue motivo de la opinión consultiva de la C.I.J. de fecha 23 de Octubre de 1956 (24).

(21) *Op. cit.* en nota (18) págs. 40, 45, 52, 53, 142, 166, 304 y sgtes., 309, 310, 314, 328, 331, 345, 365 a 368 y 386 y sgtes.

(22) *Idem*, pág. 407.

(23) C.I.J. *Reports*, 1949, pág. 178 y sgtes.

(24) C.I.J. *Reports*, 1956, pág. 77 y sgtes.

En este mismo orden se inscriben la opinión consultiva del Máximo Órgano Jurisdiccional Mundial, titulada en inglés "Application for Review of Judgement number 273 of the United Nations Administrative Tribunal" de fecha 20 de Julio de 1982 (25), así como en un caso similar del 12 de Julio de 1973, con referencia al juzgamiento 158 del TANU.

V.- Pequeña bibliografía actualizada sobre el Derecho Administrativo Internacional

A los múltiples trabajos citados por el ponente creemos necesario aportar las últimas obras que conocemos sobre esta rama del Derecho Internacional que -coincidiendo con el Dr. Martínez Moreno- estimamos que aún no ha alcanzado un grado de total autonomía.

Se trata de tres obras publicadas en inglés y francés los años 1992 y 1993 siendo la primera un trabajo publicado en el Anuario Francés de Derecho Internacional.

La primera es la monografía de Jacques Schwob, *Jurisprudence du Tribunal Administratif des Nations Unies* (26); la segunda es la obra del jurista francés Alain Pellet: *Les fonctionnaires internationaux* (27) y la tercera -esta vez en inglés- el trabajo de Jurgen Schwarze: *Developing principles of European Administrative Law* (28).

VI.- Conclusiones

1. El Derecho Administrativo Internacional, como rama del Derecho Internacional Público, carece de autonomía y se encuentra en pleno proceso de desarrollo, al igual que el Derecho Internacional Administrativo y el Derecho de los Organismos Internacionales.

(25) C.I.J. Reports 1982, pág. 334 y sgtes.

(26) Schwob, Jacques: "Jurisprudence du Tribunal Administratif des Nations Unies", en *Anuario Francés de Derecho Internacional*, París 1992.

(27) Pellet, Alain: *Les fonctionnaires internationaux*, París, 1993.

(28) Schwarze, Jurgen: *Developing principles of European Administrative Law*, London, 1993.

2. Al comenzar a desenvolverse precariamente, en 1865, con la Unión Telegráfica Internacional y dos años después con la Unión Postal Universal, esta futura rama del saber jurídico se encontraba latente o "in status nascendi"; pero a partir de la obra de Escipión Gemma (1902), adquiere carácter distintivo, que se acentúa a partir del fin de la G.M. I (1918).

3. Esta rama del saber jurídico posee los siguientes elementos esenciales:

- a) Su inserción en las Organizaciones Internacionales;
- b) Su dependencia del Derecho Internacional Público que las rige (Derecho de las Organizaciones Internacionales).
- c) Su propio "Corpus Iuris" interno;
- d) La creciente protección de los derechos humanos, sociales, laborales, de seguridad, libre asociación, protección familiar y otros, de los agentes internacionales.
- e) La existencia de diversos Tribunales Administrativos Internacionales con independencia del TANU, que han contribuido al desarrollo progresivo de esta rama del saber jurídico.

4. Que si bien las decisiones de estos Organos Jurisdiccionales tienen -en principio- autoridad internacional y carácter definitivo, la práctica indica que los órganos de la Organización Mundial como la Asamblea General de la O.N.U. pueden someterlas -por vía interpretativa- al contralor de la Corte Internacional de Justicia, solicitándole una opinión consultiva en circunstancias puntuales.

5. Los Tribunales Administrativos Internacionales constituyen una eficaz garantía para el ejercicio de la función pública internacional.

6. Estos Tribunales, al resolver cuestiones que hacen al servicio civil internacional, no sólo aplicarán las normas establecidas por la Organización Mundial y/u otras Organizaciones de carácter estatutario y reglamentario, así como el contrato de empleo o carta de nombramiento; sino también la equidad, los principios generales del derecho, las reglas de los convenios internacionales del trabajo elaborados por la O.I.T., las

reglas generales laborales aplicables en los Estados del mundo civilizado y el respeto de los derechos humanos fundamentales.

7. Debería instaurarse una instancia apelatoria de las decisiones de los mismos, ante una rama especial de la Corte Internacional de Justicia, modificándose su estatuto y reglamento.

8. Deberá reconocerse a estos Tribunales Administrativos -mientras no se creen otras instancias de contralor- el derecho de anular disposiciones legislativas de los órganos deliberantes, que no se refieran al funcionamiento "stricto sensu" del organismo, en beneficio de los derechos fundamentales de sus agentes.

9. Deberá reconocerse el pleno ejercicio del derecho de libre asociación de los funcionarios internacionales.

10. Estas asociaciones, libremente constituidas deberán gozar del "locus standi" en aquéllos juicios donde puedan resolverse situaciones que afecten a todos o a la mayor parte de los agentes del Organismo Internacional.

Buenos Aires, Octubre 30 de 2000.

JEFES DE ESTADO Y JURISDICCION UNIVERSAL: LOS CASOS "CUBA" Y "GUATEMALA"

José Antonio TOMAS ORTIZ DE LA TORRE*

Asociado del I.H.L.A.D.I.

1.- Introducción

En el transcurso de los últimos cinco años los Tribunales penales españoles han tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre su competencia judicial penal internacional, como cuestión previa, para poder conocer de presuntos delitos que habrían sido cometidos en el extranjero por ex jefes de Estado y por jefes de Estado *en activo*, así como por otras personas que poseyeron la condición de funcionarios civiles o militares, o incluso sin ella. Las víctimas fueron tanto ciudadanos extranjeros como españoles. Tratándose de presuntos delitos cometidos *en el extranjero*, y previa declaración positiva, naturalmente, de competencia judicial penal internacional a favor de los Tribunales españoles, es decir, establecida la *competencia general directa*, la competencia para instrucción corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción integrados en la Audiencia Nacional y, en su caso, para el enjuiciamiento de los mismos a la Sala de lo Penal de dicha Audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 65 e) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Es, pues, la Audiencia Nacional la que ha resuelto la existencia o no de inmunidad de jurisdicción y de competencia judicial penal internacional a favor de los Tribunales de España, dentro del quinquenio antes indicado, en diversos casos, en los que los denunciados o querellados eran ex jefes de Estado o jefes de Estado en activo, alguno de los cuales, como fue el caso relativo al general Augusto Pinochet, alcanzó extraordinaria repercusión mundial.

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex Secretario General de la misma. Académico.

En estas páginas nos limitaremos a los dos casos mencionados en el rótulo, prescindiendo de otros que afectan a personas que ni han sido ni son jefes de Estado, y respecto de los cuales se pretende ejercer por los Tribunales penales españoles, como ha sido ejercida también por Tribunales de diversos Estados, la llamada "jurisdicción universal" término que parece haber sido acuñado por el jurista norteamericano Willard B. Cowles en 1945 (1).

(1) Vid. Willard B. Cowles: *Universal Jurisdiction over War Crimes*, en 33 California Law Review, 1945, pp. 177-218. He aquí algunos casos juzgados por tribunales de otros países: En Austria el Tribunal de Distrito de Salzburgo acusó, el 31 de mayo de 1995, de genocidio en Bosnia al asilado *Duso Cvjetkovic*, declarando el Tribunal Supremo de Austria que los Tribunales austriacos tenían jurisdicción para juzgar el caso. En Dinamarca el asilado serbobosnio *Refick Saric* fue condenado por los Tribunales daneses, por torturas en un campo de concentración bosnio. En Francia el Tribunal de Casación consideró culpable de genocidio y crímenes contra la humanidad al residente *Wenceslas Munyeshaka*, de nacionalidad ruandesa, y los Tribunales franceses decretaron la detención, el 3 de julio de 1999, del mauritano *Ely Ould Dha*, por delito de torturas cometido en Mauritania. En Alemania el Tribunal de Munich condenó, el 23 de mayo de 1997, por asesinato cometido en Serbia, a *Novislav Djajic*; el Tribunal de Dusseldorf sentenció el 26 de septiembre de 1997, al redidente *Nikola Jorgic* por delito de genocidio cometido en Serbia; también el Tribunal de Dusseldorf condenó, por sentencia de 29 de noviembre de 1999, a *Maksim Sokolovic* por delito de malos tratos cometido también en Serbia, y el Tribunal de Munich sentenció, el 15 de diciembre de 1999, a *Djuradi Kusljic* por delito de genocidio cometido en territorio de la antigua Yugoslavia. En Holanda el residente serbobosnio *Darko Knezevic* fue acusado, el 11 de noviembre de 1997 de varios crímenes de guerra, pero no fue juzgado ya que el punto de vista de B.V.A. Röling, el juez holandés en el Tribunal Militar Internacional de Tokio, defendía que las Convenciones de Ginebra si bien reconocen el principio de jurisdicción universal lo hacen solamente respecto de los Estados beligerantes entre sí. En Suiza el Tribunal Militar de Lausana acusó, el 8 de abril de 1997, al serbobosnio allí asilado *Goran Gravez*, de haber cometido varios crímenes en campos de concentración en Bosnia-Herzegovina, pero los cargos no se probaron; el mismo Tribunal sentenció al ruandés asilado *Fulgence Niyonteze*, el 30 de abril de 1999, por asesinato y otros delitos, pero fueron excluidas las acusaciones de genocidio y crímenes contra la humanidad. En Gran Bretaña en septiembre de 1997 fue detenido el médico sudanés, residente en Escocia, *Mohammed Ahmed Mahgoub*, acusado de cometer torturas en Sudán, y el 1 de abril de 1999 *Anthony Sawoniuk*, fue condenado por asesinato de judíos y crímenes de guerra, en territorio de lo que hoy es Belarus. Muy estricta es la sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 1 de septiembre de 1999, en el caso *Nulyarimma v. Thompson*, en la que afirma que salvo legislación que lo establezca, nadie puede ser juzgado por genocidio ante los Tribunales australianos, vid. Committee on International Human Rights Law and Practice (International Law Association. London Conference 2000): *Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*, en International Law Association: Report of Sixty-Ninth Conference, London, 2000, pp. 424-435. En Bélgica el Tribunal penal de Bruselas juzgó y condenó por sentencia de 8 de junio de 2001, por genocidio a los ruandeses Vincent Ntezimana, Alphonse Thiganiro, Consolata Mukangango y Julienne Mukabutura (estas dos últimas monjas benedictinas) en virtud de la ley belga de 1993 que otorga competencia universal a la justicia belga en relación

De los cuatro casos circunscritos al Continente americano, cronológicamente el primero de ellos corresponde al caso "Argentina", en relación al cual el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por Auto de 28 de junio de 1996, dispuso "declarar competente a la Jurisdicción española" para averiguar y perseguir hechos delictivos, según el Código penal español, presuntamente cometidos en el extranjero, contra extranjeros y contra españoles, por personas que habían integrado la Junta Militar argentina. Como consecuencia de la citada resolución el Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción, de 12 de septiembre siguiente dispuso la práctica de diligencias para desarrollar el curso del proceso penal. Y la posición del Juzgado Central de Instrucción fue confirmada más tarde, en apelación, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por su Auto de 4 de noviembre de 1998 (2).

Tres meses después se inicia el caso "Chile", más conocido como caso "Pinochet", por el que se pretende juzgar en España hechos delictivos, según nuestro Código penal, que presuntamente habrían sido cometidos, en el extranjero contra extranjeros y españoles, por el general Augusto Pinochet Ugarte durante el período en el que ocupó la jefatura del Estado de Chile. En septiembre de 1996 el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 declaraba también la competencia judicial penal de los Tribunales espa-

al delito de genocidio, y en base a esta ley se ha admitido a trámite una querrela contra el actual jefe del Gobierno israelí, Ariel Sharon, por las matanzas ocurridas en los campos de refugiados de Sabra y Chatila, en 1982.

A estos pueden añadirse, por lo que respecta a los Tribunales españoles, el caso del ciudadano argentino *Ricardo Miguel Cavallo* cuya extradición está solicitada a México acusado, entre otros presuntos delitos, de torturas, y el intento de persecución del general chileno, ex ministro de Defensa durante la dictadura pinochetista, *Hernán Julio Brady Roche* a quien el magistrado-juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 acusa, en mayo de 2001, de responsabilidad en la detención, el 14 de julio de 1976, y posterior asesinato del funcionario internacional de doble nacionalidad hispano-chilena Carmelo Soria. En ambos casos, como en los relativos a "Argentina", "Chile", y "Guatemala" (en los que no se contemplaba a ningún jefe de Estado *en activo*), el Ministerio Fiscal viene manteniendo la falta de jurisdicción penal internacional de los Tribunales españoles, tesis que entendemos correcta y que compartimos sin ninguna duda.

Por último, el Tribunal argelino de Tebessa admitió a trámite una denuncia contra el general francés Paul Aussaresses, al que se acusa de torturas durante la guerra de independencia de Argelia (1954-1962), si bien aquí la posible base en el principio de "territorialidad" resulta evidente; vid. diario "El Mundo", martes 15 de mayo de 2001, p. 26.

(2) Sobre este caso vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Competencia judicial penal internacional de los Tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, volumen XIII, 1997, pp. 505-536.

ñoles para conocer de este caso, competencia que se confirmó por Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción de fecha 15 de septiembre de 1998, que fue recurrido por el Ministerio Fiscal siendo desestimado el recurso por Auto de 1 de octubre de 1998, el cual fue recurrido a su vez en apelación por el Ministerio Fiscal, recurso que no prosperó y fue también desestimado, esta vez por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Auto de 5 de noviembre de 1998 (3).

Hasta aquí, como se ve, se declara la competencia judicial penal internacional de nuestros Tribunales en un momento en el que los denunciados o querellados *no ostentaban ya la condición de jefe de Estado*, aunque los hechos habrían tenido lugar cuando aún se hallaban ocupando el cargo y, por tanto, *en activo*. Por el contrario, tratándose de denuncias o querellas, interpuestas también en el curso del año 1998, contra personas que estaban ejerciendo el cargo de *jefe de Estado en activo*, como ocurrió con el caso "Marruecos", en el que se solicitaba el procesamiento del rey Hassan II de Marruecos, y con el caso "Guinea Ecuatorial" en el que se pretendía lo mismo respecto del Presidente de dicha República, general Teodoro Obiang Nguema, la Audiencia Nacional declaró la inadmisión a trámite de las denuncias formuladas y el archivo de las actuaciones, al reconocer la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan los jefes de Estado *en activo* (4).

Posteriormente, a finales de 1998, se produce el caso "Cuba" al interponerse querella contra varias personas extranjeras, entre las que se encontraba Fidel Castro Ruz, jefe de Estado de la República de Cuba *en activo*, y a comienzos de 2000 el caso "Guatemala" iniciado también por querella igualmente, contra un grupo personas, también extranjeras, entre las cuales figuraban ciertas personas en ese momento ya *ex jefes de Estado*, en concreto los generales Fernando Romeo Lucas García, Efraín Ríos Montt, que al tiempo de la denuncia ocupaba el cargo de Presidente

(3) Sobre este caso vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Reflexiones sobre el caso "Pinochet": ¿Tienen competencia los Tribunales españoles?*, en Actualidad Penal, número 30 (semana 24 al 30 de julio de 2000), La Ley, pp. 619-654, y la bibliografía allí citada.

(4) En relación a jefes de Estado vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *La inmunidad de los jefes de Estado, a debate*, en Revista Jurídica de Asturias (Academia Asturiana de Jurisprudencia), número 23, 1999, pp. 27-45.

del Congreso de Guatemala y Oscar Humberto Mejías Vítores. En ambos casos la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declara la imposibilidad de que los Tribunales españoles puedan conocer de los hechos delictivos, según nuestro Código penal, que los querellantes y denunciados imputan a los querellados y denunciados (5). Veamos seguidamente las argumentaciones, contenidas en las respectivas resoluciones, en las que se basa la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para declarar la falta de jurisdicción penal internacional a las que añadiremos brevemente nuestra posición sobre ellas.

2.- El caso "Cuba": Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 1999 (6)

En cuanto a los antecedentes de hecho debe señalarse que formulada querella por diversos particulares contra varias personas, entre las que, como ya se ha dicho, se encontraba Fidel Castro Ruz, jefe de Estado de la República de Cuba, el Auto del Juzgado Central núm. 2 de la Audiencia Nacional, de 19 de noviembre de 1998, dispuso no haber lugar a admitir a trámite dicha querella, en la que se acusaba a los querellados de haber cometido presuntamente delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Sintetizando las posteriores actuaciones procesales cabe decir que interpuesto recurso de reforma, y subsidiario de apelación, tres días después, por la parte querellante, el Ministerio Fiscal es escrito de 27 de noviembre siguiente informó que procedía la desestimación del recurso de reforma por los propios fundamentos del auto de inadmisión de querella. Por Auto de 1 de diciembre de 1998 dicho Juzgado Central núm. 2 desestimó el recurso de reforma y admitió a trámite el recurso de apelación subsidiario en ambos efectos, acordando la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y cumplidos los pertinentes trámites procesales el Pleno de la citada Sala dictó el Auto de 4 de marzo de 1999, cuyos razonamientos jurídicos son los siguientes:

(5) Agradezco vivamente el conocimiento de los Autos relativos a ambos casos, a mi amigo y compañero de claustro en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, ilustrísimo señor don Jesús Santos Alonso, Teniente Fiscal de la Audiencia Nacional.

(6) Diligencias Previas núm. 322/98. Rollo núm. 111/98. Sección Segunda. Juzgado Central de Instrucción 2. Texto, que sepamos, inédito.

"PRIMERO.- El recurso de apelación se inicia con una referencia al fundamento séptimo del auto recurrido, y expresa su conformidad con el criterio del Instructor de no apreciar inmunidad de jurisdicción respecto del querellado Excmo. Sr. Fidel Castro Ruz, pese a su condición de Presidente del Consejo de Estado de la República de Cuba, rechazando así la opinión del Ministerio Fiscal, cuyo informe postulaba que, atribuyendo la querella supuestos hechos delictivos al principal querellado, Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz, cuando asumía la Jefatura del Estado de Cuba, condición que sigue ostentando en la actualidad, goza del principio de inmunidad "in parem non habet imperium" reconocido en la legislación española en el art. 21.1 de la L. Orgánica del Poder Judicial, por remisión a las normas internacionales en la materia.

En el auto recurrido, como se ha dicho, se prescinde de este motivo o causa de oposición a la admisión a trámite de la querella, y en el auto se opta por abundar en el tema de la inexistencia de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, en atención a la propia descripción fáctica que se contiene en la querella.

El Pleno entiende que un orden lógico exige examinar en primer término si concurre o no la inmunidad de jurisdicción, pues lo que debe hacer todo órgano jurisdiccional es determinar, ante todo, si tiene atribuida jurisdicción, y en su caso competencia, sobre la cuestión que le plantea la parte para resolver, y solo en caso afirmativo es cuando podrá satisfacer, positiva o negativamente la pretensión deducida.

Obvio es indicar que, trayendo de nuevo a esta alzada el tema de la inmunidad de jurisdicción, en nada se vulnera el principio de la prohibición de reforma peyorativa, al no poder quedar consentido y firme, por el hecho de no ser objeto del recurso, un presupuesto esencial para la actividad jurisdiccional, como es si la Audiencia Nacional, en concreto el Juzgado Central de Instrucción y la Sala de lo Penal, tiene o no atribuida jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto de la querella, cuestión que se identifica con la de si la jurisdicción penal española puede enjuiciar, en el sentido amplio de iniciar un procedimiento judicial penal, al Jefe de Estado de un país que mantiene relaciones diplomáticas con España.

SEGUNDO.- En el fundamento séptimo del auto recurrido el Instructor parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/92 de 1 de Julio, y de su lectura obtiene la consideración de que, en base a dicha sentencia, la inmunidad de ejecución de los Estados Extranjeros es limitada, y no absoluta.

En el replanteamiento que hacemos del tema se ha de partir de las siguientes premisas:

a) No debe confundirse la inmunidad de jurisdicción con la inmunidad de ejecución. A esta última es a lo que se refiere la STC 107/92 y además en referencia la jurisdicción laboral. Por tanto decir que la inmunidad de ejecución es limitada cuando se trata de Estados Extranjeros en la esfera laboral, debe aceptarse, pero nada tiene que ver con el problema de la inmunidad de jurisdicción, en materia penal, respecto de un Jefe de Estado extranjero por hechos supuestamente delictivos.

b) Ciertamente la meritada sentencia del TC se refiere también a la inmunidad de jurisdicción, pero lo hace obiter dicta, marcando la diferencia con la inmunidad de ejecución, para después resolver el tema concreto que se plantea, en el recurso de amparo, con exclusiva referencia a la inmunidad de ejecución en materia social.

En consecuencia entendemos que la motivación del fundamento séptimo del auto recurrido es errónea, y ha quedado sin respuesta el motivo de oposición del Ministerio Fiscal a la admisión trámite de la querella, y no tanto porque debamos satisfacer de modo motivado la pretensión del Ministerio Fiscal, como porque siendo la jurisdicción improrrogable es obligado resolver la cuestión, es por lo que el Pleno debe de oficio decidir si la jurisdicción penal española puede conocer de unos hechos supuestamente delictivos, y ello con carácter previo al pronunciamiento de si los mismos están incluidos en el principio de universalidad que establece el art. 23.4 a) y b) de la L.O.P.J., para los delitos de genocidio, terrorismo, y en el Convenio sobre Represión de la Tortura, y en base al apartado g) de dicho número y artículo para el delito de torturas.

TERCERO.- En materia penal corresponde la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos a que hace referencia el art. 23 de la L.O.P.J., viniendo dada la atribución por el juego del principio de territorialidad, fundamentalmente, y por el principio de personalidad, real o de protección y de universalidad, recogido cada uno de ellos en los cuatro apartados del citado artículo 23. En la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 1-6-87 (st 87/4315) se establece "sin embargo, la territorialidad antedicha y proclamada por cuerpos legales fundamentales, así como el consecutivo principio de igualdad de todos ante la ley, consagrado en el art. 14 de la CE., tienen importantes excepciones, unas de derecho público interno, otras generadas en la naturaleza del acto, y, finalmente, las restantes, fundadas en normas de derecho público externo o internacional, lo que en cuanto a estas últimas excepciones se refleja en el art. 334 de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, donde se preceptúa: "Exceptuase de lo ordenado en el artículo anterior los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes, o Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus gobiernos respectivos".

No hay duda por tanto dada la expresa mención a Presidentes o Jefes de otros Estados de dicho artículo 334 de la L.O.P.J., de 1870, que hasta la entrada en vigor de la L.O.P.J., de 1-7-85, la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado extranjero era una realidad insoslayable por imperativo legal.

En la situación actual hay que partir del párrafo 2º del artículo 21 de la L.O.P.J. vigente, cuyo precepto dispone: "Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público", lo que debe completarse con el inciso final del art. 23 de la L.O.P.J., que dice así: "sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales en que España sea parte".

CUARTO.- Conviene volver a la Sentencia del T.C. 107/92 de 1 de Julio pues, como se ha dicho antes, contiene una referencia obiter dicta a la inmunidad de jurisdicción, a efectos de hallar el hilo conductor sobre el tema que se plantea.

En el Fundamento Jurídico 4º se señala: "Dado que la inmunidad de jurisdicción no forma parte de los problemas planteados en el presente recurso de amparo, baste decir al respecto que, desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción, fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio "par in parem imperium non habet", el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos iure imperium y actos iure gestionis, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general. Y ello sin perjuicio de que en el ordenamiento internacional subsistan otro tipo de inmunidades de carácter absoluto o cuasi absoluto, como son las del personal diplomático y consular o la inviolabilidad de las sedes de los locales diplomáticos y consulares y de sus bienes. Conviene señalar en este punto que las inmunidades del Estado extranjero y otro tipo de inmunidades de Derecho Internacional (en especial, las diplomáticas y consulares) no deben ser confundidas o identificadas, sin perjuicio de que en ciertos supuestos ambos tipos de inmunidades puedan solaparse, lo cierto es que se trata de instituciones diferentes y resulta erróneo que la remisión que el artículo 21.2 de la L.O.P.J., hace a las normas internacionales se concrete sin más en las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, cuando se está en presencia de supuestos de inmunidad del Estado extranjero y sus órganos".

Estas directrices aplicadas al caso de autos, permite afirmar la existencia de una inmunidad, o si se quiere de exención jurisdiccional, según otra terminología a la que se muestra más proclive la doctrina, distinguiendo entre inviolabilidad, inmunidad y exención jurisdiccional, ésta última relativa al Jefe de Estado extranjero, que tiene como fuente no ya las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, sino los propios Tratados bilaterales firmados por los Estados y la costumbre internacional".

El carácter de Jefe de Estado del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz no ofrece duda a la luz del cargo que ostenta, pues el artículo 74 de la Constitución de la República de Cuba dice que el Presidente del Consejo del Estado es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y por lo establecido en el art. 93 de dicha Constitución de 1976, reformada en julio de 1992: "Las atribuciones del Presidente del Consejo de Estado y Jefe de Gobierno son las siguientes:

a) representar al Estado y al Gobierno y dirigir la política nacional".

Hay pues exenciones jurisdiccionales de Derecho interno, y a ello se refiere el art. 53.3 de la Constitución Española que proclama la inviolabilidad de el Rey, y exencio-

nes jurisdiccionales de Derecho externo, cual es la del Jefe de Estado extranjero, que se configura como inmunidad de carácter general dentro del orden penal y jurisdiccional del Estado receptor, tratándose de una exención jurisdiccional absoluta.

