DIRECTOR DEL ANUARIO

Prometeo CEREZO DE DIEGO
Secretario General del IHLADI

SECRETARIO DEL ANUARIO

Rubén CARNERERO CASTILLA
Miembro del IHLADI

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

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

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL



17

MADRID 2005

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 Centro Universitario "ESCORIAL-MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España). Telf. (34) 91 890 45 45 - Fax. (34) 91 890 66 09
ihladi@rcumariacristina.com

SUMARIO

Págs.

PONENCIAS DEL XXIII CONGRESO 9

Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, por Eugenio Hernández-Bretón 11

Creación del Derecho internacional en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?, por Francisco Orrego Vicuña 61

Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia, por Sixto Sánchez Lorenzo 87

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS 131

El crimen de genocidio según el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, por Valentín Bou Franch 133

Comprensión jusfilosófica de las características de los tratados internacionales y el consentimiento en la comunidad internacional actual, por Miguel Ángel Ciuro Caldani 159

Clásico pero actual: El territorio estatal, por Ana Gemma López Martín 173

Una legislación universal para una realidad universal, por Paula López Zamora 207

La mediterraneidad de Bolivia, por Hugo Llanos Mansilla 227

Los derechos humanos y los Estados federales, por Alejandro Montiel Argüello 249

Hacia una nueva talasopolítica en el Atlántico Sur. El mar presencial argentino, las islas atlánticas usurpadas por Gran Bretaña y un futuro mar presencial del MERCOSUR y de toda América, por Alfredo Rizzo Romano 255

Realidad y legalidad en la normalización de extranjeros en España: Ante la disposición transitoria tercera del nuevo Reglamento de extranjería, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre 267

SUMARIO

Págs.

Visión comparativa del marco regulatorio de la adopción dentro del ámbito del MERCOSUR, por Amalia Uriondo de Martinoli 287

La globalización y los principios del Derecho internacional, por Francisco Villagrán Kramer 337

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS 369

NOTICIARIO DEL IHLADI 401

Cuadro de Honor del IHLADI 403

Consejo Directivo del IHLADI 405

EL XXIII CONGRESO DEL IHLADI 407

Breve crónica del XXIII Congreso del IHLADI 409

Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XXIII Congreso del IHLADI 429

In memoriam 447

PRESENTACIÓN

En el pasado año de 2004 numerosos congresos, exposiciones, actividades culturales, etc., conmemoraron el V Centenario de la muerte de Isabel la Católica. El IHLADI, que fue creado en 1951 con ocasión del V Centenario de su nacimiento, se unió a estos actos conmemorativos celebrando su XXIII Congreso en Quito. En el acto de inauguración se resaltó el papel trascendental que tuvo la Reina en el descubrimiento, cristianización y tutela de los derechos de los pueblos descubiertos en el Nuevo Mundo.

También se recordó en este Congreso la especial importancia que tuvo el III Congreso, celebrado en octubre de 1957 en Quito, que ha pasado a la historia del IHLADI tanto por el interés y el nivel de las ponencias, como por la importancia de las delegaciones que asistieron y las medidas de gobierno que fueron adoptadas, entre las que destacan la elaboración de los "Estatutos de Quito" y el acuerdo de publicar un Anuario del Instituto en el que se reflejara la producción doctrinal internacionalista hispano-luso-americana y filipina.

En el presente volumen, el XVII de la colección, se publican las ponencias debatidas en el XXIII Congreso, así como las comunicaciones presentadas en él y otras colaboraciones enviadas a la Secretaría General, junto con la habitual sección bibliográfica y el noticiario del IHLADI.

Desde aquí queremos dar nuestro agradecimiento más sincero a la Comisión organizadora ecuatoriana del XXIII Congreso y a todos los que con sus colaboraciones científicas contribuyen a la publicación de este nuevo volumen del Anuario.

Prometeo Cerezo

San Lorenzo de El Escorial, a 12 de junio de 2005
Fiesta Nacional de Filipinas

PONENCIAS
DEL XXIII CONGRESO

PROPUESTA DE ACTUALIZACION DE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE CONTRATACION INTERNACIONAL

Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. La Convención de México como Expresión de la Cultura de su Tiempo.