El criterio es unánime en la doctrina penal y procesal, y así, aparte de los catedráticos Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez, de quienes procede la cita anterior, en su comentario al art. 21.2 de la L.O.P.J., los catedráticos Cobo del Rosal y Vives señalan que la norma se orienta a la inmunidad de los Jefes de Estado extranjeros y tiene su fuente en los Tratados bilaterales y en la propia costumbre internacional.

De igual modo el profesor Prieto Castro señala que es un derecho que tiene alguien (persona o Estado) frente a otro (autoridad o Estado) que no puede ejercer su poder, definición de inmunidad en el sentido de exención jurisdiccional a que nos estamos refiriendo para el Jefe de Estado extranjero.

Por último el también catedrático Polaino Navarrete se refiere a la sustitución del propio ordenamiento por el ajeno en razón a exigencias políticas de índole internacional, que aconsejan remisiones punitivas a ordenamientos penales foráneos, a fin de que conforme a ellos se juzguen los comportamientos delictivos realizados por Jefes de Estado extranjeros.

QUINTO.- En conclusión, si España reconoce la soberanía del pueblo cubano y mantiene con dicho país relaciones diplomáticas, la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querella se refiere) en cuanto que uno de los querellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano.

Con ello basta para rechazar la admisión a trámite de la querella, pues lo que el Pleno fija como razón de ser de la inadmisión de la querella es la no posibilidad de que el conocimiento de aquella corresponda a la jurisdicción penal española.

Innecesario es decir que la solución anterior en nada contradice una reciente resolución de este mismo Pleno, en el que el querellado era el Senador de la República de Chile General Pinochet, dado que no se trataba de un Jefe de Estado extranjero, al haber cesado en dicho cargo cuando se desestimó el recurso contra la admisión de la querella.

SEXTO.- Del ordinal anterior se desprende que se confirma la inadmisión a trámite de la querella y se desestima el recurso, y ello aun cuando figuren en la querella otros querellados que indudablemente no tienen el carácter de Jefes de Estado extranjeros.

Ello es así por darse un claro supuesto, en la realización de los hechos que relata la querella y de ser ciertos los mismos, de conexidad subjetiva con el principal querellado, como se desprende de todo el relato fáctico que desarrolla el querellante, siendo de aplicación al caso los números 1º y 2º del art. 17 de la L.E. Criminal, con la consecuencia de que todos deben ser juzgados, si así procediese, en un único procedimiento, toda vez que la inmunidad del Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que declaramos no ha de ser solo directa, sino además indirecta, esto es, evitando la repercusión que para aquél tendría el enjuiciamiento de los demás querellados en proceso aparte.

EL PLENO DE LA SALA ACUERDA:

1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del querellante... etc."

3.- Consideraciones al respecto

La decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es, a nuestro juicio, acertada, por cuanto, hoy por hoy, con independencia de que la calificación de los delitos que se imputan a los querellados sea o no correcta, y de que los hechos presuntamente delictivos hayan o no tenido lugar, existe unanimidad doctrinal en cuanto al respeto de la inmunidad penal del jefe de Estado extranjero mientras se halle *en activo*, y tal unanimidad se remonta a los autores clásicos y se prolonga en el tiempo hasta la actualidad. Es cierto que hubo históricamente alguna voz disonante, concretamente el holandés Cornelius van Bynkershoek, en el siglo XVIII, sostuvo, en solitario, que los Tribunales penales del Estado en el que se halle un jefe de Estado extranjero en activo, podían ejercer sobre él su jurisdicción penal, pero semejante tesis no tuvo recepción en la doctrina. Cuestión distinta es la de respetar o no esa inmunidad una vez que el jefe de Estado ha dejado de ocupar el cargo, pues aquí la doctrina presenta matizaciones según los autores y según respecto de qué actos, pero en relación al jefe de Estado *en activo* no hay discrepancias. Así, en la doctrina española más reciente cabe citar la opinión del profesor Pastor Ridruejo para quien "la inmunidad de jurisdicción penal es completa" (7), línea en la que se hallan, como no podría ser de otro modo, los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santamaría que sostienen que "en cuanto a las inmunidades (del jefe de Estado) se le reconoce una inmunidad de jurisdicción penal absoluta que incluye cualquier medida de policía o procesal" (8).

Por lo que respecta a la doctrina anglosajona cabe citar la opinión mantenida en la 9ª edición del *Oppenheim's International Law*, publicada en

(7) Vid. José Antonio Pastor Ridruejo: *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Madrid, 1996, p. 507.

(8) Vid. Julio D. González Campos *et alia*: *Curso de Derecho Internacional*, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 443. Por otro lado al jefe de Estado en activo le considera persona internacionalmente protegida la Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, vid. Boletín Oficial del Estado, núm. 23, de 7 de febrero de 1986.

1992 a cargo de Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, en donde se sostiene que: "Todos los privilegios mencionados se deben conceder al Jefe de Estado sólo mientras ocupe este cargo. Por tanto, después de ser destituido o abdicar, puede ser procesado, por lo menos respecto a las obligaciones de carácter personal en que haya incurrido mientras era jefe de Estado. Por sus actuaciones oficiales como jefe de Estado disfrutará de inmunidad permanente, como cualquier otro representante del Estado" (9). En la misma línea se manifiesta Satow en la 5ª edición de su *Guide to Diplomatic Practice*, según el cual: "... la condición jurídica personal del jefe de un Estado extranjero sigue regulada por las antiguas normas de derecho internacional, que se pueden exponer en términos sencillos. Tiene derecho a inmunidad, probablemente sin excepción, de índole penal y civil... Los jefes de Estado que hayan sido depuestos o hayan dimitido, dejan por supuesto de gozar de los privilegios e inmunidades de jefe de Estado. Tendrá derecho a inmunidad permanente en relación con los actos efectuados mientras era jefe de Estado, siempre que efectuara estos actos en el ejercicio de su cargo oficial; a este respecto, su condición no es distinta de la de cualquier otro representante del Estado" (10). Por su parte Sir Arthur Watts en el curso profesado en la Academia de Derecho internacional de La Haya, en 1994, afirma que: "No obstante, las acciones oficiales de un jefe de Estado, efectuadas en su calidad de jefe de Estado, están sujetas a consideraciones distintas. Estas acciones son acciones de Estado, y no puede ser juzgado por ellas ni siquiera después de dejar de ser jefe de Estado" (11).

Obviamente dicha inmunidad de jurisdicción penal la mantiene el Derecho internacional general respecto del jefe de Estado en activo *ante tribunales nacionales extranjeros*, no, en cambio, ante los tribunales de su

(9) Cit. en *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (Appellants), ex parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division. Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (Appellants), ex parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from Divisional Court of the Queen's Bench Division), on 25 november 1998* (en adelante *Regina v. Bartle*), p. 45 del texto original inglés.

(10) Cit. *in eod. loc.*, p. 44 del texto original inglés.

(11) Cit. *in eod. loc.*, p. 44 del texto original inglés. Vid. Sir Arthur Watts: *The legal position in international law of heads of States, heads of Government and foreign ministers*, en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994 (III), tomo 247, pp. 9-130.

propio país. Y también en algunas jurisprudencias nacionales se ha mantenido ese criterio en casos acaecidos en la primera mitad del siglo XX, así en la Sentencia del Tribunal Supremo australiano de Nueva Gales del Sur, de 22 de septiembre de 1943, que resuelve el caso *Wright v. Cantrell*, se dice que: “No hay duda de que la completa inmunidad del ejercicio de jurisdicción es acordada a los soberanos visitantes” (12).

En cambio una muy tenue inflexión (13) tendente a despojar de dicha inmunidad de jurisdicción penal al jefe de Estado en activo, parece iniciar su camino en el primer cuarto del siglo XX para continuar después hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial, pero ante *Tribunales internacionales* y sin que pueda hablarse de resultados prácticos, pues en efecto, al término de la Primera Guerra Mundial aun cuando el artículo 227 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, acusa al ex Kaiser y rey de Prusia, Guillermo II Hohenzollern de “gran ofensa a la moralidad internacional y a la sagrada autoridad de los tratados”, ya el 19 de abril del mismo año el presidente norteamericano Woodrow Wilson se había pronunciado en contra de la creación de un Tribunal internacional para juzgarle, con independencia de que el asilo político que había obtenido en Holanda desde el 9 de septiembre de 1918, impidió que prosperase la petición de extradición formulada por los Aliados. Teniendo en cuenta que la República de Weimar promulgó, en enero de 1920, la Ley sobre punición de criminales y crímenes de guerra, y obtuvo el consentimiento de los Aliados para que otras personas acusadas de dichos crímenes fuesen juzgadas en territorio alemán y por Tribunal alemán, lo que efectivamente se llevó a cabo por un Tribunal penal de Leipzig que dictó dos sentencias, la de 10 de enero de 1921 y la de 20 de diciembre de 1922, con la que se liquidaba el problema definitivamente, cabe suponer que de haber sido juzgado Guillermo II que, por otra parte, ya no era jefe de Estado en activo, lo habría sido en Alemania y por Tribunal alemán (14).

(12) Vid. *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1943-45), p. 135, cit. por Alfred Verdross en: *Derecho internacional público*, trad. esp. de la 5ª ed. alemana, Madrid, 1976, p. 219, nota 50.

(13) Vid. Charles Rousseau: *Derecho internacional público*, trad. esp., 2ª ed., Barcelona, 1961, p. 327.

(14) Vid. Edmund Jan Osmańczyk: *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, México, 1976, pp. 347-349.

Y al término de la Segunda Guerra Mundial tampoco ningún Tribunal internacional juzgó a ningún jefe de Estado *en activo*, pues respecto de Adolf Hitler lo impidió su muerte, y en cuanto al emperador japonés Hiro-Hito lo impidió el general norteamericano McArthur, por lo que en la Sentencia del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, con sede en Tokio, de 12 de noviembre de 1948, dicho jefe de Estado *en activo* no figura entre los sometidos al proceso penal. Sin embargo, un claro indicio del retroceso del reconocimiento de inmunidad de jurisdicción penal a los jefes de Estado *en activo* ante Tribunales internacionales, aparece claramente en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyo artículo 7 decía que: “La posición oficial de los autores, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo”. Y coherentemente con esto la Sentencia de dicho Tribunal, de 1 de octubre de 1946, afirmó que: “La protección que el Derecho internacional asegura a los representantes del Estado no ha de aplicarse a los actos criminales. Los autores de estos actos no pueden invocar su carácter oficial para susstraerse al procedimiento normal y eludir el castigo” (15).

Como antes se ha dicho, respecto de quien ya no es en activo jefe de Estado ciertas jurisprudencias nacionales han mostrado un cambio desde la concesión de inmunidad total hasta la negativa a reconocerla, para según qué casos. Así, en la jurisprudencia norteamericana la inmunidad total reconocida en los casos *Hatch v. Báez* (1876) y *Underhill v. Hernández* (1897), quiebra en los casos *Jiménez v. Aristeguieta* (1962) y *United States of America v. Noriega* (1990), pasando a ser relativa o restringida (16). Sin duda existe respecto de estas personas una progresión del Derecho internacional dado que sus normas consuetudinarias no son estáticas sino dinámicas, como bien ha señalado el juez Lord Denning en la decisión del caso *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* (1977), al admitir que “debemos aplicar estos cambios y no quedarnos anclados en ninguna idea de jurisprudencia en el Derecho internacional” (17).

(15) Vid. Charles Rousseau: op. cit., p. 327. Sobre los procesos de Nuremberg y Tokio puede verse Antonio Quintano Ripollés: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, tomo I, Madrid, 1955, pp. 417 y siguientes, y pp. 433 y siguientes.

(16) Citados en *Regina v. Bartle*, pp. 47-49 del texto original inglés.

(17) Cit. en *Regina v. Bartle*, p. 22 del texto original inglés.

Por lo que atañe a otras naciones, se advierte que ciertas personas que fueron, pero que *ya no son jefes* de Estado han sido procesadas o juzgadas por los Tribunales penales *de sus respectivos países*, y no por ningún Tribunal nacional de *otro Estado*, ni por un Tribunal internacional. Así, en los casos de los miembros de la Junta Militar de Grecia, de la Junta Militar de Argentina, de Bokassa en la República Centroafricana, de Pol Pot en Camboya, de Erich Honecker en Alemania, de Nicolae Ceausescu en Rumanía, de Augusto Pinochet en Chile (cuyas autoridades han denegado su extradición a Argentina, solicitada por un juez de este país), de Slobodan Milosevic en la actual Yugoslavia, de Joseph Estrada en Filipinas, o de Alberto Fujimori de cuya posibilidad de procesamiento por los Tribunales peruanos da cuenta la prensa a mediados de mayo de 2001, si bien Japón en el mensaje de felicitación al presidente electo Alejandro Toledo, ha dejado claro que no concederá la extradición. Añádase a esto la petición de extradición del ex presidente paraguayo Alfredo Stroessner, emitida por el juez de Asunción, Carlos Escobar, por torturas y asesinato, que choca con el asilo político que le otorga Brasil desde 1989. También la detención del ex presidente argentino Carlos Menem, y el posible procesamiento del presidente de Indonesia, Abdurrahman Wahid. Sin embargo, los Tribunales de algunos Estados se han declarado competentes para enjuiciar a ex jefes de Estado extranjeros, recordemos aquí de nuevo los casos de "Argentina" y "Chile" ante la Audiencia Nacional en España, y el caso del ex Presidente de Chad, Hissene Habré, que fue condenado el 3 de febrero de 2000, por el Tribunal Regional de Dakar (Senegal), por delito de torturas (18). Ahora bien, por el momento, pues, el ejercicio de

(18) Vid. Committee on International Human Rights Law and Practice: *Final Report...*, etc., citado *supra* nota 1, en *op. cit.*, p. 429. No obstante, puntualizando a dicha publicación cabe decir que Habré, exiliado en Senegal en 1990, fue puesto en arresto domiciliario en 2000 tras ser enjuiciado, y es el primer ex jefe de Estado africano procesado en un tercer país por violación de derechos humanos, pero en marzo de 2001 la Corte de Casación decidió que no podía ser juzgado por complicidad en actos de tortura y crímenes contra la humanidad, al haber sido cometidos los presuntos delitos en otro país. Y tras la declaración de incompetencia el presidente senegalés Abdoulaye Wade, exigió a Habré el abandono del territorio del Senegal, concediéndole 30 días de plazo, v. diario "El Mundo", lunes 9 de abril de 2001, p. 22. Pero en otras ocasiones los Tribunales nacionales han respetado la inmunidad del ex jefe de Estado, así ha ocurrido en el caso *État Haïtien c. Duvalier* en el que los Tribunales franceses, en 1988 y 1989, sostuvieron que: "sea cual fueren las faltas cometidas por un ex jefe de Estado (éstas) necesariamente están ligadas al ejercicio de la potestad pública (*puissance publique*) y no pueden encontrar solución en los principios de Derecho Público", cit. por Francisco Villagrán Kramer: *El largo brazo de la justicia penal*

la jurisdicción penal internacional basada en cualquiera de sus principios (territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva, protección del Estado y universalidad), ni el Derecho internacional general admite que un Estado la despliegue sobre un jefe de Estado extranjero *en activo*, ni la práctica muestra ningún caso, a diferencia de cuando ya *ha dejado* de ser jefe de Estado *en activo*, salvo, naturalmente, que lo autorice un tratado y respecto de las Partes contratantes (19).

Ahora bien, la apertura hacia el no reconocimiento de inmunidad de jurisdicción penal por un Tribunal internacional, que como vimos tuvo un primer pilar sustentador en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, respecto de jefes de Estado en activo y para un grupo de delitos concretos, se vio reforzada poco después con la adopción del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) (20), cuyo artículo 4 determina que: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigadas, *ya se trate de gobernantes,*

internacional (Estudios de Derecho Penal Internacional para jueces y abogados), Guatemala, 2001, p. 44. De algún procedimiento iniciado en el propio país de quien fue su jefe de Estado no se conoce su evolución procesal, así ocurre con la petición de la Compañía de Jesús a la Fiscalía General de la República de El Salvador, de 27 de marzo de 2000, de enjuiciamiento del ex presidente Salvador Alfredo Cristiani como "autor por omisión" de diversos asesinatos de miembros de dicha congregación, ocurridos en noviembre de 1989. Por otra parte la *competencia general indirecta*, o competencia interna, es decir, qué Tribunal interno puede juzgar al ex jefe del Estado, resulta aquí irrelevante aunque también se ha planteado en la práctica; así en el caso del ex presidente de la República de Polonia, Wojciech Jaruzelski, que compareció el 15 de mayo de 2001 ante el Tribunal Provincial de Varsovia, acusado de responsabilidad en la matanza de cuarenta y cuatro manifestantes en los puertos bálticos de Gdansk y Gdynia, en 1970. Se alegó que al ser ex jefe de Estado solamente podía ser juzgado por el Tribunal de Estado, pero el Tribunal Constitucional polaco entendió, por el contrario, que ya que cuando ocurrieron los sucesos no ostentaba ese cargo sino el de ministro de Defensa, la competencia correspondía al Tribunal ante el que ha comparecido.

(19) En el mismo sentido, Francisco Villagrán Kramer: *op. cit.*, pp. 42-43. Por lo que atañe a un modo de presentarse el principio de personalidad activa, piénsese en un jefe de Estado con doble o múltiple nacionalidad. Es decir, posible delito cometido en el Estado A por jefe de Estado de esa nacionalidad, que también posee la del Estado B donde se intenta su persecución judicial. En el caso del ex jefe de Estado de la República Centroafricana, Bokassa (que llegó a coronarse emperador), parece que siempre mantuvo doble nacionalidad franco-centroafricana, y lo mismo cabría decir del ex presidente del Perú, Alberto Fujimori que, también al parecer, posee la doble nacionalidad peruano-japonesa, lo que supondría que esta última actuaría como escudo protector frente a una petición de extradición al no conceder Japón la de sus propios nacionales, lo que parece confirmarse, como antes se ha dicho.

(20) A la que España se adhirió el 13 de septiembre de 1968. Boletín Oficial del Estado, núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

funcionarios o particulares”, pero el artículo 6 no permite a cualquier Estado enjuiciar a cualquier jefe de Estado extranjero en activo, puesto que otorga competencia exclusivamente a los Tribunales competentes “... *del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*”. Por tanto, a falta de dicha corte penal internacional queda enormemente limitada la posibilidad de actuación de Tribunales nacionales contra jefes de Estado extranjeros *en activo*. Solamente cabría en el supuesto de que el jefe de Estado en activo del Estado A cometa alguno de los delitos previstos en el Convenio en el Estado B, y en este caso salvo los Tribunales de B ningún otro de los demás Estados contratantes, ni menos aún de los no contratantes, posee competencia. Más tarde la adopción de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984) (21), que en su artículo 1.1 contempla como posible sujeto activo al “... funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”, contribuyó, solamente para ese delito y dentro de los supuestos concretos que señala la Convención, a la posibilidad de enjuiciar por un Tribunal penal nacional a un jefe de Estado extranjero *en activo*, puesto que sin duda todo jefe de Estado, de uno u otro modo, está ejerciendo funciones públicas. En cualquier caso no debe olvidarse que el ejercicio de la llamada jurisdicción universal que en ambos tratados se permite no es realmente universal puesto que no puede ejercerse respecto de jefes de Estado extranjeros en activo, cuyo Estado no es parte en los mismos, como lo demuestra el hecho de que el artículo 6 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio señala claramente que la competencia de la corte penal internacional depende de que las Partes Contratantes “*hayan reconocido su jurisdicción*”. Por tanto, respecto de los Tribunales penales nacionales de Estados contratantes la ratificación o la adhesión al Convenio supone la aceptación de la jurisdicción de los Tribunales de un Estado contratante por todos los demás contratantes. Se produce, pues, aquí una renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal del jefe de Estado *en activo* por su pro-

(21) Ratificada por España el 21 de octubre de 1987. Boletín Oficial del Estado núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

pio Estado, a favor de los Tribunales penales nacionales del Estado a los que el Convenio otorgue competencia.

En fin, la posibilidad a que nos venimos refiriendo parece haber adquirido carta de naturaleza definitivamente en el Derecho internacional por vía de los estatutos fundacionales de los Tribunales penales internacionales creados por la Organización de Naciones Unidas. En efecto, el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia (Nueva York, 25 de mayo de 1993) (22), dispone en su artículo 7.2 que: “El cargo oficial que desempeñe el inculpado, *ya sea jefe de Estado* o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena”, párrafo que reproduce literalmente el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (Nueva York, 8 de noviembre de 1994) (23). Por último, el no reconocimiento de inmunidad de jurisdicción penal a jefes de Estado *en activo* queda consagrada, con carácter general (puesto que los dos Tribunales penales internacionales citados poseen jurisdicción territorial limitada), por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, pero solamente respecto de los delitos en él previstos, y en los supuestos que el mismo fija, al señalar su artículo 27: “Improcedencia de cargo oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, *sea Jefe de Estado* o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena” (24).

(22) Vid. texto en Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1993, y la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, en Boletín Oficial del Estado núm. 131, de 2 de junio de 1994. Probablemente el primer caso que este Tribunal juzgue relativo a un ex jefe de Estado sea el de la ex presidenta serbobosnia Biljana Plavsic que se entregó voluntariamente en enero de 2001 a dicho Tribunal. La posibilidad de que sea puesto a disposición del mismo el ex presidente Slobodan Milosevic, no está clara para el gobierno yugoslavo.

(23) Vid. texto en Boletín Oficial del Estado núm. 123, de 20 de mayo de 1995.

(24) Vid. texto y Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, en Boletín Oficial del Estado del 5 de octubre de 2000, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este paso con ser de extraordinaria importancia no logra, sin embargo, conseguir plenamente los objetivos deseados por cuanto la jurisdicción de la Corte requiere la *previa aceptación* por parte de los Estados. ¿Qué significa esto en la práctica?, sencillamente que los jefes de Estado *en activo*, de Estados que no hayan aceptado la jurisdicción de la Corte no pueden ser puestos ni quedar a disposición de la misma. En efecto, el Estatuto no es sino un tratado internacional y para el Estado que no lo haya aceptado dicho instrumento no es más que *res inter alios acta*. Incluso se debate la posibilidad de que un jefe de Estado *en activo* se sustraiga a la jurisdicción de la Corte aun cuando su Estado haya aceptado el Estatuto. La cuestión se ha planteado en la doctrina española al tiempo de ratificar España el Estatuto de Roma dado cómo contempla la Constitución española la persona del Rey de España. En efecto, el artículo 56, párrafo 3 de la vigente Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, declara que: "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2". Por su parte el citado artículo 64, párrafo 2 determina que: "De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrendan". Un sector de la doctrina española ha señalado que puesto que el Rey no gobierna y además nunca puede ser responsable, no era preciso modificar la Constitución para adecuarla al Estatuto de Roma, concretamente a su artículo 27 antes citado. Otros, en cambio, entre los que nos contamos, estimamos la previa e indispensable reforma del texto constitucional antes de proceder a la ratificación del Estatuto de Roma. Si, en efecto, el Rey no posee funciones de gobierno propiamente dichas no cabe, en cambio, negarle cualquier función pública como Jefe del Estado que asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, "y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes", según el artículo 56, párrafo 1 de la Constitución, funciones como son las de sancionar y promulgar las leyes; convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos por la Constitución; convocar a referéndum en los casos previstos por la Constitución; proponer el candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos pre-

vistos en la Constitución; nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente; expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros; conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes; ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno; mando supremo de las Fuerzas Armadas; ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, etc., según el artículo 62 de la Constitución, amén de otras como acreditar a los embajadores, manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente, declarar la guerra y hacer la paz, conforme al artículo 63 de la misma Ley de Leyes. Funciones, pues, que son propias de una acción específica en, y para, el gobierno del Estado y que no corresponden al común de la ciudadanía, es decir, de la población gobernada.

En cuanto a la irresponsabilidad, dado que nunca será responsable de sus actos porque la responsabilidad queda desplazada a la persona que los refrende, cabría entonces afirmar que aunque hipotéticamente incurriese en alguno de los tipos penales previstos en el Estatuto de Roma quedaría exento de responsabilidad y no podría ser juzgado por la Corte. Lo que ocurriría con todos los jefes de Estado cuya Constitución nacional estableciese la misma norma, antes de proceder a la ratificación del Estatuto. Salta a la vista que el refrendo de actos solamente puede referirse a actos de gobierno y, desde luego, no delictivos como los previstos en la regulación del Estatuto de Roma, pues en la remota hipótesis de que personalmente cometiese, por ejemplo, un delito de genocidio, o lo llevare a cabo otra persona por su mandato, *sin refrendo* ¿qué sentido tendría aquí la frase *careciendo de validez sin dicho refrendo* del artículo 56, párrafo 3 de la Constitución antes transcrito, si resulta que los actos delictivos ya han sido cometidos?, ¿significa que los delitos cometidos *¡carecen de validez!*? Pues bien, pese a que las tesis del "no gobierno" y del "desplazamiento de la responsabilidad" no resisten a la menor crítica, el Gobierno dando por buenas las mismas, apoyadas por el pertinente dictamen del Consejo de Estado, procedió, sin modificación alguna de la Constitución, a autorizar, como se ha dicho, la ratificación del Estatuto por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, en cuya Exposición de Motivos

ni una palabra se dedica a la cuestión de la necesidad, o no, de reforma constitucional que hemos expuesto (25).

Volviendo nuevamente, tras lo dicho, al caso "Cuba" la conclusión a nuestro juicio es que la decisión de la Audiencia Nacional es correcta, si bien habrían de hacerse ciertas matizaciones. Primera: respecto del delito de genocidio al estar vigente entre España y Cuba el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), esta es la única normativa aplicable resultando de imposible aplicación el artículo 23.4 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la sencilla razón de que un tratado es superior a la ley interna. Del citado Convenio resulta que entre ambos Estados se produjo y existe una renuncia recíproca a la regla de la inmunidad de jurisdicción penal de sus respectivos jefes de Estado *en activo*, ya que, como se ha visto, el artículo 4 del mismo contempla a "gobernantes, funcionarios o particulares", es decir, a *cualquier persona*, por ello, suponiendo que la calificación del delito fuese correcta de acuerdo a las definiciones del Convenio citado, para ese supuesto habría desaparecido la inmunidad de jurisdicción penal, pero los Tribunales españoles carecerían de todos modos de competencia ya que el artículo 6 otorga ésta exclusivamente al "tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Y los presuntos delitos ni se han cometido en territorio español, ni existe corte penal internacional competente respecto de la que España y Cuba hayan reconocido su jurisdicción.

(25) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El Rey y el Tribunal Penal Internacional*, en el diario "El Mundo", de 20 de abril de 2000, pp. 8-9. Ello no implica desconocer evidentemente el riesgo que supondría una reforma constitucional en el sentido aludido, ya que abriría la puerta a cualquier tipo de demandas basadas en la extravagancia o en el ánimo de notoriedad. Como ejemplo está la reciente demanda del conde sueco Sigvard Bernadotte, tío del rey Carlos Gustavo XVI de Suecia, contra éste ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por "crimen contra los Derechos humanos", al no conseguir que le sea devuelto el título de príncipe que le fue, en su día, retirado por su propio padre a consecuencia de su matrimonio morganático, siendo así que otros miembros de la familia real sueca lo celebraron también, incluido el propio rey Carlos Gustavo XVI, vid. diario "ABC", martes 15 de mayo de 2001, p. 39. Entre los constitucionalistas españoles que defendieron la no obligatoriedad de reforma de la Constitución pueden ser citados los profesores De Esteban Alonso y Jiménez de Parga Cabrera.

Segunda: por lo que atañe al delito de terrorismo ningún convenio internacional vincula a España y Cuba en el que se determine la posibilidad de perseguir a *cualquier persona*, acusada del mismo, por tanto, suponiendo igualmente correcta la calificación fáctica, que en este caso habría de ser necesariamente "*según la ley penal española*", de acuerdo al artículo 23.4 b) de la citada Ley Orgánica 6/1985, aquí sí se alza frente a una norma puramente interna la inmunidad de jurisdicción penal reconocida por el Derecho internacional consuetudinario a favor de los jefes de Estado en activo, por lo que igualmente resulta imposible el enjuiciamiento del Presidente de la República de Cuba.

Tercera: en cuanto al delito de torturas la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984) fue ratificada por España el 21 de octubre de 1984, y por Cuba (con reservas). Suponiendo, nuevamente, la correcta calificación del tipo penal es cierto que según su artículo 1.1 cabe la persecución del delito respecto de "*funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento*", es decir, que ambos Estados, si entendemos que el jefe de Estado *en activo* ejerce funciones públicas, han renunciado también a la inmunidad de jurisdicción penal de sus respectivos jefes de Estado, recíprocamente, para ese delito pero en los casos que la propia Convención establece, que son éstos, según el artículo 5.1: a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Ninguno de estos supuestos se da en el caso, pues ni los presuntos delitos han sido cometidos en territorio español o a bordo de buque o aeronave de matrícula española (principio de territorialidad), ni el jefe de Estado de la República de Cuba era ni es de nacionalidad española (principio de personalidad activa), ni el legislador español ha admitido con carácter general, o para el delito específico de torturas, la competencia de los Tribunales españoles por el hecho concreto de ser la víctima de *nacionalidad española* (principio de personalidad pasiva). Por lo demás, el artículo 5.2 determina que: "Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos *en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier*

territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo". Pero resulta que el jefe del Estado cubano en activo no se halla en territorio alguno bajo jurisdicción española, por lo que no cabe que en esta circunstancia se solicite por ningún Estado su extradición a España, y si no cabe tal solicitud mal podría denegarla España. Y lo dicho, por supuesto, sólo tiene aplicación desde el momento en que la Convención entra en vigor entre España y Cuba, por lo que con respecto a presuntos delitos de tortura que se hubieren cometido antes de ese momento, sin duda se impone la inmunidad de jurisdicción penal a los Tribunales españoles reconocida, como repetidamente se ha dicho, por las normas consuetudinarias del Derecho internacional a favor de los jefes de Estado *en activo*, regla que en la antigua Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, se expresaba en su artículo 334, desde luego solamente contemplada para delitos cometidos *en España*, es decir, frente al principio de territorialidad, en el que se decía: "Exceptuánse de lo ordenado en el artículo anterior (esto es, "los extranjeros que cometieren faltas o delinquieren en España", los cuales serían aquí juzgados)... los Presidentes o Jefes de otros Estados...", y que actualmente recoge el artículo 21 de la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tras determinar en su párrafo 1: "Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte", añade en su párrafo 2: "Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público".

4.- El caso "Guatemala": Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000 (26).

A diferencia del anterior, en este caso los denunciados, por diversas personas y colectivos, son ciudadanos guatemaltecos entre los que se

(26) Asiento 162.2000. Rollo de apelación núm. 115/2000. Diligencias previas 331/99. Juzgado Central número uno.

hallan, como se ha dicho antes, un ex Presidente de la República (Lucas), que lo fue en el período comprendido entre 1978 a marzo de 1982, y dos antiguos jefes de Gobierno que ocuparon, con esa denominación al parecer, la máxima representación del Estado, uno desde el 23 de marzo de 1982 al 8 de agosto de 1983 (Ríos), que, repetimos, en el momento de la formulación de la denuncia ocupaba el cargo de Presidente del Congreso de Guatemala, y el otro (Mejías), desde el 8 de agosto de 1983 al 14 de enero de 1986. En definitiva pues, los tres poseen, al tiempo de la denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, la condición de ex jefes de Estado. Por tanto la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no tiene en cuenta aquí la inmunidad de jurisdicción penal, respecto de presuntos delitos cometidos *durante el ejercicio* de jefes de Estado, como no la tuvo antes en los casos "Argentina" y "Chile", siguiendo la tendencia de las jurisprudencias nacionales que antes hemos citado. En este caso estamos, pues, ante un supuesto de incompetencia de los Tribunales españoles al no cumplirse los requisitos de los tratados y de la ley interna española aplicables. Debe señalarse que también aquí los querellados son acusados de la presunta comisión de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, y que por Auto del Juzgado Central de Instrucción número 1, de fecha 27 de marzo de 2000 se acordó "declarar la competencia de este Juzgado para el conocimiento de los hechos objeto de las presentes diligencias". Interpuesto recurso de reforma por el Ministerio Fiscal, éste fue desestimado por Auto del mismo Juzgado Central, de 27 de abril de 2000, frente al cual el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación mediante escrito de 4 de mayo de 2000, que fue admitido a trámite, en un solo efecto, por el citado Juzgado Central por providencia de 8 de mayo de 2000. Cumplidos los pertinentes trámites procesales la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto de 13 de diciembre de 2000, cuyos razonamientos jurídicos son los siguientes:

PRIMERO.- En el auto de 27-03-2000 que declara la competencia para conocer de los hechos objeto de la denuncia, y de las querellas que posteriormente por adhesión presentaron las Acusaciones Particulares y Populares, y también en el auto de 27-04-2000 desestimatorio del recurso de reforma, el Instructor analiza lo que conceptuamos como tema clave para la resolución del recurso, esto es, la atribución a la jurisdicción penal española de aquellos hechos.

Parte el Instructor de que en este momento procesal no cabe examinar la veracidad o inveracidad de los hechos objeto de la denuncia y querellas, y que, a los efectos de la

atribución jurisdiccional, hay que respetar los hechos, incardinarlos en los tipos delictivos correspondientes y determinar si, aun cometidos en otro país por personas que no tienen la nacionalidad española, pueden ser perseguidos en España.

A tal efecto el instructor califica los hechos como constitutivos de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas, y centra en el delito de genocidio el tipo rector a efectos de jurisdicción y competencia, conceptuando los delitos de terrorismo y torturas como conexos con aquél y que, por tanto, deben seguir igual suerte jurisdiccional y competencial.

En el auto recurrido el Instructor aplica el principio de universalidad o de persecución universal, previsto para el delito de genocidio en el art. 23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a efectos de jurisdicción, y con cita de los criterios que, en esta materia de jurisdicción, establece el art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del Genocidio, entiende que es aplicable el mentado principio de persecución universal porque los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio se ha cometido el presente delito de genocidio no han actuado, y tampoco existe un Tribunal Penal Internacional previsto en el art. 6 del Convenio sobre genocidio.

En suma el Instructor acude a la fundamentación de los autos de 4 y 5 de Noviembre de 1998, para los casos de Chile y Argentina, y entiende que procede el ejercicio de la jurisdicción penal española por la inactividad de la jurisdicción guatemalteca, debiendo en este punto el Pleno poner de relieve la innecesaria peyoratividad con la que se adjetiva en el auto la supuesta inactividad.

El planteamiento anterior nos parece acorde con los mentados autos de 4 y 5 de Noviembre de 1998, pero no así la premisa fáctica de inactividad de la justicia guatemalteca, lo que le lleva a una conclusión errónea.

SEGUNDO.- Ciertamente es que el artículo 23.4 a) de la LOPJ atribuye un mandato a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que es la competente a tenor de los arts. 65 y 88 de la misma Ley, para la persecución del delito de genocidio que se haya cometido fuera del territorio español, pero también lo es que España es parte contratante del Convenio sobre el genocidio de 09.12.1948 en virtud del Instrumento de Adhesión de 13.09.1968, y en consecuencia, al no haber hecho reserva alguna al art. 6 del Convenio, se debe cohonestar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el art. 23.4 a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la Constitución Española y art. 1.5 del C. Civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del "ius cogens" internacional y que ha cristalizado en el propio art. 6 del mentado Convenio, y más recientemente en el art. 17 y ss. del Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado el 17.07.1998 y firmado por España el 18.07.1998, y con respecto al que se ha autorizado su ratificación por las Cortes Generales por Ley Orgánica 6/2000 (B.O.E. 05.12.2000).

Es por ello que en los repetidos autos de 4 y 5 de Noviembre de 1998 el Pleno de la Sala al plantearse la temática, suscitada por el Ministerio Fiscal, también apelante en

aquellos recursos, relativa a si el art. 6 del Convenio sobre genocidio excluía la jurisdicción penal de España para los delitos de genocidio acaecidos fuera del territorio español, dijo: "El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave tener el citado artículo o del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal".

"Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículo 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional".

La postura del Pleno fue por tanto la siguiente:

Subsidiariedad de actuación de la jurisdicción penal española para el delito de genocidio cuando los hechos son extraterritoriales.

TERCERO.- En el caso de autos, como se anticipa en el fundamento primero, el Instructor establece una premisa fáctica, inactividad de la justicia guatemalteca que, a diferencia de los supuestos que contemplamos para Chile y Argentina, no se ha constatado para que se legitime la actuación subsidiaria de la jurisdicción penal española.

La inactividad de los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio se ha cometido el presunto delito de genocidio puede obedecer, bien a que se dicte una legislación que constituye un blindaje para los imputados, de modo que los órganos judiciales territoriales estén impedidos por su propia legislación para iniciar la persecución, como serían las leyes de amnistía o de olvido, bien porque, existiendo la posibilidad legal de perseguir los órganos judiciales territoriales, estén sometidos a presiones por poderes gubernamentales o fácticos, que racionalmente pueda concluirse que en ese clima de acoso gubernamental o de temor no es factible el desempeño de las funciones judiciales en la serenidad e imparcialidad que son necesarios para juzgar.

En la documentación que se acompaña a la denuncia y querellas obra el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (en adelante CEH), y obra en el rollo de Sala la ratificación de D.... que fue uno de los redactores.

De la documentación deriva que una vez firmado el último de los Acuerdos de Paz, el de Paz Firme y Duradera de 24.12.96, con lo que se puso término final a "un conflicto armado que duró de 1962 a 1996 por enfrentamiento directo de las fuerzas del Estado, con protagonismo preponderante del Ejército, y la subversión encabezada por cuatro diferentes facciones de la izquierda, unificadas posteriormente en una organización denominada Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca", se puso en marcha la CEH, con el apoyo de la Secretaría General de la ONU, cuyo informe se dio a conocer públicamente y se entregó a las partes y al representante del Secretario General de la ONU el 25.02.99.

De este informe conviene destacar, a los efectos que estamos examinando, que si bien "los trabajos, recomendaciones e informes de la Comisión no individualizaran responsabilidades, ni tendrán efectos o propósitos judiciales" (limitación impuesta a la CEH por el Acuerdo de Oslo), la CEH afirmó categóricamente que: "si bien el Acuerdo dice que ni los trabajos ni el informe tienen efectos judiciales, nada obsta que la institucionalidad del Estado, particularmente las entidades del sistema de administración de justicia, puedan basarse en elementos contenidos en el informe de la CEH. Este mismo razonamiento es aplicable a los ciudadanos que mantienen pleno derecho a ejercer acciones que, en relación con los casos descritos en este informe, les pueden corresponder en su calidad de víctimas".

Dentro de las recomendaciones de la CEH se encuentra:

"Que el Estado cumpla y haga cumplir la Promulgada Ley de Reconciliación Nacional a efecto de perseguir y enjuiciar delitos como genocidio, tortura y desaparición forzada, cuya responsabilidad penal no se extingue en virtud de esa ley".

En efecto la Ley de Reconciliación Nacional de 18.12.96 aprobada por el Decreto n° 145-96 excluye en el art. 8 de la extinción de la responsabilidad penal a que se refiere la Ley: los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada, así como aquellos delitos que sean imprescindibles o que no admitan la extinción de la responsabilidad penal, de conformidad con el derecho interno o los tratados internacionales ratificados por Guatemala.

En conclusión, el Pleno de la Sala entiende que en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito de genocidio presuntamente cometido en el territorio de dicho país.

CUARTO.- Si del plano legislativo se pasa a lo que hemos denominado inactividad judicial o ineffectividad en la persecución por presiones gubernamentales o de poderes fácticos, en este punto el Pleno quiere poner de relieve que la exposición sobre la situación de la justicia guatemalteca respecto de estos hechos se ha referido a un tiempo en que la justicia guatemalteca pudo, no ser cómplice y encubridora como dice el Instructor, pero sí estar atemorizada una parte de la misma, pero lo que no se constata es que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar si la denuncia y querellas adheridas, presentadas ante el Juzgado Central de Instrucción n° 1, se formulan ante los órganos judiciales guatemaltecos competentes para la persecución del delito de genocidio y los otros delitos conexos.

En este punto es de advertir que los trabajos de la CEH se entregaron a las partes y al Secretario de la ONU en fecha 25.02.1999 y que la denuncia inicial de las D. Previas 331/99 del Juzgado Central de Instrucción n° 1 se presentó el 02.12.1999.

No hay constancia de rechazo en el Estado del Territorio, que repetimos es el que debe conocer según el criterio jurisdiccional preferente del art. 6 del Convenio sobre el genocidio, de la denuncia y querellas adheridas que se han formulado ante el Juzgado Central de Instrucción n° 1, y no podemos inducir la inactividad judicial en virtud del transcurso del tiempo, como fue factible en Chile y Argentina por el transcurso de años desde que terminaron las dictaduras militares, dado que como queda reseñado el material de que se vale, como núcleo esencial, la denuncia inicial, vio la luz el 25.02.1999 y la denuncia se presentó el 02.12.1999, sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial de Guatemala que la rechace.

QUINTO.- Por lo expuesto el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción penal española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el art. 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal.

PARTE DISPOSITIVA

EL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL:

ACUERDA

1º.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto del Juzgado Central de Instrucción n° 1 de fecha 27.04.2000 desestimatorio del recurso de reforma contra el auto de 27.03.2000 que acordó declarar la competencia del Juzgado Central de Instrucción n° 1 para el conocimiento de los hechos objeto

de la denuncia y querellas, y en consecuencia declaramos que no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el Instructor archivar las Diligencias Previas por el expresado motivo de falta de jurisdicción... etc."

5.- Consideraciones al respecto.

También en este caso la solución que da la Audiencia Nacional es correcta, aunque el supuesto que se debatió ante ella nos sugiere las reflexiones que exponemos seguidamente.

Los hechos denunciados como tal presunto delito de genocidio habrían ocurrido en territorio guatemalteco antes de 1985, lo que lleva a sostener que las normas de competencia aplicables son las vigentes en ese momento, y ellas no son otras que las contenidas en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, en cuyo artículo 336 no figura el delito de genocidio cometido por extranjeros en el extranjero, obviamente porque aún no había sido formulado por el jurista polaco R. Lemkin, aunque después haya sido incorporado al Código Penal español tal delito tras la adhesión de España, el 13 de septiembre de 1968 (27), al Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948.

El artículo 137 bis a) del antiguo Código Penal español (28), siguiendo el concepto de genocidio formulado en el citado Convenio entendió como característica propia del delito de genocidio el "propósito de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso", eliminando la expresión *como tal* que figura en el artículo 2 del Convenio.

Con posterioridad entró en vigor en España la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo artículo 23.4 determina que: "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: a) Genocidio...", delito actualmente previsto y penado por el artículo 607 del vigente Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que reproduce exactamente la definición del artículo 137 bis a) del antiguo Código Penal.

Entendemos, desde luego, que no cabe hacer aplicación de las normas competenciales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, a hechos acaecidos antes de su entrada en vigor. Concretamente, no puede admitirse la retroactividad cuando ello perjudique al reo, pues un aforismo de tradición abolengo -como ha escrito el ilustre penalista español Del Rosal- que ha sido conservado a lo largo del tiempo por la doctrina e invocado por las legislaciones, en cuanto atañe a la interpretación restrictiva o extensiva de la ley penal, ya sea esta procesal o sustantiva, ha sido la regla "*favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda*". Esto es, lo favorable al reo debe ampliarse, y lo que le perjudica limitarse. Y en caso de duda, siempre se debe interpretar el precepto en sentido favorable al acusado, en virtud del principio "*in dubio pro reo*". En este sentido en reiterada doctrina, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1911 hasta la actualidad, la jurisprudencia española ha venido sosteniendo de manera clara e inconcusa que se deben interpretar las leyes penales de un modo restrictivo y ciñéndose al enjuto texto gramatical de las mismas siempre que perjudiquen al reo. Como consecuencia de esta orientación la jurisprudencia española desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1899 hasta hoy no admite, por consiguiente, ni la analogía, ni la interpretación extensiva.

No obstante esto, tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la propia Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional han hecho aplicación retroactiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, a hechos sucedidos en la República Argentina y en la República de Chile con anterioridad a la entrada en vigor de ésta. Así aparece en los Autos de dicha Sala de 4 de noviembre de 1998, relativo al caso "Argentina", y de 5 de noviembre del mismo año relativo al caso "Chile". Sin embargo, respecto al artículo 23.4 a) de dicha Ley Orgánica hay que afirmar que ese precepto competencial, que responde a lo que doctrinalmente se denomina "principio de universalidad", no es el aplicable al caso. Y no lo es porque el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, fue ratificado por Guatemala el

(27) Boletín Oficial del Estado, número 34, de 8 de febrero de 1969.

(28) Texto refundido del Código Penal, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

13 de enero de 1950, y recibió la adhesión de España, como ya se ha dicho, el 13 de septiembre de 1968, por lo que desde esta última fecha su normativa, comprendida la relativa a competencia de Tribunales para juzgar dicho delito, es la única aplicable en las relaciones entre Guatemala y España, al ser ambos Estados parte en el referido Convenio, con exclusión de las normas de Derecho interno de ambos Estados. Y ello por la sencilla razón de que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, y concretamente a todos los órganos estatales, incluso al judicial, y porque los tratados tienen una autoridad superior a la de las leyes internas como se desprende del artículo 96.1 de la vigente Constitución Española, de 1978, al determinar que: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional". Por lo tanto, los Tribunales penales españoles no pueden hacer aplicación del artículo 23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, ignorando las reglas de competencia judicial penal internacional contenidas en el artículo 6 del Convenio citado, únicas aplicables en las relaciones entre Guatemala y España, dándose la circunstancia de que dicho precepto en modo alguno atribuye tal competencia a los Tribunales penales españoles puesto que claramente determina que: "Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Como quiera, pues, que los únicos Tribunales Penales Internacionales existentes con competencia para conocer del delito de genocidio no tienen jurisdicción territorial sobre el Estado de Guatemala, ya que, como antes se dijo, el Tribunal Internacional con sede en La Haya tiene limitada su jurisdicción territorial al "territorio de la ex Yugoslavia" y respecto a hechos ocurridos "a partir de 1991" (artículo 1 de su Estatuto), y el Tribunal Internacional con sede en Arusha, la tiene únicamente "en el territorio de Ruanda" y "en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994" (artículo 1 de su Estatuto), a lo que se añade que la

Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, es mero proyecto al no haber entrado en vigor su mencionado Estatuto, que tampoco es retroactivo, forzoso es concluir que de acuerdo al citado artículo 6 del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, en el caso de que los hechos denunciados constituyesen delito de genocidio según la definición del artículo 2 del mismo, acaecidos en Guatemala con posterioridad al 13 de septiembre de 1968, los únicos Tribunales penales competentes para juzgarlos son los Tribunales guatemaltecos, con carácter exclusivo y excluyente de cualquier Tribunal español. Por lo demás debe tenerse también en cuenta la regla de la irretroactividad de los tratados, salvo que ellos determinen de otro modo. Respecto de la subsidiariedad relativa al artículo 6 del Convenio que defiende el Auto, señalando lo impensable que sería no poder juzgar en España a un español acusado de genocidio cometido en territorio de otro Estado parte, debe decirse que prescindiendo de la primacía del tratado, lo que sería muy discutible, la aplicación del principio de personalidad activa sobre el texto convencional, en nada apoya la subsidiariedad pretendida en el caso "Guatemala" puesto que los presuntos responsables no eran ni son de nacionalidad española. La subsidiariedad podría entenderse, repetimos que discutiblemente, pues la norma penal ha de interpretarse siempre en favor del reo, en el caso de posibilidad del principio de personalidad activa, pero no con carácter general como el Auto defiende.

Por otra parte la misma argumentación, en cuanto a la irretroactividad de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que se ha mantenido para en delito de genocidio, es sostenible respecto al caso del delito de terrorismo, con independencia de la dificultad de catalogar hechos como delitos de terrorismo con arreglo a la normativa vigente en España en el momento en que los presuntos hechos denunciados habrían ocurrido en Guatemala, lo que ya puso de relieve el Ministerio Fiscal español en el caso "Argentina" (29). En efecto, el antiguo Código Penal español, ya

(29) Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5, de 28 de junio de 1996.

citado, aludía a "... promotores y directivos de bandas armadas o de *organizaciones terroristas* o rebeldes (artículo 174-3^a); a "... elementos *terroristas*" (artículo 174 bis a, 1); especificaba, sí, qué actos eran de colaboración con "elementos *terroristas*" (artículo 174 bis a, 2), y hablaba de utilización de determinados medios para delinquir y para contribuir con ello a objetivos o fines de una "*organización terrorista*" (artículo 174 bis b), pero en ninguna norma se calificaba qué se consideraba *terrorismo*.

La calificación de terrorismo se establece por vez primera en la ley española en el artículo 571 del nuevo Código Penal, de 1995, que lo define como "finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública" por "bandas armadas, organizaciones o grupos", lo cual no puede aplicarse a Cuerpos de Seguridad y Fuerzas de un Ejército regular de un Estado que actúan en el territorio de éste sujetos a la cadena de mando que se halla sometida al Gobierno de la Nación, cualquiera que haya sido el procedimiento por el que éste haya llegado al poder, pues el Derecho internacional no invalida *a priori* un gobierno formado por vía revolucionaria o establecido mediante procedimientos extrajurídicos que constituyen procedimientos de fuerza ya se les denomine golpe de Estado, revolución, insurrección, pronunciamiento, *putsch*, etc., como lo prueba el hecho de que más de un gobierno así establecido está representado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de la Unidad Africana, etc. Por tanto, si bien el artículo 23.4 b) de la tan citada Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, determina que la jurisdicción española será competente "para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como... b) Terrorismo", aun aplicándose la definición de terrorismo del nuevo Código Penal español, de 1995, retroactivamente, los hechos denunciados como delitos de terrorismo no podrían tipificarse según la ley penal española como tales. Por consiguiente no puede establecerse tampoco en este punto la competencia judicial internacional de los Tribunales penales españoles.

En cuanto al delito de torturas de nuevo aquí es reproducible lo dicho sobre la irretroactividad de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y recordable que la Ley citada de 1870 no establecía competencia alguna a favor de los Tribunales penales españoles para conocer del delito de torturas que en modo alguno citada. Si bien es cierto que el antiguo Código

Penal español citado, incorporó el artículo 204 bis, en el que se determinaba que: "La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código...", no es menos cierto que tales delitos correspondían a los de homicidio, lesiones, amenazas y coacciones, respectivamente, pero no constituían un *delito de torturas*, que como tal específicamente no figuraba así denominado en el articulado de dicho Código Penal español antiguo. Solamente pueden quedar considerados como *torturas*, excluido el homicidio, a partir de la ratificación por España el 21 de octubre de 1987, de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, pero sin que el Código Penal antiguo hubiese sido modificado en este punto para dar entrada al delito con la denominación de la Convención. Es en el nuevo Código Penal español de 1995, en el que, a consecuencia de tal ratificación se incorpora el delito de *tortura* en el artículo 174 con esta denominación, al decir que: "1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo... etc.", siguiendo el espíritu de la definición dada por el artículo 1.1 de la mencionada Convención de 1984.