1. Derecho Internacional Privado Postmoderno. 2. Métodos Contemporáneos. 3. Positivismo y Lex Mercatoria. 4. CIDACI y Postmodernismo. 5. Vigencia y ratificaciones de la CIDACI. 6. Objeto de esta Ponencia. 7. Orígenes de la CIDACI. 8. Ámbito de Aplicación. 9. Internacionalidad del Contrato. 10. Materias excluidas de su Ámbito de Aplicación. 11. Primacía frente a otras Convenciones. 12. Autonomía Conflictual. 13. Consagración amplia del Principio de Autonomía Conflictual. 14. Formas de la Elección. 15. Dépeçage voluntario. 16. Elección de un Derecho nacional. 17. La llamada Autonomía Conflictual Mercatoria y la CIDACI. 18. Inaplicabilidad de los artículos 2 y 17 de la CIDACI para excluir la Autonomía Conflictual Mercatoria. 19. Determinación del Derecho Aplicable a falta de elección. 20. Principios Generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por Organismos Internacionales. 21. Determinación de los Principios del Derecho Comercial Internacional. 22. Dépeçage Judicial. 23. Función de las Normas de Aplicación Inmediata o Necesaria. 24. Caso de las Nuevas Modalidades de Contratación.

II. Los Sistemas Nacionales Autónomos de América Latina

25. Presentación. 26. Argentina. 27. Bolivia. 28. Brasil. 29. Chile. 30. Colombia. 31. Costa Rica. 32. Cuba. 33. Ecuador. 34. El Salvador. 35.

Guatemala. 36. Haití. 37. Honduras. 38. México. 39. Nicaragua. 40. Panamá. 41. Paraguay. 42. Perú. 43. Puerto Rico. 44. República Dominicana. 45. Uruguay. 46. Venezuela.

III. Modalidades de Técnica Legislativa para Actualizar los Sistemas Nacionales de Contratación Internacional en América Latina

47. El Carácter Polifacético de las Convenciones Internacionales. 48. Ratificación de, o Adhesión a la CIDACI. 49. Incorporación "por referencia". 50. Incorporación "material". 51. Incorporación de principios informadores por vía de ley y aplicación residual de principios generales de la CIDACI. 52. Conclusión.

I. La Convención de México como expresión de la cultura de su tiempo

1. *Derecho Internacional Privado Postmoderno.* El Derecho es una expresión de la cultura de su tiempo. El Derecho contemporáneo ha sido calificado como "postmoderno", con lo cual responde a las manifestaciones culturales actuales. Las características esenciales del postmodernismo son: el pluralismo, la comunicación, la narración y el retorno de los sentimientos. Pero, tal vez, lo más significativo es que al igual que el arte postmoderno, el derecho postmoderno favorece, además, una cuota de eclecticismo: el uso simultáneo de varias formas históricas(1). El término "postmoderno" también caracteriza al Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo. Los textos de los Profesores Brilmayer (Yale)(2), Sánchez Lorenzo (Granada)(3) y Jayme (Heidelberg) son ilustrativos al respecto, especialmente, el cours général dictado por este último en la Académie de Droit International en julio de 1995, bajo el título -para utilizar la palabra del autor-, ambicioso, de: Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne(4). De esta manera señalamos que el Derecho y las bellas artes comparten los mismo valores.

2. *Métodos Contemporáneos.* El Derecho Internacional Privado postmoderno se vale, entonces, de métodos en principio teóricamente opuestos para lograr sus objetivos. Por una parte, se mantiene fiel al método clásico, tradicional, de corte savignyano, utilizando las normas indirectas, indicadoras o formales. Así reafirma sus bases fundamentales y los valores de certeza y seguridad jurídica. No sin razón, sin embargo, en numerosas ocasiones se ha criticado la "pobreza de valores sociales"(5) de la mecanicidad del método conflictual del Derecho

---

(1) E. JAYME, "Identité culturelle et Intégration: Le Droit international privé postmoderne". Cours general de droit international privé, *Recueil des cours*, 251 (1995), p. 9, 36.

(2) L. BRILMAYER, "Postmodernism in American Choice of Law", *Liber Memorialis Francois Laurent*, 1810-1870, pp. 695 ss.

(3) S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, pp. 557 ss.

(4) E. JAYME, *op. cit.*

(5) K. ZWEIGERT, "Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten", *RabelsZ*, 37 (1973), pp. 435 ss.

Internacional Privado. Hoy en día las normas de Derecho Internacional Privado son también portadoras de valores materiales que persiguen más que una pura justicia conflictual. De esta forma, el Derecho Internacional Privado postmoderno aun cuando preserva su estructura tradicional está, simultáneamente, abierto a la realización de nuevos valores.