Ahora bien, el delito de tortura no está citado expresamente en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, pero sin embargo puede entenderse incorporado genéricamente en el citado artículo, letra g), que señala competencia para los Tribunales penales españoles respecto de "cualquier otro (delito) que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España".

Como quiera que el artículo 4 de la Convención de 1984 obliga a los Estados parte en ella a que en sus respectivas legislaciones constituyan delito los actos de tortura, existe competencia de los Tribunales penales españoles, pero respecto de los Estados parte en dichos tratados o convenios y en las condiciones que éstos establezcan. Pues bien, la Convención de 1984 citada que vincula a Guatemala, que prestó su adhesión, y a España que la ratificó el 21 de octubre de 1987, entrando en vigor para nuestro país el 20 de noviembre de 1987, en su artículo 5 fija las reglas de competencia de este modo: "1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea

necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales". Operando igual que en el caso "Cuba", si sobre los hechos denunciados como presuntos delitos de tortura se proyecta ahora el artículo 5 transcrito de la Convención de 1984, resulta que: ni han sido cometidos en territorio español ni a bordo de aeronave o buque matriculados en España; los presuntos sujetos activos no son de nacionalidad española ni en el momento de producirse ni ahora; y que aunque las víctimas fuesen de nacionalidad española, el legislador español no consideró apropiado introducir en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, el principio de "personalidad pasiva", que tampoco contempló la antigua Ley de 1870. Por lo tanto los Tribunales penales españoles resultan incompetentes por la vía del citado artículo 5.1 de la Convención de 1984, para conocer de los presuntos hechos que habrían sucedido en Guatemala, insistimos, incluso aunque algún sujeto pasivo del delito hubiera ostentado la nacionalidad española.

Los Autos de la Audiencia Nacional citados antes, referentes a los casos "Argentina" y "Chile" declaran, sin embargo, que los Tribunales españoles *tendrían* competencia por la vía del número 2 del citado artículo 5 de la Convención. Creemos que están en un error. En efecto, dicho párrafo prevé que exista jurisdicción, pero solamente para el caso específico que contempla, es decir, cuando el presunto delincuente se halle en territorio bajo su jurisdicción y solicitada la extradición de éste, el Estado en el que se encuentra la deniegue. Evidentemente esto no significa que España, que efectivamente si se diese ese caso debería establecer su competencia por imperativo del texto Convencional, tenga competencia a

priori y en todo caso, pues si así fuese las reglas enunciadas en el párrafo 1 carecerían de todo sentido.

En cuanto al párrafo 3 del artículo 5, al que nos venimos refiriendo, hay que decir que ciertamente la Convención no impide a España establecer su jurisdicción sobre un delito de tortura, dentro del "principio de universalidad", es decir, por la vía de las normas internas, pero claro está que respecto de Estados que no sean parte en la Convención, pues en cuanto a los que lo son, y Guatemala y España son parte, la única norma aplicable es el artículo 5 de la Convención. En consecuencia respecto de los hechos denunciados con esa calificación los Tribunales penales españoles aparecen como notoriamente incompetentes. Igualmente aquí ha de tenerse en cuenta la ya referida regla de la irretroactividad de los tratados, salvo que en su texto se disponga otra cosa.

Por último, dos observaciones sobre el principio de "personalidad pasiva" y del principio de "territorialidad", sobre todo teniendo en cuenta que el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, afirma que los hechos ocurridos en el interior de la Embajada de España en Guatemala, en 1980, tuvieron lugar "en España".

Primero, ninguna competencia a favor de los Tribunales españoles existe en base al principio de "personalidad pasiva", esto es, por el exclusivo hecho de que alguna víctima fuese de nacionalidad española, al no admitir, como se ha dicho, el legislador español tal principio ni en la Ley de 1870, ni en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, ni ser aplicables al caso los Convenios de Tokio (1963), La Haya (1970) y Montreal (1971) referentes a aeronaves.

Segundo, por lo que atañe al principio de "territorialidad" debe quedar claro que los hechos ocurridos en el interior del edificio de la Embajada de España en Guatemala, el 31 de enero de 1980, ocurrieron efectivamente en territorio guatemalteco y no en territorio español. En efecto, ni la doctrina internacionalista, ni la jurisprudencia interna, ni la jurisprudencia internacional han admitido que el edificio de una representación diplomática, aun cuando fuere propiedad del Estado acreditante, sea *territorio* de éste último. Así, por citar algún representante de la moderna doctrina, advierte el internacionalista británico Michael Akehurst que "... los locales diplomáticos no gozan de extraterritorialidad, y los actos que en

ellos se realicen se considera que tienen lugar en el territorio del Estado receptor, y no del Estado acreditante..." (30).

Doctrina que no es nueva, pues estaba ya presente de modo unánime en las jurisprudencias nacionales desde antiguo, así en la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán (Reichgericht), de 27 de febrero de 1880 (caso "Fontes"); Sentencia del Tribunal Civil de Roma, de 3 de mayo de 1933 (caso "Trenta contra Ragonesi"), Sentencia de la Cour de Cassation francesa, de 16 de mayo de 1934 (caso "Pacory"), y nuevamente en la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán (Reichgericht), de 8 de noviembre de 1934 (caso "Sidar Khan"). E invariable continuó en la jurisprudencia internacional, pues el Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia de 20 de noviembre de 1950, relativa al asunto del derecho de asilo (caso "Haya de la Torre") que se suscitó entre Colombia y Perú, dijo que: "En el caso de asilo diplomático, el refugiado se encuentra en el territorio del Estado sobre el que se ha cometido el delito. La decisión de conceder asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de este Estado. Sustraer al delincuente de la justicia de éste y constituye una intervención en un campo que depende exclusivamente de la competencia del Estado territorial..." (31).

Más modernamente, por lo que respecta al edificio de la representación diplomática y a las viviendas de los agentes diplomáticos, entiende Alfred Verdross que existe una extraterritorialidad *derivada* según los artículos 22 y 23 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (*franchise de l'hôtel*), y literalmente sostiene el eminente internacionalista austriaco que: "Tampoco estos edificios se consideran fuera del Estado en cuyo territorio se encuentran. No son tierra extranjera, sino territorio nacional. Lo único que ocurre es que no cabe penetrar en ellos, en principio, contra la voluntad de la representación diplomática. De ahí, que no sean lícitas actuaciones oficiales del Estado en cuyo territorio están" (32).

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

(30) Vid. Michael Akehurst: *Introducción al Derecho Internacional*, trad. esp., Madrid, 1972, p. 182.

(31) Vid. C.I.J., Recueil, 1950, pp. 274-275.

(32) Vid. su *op. cit.*, p. 314.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. IX. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 1999. 279 págs.

El volumen del Anuario Argentino de Derecho Internacional correspondiente al año 1999 nos ofrece en su sección de doctrina las contribuciones científicas de Héctor GROS ESPIELL: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos 50 años después"; Eduardo Leopoldo FERME: "El nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado"; Miguel Angel CIURO CALDANI: "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado"; Jorge R. ALBORNOZ: "El arbitraje en Derecho Internacional Privado y en el Mercosur (con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje del 23 de julio de 1998)"; Iris Mabel LAREDO: "Reflexiones en torno al proceso Mercosur de integración"; Ariel R. MANSI: "El relacionamiento externo del Mercosur"; Luciana DIAZ DE GARCIA: "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales"; Vesna BARIC-PUNDA: "Determinaciones de la Segunda Parte del Código Marítimo de la República de Croacia"; e Ignacio FORCADA BARONA: "El concepto de Derecho Internacional Público en el umbral del siglo XXI: La «Nueva Corriente»".

Por otra parte, en la sección dedicada a la legislación María Alejandra STICCA relaciona, debidamente organizados por materias, los convenios internacionales aprobados por la República Argentina en el período comprendido entre el 1 de julio de 1998 y el 31 de octubre de 1999, acompañando cada uno de ellos con la fecha de su sanción, su promulgación de hecho y su publicación. Mientras que en la sección sobre jurisprudencia Amalia URIONDO DE MARTINOLI comenta el histórico primer laudo arbitral del Mercosur, de 28 de abril de 1999, que resolvió una controversia entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil relativa a la aplicación de medidas restrictivas del comercio recíproco.

En la sección de crónicas, Graciela R. SALAS da noticia de la celebración del XV Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en el que las distintas secciones de la misma -Derecho de la Integración, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional- debatieron algunos de los trabajos que aparecen publicados en este volumen, que se cierra con la habitual sección de notas bibliográficas.

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. X. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 2000. 328 págs.

Con la publicación de sólo diez números, el Anuario editado por la Asociación Argentina de Derecho internacional (AADI) se ha consolidado como una de las revistas científicas más destacadas dentro del ámbito iberoamericano, por lo que al estudio del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales se refiere. A ello ha contribuido decisivamente la calidad científica de los trabajos doctrinales en él aparecidos durante este tiempo, a los que ahora se suman los elaborados por Juan Carlos M. BELTRAMINO: "Poderes y funciones no regulados de presidentes de reuniones internacionales"; Antonio MARTINEZ PUÑAL: "La solución de controversias en el Mercado Común del Sur: Ante un modelo abierto y dinámico"; Carlos ESPLUGUES MOTA: "El Derecho de extranjería como banco de pruebas del Derecho Internacional Privado: El derecho a la reagrupación familiar en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social"; Elena CONDE PEREZ: "CARICOM y otros procesos de integración en el Caribe: Los retos ante el siglo XXI"; Zlata DRNAS DE CLEMENT: "Algunas consideraciones sobre jurisdicción nacional e internacional en caso de violación de los derechos humanos"; Graciela R. SALAS: "Participación de las regiones internas en el Mercosur"; Ernesto J. REY CARO: "Evolución de la legislación uruguaya en materia de espacios marítimos"; y Frida ARMAS PFIRTER: "El límite de la Plataforma Continental".

Junto a las mencionadas aportaciones doctrinales, la sección sobre legislación vuelve a estar a cargo de María Alejandra STICCA, que sistematiza los convenios internacionales aprobados por la República en el período comprendido entre el 1 de noviembre de 1999 y el 30 de abril de 2000. Mientras que en la sección sobre jurisprudencia se publican dos estudios de Amalia URIONDO DE MARTINOLI en los que la autora analiza el segundo y el tercer laudo arbitral del Mercosur que, tal y como ocurrió con el primero, resolvieron sendas controversias entre Argentina y Brasil, en este caso relativas, respectivamente, a la existencia en Brasil de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo y a la aplicación por Argentina de medidas de salvaguardia sobre productos textiles brasileños.

Por último, en la sección de notas bibliográficas se incluyen reseñas de manuales y monografías sobre Derecho internacional y Derecho comunitario americano y europeo, con una importante presencia de obras publicadas en España.

Anuario de Derecho Internacional, vol. XV. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1999, 1224 págs.

Los trabajos publicados en el presente número del Anuario de la Universidad de Navarra se agrupan en tres categorías. La primera de ellas es la denominada "Sección doctrinal", que incluye las colaboraciones de Romualdo BERMEJO GARCIA: "Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho Internacional"; Mar CAMPINS ERITJA: "La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: El Convenio Marco y el Protocolo de Kyoto"; Mireya CASTILLO DAUDI: "La protección y preservación de los cursos de agua internacionales: el Convenio sobre derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 21 de mayo de 1997"; José María CONTRERAS: "La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías"; Noé CORNAGO PRIETO: "Elementos para el análisis del proceso político en los regímenes internacionales: el multilateralismo no necesariamente formalizado"; Cesáreo GUTIERREZ ESPADA: "La crisis del derecho del espacio, un desafío para el derecho internacional del nuevo siglo"; Juan Miguel ORTEGA TEROLS: "Aspectos teóricos y prácticos de la continuidad en la identidad del Estado"; Pilar POZO SERRANO: "El régimen jurídico de los cursos de agua hispano-portugueses"; Consuelo RAMON CHORNET: "La OTAN, Vicaria de la ONU: Reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del «nuevo concepto estratégico» acordado en Washington"; y Rosa M^a RIQUELME CORTADO: "La promoción de medios y métodos de arreglo pacífico de las controversias en la conmemoración del centenario de la primera conferencia internacional de la Paz (1899-1999)".

En la segunda, bajo la rúbrica de "Notas", se publican los estudios de José María CERVELL: "Las minas antipersonal: ¿El principio del fin?"; Laura SAN MARTIN SANCHEZ DE MUNIAIN: "Comentarios acerca de la creación de un tribunal africano de derechos humanos y de los pueblos"; Miguel Angel MARTIN: "La terminación y la suspensión de los tratados internacionales a título de contramedida"; y Santiago URIOS MOLINER: "La Convención sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado".

Por último, la sección de "Jurisprudencia" está compuesta en esta ocasión por sendos análisis de Enrique MARTINEZ PEREZ: "Especies migratorias y el artículo XX del Gatt: el asunto Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón"; Elizabeth PEREZ BOTI:

"Nota sobre la orden de 3 de marzo de 1999 de las CIJ sobre medidas provisionales en relación con el caso LaGrand"; Juan SOROETA LICERAS: "La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sáhara Occidental".

Como es habitual, cierran este volumen una bien dotada sección sobre "Documentación", en la que destaca, por su extensión, la transcripción sistematizada de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas durante el período comprendido entre enero y mayo de 1999; y otra dedicada a las "Recensiones" de algunas novedades editoriales.

Anuario de Derecho Internacional, vol. XVI. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 2000. 1066 págs.

Siguiendo la estructura de costumbre, el presente volumen del Anuario de Derecho Internacional se organiza en cinco partes, de las que las tres primeras contienen aportaciones científicas; en la cuarta se reproducen interesantes documentos de la práctica internacional, fundamentalmente resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en la segunda mitad del año 2000, algunos instrumentos convencionales especialmente relevantes y actos judiciales y administrativos internos, británicos y chilenos, relativos al asunto del ex-senador Pinochet; mientras que la quinta y última recoge varias recensiones de monografías, obras colectivas y publicaciones periódicas especializadas.

Por lo que se refiere a la "Sección Doctrinal", en esta ocasión está integrada por los trabajos de Irene BLAZQUEZ NAVARRO: "Los límites del unilateralismo en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio"; Vicenta CARREÑO GUALDE: "El arreglo de pacífico las controversias internacionales en el ámbito de la protección del medio marino contra la contaminación"; María José CERVELL HORTAL: "Las demandas de Yugoslavia ante el TIJ por el bombardeo de su territorio en la «Guerra de Kosovo» (1999)"; Cesáreo GUTIERREZ ESPADA: "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la «Guerra de Kosovo»)"; Cristina IZQUIERDO SANS: "Las fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen"; José Roberto PEREZ SALOM: "El Derecho Internacional y la protección de los suelos"; María Isabel TORRES CAZORLA: "Otra vuelta de tuerca del Derecho Internacional para regular los cursos de agua internacionales: el Convenio de Helsinki de 17 de marzo de 1992" y Soledad TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO: "Los inmigrantes no comunitarios

en la Unión Europea". Junto a estos trabajos, se incluyen una serie de "Notas" con las contribuciones doctrinales de José A. CORRIENTE CORDOBA: "El hecho diferencial regional y su tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo"; Xabier DEOP MADINABEITIA: "De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: El Protocolo adicional N° 12 al Convenio europeo de Derechos Humanos"; Daniel GARCIA SAN JOSE: "Posibilidades y retos de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en la enseñanza y aprendizaje del Derecho Internacional"; Alberto HERRERO DE LA FUENTE: "El Convenio Europeo sobre el Paisaje de 20 de octubre de 2000"; Andrés RIGO SUREDA: "Instituciones internacionales y el Derecho Internacional del Medio Ambiente: la contribución del Banco Mundial"; y Kepa SODUPE y Eduardo BENITO: "Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía". Por último, en la sección de "Jurisprudencia", compuesta por los estudios de Enrique ABAD MARTINEZ: "Ciudadanía y protección internacional de los derechos humanos: el Caso del Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; Romualdo BERMEJO GARCIA y Pilar POZO SERRANO: "La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 4 de diciembre de 1998 en el asunto de la competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá): un resultado previsible"; y Elisabeth PEREZ BOTI: "Nota sobre el Acta de Acusación de 6 de junio de 1996 del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia en el Caso Foca", se estudian decisiones de distintos órganos judiciales internacionales en asuntos sometidos a su conocimiento.

ARMAS PFIRTER, Frida, BARBERIS, Julio A. y QUEROL, María: *Sujetos del derecho de gentes*. Cuadernos de Derecho Internacional, n° 1. Editorial Abaco. Buenos Aires, 1999, 160 págs.

Enfocado primordialmente desde la perspectiva docente, los autores, profesores de Derecho internacional público de la Universidad Austral de Argentina, inician con este ejemplar la publicación de una serie de Cuadernos, cada uno de los cuales estará dedicado a un tema específico del programa de la asignatura, proporcionando a los alumnos un útil complemento a las enseñanzas que se imparten en la Facultad.

En este caso, la exposición de las reglas jurídicas relativas a la subjetividad internacional y de las referencias jurisprudenciales y doctrinales pertinentes, se abre con un capítulo de carácter general e introductorio dedicado a precisar el

concepto de sujeto del Derecho internacional y el contenido de la personalidad internacional, tras el cual se procede al estudio en particular de la subjetividad internacional de una serie de entidades, comenzando, como no podía ser de otra forma, con la referencia al Estado soberano, así como a otras entidades de características similares, como los Estados dependientes, es decir, aquéllos que reconocen a otros el derecho a participar en la creación de las normas de su ordenamiento jurídico sobre ciertas materias, o los Estados agrupados en una Federación; y continuando con las organizaciones internacionales, de las que se analizan sus rasgos generales, su ordenamiento jurídico y su posición ante el Derecho internacional en lo que se refiere a la posibilidad de celebrar de tratados, mantener relaciones diplomáticas y llevar a cabo la protección funcional de sus agentes.

Pero, además de los Estados y las organizaciones internacionales, sujetos indiscutidos del Derecho internacional, la obra aborda, sucesivamente, la controvertida cuestión de la subjetividad internacional de algunas entidades vinculadas a la actividad religiosa, tales como la Iglesia Católica y la Ciudad del Vaticano, la Soberana Orden de Malta y otras comunidades eclesíásticas, como las iglesias ortodoxas, las iglesias evangélicas y el Islam; la de ciertos grupos vinculados a situaciones de beligerancia, como es el caso de los propios beligerantes, los movimientos de liberación nacional y los insurgentes; la de las organizaciones humanitarias dedicadas a la actividad asistencial, con especial referencia a el Comité Internacional de la Cruz Roja; y la de las personas privadas, conforme a la protección que les dispensa el ordenamiento internacional, a los derechos que les reconoce y a las obligaciones que les impone.

AZNAR GOMEZ, Mariano J.: *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. Biblioteca Diplomática Española. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 2000. 260 págs.

A pesar de que la Carta de las Naciones Unidas no encomienda al Consejo de Seguridad ninguna función concreta en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados, las actuaciones de este órgano en el ejercicio de la función

que le es propia por antonomasia, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ponen de manifiesto su clara tendencia a asumir competencias en dicha materia que, en principio, no le corresponden, tales como las relativas a la determinación de la existencia de un hecho ilícito, la atribución del mismo al Estado que lo ha cometido o la designación de sus consecuencias y de las obligaciones que recaen sobre su autor en orden a cesar el comportamiento ilícito y reparar los daños que hubiese causado a otros Estados.

Partiendo de este hecho, la presente monografía analiza la incidencia de la actuación del Consejo de Seguridad en el ámbito de la responsabilidad internacional, para lo cual se estructura en tres Capítulos, el primero de los cuales está dedicado al examen del papel que la Comisión de Derecho Internacional reconoce a dicho órgano en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura el 12 de julio de 1996, en especial del artículo 39 -que se corresponde, aunque con algunas modificaciones en la redacción, con el artículo 59 del Proyecto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, durante el 52º período de sesiones-, que, al regular la relación del Proyecto de la C.D.I. con la Carta de las Naciones Unidas, somete las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito a las disposiciones y procedimientos que ésta establece para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El Capítulo II, por su parte, está en lo fundamental dedicado al estudio de los poderes que el Capítulo VII de la Carta atribuye al Consejo de Seguridad para hacer frente a las amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión realizados por algún Estado, así como la utilización que ha hecho de tales poderes en la práctica, sobre todo por lo que se refiere a la adopción de medidas contra el Estado en cuestión, impliquen o no el uso de la fuerza. Mientras que, sentadas las premisas anteriores, el Capítulo III se centra en los aspectos de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad relativos a la responsabilidad internacional de los Estados, haciendo hincapié en los últimos desarrollos en lo que se refiere a la atribución de conductas ilícitas y la indicación de las consecuencias de las mismas.

La obra concluye con unos Apéndices en los que se enumeran los informes sobre la responsabilidad de los Estados presentados por los Relatores Especiales de la C.D.I. en esta materia, se transcribe el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado el 12 de julio de 1996 y se relacionan, por orden cronológico, las resoluciones y decisiones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, así como las declaraciones del Presidente del mismo, citadas en el trabajo.

CIURO CALDANI, Miguel Angel: *El Derecho Universal (Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era)*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 2001. 96 págs.

La presente obra está estructurada en dos partes diferenciadas, la primera de las cuales se dedica al estudio del Derecho Universal, entendido como ciencia jurídica que se interesa por los alcances espaciales del Derecho en su totalidad mundial y abarca todos los fenómenos jurídicos en su plenitud espacial. En su exámen del Derecho universal, el autor parte de la base de que estamos viviendo el inicio de una nueva era histórica, caracterizada por la ruptura de las barreras de la materia, el tiempo y el espacio, cuyo comienzo viene determinado por sucesos ocurridos en las últimas décadas, tales como la posibilidad de la extinción de la vida humana como consecuencia del poder destructivo atómico, la conciencia de los ataques a los derechos humanos, los avances en la conquista del espacio exterior, la agudización de la problemática ecológica, la globalización capitalista y la marginación que trae consigo, la inmaterialidad en la propiedad y las finanzas, el desarrollo de las comunicaciones, la expansión de Internet y los adelantos biotecnológicos. Ante tal constatación, considera que esta nueva era requiere una nueva ciencia jurídica, pues, al resultar insuficientes el coactivismo, la exegésis y la purificación normológica, se hacen cada vez más imprescindibles tanto una Teoría General del Derecho que no sólo atienda a lo común sino al conjunto, como la Historia y prospectiva del Derecho y, junto a ellas, el Derecho Universal, que acoge entre sus grandes contenidos a las ramas comunes de los Derechos nacionales, así como al Derecho de extranjería, el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado, el Derecho de la integración y el Derecho mundial o de la globalización. El Derecho Universal cuenta con autonomía material y, además, ha experimentado significativos avances precodificadores que le sitúan en la senda de la autonomía legislativa y ciertos progresos en su autonomía jurisdiccional. Por otra parte, posee una enorme autonomía educativa o pedagógica y comienza a adquirir autonomía científica que, con el tiempo, podrá proporcionarle autonomía docente. Esta primera parte termina con una referencia al Derecho Universal actual en sus dimensiones sociológica, normológica y axiológica.

En cuanto a la segunda parte del estudio, se refiere a la armonía y la armonización en el mundo jurídico que, en sentido amplio, se logra cuando las múltiples perspectivas del Derecho se encaminan a un fin tomado como referencia y, en sentido estricto, en el caso de que el orden y la coherencia, valores de las dimensiones sociológica y normológica del Derecho, se proyecten a la realización de la justicia, máximo valor jurídico por encima del de la utilidad. Así pues,

la armonía no se limita a la coherencia de las normas orientada a la justicia, sino que conviene considerarla en las dimensiones sociológica y normológica, con referencia a la dimensión axiológica, si bien la armonía de las normas es más fácil que la de los hechos, por lo que la coherencia lógica resulta, en consecuencia, más fácil que el orden en la realidad social.

GARCIA RODRIGUEZ, Isabel: *La celebración del matrimonio religioso no católico*. Tecnos. Madrid, 1999. 320 págs.

En España, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa, reconoce a toda persona el derecho a celebrar los ritos matrimoniales de su propia confesión (art. 2.1-b), mientras que el Código civil admite que el consentimiento matrimonial pueda prestarse en la forma prevista por las confesiones religiosas (art. 59), produciendo efectos civiles (art. 60). Estas disposiciones han sido confirmadas por los acuerdos de cooperación celebrados entre el Estado y la Santa Sede, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comunidad Islámica de España.

En la presente monografía la autora estudia los problemas jurídicos que plantean, en el ámbito del Derecho internacional privado, los matrimonios dispares (entre personas de la misma nacionalidad pero distinta religión) y los matrimonios mixtos y dispares (entre personas de distinta nacionalidad y religión), surgidos como consecuencia de la ampliación de las formas a las que se pueden acoger los contrayentes a la hora de celebrar el matrimonio religioso.