3. *Positivismo y Lex Mercatoria.* En materia de contratación internacional, que en esencia es un área prolija en problemas de Derecho Internacional Privado, tradicionalmente se enfrentaban dos líneas de pensamiento opuestas. Por una parte, los "archipositivistas", es decir, aquellos que postulaban que en materia de contratación internacional correspondía al Derecho Internacional Privado la determinación del Derecho aplicable, siendo ese Derecho exclusivamente un Derecho estatal, dictado por un Estado soberano. Por otra parte, aquellos "apóstoles"de la nueva "lex mercatoria"(6) que postulaban la existencia de un Derecho Mercantil espontáneo producto de la praxis internacional; un Derecho Mercantil Interna-cional que se coloca junto al Derecho de los Estados. En este sentido se habla de la "dualidad estructural de la sociedad internacional"(7). Coexisten, por lo tanto, la "sociedad internacional de Estados" y la "sociedad internacional de comerciantes". Así lo expresan los profesores Fernández Rozas (Complutense) y Sánchez Lorenzo (Granada)(8). Los archipositivistas negaban cualquier valor jurídico a la nueva lex mercatoria o por lo menos le negaban valor ex-proprio vigore. Por lo tanto, su valor normativo dependía exclusivamente del hecho que los contratantes en el comercio internacional pactaban contractualmente su aplicación, quedando, en todo caso, las normas de la nueva lex mercatoria incorporadas al contrato, pero sometidas a algún Derecho nacional.

4. *CIDACI y Postmodernismo.* La expresión postmoderna por excelencia del Derecho Interna-cional Privado de los contratos internacionales

(6) Por todos ver M.J. BONELL, "Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria?", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1996, p. 152.

(7) Según E. PÉREZ VERA, P. ABARCA JUNCO, M. GUZMÁN ZAPATER y P.P. MIRALLES SANGRO, *Derecho Internacional Privado*, 7ª. Edición, Tomo 2, Madrid, 1996, p. 257.

(8) J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª. Edición, Madrid, 1993, p. 174.

está contenida en la Convención Interamerica-na sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en la ciudad de México, hace un poco de mas de diez años, el 18 de marzo de 1994, en el seno de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado ("CIDACI")(9). Viene a constituir el más firme avance en la materia. Dentro de sus características más llamativas se encuentran: (a) la amplia admisión del principio de autonomía conflictual o autonomía de las partes; (b) la determinación subsidiaria del derecho aplicable mediante la noción de los vínculos más estrechos, pero sin recurrir a un sistema de presunciones; (c) la aplicación de la nueva *lex mercatoria* en la regulación de los contratos mercantiles internacionales; y (d) la intervención extraordinaria de las normas de aplicación inmediata o necesaria. El éxito de las nuevas regulaciones de la CIDACI requiere de la más amplia difusión de su contenido entre abogados y operadores del comercio internacional. Especialmente entre los primeros exige serio estudio para la mejor identificación y comprensión de sus soluciones. En este sentido, las ideas expresadas en esta ponencia pretenden ser una contribución a la materia. La interpretación y aplicación de la Convención obligan a tener en cuenta su carácter internacional, para así satisfacer la necesidad y promover la uniformidad de su aplicación. Así lo ordena previsoramente, el artículo 4 de una Convención internacional reflejo de los más recientes adelantos científicos y de la cultura postmoderna de su tiempo.

5. *Vigencia y ratificaciones de la CIDACI.* Desde el inicio hay que destacar que la CIDACI, de conformidad con su artículo 28, entró en vigencia entre Venezuela (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 26.10.95) -primer país en ratificarla- y México (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 15.11.96) desde el día 15 de diciembre de 1996. Se aplica, como tratado internacional, según su artículo 19, a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en esos Estados Partes. Para los demás Estados que la ratifiquen o se

(9) Para estos efectos la citamos según el texto en castellano publicado en R.B. SANTOS BELANDRO, *Bases Fundamentales del Derecho Internacional Privado Interamericano*, Montevideo, 2001, pp. 117 ss.

adhieran con posterioridad entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión. Además de los anteriormente mencionados países, fue suscrita por Bolivia, Brasil y Uruguay. Sin embargo, ninguno de estos tres países la ha ratificado hasta esta fecha (Junio de 2004). La celeridad con que se produjeron las referidas ratificaciones contrasta abiertamente con la falta de decisiones expresas en los restantes países incluidos los demás mencionados signatarios.

6. *Objeto de esta Ponencia.* A pesar de lo anterior y del tiempo transcurrido, que podría entenderse como fracaso de la CIDACI, este ponente está profundamente convencido de las bondades de la Convención en cuestión y cree que la falta de general aceptación en el continente americano se debe a falta de información en cuanto a su contenido y en cuanto a las modalidades bajo las cuales las soluciones de la CIDACI podrían ser recibidas en los países del continente americano. De esta forma, esta ponencia pretende contribuir a la actualización de los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado, la cual es una necesidad de estos países para que sus residentes y nacionales participen como actores del comercio internacional. Así, esta ponencia discute, en primer lugar, el contenido y bases de la CIDACI a la luz de la doctrina especializada, la cual ya excede cualquier pretensión de exhaustividad para un trabajo como este; en segundo lugar, hace referencia a las soluciones nacionales contemporáneas en América Latina, y finalmente plantea alternativas que permitan a los Estados latinoamericanos recibir en sus propios sistemas nacionales el beneficio de la soluciones de la CIDACI.

7. *Orígenes de la CIDACI.* La CIDACI encuentra su punto de partida en las Bases propuestas por la Comisión II para el Estudio Futuro del Tema Relativo a la Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional. Estas Bases fueron aprobadas en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV) celebrada en Montevideo en julio de 1989. Las Bases evolucionaron para convertirse en el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratación Internacional preparado por la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional, celebrada en Tucson, Arizona, del 11 al 14 de noviembre de 1993.

Este Proyecto fue sometido a la consideración de las delegaciones que integraban la Comisión I de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana (CIDIP-V), presidida por el Profesor Gonzalo Parra Aranguren (Caracas)(10).

8. *Ámbito de Aplicación.* La CIDACI determina, según su artículo 1, el Derecho aplicable a los contratos internacionales, incluyendo los contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. En todo caso, cualquier Estado Parte podrá declarar al momento de firmar, ratificar o adherir a esa Convención que ella no se aplicará a todos o alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. También pueden los Estados Partes, al momento de firmar, ratificar o adherir a esa Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplica la misma (artículo 1). Hasta la fecha, ningún Estado Parte ha formulado declaración limitando el ámbito de aplicación de la Convención, el cual, según se desprende del Preámbulo de la CIDACI, está destinado fundamentalmente a regular los contratos mercantiles internacionales, incluyendo las manifestaciones unilaterales de voluntad.

9. *Internacionalidad del Contrato.* La primera noción a considerar es la de contrato internacional, la cual, indudablemente, ha sido sumamente discutida. La CIDACI, en su artículo 1, acoge un sistema sencillo. Para calificar un contrato como internacional se exige que los contratantes Si las partes contratantes tengan su residencia habitual o establecimientos en Estados-Partes diferentes. En caso de tener varios establecimientos, la diversidad debe ser en relación al establecimiento involucrado en el contrato en cuestión. Pero además de lo anterior, el contrato también será internacional si el mismo tiene contactos objetivos con más de un Estado-Parte. Por contacto objetivo debe

(10) En cuanto a la formación y orígenes de la CIDACI ver G. PARRA-ARANGUREN, "La Quinta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México 1994)", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 11 (1994), pp. 179 ss.

entenderse cualquier vinculación del contrato con un Estado-Parte no derivado de la condición misma de los contratantes, por ejemplo, lugar de celebración, lugar de cumplimiento del contrato, lugar de ubicación del bien objeto del contrato, y sin que la sola declaración subjetiva o elección del Derecho aplicable por las partes contratantes sea suficiente para atribuir "objetivamente" la internacionalidad al contrato respectivo.

Nuevamente señalamos, la Convención determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales. Debe tenerse presente, sin embargo, que en principio los aspectos cubiertos por la Convención son los estrictamente obligacionales. Resulta apropiado señalar que la Convención más que regular el Derecho aplicable al contrato se centra en regular lo relativo al Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. De esta manera, a tenor de su artículo 14, la Convención regula principalmente el Derecho aplicable a la interpretación del contrato; los derechos y obligaciones de las partes; el cumplimiento de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento del contrato, incluyendo la evaluación del daño y la determinación de la correspondiente indemnización compensatoria; los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluyendo la prescripción y caducidad de las acciones contractuales. También regula las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Asimismo, la Convención, según su artículo 12, determina el Derecho aplicable a la existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, incluyendo la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del Derecho aplicable. En cuanto a este último aspecto, el aparte único del artículo 12 hace la salvedad de que para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el Juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte. Se trata de una formulación concreta de la denominada "doctrina del interés nacional"(11). La Convención también abarca la determinación del Derecho aplicable a la forma de

(11) E. PÉREZ VERA, P. ABARCA JUNCO, M. GUZMÁN ZAPATER y P.P. MIRALLES SANGRO, *cit.*, p. 276.

los contratos (artículo 13) y a la publicidad de los mismos (artículo 16)(12).

10. *Materias Excluidas de su Ámbito de Aplicación.* La Convención según su artículo 5, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las cuestiones de estado civil de las personas físicas, de la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato derivados de la incapacidad de una de ellas. Excluye, también, las obligaciones contractuales que tienen como objeto principal cuestiones sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales y las derivadas de relaciones familiares. De igual manera excluye las obligaciones provenientes de títulos de crédito y de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores. Tampoco se aplica a los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro ni a las cuestiones de Derecho Societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general. Debe señalarse, no obstante, que los actos o acuerdos preliminares cuyo propósito es regular las relaciones entre los interesados, por ej., entre promotores, con la finalidad de crear una sociedad, no están cubiertos por la exclusión(13). No obstante lo antes señalado, a tenor del artículo 15 de la CIDACI, la determinación del Derecho aplicable a la cuestión de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica parece estar sometida a la Convención, quedando, asimismo, sometida a las normas, costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como a los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad de la solución del caso concreto.