Para ello, en una Primera Parte, bajo el enunciado general de "Derecho extranjero", analiza la regulación del matrimonio -sus requisitos, impedimentos, forma de celebración, etc.- en aquellos ordenamientos religiosos que, por vía de referencia, han sido incorporados al sistema jurídico español, es decir, el cristiano, el hebrero y el musulmán; así como los conflictos de autoridades y de leyes que pueden surgir cuando al matrimonio le son aplicables normas de confesiones diferentes. Igualmente examina, desde la perspectiva del Derecho comparado, las legislaciones estatales sobre matrimonio vigentes en los Estados multi-culturales y confesionales en los que se profesan tales religiones -Israel y los países árabes musulmanes-, Estados en los que se presentan conflictos de leyes y de jurisdicciones entre los tribunales civiles y los religiosos y entre los distintos tribunales religiosos.

En la Segunda Parte, relativa al régimen del matrimonio en el Derecho internacional privado español, se aborda, en primer lugar, la evolución de su regulación durante el período del constitucionalismo, desde la época de la confesionalidad hasta el actual sistema pluriconfesional, que es consecuencia del laicismo de la vigente Constitución y fue consagrado por los mencionados acuerdos de cooperación con las confesiones evangélica, hebrea y musulmana. Además, se exponen los aspectos más relevantes de la celebración del matrimonio religioso conforme al Derecho internacional privado, haciendo referencia, en particular, a cuestiones tales como la autoridad competente al respecto, la capacidad para contraerlo, la ley aplicable a la forma y al contenido y el reconocimiento de matrimonios religiosos no católicos.

La obra se cierra con un epílogo dedicado a los conflictos de leyes entre los distintos ordenamientos religiosos y entre ordenamientos religiosos y laicos; y se complementa con un glosario de los términos hebreos y árabes utilizados en el texto -más que útil, imprescindible, a falta de conocimientos avanzados de dichas lenguas y culturas- y sendos índices de autores y de materias.

GARCIA RODRIGUEZ, Isabel (ed.): *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares, 1999. 382 págs.

En aplicación del Convenio de colaboración celebrado entre la Universidad de Alcalá y la Ciudad Autónoma de Melilla, entre los días 6 al 9 de abril de 1999 se desarrolló en esta última el I Curso Internacional dedicado al análisis de una serie de cuestiones -principalmente de índole jurídica, pero también históricas y económicas- que afectan de modo particular a las ciudades bajo soberanía española situadas en el norte de África o que, tratándose de problemas generales, tienen incidencia directa sobre sus intereses.

La presente obra recoge las conferencias programadas en ese Curso agrupadas, por razón de la materia, en dos Partes. La Parte Primera, que se dedica a "Las ciudades de soberanía en el mundo contemporáneo", consta de un apartado, a modo de introducción, compuesto por los trabajos de Jaime CONTRERAS CONTRERAS "Judíos y árabes de España en el Magreb: una perspectiva histórica"; y José MORILLA CRITZ: "El Mediterráneo de maestro a aprendiz: La

evolución económica de su agricultura en los dos últimos siglos"; y otro dedicado a "El Derecho Internacional y las ciudades de soberanía", con los trabajos de Antonio REMIRO BROTONS: "La cuestión norteafricana: españolidad y marroquinidad de Ceuta y Melilla"; Carlos JIMENEZ PIERNAS: "El Convenio Marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales y su aplicación en España"; Carlos FERNANDEZ DE CASADEVANTE: "La cooperación transfronteriza: su aplicación a las ciudades de soberanía"; y Jesús CARRERA HERNANDEZ: "El Tratado de Amsterdam y el libre cruce de fronteras en la Unión Europea: perspectivas de realización en el marco del espacio de libertad, de seguridad y de justicia".

Mientras que la Parte Segunda, centrada en cuestiones de Derecho internacional privado, analiza en otros dos apartados ciertos aspectos de "El estatuto personal de cristianos, hebreos y musulmanes". En particular, el apartado tercero, que versa sobre "Algunos aspectos de la diversidad cultural desde el Derecho internacional privado español", cuenta con las aportaciones de José María ESPINAR VICENTE: "Sociedad multicultural y Derecho internacional privado"; Isabel GARCIA RODRIGUEZ: "La celebración e inscripción de matrimonios mixtos"; y Alegría BORRAS RODRIGUEZ: "La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derechos de visita y devolución de menores en las relaciones con Marruecos". Por último, el apartado cuarto, dedicado a "La experiencia de algunos países europeos en la materia", incluye los estudios de Gregor SCHNEIDER: "La reforma del derecho de ciudadanía en Alemania y la integración de la segunda generación de inmigrantes"; Martin SYCHOLD: "English Private International Law of Marriage in the Face of Religious Diversity" y Sami A. ALDEEB ABU-SAHLE: "Le juge suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman".

HERRARTE, Alberto: *La Cuestión de Belice. Estudio Histórico-Jurídico de la Controversia*. Guatemala, 2000. 456 págs.

Valiéndose de su sólida formación jurídica y desde su privilegiada posición como Ex-Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala, Embajador y profesor universitario, el Dr. Alberto Herrarte analiza la controversia territorial que enfrentó históricamente a su país con Gran Bretaña, como potencia colonial, por la usurpación del área comprendida entre los ríos Sibún y Sarstún y de ciertas islas caribeñas situadas en el Golfo de Honduras, y le enfrenta en la actualidad con Belice, defendiendo la tesis de que la mejor, más justa y más segura solu-

ción a la misma tendría que venir impuesta por la sentencia de un tribunal internacional al que debería serle sometida para que la resolviese.

El estudio se inicia con un exámen de los aspectos fácticos e históricos del caso, desde los tiempos de la conquista española tras el descubrimiento, pasando por los orígenes de la disputa motivada por las invasiones inglesas de los territorios reclamados, su consolidación con el Tratado "de límites" celebrado entre Gran Bretaña y Guatemala el 30 de abril de 1859, su desarrollo hasta el sorprendente y polémico reconocimiento por el Presidente de Guatemala en 1991 del derecho de Belice a la libre determinación y su evolución posterior con el establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambas partes. El resto de la obra se dedica a profundizar en los aspectos jurídicos de la controversia, comenzando con una referencia a los derechos territoriales de las partes implicadas sobre los espacios discutidos, lo que conlleva, por un lado, considerar a quién pertenecieron históricamente los territorios cedidos en usufructo por España a Gran Bretaña en 1783 y 1786 y los que fueron usurpados por los ingleses y, por otro lado, valorar las pretensiones del Reino Unido y de Guatemala, así como los argumentos legales en los que han apoyado su posición; para continuar con el estudio del marco jurídico, sobre todo convencional, en el que se encuadra la disputa, haciendo un repaso a las posibles causas de nulidad del tratado de 1859, a las relaciones del derecho a la libre determinación de los pueblos con el derecho de los Estados al respeto de su integridad territorial en lo que a este caso se refiere y a las cuestiones de sucesión de Estados que se plantean en el mismo. La última parte se dedica a la cuestión del arreglo de la controversia y consta de un examen de las características generales de la misma y los aspectos más relevantes que plantea desde el punto de vista jurídico y político, de una referencia a las reglas y medios de solución admitidas en el Derecho internacional y de un análisis de la historia de las negociaciones desarrolladas en el intento de lograr su desenlace satisfactoria. Por fin, junto a las oportunas conclusiones, que en 41 puntos resumen y esquematizan los extremos más relevantes de la investigación, el trabajo se complementa con un anexo convencional y otro cartográfico que permiten seguir la evolución del conflicto.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:

Revista IIDH. vols. 27 (enero-junio) 714 págs; y 28 (julio-diciembre) 611 págs. San José de Costa Rica, 1998.

El contenido del primero de los volúmenes publicados en 1998 por la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos está dedicado en gran medi-

da al "derecho a la verdad" y a la lucha contra la impunidad, pues, además de los trabajos incluidos en la sección de doctrina, elaborados por Jaume FERRER LLORET: "La aplicación de las normas internacionales sobre la responsabilidad penal del individuo: valoración de la práctica más reciente"; y César LANDA: "Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana", en este número se inaugura una nueva sección en la que, bajo el enunciado de "Jurisprudencia Latinoamericana en materia de derechos humanos", se transcribe, para su conocimiento, el texto íntegro de sentencias internas especialmente relevantes en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere. En esta ocasión, tras la introducción de Martín ABREGU: "Derecho a la verdad vs. impunidad", se reproducen dos sentencias dictadas en 1998 por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en las que el tribunal resolvió de forma contraria sendos asuntos relativos al derecho de los familiares a conocer el paradero de las personas desaparecidas en ese país, pues mientras en el caso "Aguiar Lapacó" descartó la posibilidad de que continuase la investigación penal para averiguar la suerte de Alejandra Lapacó, secuestrada junto a su madre en 1976, dos meses más tarde, en el caso "Urteaga" reconoció el derecho de los familiares a saber qué pasó con las víctimas del terrorismo de Estado.

Además, la sección *Amicus Curiae* contiene el Memorial en Derecho presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos-Ecuador, un supuesto de desaparición forzada que se remonta al 4 de diciembre de 1985, resuelto por sentencia de 19 de junio de 1998. Mientras que la referencia a las actividades desarrolladas por la Corte de San José y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el período comprendido entre enero y junio de 1998 se completa con los materiales más significativos sobre la materia producidos por los órganos de las Naciones Unidas en relación con los Estados americanos.

Por su parte, el volumen 28 de la Revista publica en su sección doctrinal los trabajos de Francisco COX: "Analyzing the Inter-American Commission on Human Rights under three theories of compliance"; Rafael PRIETO SANJUAN: "Conflicto armado en Colombia ¿Qué protección?"; y León Carlos ARSLANIAN: "Violencia, seguridad ciudadana y orden democrático", junto a las habituales secciones relativas a la práctica de los órganos regionales y de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, a las que en esta ocasión se une la Declaración pronunciada el 7 de abril de 1999 por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan ante la 55ª sesión la Comisión de Derechos Humanos.

LOPEZ MARTIN, Ana Gemma: *El territorio estatal en discusión: La prueba del título*. McGraw-Hill. Madrid, 1999. 274 págs.

Un repaso, siquiera superficial, a la jurisprudencia internacional -arbitral y judicial- de los dos últimos siglos revela la frecuencia con que se plantean entre los Estados controversias relativas a la atribución de la soberanía sobre un territorio, ya se refieran a la delimitación del mismo o a su adquisición, en sentido estricto. Pero la importancia de este tipo de disputas no se reduce al mencionado aspecto cuantitativo, sino que radica sobre todo en el hecho de que afectan directamente a un interés esencial para el Estado, pues se trata de uno de sus elementos constitutivos. Por todo ello y porque las normas sobre la adquisición, conservación y pérdida de la soberanía territorial conforman un sector clásico y nuclear del Derecho internacional, las obras científicas consagradas a su estudio resultan siempre atractivas, máxime si, como en este caso, se centran en el análisis de la práctica jurisdiccional internacional, en sentido amplio, es decir, sin limitarla a lo dispuesto en los laudos, sentencias y opiniones consultivas dictadas sobre la materia, sino comprendiendo también las posiciones mantenidas por los representantes de los Estados a la hora de fundamentar sus alegaciones ante los tribunales, árbitros u órganos arbitrales internacionales.

En particular, la presente monografía aborda la decisiva cuestión procesal de la prueba de las efectividades, noción en torno a la cual gira en la mayor parte de los casos la solución de este tipo de diferencias, y su interés radica en que, en los supuestos nada extraños en los que tales efectividades resultan confusas y se hace difícil precisar el Estado que ejerce de forma efectiva, continua y pacífica funciones propias sobre el territorio discutido, la controversia se convierte, en última instancia, en una cuestión de prueba, siendo la parte que logre demostrar haber llevado a cabo actividades estatales en el territorio en cuestión quien verá reconocido su título jurídico sobre el mismo.

Para ello, tras las oportunas referencias a los problemas que plantea la adquisición del título de soberanía territorial y a los aspectos generales de la teoría de la ocupación efectiva como fundamento del mismo, la autora se preocupa por el papel que desempeñan las efectividades en las controversias reguladas por el principio del *uti possidetis iuris*, estudiando las relaciones dialécticas entre ambos conceptos y las formas de determinar el *uti possidetis iuris* en ausencia de título colonial, para continuar con el examen de los problemas de carácter temporal que pueden surgir a la hora de apreciar las efectividades, principalmente los que tienen que ver con la fecha crítica y con la fijación del *statu quo* convencional. Por último, constituye una parte fundamental del libro la enume-

ración, análisis y valoración de las pruebas con las que han intentado demostrar la existencia de tales efectividades los Estados parte en conflictos sobre adquisición o delimitación del territorio resueltos por el Tribunal Internacional de Justicia o por los órganos arbitrales internacionales creados al efecto, así como la acogida que han tenido tales pruebas por parte de dichos órganos jurisdiccionales; estudio que, tras las correspondientes conclusiones generales, se sintetiza en un original e ilustrativo esquema en el que se exponen de forma muy visual las distintas actividades alegadas al respecto y los asuntos en los que han sido admitidas o rechazadas.

NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCIA-CORROCHANO MOYANO, Luis: *Derecho internacional público*. Tomo I. Introducción y Fuentes. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. Lima, 2000. 579 págs.

Este volumen constituye la primera entrega de una ambiciosa obra, cuya continuación se nos anuncia, en la que los autores se han propuesto ofrecer un panorama completo y actualizado del ordenamiento internacional. El tomo que ahora aparece se abre con una breve introducción general al estudio del Derecho internacional público (Capítulo I), en la que se proporcionan al lector los conocimientos básicos e imprescindibles para iniciarlo en la comprensión de esta rama del Derecho, entre ellos los relativos a su evolución histórica, su concepto, sus presupuestos imprescindibles, las características que lo distinguen de los ordenamientos internos y el fundamento de la obligatoriedad de sus normas. Tras esta introducción general y conforme al plan de la obra reflejado en su subtítulo, se pasa al examen de las fuentes del ordenamiento internacional, que comienza con una introducción específica sobre la problemática que plantean (Capítulo II), en la que se abordan cuestiones tales como el concepto, la enumeración, la clasificación y la jerarquía de las mismas; para continuar con el análisis particularizado del proceso de formación, los elementos constitutivos, las características y los efectos de los distintos tipos de normas internacionales, según la fuente formal de creación del Derecho de la que proceden, comenzando por las establecidas mediante costumbres internacionales (Capítulo III) y siguiendo con las estipuladas en los tratados internacionales (Capítulo IV), las que tienen su origen en los actos unilaterales de los Estados (Capítulo IX), las que han sido apro-

badadas mediante las resoluciones de las organizaciones internacionales con competencia para ello (Capítulo X) y las que emanan de los principios generales del Derecho (Capítulo V), si bien los autores combinan este criterio de clasificación de las normas internacionales con el de su naturaleza normativa, procediendo a un estudio específico de las normas de *ius cogens* (Capítulo VI). De otra parte, el examen de las fuentes formales de creación del Derecho internacional se completa con una referencia a la doctrina (Capítulo VII) y a la jurisprudencia (Capítulo VIII), como medios auxiliares para la determinación y la verificación de la existencia de las normas internacionales, y a la equidad (Capítulo XI), como elemento a tener necesariamente en cuenta en su aplicación, y se complementa con el estudio del clásico problema de las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos (Capítulo XII). Para terminar, un índice bibliográfico general recoge, debidamente sistematizadas, las citas doctrinales incluidas a pie de página y las obras relacionadas al final de cada Capítulo.

NOVAK, Fabián y RUDA, Juan José: *Cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. Lima, 1999. 182 págs.

La Pontificia Universidad Católica del Perú contribuyó a los actos de homenaje organizados en todo el mundo para conmemorar el transcurso de medio siglo desde la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la publicación de esta colección de estudios en la que destacados especialistas de distintas ramas del conocimiento analizan desde múltiples perspectivas el texto, el contexto y la trascendencia práctica de dicha Declaración.

Así, en este análisis multidisciplinar de la Declaración hay lugar para el enfoque histórico de José DE LA PUENTE BRUNKE: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una visión desde la historia"; el filosófico de Luis E. BACIGALUPO CAVERO-EGUSQUIZA: "Los Derechos Humanos desde una perspectiva filosófica a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"; el sociológico de Fidel TUBINO ARIAS-SCHREIBER: "Derechos humanos y multiculturalismo"; el religioso de Oscar ALZAMORA REVOREDO: "Los derechos humanos y la ética cristiana"; y, por supuesto el jurídico, que, del mismo modo, se aborda desde distintos ámbitos normativos, pues al punto de vista del Derecho internacional, aportado por Juan

José RUDA SANTOLARIA: "Algunas consideraciones a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"; se une el del Derecho constitucional, a cargo de Luis GARCIA-CORROCHANO MOYANO: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana"; y el del Derecho penal, de la mano de Samuel B. ABAD YUPANQUI: "Los Derechos Humanos y la Constitución: La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema penal peruano"; cerrándose la recopilación con el estudio de un aspecto particular de los efectos a los que ha dado lugar la adopción de la Declaración transcurrido este primer medio siglo por parte de Julissa MANTILLA FALCON: "El reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres a 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

PEREA UNCETA, José Antonio: *La actuación de las Naciones Unidas en el conflicto de la antigua Yugoslavia*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 2000. 353 págs.

Desde principios de la década pasada, los conflictos que se vienen desarrollando en o entre las repúblicas que constituyeron la antigua Yugoslavia han sido fuente inacabable de noticias en los medios de comunicación y de sobresaltos para las relaciones internacionales. Ello es debido a que la gravedad de los enfrentamientos armados que tuvieron lugar, sucesiva o simultáneamente, en Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Kosovo, así como la situación de tensión que se vive en Montenegro y Macedonia, han comprometido de forma evidente la paz y la seguridad internacionales en la región y han puesto a prueba principios de Derecho internacional tan consolidados e importantes como el de la integridad territorial de los Estados, la libre determinación de los pueblos, la prohibición del uso de la fuerza, la solución pacífica de las controversias o el respeto de los derechos humanos y del Derecho humanitario. Frente a este estado de cosas, las Naciones Unidas han reaccionado, con distinta fortuna, recurriendo tanto a los mecanismos previstos en la Carta -la adopción de medidas conforme a los artículos 40, 41 y 42- como a otros, ajenos a la misma, pero sustentados en una importante práctica precedente -el establecimiento de operaciones de mantenimiento de la paz- e, incluso, a alguno verdaderamente novedoso -la instauración de un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*-.

En la presente monografía se analiza la consonancia de tales medidas con el sistema institucional de seguridad colectiva diseñado en la Carta de las Naciones

Unidas y con la práctica seguida por Organización en aplicación del mismo. A tal efecto, la obra se estructura en cinco Capítulos, el primero de los cuales cumple la función de situarnos ante el conflicto yugoslavo mediante el relato y la explicación de sus causas, su inicio y su desarrollo. A continuación se plantea, en relación con la competencia de las Naciones Unidas para actuar en el conflicto, la cuestión de su calificación por parte del Consejo de Seguridad dentro de las categorías enunciadas en el artículo 39. Por su parte, el Capítulo III se refiere a los objetivos perseguidos con tal actuación y los Capítulos IV y V a las medidas adoptadas para alcanzarlos, entre las que se incluyen, por un lado, las operaciones de mantenimiento de la paz aprobadas para la región, de las que se examinan las circunstancias de su establecimiento, sus funciones y su naturaleza jurídica; por otro lado, las medidas políticas, económicas y militares decididas, a modo de sanción, por el Consejo de Seguridad, distinguiendo al respecto las que simplemente consisten en la interrupción de las relaciones económicas o de las comunicaciones y otras análogas, de las que implican el recurso al uso de la fuerza; y, por último, la instauración del Tribunal Penal Internacional encargado de juzgar los crímenes contra la Humanidad cometidos en la zona. Para terminar, el autor nos presenta sus conclusiones acerca de la legalidad y la efectividad de la actuación de las Naciones Unidas en este conflicto y nos ofrece un anexo cartográfico, otro bibliográfico y una enumeración de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad entre 1991 y 1998 en relación con el mismo.

SALINAS ALCEGA, Sergio: *El Consejo de Europa. Su protagonismo en la construcción de la «Gran Europa» y sus aportaciones al progreso del Derecho internacional público.* Biblioteca Diplomática Española. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1999. 361 págs.

Los profundos cambios políticos que ha experimentado la comunidad internacional en la última década -que son consecuencia del proceso de distensión entre los dos bloques hegemónicos que se habían mostrado antagónicos durante la llamada "Guerra Fría" y de los que trae causa el desvanecimiento, a lo largo de los años 90, de la escisión ideológica Este-Oeste-, se han dejado sentir de forma especialmente intensa en Europa, donde fenómenos como la desintegración de la antigua Unión Soviética y el hundimiento de los regímenes afines han dado lugar a un nuevo escenario que presenta muchos aspectos esperanzadores y ciertos elementos preocupantes. Tales cambios exigen un esfuerzo de adaptación no sólo a los Estados afectados, sino también a las organizaciones internacionales que actúan en el área, entre ellas el Consejo de Europa, que no puede permanecer ajeno a los mismos desde el momento que sus efectos repercuten

tanto en su composición, como en sus fines y los medios para alcanzarlos o en sus relaciones con los Estados no miembros o con otras organizaciones internacionales, de modo que, para hacer frente a esta nueva situación y asumir con garantías de eficacia el papel que le corresponde en el proceso de construcción europea en el nuevo siglo, ha de adecuar sus estructuras y mecanismos de funcionamiento originales a la nueva realidad en la que se desenvuelve su actividad.

El panorama descrito pone en evidencia el interés de una monografía como la presente, que tiene como objeto de estudio la configuración actual del Consejo de Europa y las circunstancias que van a determinar su evolución en el futuro más inmediato. Para el examen de tales cuestiones, el autor organiza el trabajo en tres partes, la primera de las cuales se refiere a las características de esta organización continental, al procedimiento y las condiciones para la admisión de nuevos miembros y la permanencia de los ya existentes, a su estructura orgánica y a los instrumentos de los que dispone para conseguir sus objetivos. La segunda parte se centra en el proceso de ampliación que ha experimentado, al incrementar notablemente el número de sus miembros con la incorporación de los Estados de Europa central y oriental, que es considerada por el autor como el "elemento revitalizador" de la organización; aunque también aborda los principios, instrumentos y programas de asistencia previstos para apoyar las imprescindibles reformas emprendidas en los mismos. Por último, la tercera parte versa sobre la adaptación del Consejo de Europa a las nuevas circunstancias en las que ha de operar, en lo que se refiere a la optimización de los recursos financieros y humanos, la racionalización de las iniciativas y la adecuación de los medios de trabajo, así como sobre el lugar que ocupa en la arquitectura institucional europea en el horizonte del nuevo siglo, lo que conlleva el análisis de sus relaciones con la Unión Europea, la OSCE y otras organizaciones de carácter regional o universal. La obra termina con la exposición de las correspondientes conclusiones.

URIBE VARGAS, Diego: *El Meridiano 82. Frontera Marítima entre Colombia y Nicaragua.* Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá, 2000. 292 págs.

En la presente monografía, el autor, que en el pasado desempeñó el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, expone en colaboración con los también profesores de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá, Beatriz C. GUTIERREZ MONTES y Mario Iván ALVAREZ MILAN, el punto de vista de su país respecto a la disputa territorial que le enfrenta con Nicaragua por la soberanía sobre las islas, islotes y cayos de origen volcánico que forman el archipié-

lago caribeño de San Andrés y Providencia. En síntesis, esta tesis defiende la soberanía colombiana sobre los territorios controvertidos en aplicación del principio del *uti possidetis iuris*, por haber sido incorporados a la misma como consecuencia de la Orden del Rey de España de 30 de noviembre de 1803 y en virtud de su ejercicio ininterrumpido desde entonces, mediante la realización de funciones de Estado en sus distintas manifestaciones, sobre todo en lo que se refiere al ámbito legislativo. No obstante, el desacuerdo entre las partes se centra fundamentalmente en la validez y eficacia del tratado bilateral firmado en Managua el 24 de marzo de 1928 para resolver el problema de la soberanía (Tratado Bárcenas-Esguerra, según el apellido de los plenipotenciarios que lo suscribieron), que Nicaragua cuestiona -llegando a declararlo nulo unilateralmente el 4 de febrero de 1980- y Colombia considera intachable a la luz de las Convenciones de La Habana (1928) y de Viena (1969) sobre el Derecho de los Tratados. Efectivamente, frente a la pretensión nicaragüense, los autores subrayan circunstancias tales como que el mencionado tratado no contiene disposiciones sobre su terminación, retirada o denuncia y que ninguna de sus estipulaciones permite, expresa o tácitamente, modificar sus efectos jurídicos. Del mismo modo, rechazan tanto el hecho de que hayan cambiado las circunstancias en las que se celebró el tratado como la posibilidad misma de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y, en virtud de la doctrina del *estoppel* y conforme al artículo 45 de la Convención de Viena, consideran inviable la intención de declararlo nulo, entendiéndose que Nicaragua se ha comportado de tal manera que ha asentido su validez mediante aquiescencia.

El otro aspecto relevante de la controversia lo constituye la delimitación marítima entre ambos Estados en la zona, que Colombia considera fijada en el meridiano 82 de Greenwich, según lo previsto en el Acta de Canje de las correspondientes ratificaciones, suscrita el 5 de mayo de 1930, en el que se afirma literalmente "que el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente" de dicha demarcación.

Para terminar, a los muchos documentos e instrumentos internos e internacionales transcritos en el texto de la obra se suman los datos sobre el censo de población de San Andrés y las leyes y decretos colombianos sobre Verraguas y San Andrés y Providencia incluidos en los Anexos.

VV.AA.: *La OEA, a sus cincuenta años, reflexiona ante el siglo XXI*. Casa de América. Madrid, 1999. 220 págs.

Para conmemorar el cincuenta aniversario de la adopción en Bogotá, el 30 de abril de 1948, de la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Casa de

América organizó en Madrid, en octubre de 1998, un Seminario en el que se examinaron, desde perspectivas políticas, jurídicas, económicas y sociales, diversos aspectos de la actual realidad iberoamericana.

La presente publicación recoge, junto a los discursos pronunciados en la solemne sesión inaugural por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de España, Abel MATUTES, el Secretario General de la OEA, César GAVIRIA, y S.A.R. El Príncipe de Asturias, los trabajos presentados en aquel Seminario, divididos en cinco paneles. El primero, que versó sobre "Consolidación de la democracia y derechos humanos", contó con las aportaciones de Ismael CRESPO: "Consolidación de la democracia en las Américas. El aprendizaje político de la ciudadanía"; Lawrence CHEWNING FABREGA: "La acción de la OEA en la defensa y la consolidación de la democracia"; y Carlos AYALA CORAO: "El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos". En el segundo panel, sobre "Desarrollo sostenible y lucha contra la pobreza y la marginación", participaron Jaime APARICIO OTERO: "El desarrollo sostenible y la Organización de los Estados Americanos"; y Antonio MERCADER: "La educación como factor clave de progreso político, económico y social". En el tercer panel, sobre "Nuevos desafíos. Cooperación para enfrentarlos", se integraron las intervenciones de Fernando CEPEDA: "La lucha contra las drogas: ¿Se requiere un replanteamiento?"; Francisco PAPARONI: "Corrupción"; y Claude HELLER: "Nuevas iniciativas en materia de seguridad y control de armamento: la Convención sobre el tráfico ilícito de armas". El cuarto panel, trató sobre "Libre comercio e integración regional", contando con las disertaciones de Juan José TACCONE: "Evolución del proceso de integración en América Latina y el Caribe"; y Robert DEVLIN: "El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Proceso, progreso y un camino que recorrer". Mientras que en el quinto y último panel, relativo al "Presente y futuro de la relación triangular América Latina-Unión Europea- EE.UU.", quedó a cargo de Carlos PORTALES CIFUENTES: "El proceso de Cumbres Hemisféricas. La Nueva Agenda de Cooperación en las Américas"; Victor MARRERO: "Las relaciones EE.UU.-Latinoamérica en la posguerra fría"; Celestino DEL ARENAL: "Las Cumbres Iberoamericanas: entre el agotamiento y la revitalización"; y Enrique VIGUERA: "Las relaciones y el diálogo transatlántico (EE.UU.-Canadá-UE) en torno a Latinoamérica".

Rubén CARNERERO CASTILLA

NOTICIARIO DEL IHLADI

CUADRO DE HONOR DEL IHLADI

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).
- Sampaio, Jorge* (Portugal).
(XIX Congreso, Lisboa, 1996).
- Estrada, Joseph E.* (Filipinas).
(XX Congreso, Manila, 1998).
- Flores, Carlos Roberto* (Honduras).
(XXI Congreso, Tegucigalpa, 2000).

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).

Siazon, Jr., Domingo L. (Filipinas).
(XX Congreso, Manila, 1998).

Flores Bermúdez, Roberto (Honduras).
(XXI Congreso, Tegucigalpa, 2000).

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.

Syquia, Enrique P. (Filipinas).

Asociado: XII Congreso, Mérida 1980; Miembro: XVI Congreso, Mérida 1991; Director del Instituto: 1992-1994, 1996-1998; Miembro de Honor: XX Congreso, Manila 1998; Presidente del Instituto 1998-2000.

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.

Schacht Aristeguieta, Efraín (Venezuela).

Asociado: III Congreso, Quito 1957; Secretario Adjunto del Instituto: 1957-1962; Miembro: IV Congreso, Bogotá 1962; Consejero del Instituto: 1962-1966; Presidente del Instituto 1967-1968; Consejero del Instituto: 1969-1972, 1977-1979; Director del Instituto: 1982-1985; 1989-1991 y 1992-1994; Miembro de Honor: XX Congreso, Manila 1998.

CONSEJO DIRECTIVO (art. 15) (2000 - 2002)

PRESIDENTE:

Carlos Roberto Reina (Honduras)

DIRECTORES:

Aldo Armando Cocca (Argentina)

José Roberto Franco da Fonseca (Brasil)

Diego Uribe Vargas (Colombia)

Fabio Fournier (Costa Rica)

Hugo Llanos Mansilla (Chile)

Carlos Serrano (El Salvador)

Juan Antonio Carrillo Salcedo (España)

Pacífico Castro (Filipinas)

Alejandro Montiel Argüello (Nicaragua)

Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela)

SECRETARIO GENERAL:

Prometeo Cerezo de Diego (España)

XXI CONGRESO DEL IHLADI

BREVE CRONICA DEL XXI CONGRESO DEL IHLADI

Aunque en el XX Congreso del Instituto, celebrado en septiembre de 1998 en Manila, se aprobó como sede del siguiente Congreso la propuesta de las ciudades de Quito-Guayaquil (Ecuador), los acontecimientos políticos, económicos y sociales que se produjeron en este país, principalmente desde comienzos del año 2000, impidieron que la Comisión organizadora pudiera llevar adelante el compromiso asumido.

Los contactos realizados con el Dr. Carlos López Contreras y el Dr. Roberto Flores Bermúdez, Ministro de Relaciones Exteriores de Honduras, que dieron una calurosa acogida al ofrecimiento de celebrar el Congreso en su país, permitieron encontrar una nueva sede. En un tiempo record, gracias al valioso apoyo de los miembros de la nueva Comisión organizadora: Dr. Carlos Roberto Reina, Dr. Carlos López Contreras y la secretaria del Colegio de Abogados de Honduras, Lic. Angelina Ulloa de Veniz, fue posible convocar la celebración del XXI Congreso en Tegucigalpa, del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000.

El Hotel Camino Real Intercontinental, con sus espléndidas instalaciones y su excelente ubicación frente al Centro Comercial Multiplaza, fue elegido para alojamiento de los congresistas y celebración de las sesiones del Congreso.

El domingo día 26 de noviembre, en la reunión del Consejo Directivo, se acordó, entre otras decisiones, el nombramiento -adoptado por unanimidad- de miembro del Instituto y Presidente del Congreso al Dr. Carlos Roberto Reina, hasta ese momento asociado, para dar cumplimiento a las exigencias del artículo 21 de los Estatutos.

El lunes día 27, a las 10.00 horas, se celebró la inauguración solemne del Congreso en el Auditorio del Banco Centroamericano de Integración Económica, presidida por el presidente de la República, Honorable ingeniero Carlos Roberto Flores. En la sesión intervinieron el Secretario General del IHLADI, profesor Prometeo Cerezo, el Presidente saliente, Embajador Dr. Enrique P. Syquia, el Presidente entrante, Dr. Carlos Roberto Reina, ex-presidente de la República, y el Presidente de la República, Honorable Carlos Roberto Flores, que pronunció un extenso y brillante discurso.

En este acto, el Presidente saliente estrenó e hizo entrega al Presidente entrante, como signo del traspaso de poderes institucionales, del Gran Collar del Instituto, recientemente adquirido por la Secretaría, cuyo diseño fue aprobado por los Estatutos de Quito de 1957. Antes de finalizar el acto, el Presidente saliente, en nombre del Instituto y por acuerdo unánime del Consejo Directivo, hizo entrega al Honorable Presidente de la República, ingeniero Carlos Roberto Flores, del Diploma con el nombramiento de Presidente de Honor del Congreso.

Finalizado el solemne acto de inauguración y regresados los congresistas al Hotel Camino Real Intercontinental, se iniciaron las actividades científicas con la celebración de una sesión plenaria para la organización de los trabajos y elección de los componentes de las mesas de las Comisiones.

Después del almuerzo, comenzó la exposición de la primera ponencia, sobre "Los Tribunales Administrativos de las Organizaciones Internacionales", a cargo del Dr. Alfredo Martínez Moreno (El Salvador). En días sucesivos se fue haciendo la presentación de las restantes ponencias: "La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano y filipino", a cargo del profesor Dr. José Carlos Fernández Rozas (España); "Los órganos creados por la Convención del Derecho del mar", por la Dra. Frida Armas Pfrter (Argentina) y "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria", elaborada por el Dr. Oswaldo Molestina Zavala (Ecuador). Unánime fue el comentario acerca del interés y el elevado nivel de los debates de todas las ponencias.

La prensa nacional (El Heraldo, La Tribuna, etc.) dispensó un amplio y continuado eco a las actividades científicas y sociales del Congreso.

Diversos organismos oficiales, como la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, el Colegio de Abogados de Honduras, varias embajadas, etc., ofrecieron sendas invitaciones, bien en general o bien a grupos reducidos de congresistas. El jueves día 30 se realizó la excursión tradicional al incomparable marco de la Bahía de Fonseca, desplazándose los congresistas en varias embarcaciones hasta las residencias privadas que gentilmente pusieron a nuestra disposición los señores Facussé y Callejas. Una vez más, tuvimos la suerte de contar con la simpatía y la

animación permanente del infatigable y polifacético embajador filipino, Pacífico Castro, que nos recordó "la canción del IHLADI", cuya letra ingeniosa el mismo había versificado. ¡Qué lejos estaba en aquellos momentos de saber que sería su último Congreso del Instituto! Que Dios le haya premiado sus muchos méritos.

Por su parte, el jurado calificador del premio "Luis García Arias", integrado por los Dres. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela), Julio Barberis (Argentina) y José Antonio Corriente Córdoba (España) lo declaró desierto; y el del premio "José Yanguas Messía", compuesto por los Dres. Carlos Febres Pobeda (Venezuela), Alegría Borrás Rodríguez (España) y Didier Operti Badán (Uruguay), lo concedió, por unanimidad, al trabajo "Los contratos de consumo bancario en el Derecho internacional privado", cuya autora resultó ser la Dra. María José Lunas Díaz (España).

En la Junta de Miembros, celebrada el día 2 de diciembre, se eligieron 5 nuevos miembros y 12 asociados, dándose preferencia a las candidaturas de las secciones nacionales de los países con menor representación. En cuanto a la sede del XXII Congreso, se acordó que se hicieran las oportunas gestiones para posibilitar su celebración en Argentina, dado que en este país hace más de treinta años que nos se celebra ninguno y, por otra parte, cuenta con la segunda representación más numerosa del Instituto.

No podríamos cerrar debidamente esta breve crónica del XXI Congreso sin hacer una referencia expresa a la destacada participación que tuvo en el desarrollo del mismo el Ilustre Colegio de Abogados de Honduras, tanto por la participación de sus directivos, Lic. Jorge Rivera Avilés, Presidente, y Lic. Angelina Ulloa de Veniz, secretaria, en la Comisión organizadora, como por la contribución económica prestada, la organización de un ciclo de conferencias en la sede del Colegio, impartido por los miembros del Instituto, la cena ofrecida a los miembros del Congreso, etc., etc. Muchas gracias.

En nombre del Instituto, nuestro más cordial agradecimiento a Honduras, a su Gobierno, a la Comisión organizadora y a cuantas entidades y personas contribuyeron a hacer posible la celebración del XXI Congreso. Muchísimas gracias.

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESION INAUGURAL DEL XXI CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO- AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SECRETARIO GENERAL DEL INSTITUTO, PROFESOR DR. PROMETEO CEREZO DE DIEGO

Excmo. Sr. Presidente de la República de Honduras, Ingeniero Carlos Roberto Flores, Excmo. Sr. Embajador, Dr. Enrique P. Syquia, Presidente del IHLADI, Excmo. Sr. Ex-presidente de la República, Dr. Carlos Roberto Reina, Presidente de la Comisión organizadora del XXI Congreso del IHLADI, Sres. Presidentes de los poderes del Estado, Ilmo. Sr. Presidente del Colegio de Abogados de Honduras, Excmos. Sres. Embajadores, Ministros, autoridades académicas, civiles, militares, y religiosas, Miembros y Asociados del Instituto, señoras y señores.

Sr. Presidente:

Como Secretario General del Instituto me cabe el honor de abrir las intervenciones de este solemne acto de inauguración del XXI Congreso, que por primera vez en el ya medio siglo de existencia del Instituto, se celebra en la República centroamericana de Honduras.

Los miembros del Instituto, pertenecientes a todos los países de la Comunidad Hispano-Luso-Americana y Filipina de naciones, venimos al Congreso conducidos por el deseo del reencuentro y con el propósito de examinar y discutir los interesantes temas de actualidad, tanto de Derecho internacional público como de Derecho internacional privado, inscritos en nuestra agenda de trabajo.

Me es muy grato reseñar que en este Congreso se cuenta con una delegación muy distinguida de filipinos, integrada por tres embajadores. La celebración del XX Congreso en la ciudad de Manila en 1998, año en el que se conmemoraba la efeméride centenaria de la Declaración de la independencia del archipiélago está sin duda produciendo óptimos frutos como es el de la participación de ilustres internacionalistas filipinos en las reuniones del Instituto.

El IHLADI como asociación científica dedicada al estudio del Derecho internacional se propone, según rezan sus Estatutos: "Estudiar y difundir

las concepciones, principios, instituciones, sistemas e instrumentos de Derecho internacional que contribuyan a su desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica e imperio de la justicia entre los pueblos".

Para ello cuenta con el fecundo legado doctrinal, de actual vigencia, de Fray Francisco de Vitoria, el padre y maestro de la disciplina jurídica más necesaria para la convivencia en este mundo de alcance planetario y globalizado.

Cuatro siglos antes de que se hablara de la idea de globalización, Francisco de Vitoria había sostenido que "todo el orbe de alguna manera es una república que tiene el poder de dar leyes justas como son las del derecho de gentes". El Derecho de gentes que, según lo definiera don Andrés Bello, es 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".

La labor del IHLADI, cimentada en la afinidad cultural y jurídica de los internacionalistas hispano-luso-americano y filipinos, tiene un reto de vital importancia para colaborar en la construcción del nuevo orden jurídico de la sociedad internacional del próximo milenio. Un ordenamiento respetuoso con los principios del Derecho internacional, que suprima las desigualdades y la llamada escisión norte-sur, que formule nuevos mecanismos de cooperación y entendimiento internacionales, que promueva la convivencia pacífica y el imperio de la justicia entre las naciones, que impulse el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos.

El nuevo Derecho internacional está íntimamente unido a la noción de solidaridad. Idea fecunda y luminosa que no sólo tiene aplicación en el ámbito de la justicia social, como certeramente pusiera de relieve el Papa Juan Pablo II en su encíclica "Sollicitudo rei socialis" (1988), sino también en otros ámbitos como es el del Derecho del mar.

Ha sido en la segunda mitad de este siglo cuando el Derecho marítimo ha experimentado una profunda evolución y transformación. Las nociones de plataforma continental, zona económica exclusiva, fondos marinos y oceánicos, patrimonio común de la humanidad, etc., son conceptos nuevos que implican no sólo un cambio de lenguaje, sino un cambio trascendental en la actual ordenación del Derecho del mar.

La nueva reglamentación marítima ha arrumbado los viejos principios de la época del Derecho internacional clásico para alumbrar otros nuevos conducentes al uso reglado de los espacios marítimos y el aprovechamiento controlado de las riquezas del mar.

El actual ordenamiento del derecho marítimo ha conducido a los Estados a la realización de una meticulosa delimitación de sus fronteras marinas. Delimitación de no fácil determinación y que puede provocar en muchos casos pretensiones antagónicas susceptibles de provocar conflictos e incluso confrontaciones entre países limítrofes.

El establecimiento de las fronteras marítimas, sobre todo en aquellas zonas costeras de trazado complejo, debe intentar llevarse a cabo más que por decisiones unilaterales, que pueden enfrentarse a legítimas posiciones de otros Estados, a través de acuerdos con las partes interesadas que conduzcan a soluciones justas y equitativas, y que permitan una utilización de los espacios marinos pacífica y solidaria, que evite la aparición de tensiones y enfrentamientos entre países vecinos y hermanos que les impida caminar hacia proyectos ambiciosos y fructíferos de integración económica e incluso política.

También quiero referirme, como es costumbre en los discursos de apertura del Secretario General del Instituto, a las actividades desarrolladas por la Secretaría desde la brillante celebración del anterior Congreso en Manila, en septiembre de 1998. Además de las Circulares informativas, cursadas durante 1999 y el presente año, la Secretaría imprimió y distribuyó el folleto "Conclusiones y Acuerdos del XX Congreso", el volumen XIV del Anuario del Instituto, con una extensión de más de 500 páginas. Igualmente se han impreso y distribuido las 3 ponencias recibidas de las 4 que se debatirán en el presente Congreso, preparadas por los Dres.: Oswaldo Molestina, de Ecuador, José Carlos Fernández Rozas, de España, Alfredo Martínez Moreno, de El Salvador, y Frida Armas Pfrter, de Argentina. Del mismo modo, se ha impreso el libro "Resoluciones del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Congresos I-XX)", preparado por el Dr. Rubén Carnerero, Secretario adjunto "de facto" de la Secretaría, y que espero que la mayoría de ustedes ya hayan recibido.

Por otra parte, me es muy grato indicarles que es precisamente en este Congreso de Tegucigalpa cuando se está llevando a cabo el estreno del gran collar del Instituto por el hasta ahora Presidente del mismo, Dr. Enrique P. Syquia. La adquisición de un collar para la Presidencia del Instituto ha sido otra de las preocupaciones de la Secretaría, como en su día lo fue la confección de un diploma acorde con la categoría de nuestra institución. El único collar del que se tenía noticia perteneció a título personal al antiguo Presidente del Instituto, ya fallecido, Dr. Andrés Avelino Aramburú Menchaca, y del que se perdió su pista con su muerte. La recomposición del diseño original, inexistente en el taller de Cejalvo de Madrid por cambio en la dirección del negocio, ha sido una ardua tarea de la Secretaría seguida de un feliz desenlace. A partir de ahora, el Presidente saliente entregará en la sesión inaugural de cada Congreso al Presidente entrante el gran collar como signo del traspaso de poderes institucionales del Instituto.

Del mismo modo quiero hacer una referencia y emocionado recuerdo a los colegas fallecidos desde el último Congreso: El ex-canciller filipino, Dr. Raúl Manglapus y Sevilla, del que escribimos un "eulogio" poniendo de relieve su destacada personalidad y obra, y el embajador español, Dr. Félix Fernández-Shaw. Que Dios les haya premiado sus muchos méritos.

Por último, quisiera dedicar unas palabras para expresar el sentimiento de inmensa gratitud a Honduras, a su Gobierno, a los miembros de la Comisión organizadora hondureña y a todas aquellas personas y entidades que con su ayuda han hecho posible la celebración de este XXI Congreso. Muchísimas gracias en nombre del Instituto.

Que el Arcángel San Miguel, patrono de esta ciudad, nos proteja y guíe para que la luz del Derecho ilumine nuestras mentes y nuestros trabajos de modo que puedan contribuir al desarrollo del Derecho internacional, al reforzamiento de las relaciones pacíficas entre las naciones, a la consecución de la "tranquillitas ordinis", como reza el lema agustiniano de nuestro Instituto, que permita una convivencia en armonía entre las naciones y posibilite el progreso y el bienestar integral de los pueblos.

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE SALIENTE DEL
INSTITUTO, EMBAJADOR DR. ENRIQUE P. SYQUIA**

Excmo. Sr. Presidente de la República de Honduras, Excelencias, Miembros del Instituto, Señoras y señores:

Es para mí un honor asistir al Congreso vigésimo primero del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO-FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL, que por primera vez se celebra en esta hospitalaria y noble República de Honduras.

Pero antes de proceder, ruego a todos los aquí presentes, que se levanten y mantengan un minuto de silencio y oración, para nuestros amigos miembros, ya desaparecidos. Muchas gracias!

Me he puesto muy contento, al ver, otra vez, a nuestros colegas, incluyendo entre ellos, los que asistieron, junto conmigo, al vigésimo congreso, celebrado en Filipinas, hace dos años.

Me agrada y enorgullece esta oportunidad que se me ha concedido, para extender un voto de gratitud, a nuestro Presidente de Honor, el Excmo. Sr. D. Carlos Roberto Flores, Presidente de la República de Honduras, por honrarnos con su presencia y por presidir esta sesión inaugural de nuestro Instituto.

En nombre del Instituto y por acuerdo unánime del Consejo Directivo, tengo el gran honor de entregar a su Excelencia este Diploma con el nombramiento de Presidente y Miembro de Honor del Instituto.

Extiendo también mi enhorabuena a la Comisión Organizadora, encabezada por su Presidente, el Excelentísimo Señor Don Carlos Roberto Reina, porque con una eficiencia impresionante, bajo circunstancias difíciles, ha logrado organizar este importante Congreso.

Además de haber sido un honor insigne, ha dado un placer y una satisfacción para mí, el haber ocupado la Presidencia del IHLADI, por los dos últimos años. Aprovecho también esta ocasión para agradecer, con toda sinceridad, la asistencia y cooperación que los miembros del Instituto me han prestado.

Agradezco en particular a nuestro amable, eficiente e infatigable Secretario General, el Profesor Dr. Prometeo Cerezo de Diego, a quien tuve la buena suerte de ver en Madrid en cuatro ocasiones el año pasado.

Tomo esta oportunidad para darle la enhorabuena a mi sucesor y Presidente entrante del IHLADI, Excmo. Profesor Dr. D. Carlos Roberto Reina, y le deseo, tanto a él como a su Comisión, éxito en todas sus actuaciones. Le aseguro que puede contar con nuestro apoyo incondicional en todas sus labores.

Y ahora, antes de finalizar mi intervención, tengo el honor, Dr. Reina, de entregarle el gran collar, símbolo de la Presidencia del Instituto, como mi sucesor.

¡Enhorabuena, Sr. Presidente!

Bienvenidos, pues, y muchas gracias a todos y como se dice en Filipinas. "MABUHAY ang IHLADI".

**DISCURSO PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE ENTRANTE
DEL INSTITUTO, PROFESOR DR. CARLOS ROBERTO REINA,
EX-PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS**

I

Señor Presidente:

Este XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional que se inaugura hoy en el corazón del corazón de América está llamado -por su temática y por su prestigio- a tener repercusiones en el desarrollo y actualización del derecho de gentes o derecho de los pueblos, esa ciencia que aspira y lucha porque la humanidad pueda vivir en paz al amparo de la normatividad que traspasa los ámbitos estatales para proyectarse a nivel global.

Hace medio siglo, en esa maravillosa capital de España, en ese Madrid legendario, rindiendo un homenaje a Isabel la Católica, los académicos de esa materia decidieron celebrar el primer congreso de Derecho

Internacional que viniera a ser un poderoso brazo científico de esta ciencia que vive en constante evolución, que busca la paz, el desarrollo, la equidad y la comprensión entre los habitantes de la ecumene, como única fórmula de convivencia civilizada.

El "bien común universal" debe prevalecer frente a las políticas de dominación, a las influencias hegemónicas, a las doctrinas absolutistas y a todas las formas de imponer la voluntad a nivel nacional e internacional al margen de la legalidad surgida con la más absoluta transparencia.

¿Cómo disciplinar a los estados en un mundo de entes soberanos acostumbrados y formados dentro de la idea de que "la última ratio" está en el ensordecedor rugir de los cañones? en que las guerras se ganan a base de dinero y de propaganda y en donde los acuerdos solemnes terminaban siendo papel mojado que no tenían frente a la fuerza ni el valor de la tinta con que eran firmados.

Es irónico decirlo pero las grandes hecatombes de la humanidad sirvieron al menos para que el ser humano reflexionara sobre las carreras armamentistas -que han sido una obsesión en todos los tiempos- y decidiera formar instituciones multinacionales como la Liga de las Naciones y las Naciones Unidas que han hecho inmensos esfuerzos por avanzar en cuanto al respeto a la dignidad humana.

El Derecho Internacional debe evolucionar a la velocidad a que marcha la historia; pero la dificultad radica en que no ha tenido mecanismos efectivos para su propia transformación; para que se adapte constantemente para servir a la sociedad que tiene que regular en sus relaciones interestatales. La carta de San Francisco, diseñada para un mundo con 51 estados, con cinco grandes potencias nucleares que se reservaron la protección de sus intereses mediante el derecho del "veto", ya no corresponde al mundo de hoy y las necesarias reformas provocarán las más encendidas polémicas y recriminaciones pero son inevitables, casi con carácter de inexorables.

II

LA ESCUELA CLASICA ESPAÑOLA

A pesar de que durante algún tiempo se consideró a Hugo Grocio como el fundador de la Ciencia del Derecho Internacional por su "honrada eru-

dición", al leer su obra aparecen los teólogos y juristas españoles Francisco de Vitoria, Baltasar de Ayala y Fernando Vázquez de Menchaca como los precursores de aquel trabajo del sabio holandés.

Hoy en día, sin tratar de restarle méritos a Grocio como sistematizador de esta ciencia y continuador de la misma se considera como su fundador al fraile y jurista español Francisco de Vitoria quien fundamentó su pensamiento en las tres leyes que gobiernan al mundo con la característica de eterna, natural y positiva.

En el siglo XVI los más representativos de la escuela clásica española son Diego de Covarrubias, Bartolomé de Medina, Domingo Báñez, Luis de Molina, Gregorio de Valencia, Gabriel Vázquez, Pedro de Ledesma y Francisco Suárez, entre otros. Todos ellos se esforzaron por darle contenido al "ius gentium" o derecho de gentes, con su inspiración religiosa y en la nobilísima escuela de Salamanca.