11. *Primacía frente a otras Convenciones.* La Convención tampoco es aplicable a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el Derecho Convencional Internacional vigente entre los Estados

(12) E. HERNÁNDEZ-BRETON, "Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 12 (1995), p. 16, 90.

(13) M.GIULIANO Y P. LAGARDE, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Official Journal of the EC*, No. C 282 of October 31 1980, p. 12.

Partes(14). Así tenemos que la CIDACI se verá desplazada cuando entre los Estados Partes de la misma también rijan, entre otras, la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; la Convención de Ginebra de 17 de febrero de 1983 sobre Representación en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; las Convenciones de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre Arrendamiento Financiero Internacional y sobre Factoraje (Factoring) Internacional; las Convenciones de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación; de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Fideicomiso y su Reconocimiento; la Convención Interamericana de 15 de julio de 1989 sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (CIDIP-IV, Montevideo); la Convención de Nueva York de 1974 y su Protocolo de 1980 sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. No puede sorprender, por lo tanto, que con toda razón el Profesor García Velasco (Salamanca) hable de la "eclosión del derecho convencional" en materia de Derecho Internacional Privado(15). Es lamentable la baja cuota de ratificaciones o adhesiones a dichas convenciones por parte de los países de América Latina. La participación de los países latinoamericanos en el comercio internacional requiere, necesariamente, soluciones internacionales. En todo caso, a tenor del artículo 20 de la CIDACI, su vigencia no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esa Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración, como la Comunidad Andina de Naciones, MERCOSUR, NAFTA o CARICOM, por mencionar algunos.

Siempre hay que recordar que las disposiciones de la CIDACI no desplazan la aplicación de todas las normas contenidas en el Tratado de Derecho Internacional Privado de 1928, mejor conocido como Código Bustamante, en materia de contratos internacionales.

(14) L. PEREZNIETO, "Introducción a la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales", *Revista di diritto internazionale e processuale* 1994, p. 765, 771.

(15) I. GARCÍA VELASCO, *Derecho Internacional Privado. Reflexiones Introductorias*, Salamanca, 1994, p. 165.

12. *Autonomía Conflictual.* La autonomía conflictual o autonomía de las partes es un instituto de Derecho Internacional Privado, por lo tanto, ideado para resolver problemas de conflicto de leyes y cuya admisibilidad depende de las normas de conflicto del foro. Según este principio, las partes pueden determinar mediante un acuerdo de voluntades el Derecho aplicable a una relación jurídica. Al escoger el Derecho aplicable lo hacen en su totalidad, es decir, escogen tanto las normas dispositivas como imperativas del Derecho aplicable, que se sustituyen al Derecho normalmente aplicable a la relación jurídica en cuestión, determinado según las normas de Derecho Internacional Privado del foro. En tal sentido, las partes mismas realizan la elección del Derecho aplicable. Lo que se persigue con una cláusula de Derecho aplicable es la conservación de las legítimas expectativas de las partes, quienes al elegir expresamente un Derecho lo hacen con miras a la certeza que supone conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y a la previsibilidad del resultado de cualquier disputa o controversia relacionadas con el contrato(16) .

Tal propósito sólo se alcanza suprimiendo la incertidumbre eventual de la determinación del Derecho aplicable al contrato mediante las normas de conflicto del foro. Ello es precisamente lo que se logra con una cláusula de Derecho aplicable: se evita que el juez que conozca del asunto determine el Derecho aplicable al contrato haciendo uso de sus normas de conflicto(17) .

Por otra parte en el marco global de la economía, una manera de incentivar el comercio internacional es dar las seguridades antes referidas a los particulares. En la medida en que los contratantes tengan la certeza de que su intención será respetada y en consecuencia, capaz de determinar el Derecho que rige sus derechos y obligaciones, entonces se verá desarrollado y fomentado el comercio internacional(18).

(16) E. HERNÁNDEZ-BRETON, "Autonomía Conflictual en América Latina. Tendencias Actuales", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 16 (2003), p. 441, 448.

(17) *Ibid.*, p. 449.

(18) *Ibid.*

13. *Consagración Amplia del Principio de Autonomía Conflictual.* El artículo 7 de la CIDACI consagra en forma inequívoca el principio de autonomía conflictual: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes". Otra no podía ser la solución acogida.