La referida Escuela Española choca en el tiempo con la gran influencia de la obra "de iure belli ac pacis" del jurista de Delft y con la influencia del protestantismo en Europa. Y después de la paz de Westfalia (1648) que puso fin a la guerra de los treinta años e impulsó el idioma francés como lenguaje diplomático, las relaciones internacionales se desenvuelven en un equilibrio inestable y con una base contractualista que volvía inactuales las construcciones de los clásicos españoles, según lo plantea don Adolfo Miaja de la Muela.

El Congreso de Viena (1815) producto de la Santa Alianza, con su "concierto europeo", vino a ser una paz armada que dura hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial que termina a su vez con los Tratados de Versalles que dan pie al Tercer Reich para armarse y sorprender al mundo con sus "divisiones panzer, los super tanques y la blitz krieg" (guerra relámpago).

Es en San Francisco de California, bajo la aterradora visión de cincuenta millones de despojos humanos, que surge la Carta de las Naciones Unidas expresando que los estados están resueltos a "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles".

La fecha de la firma de ese tratado universal, el 26 de Octubre de 1945, es un hito histórico de primer orden y revivió la esperanza de un mundo en paz, en libertad, en armonía y en equidad para todos.

III

AVANCES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Entre los avances más significativos del Derecho Internacional, además del derecho del mar, el derecho espacial, el abandono del derecho a la guerra y otros, está la internacionalización de la defensa de los derechos humanos. Esa promoción y protección de esos derechos fundamentales del hombre y de la mujer es una de las prioridades básicas para lograr el respeto integral de la dignidad humana.

Se proclama en Viena (1993-RES.48/41- de la Asamblea General) que todos los Estados tienen el deber de respetar esos principios, garantizando así que las normas internas no puedan afectar el contenido esencial de las disposiciones que protegen al ser humano. Se rodea así de efectividad lo establecido en el artículo 55, literal c) de la Carta de la ONU. Además de esto ya existen los tribunales donde se imparte justicia en este sensible campo en donde el ser humano tanto ha sufrido al ver vejados sus derechos fundamentales.

El Derecho Humanitario se ha convertido también en una barrera de defensa para que los prisioneros, los heridos de guerra, los desplazados y los refugiados no se sientan desamparados.

IV

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Ante el deterioro del medio ambiente por el desarrollo industrial y la introducción de nuevas tecnologías, la ciencia jurídica se ha visto obligada a crear normas y organismos que preserven ese patrimonio de la humanidad.

Desde principios del siglo XX hubo reuniones y convenciones para proteger las aves útiles a la agricultura, las focas y en general la flora y la fauna. Y con el uso de la energía nuclear la preocupación fue aún mayor y se perfeccionó el llamado Derecho Internacional del Medio Ambiente.

La Comisión de Derecho Internacional ha llegado a considerar dentro de los crímenes internacionales toda violación grave de una obligación internacional de importancia para salvaguardar y proteger el medio ambiente.

V

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI

El Siglo XXI debe construir una nueva estrategia para que la humanidad pueda vivir en paz. Debe crear por consenso un conjunto de principios para las relaciones internacionales que puedan descartar la violencia y consolidar la tan ansiada paz. Para ello hay que democratizar la vida internacional; hay que crear una nueva cultura de paz que se sustente en valores y en comportamientos éticos que convengan que se actúa aplicando la justicia y la equidad; y en donde la supremacía esté enmarcada en el respeto al ordenamiento jurídico internacional.

Hay que fortalecer los mecanismos y procedimientos que garanticen plenamente la aplicación de la norma internacional convenida libremente por los Estados.

La democratización de las relaciones internacionales debe estar basada en la renuncia al dominio mundial y el respeto a un mundo multipolar; la renuncia a la excesiva acumulación de armamentos de todo tipo; el respeto a las minorías étnicas; la presencia cada día más efectiva de la "sociedad civil"; humanización de las relaciones internacionales minimizando toda clase de medidas coercitivas y dar auxilio a los que sufren como víctimas de sistemas injustos y combate a todas las formas de corrupción que tanto daño le hacen a las sociedades y a las instituciones; buscando con el mayor empeño y convicción la erradicación de la extrema pobreza y de la apabullante brecha entre naciones con exceso de riqueza y otras sobreviviendo en indignante miseria.

VI

El IHLADI, a través de sus actividades y congresos, debe formar parte efectiva del mecanismo de actualización del Derecho Internacional, las

ponencias, sus debates, las aportaciones de los juristas que asisten a estos congresos deben ir perfeccionando ese instrumento de paz entre los pueblos que es el Derecho de Gentes y así la humanidad no tendrá que sufrir de nuevo esas hecatombes "que tanto luto y dolor le han inflingido en el curso de una vida..."

El poder de destrucción masiva de las armas modernas es el gran desafío para la humanidad; lo repetimos una vez más, en una conflagración nuclear ya no habrá ni botín ni vencedores ni vencidos, habría solo un gran epitafio; "aquí habitó el ser humano que desapareció por no llegar a entender que su único destino era vivir en paz bajo la égida de los dictados del Ser Supremo, creador del Universo".

DISCURSO DEL EXCMO. SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, INGENIERO CARLOS R. FLORES

Honduras, su gobierno y su pueblo, consideran un alto privilegio y un señalado honor el ser anfitriones del XXI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional. Nuestra distinción es mayor cuanto que se ha designado a nuestro compatriota, el Dr. Carlos Roberto Reina como su Presidente, lo cual garantiza al Congreso el aporte de su formación y experiencia en el campo del Derecho Internacional. En lo personal, deseo expresar mi más profundo agradecimiento por su decisión generosa de designarme Presidente Honorario del XXI Congreso del IHLADI y miembro de honor del Instituto.

Sean todos bienvenidos, en la seguridad de que los hondureños apreciamos mucho a su institución como promotora de la paz, la cooperación y la integración de los juristas más connotados de Iberoamérica y Filipinas, entre los cuales se encuentran varios de nuestros compatriotas más estudiosos e ilustres del foro nacional.

Si bien es dolorosamente cierto que Honduras es un país en vías de desarrollo económico y social, nos compensa mucho el saber que en el campo jurídico hemos hecho extraordinarios esfuerzos para colocarnos como un Estado que respeta profundamente el Derecho Internacional, tanto público como privado, y que esta conducta nuestra, muy arraigada

en nuestra tradición, nos ha permitido ganar el reconocimiento de la comunidad jurídica mundial.

Honduras es uno de esos pocos países en el mundo donde la observancia al Derecho Internacional, a los laudos arbitrales y a las decisiones de competentes tribunales internacionales, se ha elevado al rango de norma constitucional. Es, además, particularmente honroso para nosotros, ser suscriptores de todas las Convenciones, Declaraciones y Tratados en los que se salvaguardan las libertades públicas, los derechos esenciales del ser humano y las consideraciones debidas a las mujeres, los niños y las etnias autóctonas, así como los acuerdos universales sobre el medio ambiente y la ecología.

En una mirada retrospectiva puede verse a Honduras como una nación que se siente satisfecha de haber resuelto durante los últimos cien años, sus delimitaciones fronterizas por la vía civilizada, aplicando prácticamente todos los medios pacíficos establecidos por el Derecho Internacional, entre ellos la negociación directa, el arbitraje, la mediación y el procedimiento judicial; y en todos los casos, ha honrado y respetado los resultados de los mismos, tanto los favorables como los adversos.

Estoy enterado que entre los temas que abordará este el Congreso que hoy se inaugura, se hallan las ponencias relativas a:

- La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano y filipino;
- La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria;
- Los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales;
- Y a los órganos creados por la Convención del Derecho del Mar. Todos ellos son temas de vibrante actualidad en las agendas y escenarios mundiales, regionales y domésticos.

Sobre este último tema, Honduras, por su condición de Estado con fronteras en los dos océanos, se ha interesado por actualizar su legislación interna, de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o Convención de Jamaica de 1982.

Como país que participa, por otra parte, en los procesos de integración regional y de globalización, seguimos con atención los tratados y las doctrinas relativas a la nueva dinámica de las naciones y el futuro de la humanidad. Laboramos bajo la convicción de que marchamos los humanos

nidad. Laboramos bajo la convicción de que marchamos los humanos hacia inexorables procesos de paz en donde quiera que este don inapreciable se encuentre en precario, y que el Nuevo Milenio, que ya conoce el triunfo de las libertades de los pueblos, por encima de grandes totalitarismos que ha padecido en el Siglo XX, terminará imponiendo el Derecho como fundamento de la coexistencia social y como norma infaltable en las relaciones entre Estados. Precisamente por esta convicción, muy arraigada en el alma del hondureño, condenamos toda forma de violencia y todo tipo de terrorismo, sea cual fuere la causa que se invoque, y sea cual fuere el trágico escenario en donde se le practique. La brutalidad y la fuerza criminal no pueden suplantar jamás el derecho a la vida y el derecho a la paz de comunidades y pueblos.

Deseo que su llegada a Honduras y su permanencia en Tegucigalpa sean placenteras y de memorables recuerdos. Estoy seguro que sus deliberaciones y conclusiones constituirán una valiosa contribución al desarrollo del Derecho Internacional del siglo XXI.

Agradezco infinitamente su generosa invitación a participar en esta singular ceremonia de instalación del XXI Congreso del Instituto Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional, evento dignísimo que tengo el honor de declarar solemnemente inaugurado.

Dios bendiga a nuestras naciones. Dios nos ilumine a todos. Precisamente por esta convicción, muy arraigada en el alma del hondureño, condenamos toda forma de violencia y todo tipo de terrorismo, sea cual fuere la causa que se invoque, y sea cual fuere el trágico escenario en donde se le practique. La brutalidad y la fuerza criminal no pueden suplantar jamás el derecho a la vida y el derecho a la paz de comunidades y pueblos.

Deseo que su llegada a Honduras y su permanencia en Tegucigalpa sean placenteras y de memorables recuerdos. Estoy seguro que sus deliberaciones y conclusiones constituirán una valiosa contribución al desarrollo del Derecho Internacional del siglo XXI.

Agradezco infinitamente su generosa invitación a participar en esta singular ceremonia de instalación del XXI Congreso del Instituto Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional, evento dignísimo que tengo el honor de declarar solemnemente inaugurado.

Dios bendiga a nuestras naciones. Dios nos ilumine a todos.

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS DEL XXI CONGRESO DEL IHLADI

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA COMISION

LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

(Ponente: Dr. Alfredo Martínez Moreno)

El XXI Congreso del IHLADI adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El derecho administrativo internacional está todavía en proceso de desarrollo y no tiene, en consecuencia, autonomía como auténtica rama jurídica perteneciendo al derecho internacional público.

SEGUNDA.- El derecho administrativo internacional se compone de tres elementos fundamentales:

- a) estar inserto en una persona jurídica internacional, la organización internacional;
- b) estar dotado de un *corpus juris*, o sea, un derecho interno propio; y
- c) estar sometido a una jurisdicción encargada de hacer respetar ese orden jurídico.

TERCERA.- Los tribunales administrativos de los Organismos Internacionales constituyen una garantía para la armónica relación entre la administración y sus funcionarios. Tienen verdadera autoridad jurisdiccional y sus decisiones son obligatorias y, hasta ahora, inapelables.

CUARTA.- Los tribunales citados conocen de las diferencias entre la autoridad administrativa y los funcionarios después de agotarse los medios de conciliación previos y, si bien sus sentencias son vinculantes, en homenaje a la majestad de la justicia y con el fin de lograr una progresiva uniformidad de la jurisprudencia, se hace necesaria la constitución de tribunales de apelación.

QUINTA.- Las fuentes principales del derecho administrativo internacional están constituidas por el conjunto de normas estatutarias y reglamentarias establecidas por la organización y las disposiciones del contrato de empleo o de la carta de nombramiento, pero el órgano jurisdiccional puede y debe aplicar, en sus fallos, los principios generales del derecho,

las reglas de los convenios internacionales de trabajo y las normas universales de respeto a los derechos humanos fundamentales, en lo que sean pertinentes, y la equidad.

SEXTA. - Los Tribunales Administrativos pueden, en el desempeño de sus funciones, conocer de casos concretos de violación de las condiciones de empleo, y además anular disposiciones legislativas de los órganos deliberantes, de carácter general, cuando éstas afecten derechos reconocidos de los funcionarios y no se refieran al funcionamiento de la organización.

SEPTIMA. - Los funcionarios internacionales tienen la facultad de asociarse para la defensa de sus intereses gremiales y laborales, y las asociaciones de empleados deben gozar de una mayor participación en los juicios de la que actualmente gozan, e incluso, en determinados casos, las de tener *locus standi*, es decir la facultad de poder intervenir en los juicios, cuando a consecuencia de éstos puedan surgir medidas de carácter general que afecten al personal.

OCTAVA. - Los organismos internacionales deberían considerar la posibilidad de conferir competencia a sus tribunales administrativos para conocer reclamaciones de todo carácter, que hagan individuos o personas jurídicas contra su administración o sus funcionarios o empleados que gocen de inmunidad.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA COMISION

LA COOPERACION JURIDICA INTERNACIONAL, CIVIL Y MERCANTIL, EN EL ESPACIO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO

(Ponente: Dr. José Carlos Fernández Rozas)

El XXI Congreso del IHLADI:

Considerando que la cooperación internacional en el ámbito jurídico es una exigencia de la actual etapa de la comunidad internacional.

Valorando muy positivamente la labor realizada por la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado.

Deplorando que la Conferencia de Ministros de Justicia Hispano-Luso-Americanos haya abandonado en su última etapa las cuestiones concernientes al Derecho internacional privado en un sentido amplio.

Teniendo en cuenta que hasta la fecha se ha desarrollado un relevante tramado convencional en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, que ha traído consigo un importante beneficio para el normal desarrollo de las relaciones del tráfico privado externo dentro de la comunidad hispano-luso-americana.

Observando con preocupación que dicho tramado convencional tiende en ocasiones a dispersarse por la pertenencia de los Estados del espacio hispano-luso-americano a círculos integrados diversos.

Manifestando también su preocupación por la relegación de Filipinas de este tramado convencional.

RESUELVE:

PRIMERO. - Deben valorarse muy positivamente los progresos realizados en el ámbito jurídico por la comunidad hispano-luso-americana como consecuencia del incremento de las reuniones científicas, que han deparado unos resultados valiosos que deben proyectarse directamente en las políticas convencionales de los Gobiernos del área. La continuidad y el aumento de dicho marco científico debe ser un objetivo a seguir como sustrato fundamental de la necesaria consolidación de la comunidad hispano-luso-americana de naciones.

SEGUNDO. - Al margen de casos muy concretos vinculados al auxilio judicial, España y Portugal han descartado desde hace muchos años su participación en el proceso de codificación general del Derecho internacional privado que se desarrolla en el Continente Americano. Ello por obvias razones de pertenencia a un círculo económico integrado -Unión Europea- con unos intereses muy directos y diversos.

Quedan, sin embargo, muchos sectores por cubrir. La pertenencia de España y de Portugal a la Unión Europea no impide en absoluto la participación de ambos países en los compromisos multilaterales iberoamericanos, lo que es perfectamente factible dado su carácter abierto. La exis-

tencia de dichos sectores justifica una acción decidida por parte de los organismos implicados en la codificación del Derecho internacional privado dentro del concepto de "espacio hispano-luso-americano", presidido por la idea de cooperación internacional.

TERCERO.- En el capítulo de la asistencia jurídica internacional en el orden civil, en sus diversas dimensiones (notificaciones, exhortos, pruebas en el extranjero y problemas derivados del acceso a la justicia), es preciso tener muy en cuenta la labor realizada tanto en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como en el ámbito de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP). La incorporación de España y Portugal a los Convenios de la CIDIP, con ciertas matizaciones, resulta totalmente aconsejable, como aconsejable es que los Estados de América Latina y el Caribe se incorporen a los Convenios de La Haya generados en esta materia y caracterizados por su carácter sucesivo y cada vez más especializado.

En el contexto anterior, la pertenencia de Filipinas como Estado observador en la CIDIP debería ser una cuestión a considerar por la propia Conferencia en su próxima sesión.

CUARTO.- En orden a la instauración eficaz de un sistema de información y prueba del Derecho extranjero es aconsejable que Portugal y el resto de los Estados de América Latina y del Caribe, que no lo hayan hecho aún, se incorporen a la Convención de Montevideo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero. A su vez, y a los fines de lograr un espacio de cooperación más amplio, sería conveniente la incorporación de los Estados de América Latina y el Caribe al Convenio de Londres de 1968 sobre prueba del Derecho extranjero, habida cuenta de las posibilidades que ofrece en orden a la acogida de Estados pertenecientes a círculos jurídicos distintos del europeo; para lo cual España y Portugal deben jugar un importante papel en dicha incorporación, en tanto que miembros del Consejo de Europa.

QUINTO.- Las posibilidades que depara el contexto multilateral interamericano no descarta la vía de los Convenios bilaterales para regular las relaciones recíprocas entre los Estados del área en orden al procedimiento civil internacional. Un marco apropiado para desarrollar esta política

convencional debería ser la Conferencia de Ministros de Justicia Hispano-Luso-Americana, a partir de textos modelo que deriven directamente de la práctica existente hasta la fecha en las relaciones de los países del espacio hispano-luso-americano.

SEXTO.- Con carácter de urgencia, los países del espacio hispano-luso-americano deben realizar un replanteamiento global de la política de elaboración de convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias. Al efecto, el modelo que brinda la Convención de Montevideo de 1979 sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, debería ser, con ciertas matizaciones, el punto de referencia obligado. En todo caso sería aconsejable que todos los países de América Latina y el Caribe, señaladamente, Argentina, Chile, Cuba y Venezuela, suscriban tratados bilaterales en la materia considerada con España y Portugal.

Una política convencional de Derecho internacional privado en un sentido amplio debería cubrir las relaciones, por el momento inexistentes, entre los Estados de América Latina y el Caribe, España y Portugal con relación a Filipinas.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA COMISION

LOS ORGANOS CREADOS POR LA CONVENCION DEL DERECHO DEL MAR

(Ponente: Dra. Frida Armas Pfrtner)

El XXI Congreso del IHLADI adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) y las instituciones por ella creadas son el ámbito natural para el tratamiento de los diferentes temas de derecho del mar. En razón de ello, debe evitarse que otros ámbitos ejerzan competencias que los Estados expresamente establecieron en dicha Convención.

SEGUNDA. - En virtud del valor de las funciones de estas instituciones debe instarse la presencia de todos los Estados que componen la comunidad hispano-luso-americano-filipina de naciones en las sesiones de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos y en la Reunión de Estados Partes, de manera que se cumpla con el espíritu que guió la negociación y adopción de la CONVEMAR.

TERCERA. - Dado que la plataforma continental es la prolongación natural del Estado ribereño bajo el mar, independientemente de su explotación y explotación, es a éste a quien corresponde fijar su límite exterior. Las funciones atribuidas a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental en relación con la plataforma continental que se extiende más allá de las doscientas millas marinas -tal como expresamente se establece en la CONVEMAR- son sólo de asesoría, examen y recomendación.

CUARTA. - Vinculada con esto, la solución jurídica que se adopte para los Estados que tienen problemas insolubles, a fin de cumplir con el plazo de 10 años en la presentación del límite exterior de su plataforma continental más allá de las doscientas millas marinas, debe tener en cuenta tanto la naturaleza de los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma, como el carácter técnico de la Comisión.

QUINTA. - En los casos en que la plataforma continental se extiende más allá de las doscientas millas marinas, los problemas que pueda presentar el trazado del límite exterior en relación con límites por costas enfrentadas, o adyacentes, o zonas con controversias territoriales o marítimas, plantean un amplio campo para aplicar los principios de derecho internacional que resulten pertinentes. Por ello se recomienda a los Estados Partes y a las instituciones académicas, abocarse al estudio profundizado del tema.

SEXTA. - La Zona y sus recursos son Patrimonio Común de la Humanidad. De esta forma se debe tener presente el interés de las generaciones presentes y venideras. Consecuente con ello, la actividad que allí se lleve a cabo debe regirse por el principio de conservación de esos recursos, por encima de criterios de evaluación basados exclusivamente en intereses económicos.

SEPTIMA. - Debe seguirse con suma atención la elaboración de las regulaciones sobre otros minerales distintos de los nódulos polimetálicos.

Debe tenerse en cuenta que las características de otros minerales pueden hacer necesaria regulaciones y estructuras diferentes de las existentes hasta el momento.

OCTAVA. - Debe prestarse especial atención a la protección del medio marino que, a grandes profundidades, plantea desafíos nuevos y de gran importancia ya que, debido a la profundidad y características del medio, todas las acciones que se efectúen influyen de manera decisiva en él.

NOVENA. - Las Instituciones creadas por la CONVEMAR, en su funcionamiento, tienen que ajustarse tanto a la letra como al espíritu de esta Convención y del Acuerdo, adoptado en 1994, relativo a la aplicación de la Parte XI, en virtud de los cuales los Estados han asumido derechos y obligaciones.

CONCLUSIONES DE LA CUARTA COMISION

LA INSTITUCIONALIZACION JURIDICA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACION Y LA SUPREMACIA DE LA NORMATIVIDAD COMUNITARIA

(Ponente: Dr. Oswaldo Molestina Zavala)

El XXI Congreso del IHLADI adopta las siguientes

CONCLUSIONES

En la medida en que las circunstancias lo permitan, los procesos de integración deberían ajustarse a las siguientes características:

PRIMERA. - El Tratado Marco Constitutivo, que es el punto de partida de la instrumentación jurídica de todo proceso de integración, debe contemplar un sistema institucional cuyos órganos tengan claramente definidas sus áreas de acción y sus poderes y competencias a ser ejercidas en la circunscripción territorial de los Países Miembros.

SEGUNDA. - Tanto el Tratado Marco Constitutivo a través de normas materiales directas (Derecho Comunitario primario) como las normas dic-

tadas por los órganos comunitarios según la atribución de competencias establecidas por el Tratado (Derecho Comunitario secundario), deben tener jerarquía supranacional. Su aplicación directa, sin necesidad de que sean transformadas, receptadas o reproducidas en el Derecho Positivo interno de los Estados Miembros, es condición indiscutible del avance del proceso de integración.

TERCERA.- Para el perfeccionamiento del proceso de integración es deseable tender a que tanto el Derecho Comunitario primario (Tratado Marco Constitutivo) como el Derecho Comunitario secundario (normas supranacionales promulgadas por los órganos comunitarios) prevalezcan automáticamente sobre las Constituciones políticas que conforman la más alta jerarquía normativa interna de los Países Miembros.

CUARTA.- Al encontrarse vigente el Tratado Marco Constitutivo que implica su previa aprobación por parte de los Parlamentos o Congresos nacionales u órganos sustitutivos con poderes constitucionales de los Países Miembros, éstos deberían adecuar sus Constituciones para excluir cualquier control constitucional posterior, tanto del propio Tratado como del Derecho Comunitario secundario.

QUINTA.- Los países que hayan decidido iniciar un proceso de integración a través de la suscripción de un Tratado Marco Constitutivo deberían modificar y armonizar sus constituciones políticas, de tal manera que éstas no constituyan, en caso alguno, un obstáculo que dificulte e impida la marcha del proceso de integración. Asimismo, los países que en la actualidad formen parte de algún proceso de integración deberían tratar de armonizar sus constituciones para permitir que el Derecho Comunitario primario y secundario tengan suficiente poder supranacional, de tal manera que prevalezca sobre los ordenamientos jurídicos de los estados Miembros.

SEXTA.- Los procesos de integración deberían contar como parte de su estructura institucional con un órgano jurisdiccional con suficientes competencias nacionales para, *inter alia*, resolver las controversias relativas a la integración que se susciten entre los Países Miembros y la propia comunidad, los Países Miembros entre sí y las personas particulares (naturales y jurídicas), la comunidad integracionista y los Países

Miembros, así como para ejercer el control de la legalidad y resolver las consultas previas de prejudicialidad.

SEPTIMA.- Para la mejor expresión de la democracia, los procesos de integración deberían contar como parte de su estructura institucional con un órgano supranacional legislativo creado por el Tratado Marco Constitutivo y con capacidad para extender la competencia funcional de las instituciones comunitarias a las dimensiones de la competencia material de la comunidad instituida por dicho Tratado.

OCTAVA.- Del mismo modo, en función de la teoría de los poderes implícitos, los órganos comunitarios deben disponer de competencias no escritas, no expresamente atribuidas pero indispensables para el cumplimiento de los objetivos del Tratado Marco Constitutivo, las cuales pueden consagrarse inicialmente en el propio Tratado o ser reconocidas por jurisprudencia expresa del organismo jurisdiccional de la Comunidad.

NOVENA.- Las personas naturales o jurídicas deben ser sujetos principales del proceso de integración. Deben otorgárseles derechos suficientes para demandar en forma directa a los órganos comunitarios por desviación o exceso de poder o por incumplimiento. También podrán demandar a los Países Miembros y a otras personas naturales o jurídicas por incumplimiento de sus obligaciones derivadas del proceso de integración.

DECIMA.- Al encararse estudios y propuestas relativas a los sistemas de integración deberían tenerse especialmente en cuenta los siguientes factores fundamentales: la realidad histórica, comprensiva de la indispensable voluntad política de los Estados, y la diversa naturaleza de los sistemas de integración; el poder que ejercen las políticas internas, y la implementación de las normas que adopten los sistemas.