La autonomía conflictual es reconocida en su forma más amplia. Las partes pueden escoger cualquier Derecho con independencia de que el mismo presente alguna vinculación con el contrato en cuestión(19). Pueden escoger ese Derecho, además, en cualquier momento: antes o después de celebrar el contrato. Inclusive cabe la posibilidad de modificar la elección previamente realizada, quedando, en todo caso, a salvo los derechos de terceros y la validez formal del contrato. Se admite aun que las partes en un proceso judicial acuerden el Derecho aplicable al contrato internacional en cuestión. Por lo que respecta a las denominadas "cláusulas de congelación" del Derecho escogido por las partes, también conocidas como "freezing provisions" o "Versteinerungsklauseln", la CIDACI no contiene norma alguna. Tales cláusulas son disposiciones contractuales, según las cuales las partes contratantes pretenden seleccionar el Derecho aplicable a los contratos internacionales según el mismo se encontraba vigente en un momento determinado, generalmente en la fecha de contratación. Dichas cláusulas son comúnmente admitidas en la práctica internacional. La cuestión que queda abierta es en cuanto a la naturaleza jurídica del "Derecho congelado". Se trata de saber si ese Derecho se aplica como Derecho o como norma contractual. La opinión dominante parecería inclinarse por atribuirles el carácter de norma contractual, con lo cual el contenido del Derecho escogido queda incorporado por referencia al contrato y sometido como tal al Derecho que rige al contrato a falta de elección (20).

14. *Formas de la Elección.* La elección del Derecho aplicable es generalmente expresa. Las partes articulan manifiesta, clara y patentemente su voluntad de someter el contrato a un determinado Derecho. Así lo prescribe el artículo 7 de la CIDACI. Sin embargo, en caso de ausencia de acuerdo expreso, el convenio de las partes en cuanto al Derecho

(19) L. PEREZNIETO. *op. cit.*, p. 772.
(20) HERNÁNDEZ-BRETON, Nota 12, p. 86 y allí Nota 226.

aplicable también puede desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. No se trata de una elección hipotética. Se trata de permitir al intérprete determinar que las partes han efectuado realmente la elección del Derecho aplicable, aun cuando el mismo no esté expresamente establecido en el contrato. Así, por ejemplo, se indica que la práctica contractual establecida entre los contratantes de someter sus contratos a un determinado Derecho puede conducir al intérprete a afirmar que el contrato en cuestión queda sometido al Derecho ordinariamente escogido por las partes, siempre que la omisión se deba a circunstancias que no indiquen un cambio intencional de actitud de las partes contratantes. De la misma manera, la referencia a determinados artículos del Código Civil Francés puede llevar a la conclusión de que las partes han escogido deliberadamente este Derecho aun cuando el contrato no contenga una cláusula de elección de Derecho. Estos y otros ejemplos fueron propuestos por dos de los proyectistas de la Convención sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, suscrita en Roma el 19 de junio de 1986, los Profesores Giuliano (Milán) y Lagarde (París)(21), y que manifiestamente ha servido de fuente de inspiración de la CIDACI. En todo caso, y a pesar de opiniones contrarias, la CIDACI indica que la selección de un determinado foro por sí solo no determina la elección del Derecho aplicable (22). No rige, entonces, la regla "qui eligit judicem, eligit ius". Será, sin embargo, un elemento a tener en consideración en la determinación de si las partes han decidido de manera concluyente someterse a ese Derecho (23).

15. *Dépeçage voluntario.* Dentro de esa corriente de amplia admisión del principio de autonomía de las partes, la CIDACI reconoce, tanto en el encabezamiento del artículo 7 como en el artículo 8, la posibilidad de que la elección del Derecho aplicable se refiera a la totalidad o a parte

(21) GIULIANO y LAGARDE, *op. cit.*, p. 17.
(22) O. LANDO, "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", *King's College Law Journal*, 7 (1996), p. 55, 66.
(23) En contra F. JUENGER, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, 42 (1994), p. 381, 388.

del contrato. Se admite el llamado "*dépeçage* convencional" o "voluntario". En este caso, además de exigirse que el contrato en realidad esté compuesto por varios contratos o que siendo uno solo fuese separable en partes económica y jurídicamente independientes, resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que pueden estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones. Obviamente, la elección de un Derecho para que regule parcialmente un contrato no puede tomarse por si solo como elemento para extender su aplicación como Derecho escogido a todo el contrato.

16. *Elección de un Derecho anacional.* Admitido el principio de autonomía conflictual en los términos antes expuestos, cabe todavía preguntarse, ¿Es posible que las partes seleccionen como aplicable un Derecho no estatal, un sistema jurídico no perteneciente o emanado de un determinado Estado soberano? La tendencia generalizada, dominante en el mundo niega esa posibilidad. Todo contrato debe estar sometido a un Derecho estatal. La autonomía conflictual sólo es posible en los límites de un ordenamiento jurídico de un Estado soberano. Se afirma que todo contrato internacional está necesariamente vinculado a un ordenamiento estatal. Se niega la posibilidad de los llamados "contratos sin ley" o "contratos sin Derecho" (24). La esencia misma del método tradicional del Derecho Internacional Privado conduce necesariamente, según generalmente se afirma, a un determinado Derecho estatal. Ciertamente, el Derecho Internacional Privado tradicional en sentido estricto está llamado a determinar el ordenamiento jurídico estatal aplicable a una situación jurídica con elementos de extranjería relevantes, a un supuesto de hecho conectado con diversos ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes. Así, en su concepción clásica, se excluye –ex definitione- la aplicación, y en consecuencia la elección por las partes contratantes de un Derecho anacional, como puede ser entre otros, la nueva lex mercatoria o los principios generales del Derecho Comercial Internacional. Cualquier elección que hagan las partes contratantes de un tal Derecho se entenderá como la mera incorporación al contrato de sus disposiciones, no como normas jurídicas positivas, sino como contenido mismo del contrato, sometidas en todo caso a un Derecho estatal nacional aplicable al contrato según las normas de Derecho Internacional Privado del foro.

(24) F. ROMERO, "El derecho aplicable al contrato internacional", *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Caracas, 2001, p. 203, 252.

17. *La Llamada Autonomía Conflictual Mercatoria y la CIDACI.* El debate se ha vigorizado y vitalizado con ocasión de la aprobación de la CIDACI. Los Profesores Juenger (Davis)(25), delegado norteamericano a la Conferencia y Pereznieto Castro (México)(26), delegado mejicano a la Conferencia, han afirmado tajantemente tal posibilidad. Este también parece ser el criterio de la Profesora Boele-Woelki (Utrecht)(27). Los Profesores Fernández Arroyo (Complutense), Boggiano (Buenos Aires), delegado argentino a la Conferencia, Romero (Caracas) y Lando (Copenhagen), aun cuando pueden mostrar algunas simpatías por la idea, niegan que la CIDACI posibilite la selección de un Derecho anacional. Como se aprecia, el debate teórico -de profunda relevancia práctica- rebasa las fronteras del continente americano, para convertirse así en apetecible "delicatesse" del Derecho Internacional Privado postmoderno.

Se trata de una variante del enfrentamiento entre los "archipositivistas" y los "apóstoles" de la "nueva lex mercatoria" Aun cuando más adelante volveremos sobre el tema, debemos manifestar que las referencias hechas en el aparte primero del artículo 9 de la CIDACI a "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales"; en los artículos 10 y 15 a "las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación", como normativa aplicable a los contratos mercantiles internacionales autorizan a concluir, sin duda alguna, que la CIDACI permite a las partes contratantes someter su contrato a las disposiciones de

(25) F. JUENGER, "Contract Choice of Law in the Americas", *American Journal of Comparative Law*, 45 (1997), p. 195, 205 s. ; del mismo autor, op. cit. Nota 23, pp. 390 ss.

(26) PEREZNIETO, *op. cit.*, pp. 765 ss.

(27) K. BOELE-WOELKI, "Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge", *IPRax*, 1997, p. 161, 169 ss.

la nueva lex mercatoria(28). Resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que en ausencia de elección del Derecho por los contratantes resultaren aplicables normas anacionales como normas jurídicas, mientras tal posibilidad se niega en el caso de que expresamente las partes quisieran aplicarlas como tales a sus contratos comerciales internacionales.

18. *Inaplicabilidad de los artículos 2 y 17 de la CIDACI para Excluir la Autonomía Conflictual Mercatoria.* No puede argumentarse en contra de tal proposición en base al texto de los artículos 2 y 17 de la CIDACI. El artículo 2 señala que el Derecho designado por esa Convención se aplicará aun cuando tal Derecho sea el de un Estado no parte. Con ello sólo se pretendió afirmar el carácter universal de la CIDACI, nunca excluir la posibilidad de elegir un Derecho anacional.

Por su parte, el artículo 17, que dispone que para los efectos de esa Convención se entenderá por "Derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes, tampoco fue concebido para excluir la sumisión de un contrato internacional a un Derecho anacional. El propósito único de dicho artículo fue de excluir la posibilidad del "reenvío"(29). El Derecho declarado aplicable a los contratos internacionales por las normas de la CIDACI comprende, por lo tanto, tan sólo las normas materiales del correspondiente ordenamiento. No incluye sus normas indirectas o de Derecho Internacional Privado. De esta manera, no están dados los presupuestos del reenvío (remisión global a un ordenamiento jurídico y diferencia de factores de conexión) y se excluye, en consecuencia, la posibilidad de que el derecho designado aplicable por la Convención remita a su vez a otro derecho. Sólo así pueden protegerse la certeza y seguridad jurídica debida a las partes contratantes.