COMISIONES DEL XXI CONGRESO

Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, sobre "Los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Roberto PERDOMO PAREDES
 Vicepresidente: Alfredo RIZZO ROMANO
 Ponente: Alfredo MARTINEZ MORENO
 Secretario: Francisco Eudes MUJICA

La *Segunda Comisión*, sobre "La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano y filipino", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Carlos FEBRES POBEDA
 Vicepresidente: Amalia URIONDO DE MARTINOLI
 Ponente: José Carlos FERNANDEZ ROZAS
 Secretaria: Marcela ARRIOLA ESPINO

La *Tercera Comisión*, sobre "Los órganos creados por la Convención del Derecho del mar", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Jorge SALVADOR LARA
 Vicepresidente: Pacífico CASTRO
 Ponente: Frida ARMAS PFIRTER
 Secretario: Edgardo RIVEROS MARIN

La *Cuarta Comisión*, sobre "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: José Roberto FRANCO DA FONSECA
 Vicepresidente: Claudio SOSA VOYSEST
 Ponente: Oswaldo MOLESTINA ZAVALA
 Secretario: Miguel Angel CIURO CALDANI

OTROS ACUERDOS DEL XXI CONGRESO

En la reunión del Consejo Directivo, celebrada el día 26 de noviembre, se acordó por unanimidad nombrar Miembro del Instituto y Presidente del Congreso al Dr. Carlos Roberto Reina y, en consecuencia, Presidente del IHLADI hasta el próximo Congreso.

En la Sesión de Clausura, la Junta de Miembros adoptó, sobre la base de las oportunas propuestas o mociones, formuladas oralmente o por escrito, los siguientes

ACUERDOS

- Voto de agradecimiento al Exmo. Sr. Ingeniero D. Carlos Roberto Flores, Presidente de la República de Honduras, por haber aceptado la Presidencia de Honor del XXI Congreso del IHLADI y haber presidido el acto de inauguración del mismo.

- Voto de agradecimiento al Exmo. Sr. Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Roberto Flores Bermúdez, por haber aceptado formar parte de la Comisión organizadora del Congreso y por la recepción ofrecida en la Cancillería.

- Voto de agradecimiento a los miembros de la Comisión organizadora y, en especial, a su Presidente, Dr. Carlos Roberto Reina, al Dr. Carlos López Contreras y a la secretaria Angelina Ulloa, por la eficaz y exquisita 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 a las instituciones públicas y privadas, en especial al Colegio de Abogados de Honduras, a las Embajadas y a cuantos organismos y personas han contribuido a la celebración del mismo.

- Voto de felicitación al Secretario General del Instituto, Dr. Prometeo Cerezo, por haber conseguido la celebración del XXI Congreso durante el año 2000.

- Voto de felicitación a los ponentes Drs. Alfredo Martínez Moreno (El Salvador), José Carlos Fernández Rozas (España), Frida Armas Pfirter (Argentina) y Oswaldo Molestina (Ecuador), por la valiosa contribución

científica de sus ponencias, que prestigiaron las labores del XXI Congreso.

- Voto de agradecimiento a los componentes de las mesas de las Comisiones y a los autores de las comunicaciones presentadas al Congreso.

- Voto de pésame por el fallecimiento de los distinguidos colegas del Instituto, Dres. Raúl Manglapus y Sevilla (Filipinas) y Félix Fernández-Shaw (España). Que en paz descansen.

- Se aprueba por aclamación la propuesta de que el Secretario General pueda utilizar un collar similar al del Presidente del Instituto pero de color plata.

- El Jurado calificador del Premio "Luis García Arias" lo declaró desierto y el del Premio "José Yanguas Messía" lo concedió al trabajo "Los contratos de consumo bancario en el Derecho internacional privado", cuya autora resultó ser la Dra. María José Lunas (España).

- Se nombran los miembros de los Jurados calificadores de la próxima edición del Premio "Luis García Arias", integrado por el Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela), como presidente, y los Drs. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (España) y Rodrigo Díaz Albónico (Chile), como vocales; y del Premio "José de Yanguas Messía", integrado por el Dr. Rodolfo Dávalos (Cuba), como presidente, y los Drs. Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina) y Rui Manuel Moura Ramos (Portugal), como vocales.

- Se propone a los Dres. Calixto Armas Barea, Alfredo Rizzo Romano y Miguel Angel Ciuro Caldani para que hagan las gestiones preparatorias tendientes a posibilitar la celebración del XXII Congreso del Instituto en Argentina en el año 2002. El Dr. Alfredo Martínez Moreno ofrece a El Salvador como sede subsidiaria, en caso de que no prosperaran las gestiones aludidas.

- El temario científico aprobado para el XXII Congreso es el siguiente:

1.- "La regulación jurídica del contrato internacional". Ponente: Rodolfo Dávalos Fernández (Cuba).

2.- "Demandas contra Estados y Organismos Internacionales, ante tribunales extranjeros". Ponente: Alfredo Rizzo Romano (Argentina).

3.- "El arreglo de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio". Ponente: (por designar).

4.- "Relaciones entre procesos de integración en el ámbito hispano-luso-americano y filipino". Ponente: (por designar).

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI (arts. 6 y 7)

En las elecciones estatutarias celebradas el día 2 de diciembre de 2000 resultaron elegidos los siguientes MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta:

Frida ARMAS PFIRTER (Argentina)
Miguel Angel CIURO CALDANI (Argentina)
Edgardo RIVEROS (Chile)
Oswaldo MOLESTINA ZAVALA (Ecuador)
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (España)

Asimismo fueron elegidos los siguientes doce ASOCIADOS:

Adriana Silvia DREYZIN DE KLOR (Argentina)
Fredys ORLANDO SORTO (Brasil)
Rose CAVE SCHNOHR (Chile)
Olga MIRANDA BRAVO (Cuba)
Sixto SÁNCHEZ LORENZO (España)
Francisco VILLAGRÁN KRAMER (Guatemala)
Roberto FLORES BERMÚDEZ (Honduras)
Carlos LÓPEZ CONTRERAS (Honduras)
Leonel PEREZNIETO CASTRO (México)
Luis GARCÍA CORROCHANO (Perú)
José León BARANDIARÁN HART (Perú)
María del LUJÁN FLORES (Uruguay)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de Honor

(M) Miembro

(A) Asociado

(O) Observador

ARGENTINA:

Armas Barea, Calixto A. (M)

Armas Pfirter, Frida (M)

Ciuro Caldani, Miguel Angel (M)

Bartolomeo Carlomagno, Roberto (M)

Rizzo Romano, Alfredo (M)

Beltramino, Juan Carlos (A)

Boggio-Marzet, Pablo Alberto (A)

Giner, Jorge (A)

Gutiérrez Posse, Hortensia (A)

Uriondo de Martinoli, Amalia (A)

BRASIL:

Franco da Fonseca, José Roberto (M)

Mynier Monteclaro Cesar, Angela (O)

Vallim Bellocchi, Roberto A. (O)

CUBA:

Dávalos Fernández, Rodolfo (A)

CHILE:

Díaz Albónico, Rodrigo (M)

Riveros Marín, Edgardo (M)

Salinas Burgos, Hernán (O)

ECUADOR:

Molestina Zavala, Oswaldo (M)

Salvador Lara, Jorge (M)

EL SALVADOR:

Martínez Moreno, Alfredo (M)

Serrano García, Carlos (M)

Castaneda Cornejo, Ricardo G. (A)

Gallardo de Gutiérrez, Michelle (A)

Bertrand Galindo, Francisco (O)

Castrillo, Roberto Arturo (O)

Pacas Castro, José Manuel (O)

ESPAÑA:

Cerezo de Diego, Prometeo (M)

Fernández Rozas, José Carlos (M)

Simó Santonja, Vicente (A)

FILIPINAS:

Syquia, Enrique P. (MH)

Castro, Pacífico A. (M)

Arizala, Rodolfo (A)

GUATEMALA:

Guzmán Duelle, Erwin Fernando (O)

HONDURAS:

Perdomo Paredes, Roberto (M)

Reina, Carlos Roberto (M)

López Contreras, Carlos (A)

Pérez Cadalso, Guillermo (O)

Ulloa Duarte, Angelina (O)

NICARAGUA:

Montiel Argüello, Alejandro (M)

PERÚ:

Sosa Voysest, Claudio Enrique (M)

Arriola Espino, Marcela (A)

García Corrochano, Luis (A)

León Bariandaran Hart, José (A)
Ruda Santolaria, Juan José (A)

URUGUAY:

Flores, María del Luján (A)

VENEZUELA:

Febres Pobeda, Carlos (MH)
Salgueiro, Adolfo P. (M)
Apolinar Rojas, Pedro (A)
Mujica, Francisco Eudes (A)
Apolinar Yibirin, Norberto (O)

COLABORADORES DEL CONGRESO

Angelina Ulloa de Veniz
Jorge A. Theresin Z.
Gloria E. Pineda
Llimmy S. Sevilla

In memoriam

RAÚL MANGLAPUS

(1918-1999)

Raúl Manglapus y Sevilla nace en Manila el 20 de octubre de 1918 y muere en ella el 25 de julio de 1999.

Estudia Derecho en las Universidades del Ateneo de Manila y Santo Tomás, y posteriormente en la de Georgetown (Estados Unidos). Dotado de una gran capacidad de estudio y reflexión, llegaría a ser un intelectual casi renacentista por la amplitud de sus conocimientos y aficiones. Fue un hombre excepcional. Destacó como patriota y héroe nacional, hombre de gobierno, profesor universitario, intelectual, escritor, orador, compositor y músico de jazz y gran defensor del hispanismo. Hablaba y escribía el castellano a la perfección y, con razón, hacía gala de manejar un castellano conciso y elegante.

Inicia su actividad profesional como profesor de Derecho constitucional en la Universidad del Ateneo de Manila (1948-1954), hasta que su nombramiento de Subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores (1954) le obliga a permutar la docencia universitaria por la gestión pública, en la que desarrolla una brillante carrera política. Fue dos veces Ministro de Relaciones Exteriores (1957 y 1987), senador (1961-1967), candidato presidencial, Delegado de la Convención Constitucional (1971-1972), etc.

En la actividad pública de Raúl Manglapus destacan tres grandes causas que constituyeron su dedicación preferente: la defensa de la democracia, la integración nacional del pueblo filipino y el hispanismo.

Desde su exilio en los Estados Unidos, tras la declaración de la Ley marcial en Filipinas en 1972 por Ferdinand Marcos, inicia un largo camino para conseguir el restablecimiento de las instituciones democráticas en su país. Fue fundador y presidente del *Movimiento para unas Filipinas Libres* en 1973, presidente de *Democracy International* (1983), presidente del *Center for Development Policy* (Washington, D.C., 1983-1985), vicepresidente de la *Christian Democratic International* (1983-1998), etc.

En el proceso de integración cristiano-musulman trabajó denodadamente desde su puesto de Presidente de la Democracia Cristiana de Filipinas para crear un espacio común entre musulmanes y cristianos filipinos, en una sociedad todavía separada por barreras étnicas, políticas y religiosas. Sus innovadoras y audaces iniciativas condujeron a la firma de un Acuerdo de paz, el 2 de septiembre de 1996, entre el Gobierno de la República de Filipinas y el Frente Moro de Liberación Nacional (M.N.L.F.) dirigido por Nur Misuari. En el acuerdo, las partes confirman la soberanía, la integridad territorial y la Constitución de la República de Filipinas.

El tercer gran ideal de Manglapus fue la defensa y el desarrollo de "nuestra herencia hispana". Frente al error histórico de España, que no pudo o no quiso extender el idioma español en el pueblo filipino, compartía la ambiciosa tarea de una rehispanización. En más de una ocasión reprochaba a la actitud pasiva de la Administración española que mientras los filipinos "reinvestigamos nuestra nacionalidad y más y más reconocemos que sin herencia hispana no hay nación filipina... ¿qué hace España para igualar la voluntad filipina en la contienda por la restauración del español en Filipinas?".

Como intelectual publicó numerosos libros entre los que cabe destacar: *Will of the People*, N.Y., Freedom House, 1986, traducido al español; *Prospects for Philippine Transition*, Cambridge, Center for International Affairs, Harvard University; *A Pen for Democracy*, Washington, D.C., Movement for a Free Philippines, 1983, 2ª edición, Makati, 1986; *Japan in Southeast Asia: Collision Course*, N.Y., Carnegie Endowment for International Peace, 1976; *Philippines: Silenced Democracy*, N.Y., Orbis Book, 1976; *Land of Bondage, Land of the Free*, Manila, Solidaridad, 1963; *Revolt Against Tradition*, Manila, Regal, 1961; *Faith in Filipino*, Manila, Regal, 1961; *Freedom, Nationhood and Culture*, Manila, Carmelo & Bauernam, 1959. Asimismo fue autor de gran cantidad de artículos científicos publicados en revistas especializadas nacionales y extranjeras.

Sus destacados méritos personales fueron reconocidos a nivel internacional con importantes nombramientos y la concesión de numerosas condecoraciones, entre las que cabe mencionar: la medalla de la Legión de

Honor de la II Guerra Mundial (Filipinas), la Gran Cruz de Isabel la Católica (España), etc., etc.

También perteneció a numerosas instituciones científicas nacionales e internacionales, como el Instituto-Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional, al que ingresó como Asociado en el XVIII Congreso y ascendió a miembro en el XX Congreso celebrado en la ciudad de Manila, un año antes de su muerte.

Este ilustre filipino, de grandes convicciones democráticas y de grandes diseños políticos, era a nivel personal un hombre servicial, sencillo y gran amigo, de conversación infatigable y rebosante de afabilidad y cortesía. De profundas convicciones cristianas, sus muchos méritos al servicio de la Iglesia Católica y de la sociedad filipina fueron puestos de relieve en el solemne funeral celebrado en la Capilla del Ateneo de Manila por su Presidente, Rvdo. P. Bienvenido F. Nebres. Descanse en paz.

Prometeo Cerezo

FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW BALDASANO

(1930-2000)

El Embajador de España, Félix Guillermo Fernández-Shaw, nació en Madrid el 9 de febrero de 1930 y murió en ella el 26 de septiembre de 2000, después de que una dolencia cancerígena minara paulatinamente su salud.

De ingenio lúcido y brillante, estudioso y trabajador, destacó desde muy pronto en los estudios de Bachillerato en el Colegio de los Hermanos Marianistas del Pilar en Madrid. Premio extraordinario en examen de Estado (1947), lo sería también en el examen de Licenciatura (1952) y Doctorado (1959) en la Facultad de Derecho de la antigua Universidad Central de Madrid.

Ingresó en la Carrera Diplomática en junio de 1955 y a ella dedicó su actividad profesional hasta su jubilación en 1996. Ocupó destinos en Génova, Panamá y Nicaragua. Fue Director de Difusión Informativa en la Oficina de Información Diplomática (1967) y jefe del Gabinete de Promoción Exterior de Radio y Televisión (1968). Representó a España como Embajador en Siria y Chipre (1978-1983), en Uruguay (1983-1987), en Chile (1987-1990) y en la UNESCO (1990-1995), ocupando en ésta última el cargo de Vicepresidente del Consejo Ejecutivo en 1994-95 y 1996-97.

Profundo conocedor de la realidad política y jurídica del Mundo Iberoamericano, dedicó a él sus mejores trabajos científicos. Entre ellos podemos citar: *La Organización de los Estados Americanos (OEA). Una nueva visión de América*, Ed. Cultura Hispánica. Madrid 1959 (2ª ed. 1963); *Panamá y sus Relaciones Centroamericanas*, Ed. Cultura Hispánica. Madrid 1964; *La Integración de Centroamérica*, Ed. Cultura Hispánica. Madrid 1965; *La Organización de la Televisión Iberoamericana (OTI). Orígenes y situación actual*, Ed. OTI. Buenos Aires 1975; *La Difusión Internacional de los Programas Audiovisuales*, Ed. Tecnos. Madrid 1980; *Relaciones Internacionales y Medios Audiovisuales*, Ed. Tecnos. Madrid 1985, etc.

Después de su jubilación en la Carrera Diplomática, dedicó principalmente su actividad al estudio del Derecho de las Telecomunicaciones, destacando el Curso que impartió en la Escuela Diplomática sobre "Comunicación Internacional Audiovisual" (1997), la conferencia "Globalización mundial o planetarización de las telecomunicaciones" en los Cursos de Verano de El Escorial (1998), etc.

Entre sus actividades científicas podemos citar su condición de fundador de la Organización de la Televisión Iberoamericana (OTI) y Presidente de su Comisión Jurídica (1971-76), Presidente del Centro Español de Derecho Espacial (C.E.D.E.), Presidente de *Globalcom 98*, de *Infotrat' 98*, Director del "Master en Derecho de las Telecomunicaciones", Universidad Pontificia de Comillas (Madrid 1998-99), etc. Pero, sin duda, fueron su pertenencia al Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial y al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, al que ingresó como

Asociado en el Congreso de Santo Domingo de 1989 y después ascendió a Miembro en Lisboa en 1996, las instituciones a las que dedicó un interés primordial.

De profundas convicciones religiosas, afrontó con entereza y ánimo inquebrantable su larga y penosa enfermedad. Sin duda que Dios le habrá premiado sus muchos méritos. Q.e.p.d.

PACÍFICO A. CASTRO

(1932 - 2001)

El Embajador Pacífico Albano Castro nació el 30 de junio de 1932 y muere el 11 de marzo de 2001 en Manila.

Estudió Derecho en la Universidad de Santo Tomás de Manila y, posteriormente, realiza un Master en Derecho en la Universidad de Michigan. También se gradúa en Diplomacia en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. En 1957 ingresa por oposición en el Servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Filipinas.

Su actividad profesional se desarrolla dentro del Ministerio, en donde desempeña una brillante carrera, ocupando los puestos de Asesor Jurídico, Vicecónsul, Asistente Especial del Secretario de Relaciones Exteriores, Ministro Consejero y Cónsul General (París 1969-74), Juez *ad hoc* del Tribunal de Arbitraje, etc. Fue Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en diversas ocasiones: Argelia, Marruecos, Túnez y Senegal (1975-78); Jordania, Siria, Líbano y Chipre (1989-93), teniendo que ser evacuado durante la Guerra del Golfo; Canadá y la OACI (1993-96) y Bélgica, Luxemburgo y la Unión europea (1996-97).

En el proceso de integración cristiano-musulmana de Filipinas ocupó un papel importante destacando como Asesor Jurídico en las negociaciones del MNLF-MILF-OIC (1986-88). También fue Director General para los Asuntos de Oriente Medio y Africa (1988-89).

El Embajador Castro llevó a cabo una abundante producción científica, pudiendo citar entre sus obras: *Philippine Diplomatic & Consular Practice* (1964), *Digest of Philippine Jurisprudence in International Law* (1981), *Diplomatic Agenda of Philippine Presidents 1946-1985*, *Implementation of the Tripoli Agreement* (1985), *Diplomacy, International Law and Trade* (1995) y *Emilio Aguinaldo, First Filipino President* (1967).

Perteneció a diversas asociaciones internacionales, entre las que cabe reseñar su condición de miembro del *Cercle Royal Gaulois Artistique et Literaire* (Bruselas), de la Federación Inter-Religiosa e Internacional para la Paz Mundial (Filipinas), del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, en el que ingresó como Asociado en el XIV Congreso de San José de Costa Rica (1985) y ascendió a Miembro en 1998, en el XX Congreso de Manila, etc.

El Embajador Pacífico Castro, que se ganó el afecto y la admiración dentro del Instituto por su simpatía, bondad, ingenio y amabilidad, falleció de una leucemia aguda, que se le desarrolló estando en Holanda. Su muerte ha sido muy sentida por todo el Instituto, especialmente por el grupo nacional filipino, en el que deja un hueco muy difícil de llenar. Descanse en paz.

Prometeo Cerezo

RENATO OZORES

(1910 - 2001)

Renato Ozores nace en Oviedo (España) el 29 de octubre de 1910 y muere en la ciudad de Panamá el 3 de abril de 2001.

Estudió la carrera de Derecho en su ciudad natal y en la Universidad Central de Madrid. Ejerce la profesión de abogado en Oviedo hasta que los avatares de la guerra civil española le obligan a marchar al exilio. Después de residir durante algún tiempo en Francia emigra a Panamá en 1938, cuya nacionalidad adquiere en 1942, y allí vive y desarrolla su actividad docente y profesional hasta su muerte.

Renato Ozores poseyó una gran personalidad dotada de una fina sensibilidad, señorío y riqueza de espíritu. Jorge E. Illueca, Ex-Presidente de la República de Panamá, ha dicho de él que fue un humanista, a la vez erudito y creador, empeñado en la tarea de superación de su nuevo país a través del desarrollo de la cultura y el compromiso con el progreso (Diario "La Opinión", Panamá 16 de abril de 2001).

Dedicado a la enseñanza, obtiene en 1941 la cátedra de Derecho mercantil en la Universidad Nacional de Panamá, desempeñándola hasta su jubilación en 1970. Además de profesor universitario, en su actividad personal y profesional encontramos las facetas de abogado, literato, dramaturgo, periodista, experto en economía y relaciones internacionales, etc.

Como jurista llevó a cabo una abundante producción jurídica. Publicó más de una docena de libros, entre los que podemos citar: *Antecedentes del Código de Comercio de Panamá* (1945), *La Ley Española de Nacionalidad* (1958), *El nuevo Código de Comercio del Japón* (1959), *La Extradición en el Derecho Interamericano* (1959), *Derecho del Mar* (1959), *La Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* (1961), *La Sociedad Anónima* (1963), *Apuntes de Derecho Mercantil*, obra en seis volúmenes editada por la Universidad de Panamá en 1965, *La Sociedad Anónima en la Integración Centroamericana* (1966), etc.

Su intensa labor universitaria no le impidió dedicarse con continuidad y acierto al ejercicio de la profesión de abogado y desarrollar también una importante obra literaria. Como escritor cultivó con notable éxito diversos géneros literarios: el teatro (*Un ángel*, 1954; *Una mujer desconocida*, 1954; *La fuga*, 1959; *El cholo*, 1961, etc.), la novela (*Playa Honda*, 1951; *Puente del Mundo*, 1952; *La calle oscura*, 1958, etc.), el cuento (*Un pequeño incidente y otros cuentos*, 1947; *El dedo ajeno*, 1954; *Diez cuentos*, 1985; *El último árbol*, 1992, etc.). Ismael García S., Director de la Academia Panameña de la Lengua, decía de él en 1985: "Renato Ozores es un escritor pulcro, sencillo, correcto... Los cuentos de Ozores representan una valiosa contribución a nuestra literatura, por ser auténticos frutos de un espíritu de observación profundo que ha auscultado en sus aspectos más positivos el alma del campesino panameño" (*Diez cuentos*, págs. 8 y 9). En 1958 fue nombrado miembro de la Academia Panameña de la Lengua y galardonado como novelista y dramaturgo con el premio "Ricardo Miró", el mayor reconocimiento de la literatura panameña.

Perteneció a diversas asociaciones científicas y profesionales, nacionales e internacionales, entre ellas al IHLADI, en el que ingresó como Asociado en el IV Congreso (Bogotá, 1962) y ascendió a miembro en el IX Congreso (Lisboa 1972).

Sus dotes de escritor y su manejo fácil de la pluma le permitieron desarrollar una intensa actividad como periodista. Durante más de treinta años fue el editorialista del diario "La Estrella de Panamá" (Decano de la prensa panameña) y su Director durante 1996 y 1997. Además colaboró en otros periódicos y revistas con innumerables artículos, crónicas y trabajos literarios.

Fue también un excelente experto en economía y en relaciones internacionales, y ello motivó su nombramiento de Asesor Jurídico y Delegado de Panamá en numerosas conferencias internacionales. Desde estos foros colaboró y defendió siempre los intereses de España. Franco le condecoró con la Gran Cruz de Orden de Isabel la Católica (1969). En alguna ocasión, cuando le tomaban el pelo y le decían: "te cambiaste", él respondía con su buen humor: "no, el que cambió fue Franco"...

Asturiano hasta la médula, católico-romano-covadongueño convencido y practicante, venía con su esposa Tita, con la que compartió 63 años

de matrimonio, casi todos los años a España, porque como si se tratara de una necesidad vital tenía que respirar el aire de su Asturias de juventud y seguir contemplando las montañas y el verdor de sus praderas. En octubre de 1999, durante su último viaje, en una entrevista concedida al diario "La Nueva España", rememoraba su primer regreso tras el exilio en 1962: "Entré en coche desde Galicia, de Ribadeo a Luarca fui llorando". Tita, a su lado, completó el relato: "Llegamos a Oviedo de noche, llovía y hacía frío, pero se empeñó en salir a ver cosas. Llegamos a la plaza de la Catedral, caía mucha agua, se acercó al templo, puso su cara pegada a la piedra de la torre y se echó a llorar".

Un aneurisma, esta vez en el tórax, que no pudo superar le produjo la muerte. Junto a él estaban Tita y sus cuatro hijos: Carlos, Rita, María Cristina y Angie. Tita me describía en una carta sus últimos momentos: "Jamás imaginé que pudiera ser tan dulce y apacible la muerte. Este es el más preciado recuerdo que me ha podido dejar Renato cuando a su alrededor rezábamos con el sacerdote un Padrenuestro en la sala de urgencias de la clínica en la cual falleció. Me oprimía la mano muy fuerte y se despedía de mí sonriendo con una expresión de paz y felicidad que no te puede describir. Tengo el presentimiento de que vino a buscarlo su Virgencina de Covadonga, a la cual siempre veneró y que tiene en esta familia un puesto de honor, porque él supo inculcarnos su amor a la Santina".

Descanse en paz este hombre bueno, ejemplar, de alma transparente y grande, fiel amigo.

Prometeo Cerezo