19. *Determinación del Derecho aplicable a falta de elección.* Puede suceder que por las más variadas razones, conscientes o inconscientes, los

(28) En contra ROMERO, op. cit., p. 253; R. DÁVALOS FERNÁNDEZ, "La regulación jurídica del contrato internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 16 (2003), p.11, 20-22, 44-45.

(29) G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, pp. 223 ss.

contratantes no hayan escogido o hayan dejado de escoger el Derecho aplicable a su contrato. Puede igualmente suceder que la elección del Derecho que hayan efectuado resulte ineficaz. En estos supuestos corresponde a la norma de conflicto determinar subsidiariamente el ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales. Siguiendo el modelo de la Convención de Roma de 1980, prototipo de soluciones más aceptadas, indica el artículo 9 de la CIDACI que el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. Se acoge así el criterio aceptado por la jurisprudencia del más alto Tribunal suizo en su decisión del 12 de febrero de 1952, asunto Chevalley v. Genimportex, S.A., y sistematizada por, casualmente, un autor suizo: Adolf Schnitzer. Dicho criterio también se conoce como el "principio de proximidad"(30). Para concretizarlo, sin embargo, la CIDACI se aparta de los postulados tradicionales. No acoge el criterio de la "prestación característica", seguido por la Convención de Roma de 1980, y que consiste en señalar que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el ordenamiento jurídico del Estado donde tiene su residencia o establecimiento la parte que debe realizar la prestación característica del contrato. En términos económicos, la prestación característica del contrato es la prestación por la cual se adeuda una suma de dinero, la prestación que da la denominación al contrato. Esta corriente refleja una cierta inclinación a tipificar o calificar todas las relaciones contractuales posibles. La experiencia ha demostrado que la doctrina de la prestación característica presenta patologías incorregibles. Basta con señalar situaciones en las que resulta imposible identificar tal prestación como en el caso de la permuta o ciertos contratos de edición o de distribución. También en caso de contratos complejos, como los contratos llave en mano. La idea subyacente de la prestación característica es que se debe preferir el Derecho de la parte cuya prestación es más compleja y en consecuencia, más detalladamente regulada por ese Derecho. Así en el caso del contrato de edición se debería preferir el Derecho del editor y no del autor, aun cuando sea el autor el que suministre el producto y el editor sea el que imprime la obra, la mercadee y pague la regalía al

(30) L.F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Bolonia, 1994, pp. 25 ss.

autor(31). Por otra parte, también se ha criticado que la noción de la prestación característica otorga un caprichoso privilegio conflictual al recurrir al Derecho de aquella parte que dispone de una especial experiencia derivada de su condición de proveedor de bienes y servicios en operaciones internacionales. La noción de la prestación característica, en suma, no sirve para ubicar el verdadero centro de gravedad del contrato, solamente aumenta -artificialmente- la importancia de un factor de conexión individual. No garantiza seguridad jurídica ni resultados justos, anotaba el Profesor Juenger (Davis)(32). Estas razones llevaron a los delegados asistentes a la Quinta Conferencia Interamericana Especializada a descartar el criterio de la prestación característica y cualquier presunción adicional para concretizar la noción de los vínculos más estrechos (33). Para estos propósitos, el primer aparte del artículo 9 de la CIDACI dispone que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. El Profesor Juenger (Davis) ha señalado que la referencia a "elementos subjetivos" permitiría la posibilidad de tomar en consideración la voluntad hipotética o presunta de las partes en la determinación del Derecho aplicable. Con esto, para usar las palabras de ese autor, la CIDACI se coloca entre la geografía y la teleología (34).

20. *Principios Generales del Derecho Comercial Internacional Aceptados por Organismos Internacionales.* En ausencia de elección o de elección ineficaz del Derecho aplicable, ordena el artículo 9 de la CIDACI que el tribunal también tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales. Se trata de una fórmula novedosa que pretende reconciliar posturas tradicionalmente encontradas: la de los "archipositivistas" y la de los "apóstoles" de la nueva "lex mercatoria". En un principio el Profesor Juenger (Davis) había propuesto que, a falta de elección o de elección ineficaz del Derecho aplicable, el contrato se rigie-

(31) LANDO, *op. cit.*, p.68.
(32) JUENGER, *op. cit.*, Nota 23, pp. 385 ss.
(33) G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, p. 218.
(34) JUENGER, *op. cit.* Nota 23, p. 391.

se directamente por los principios generales de Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales. Esta solución no satisfizo a los delegados, quienes después de mucha discusión adoptaron la fórmula de compromiso expresada en el artículo 9. Según su texto, tal fórmula parecería ordenar al tribunal tomar en cuenta los referidos principios para determinar el Derecho del Estado con el cual el contrato tiene vínculos más estrechos. Sin embargo, como ya hemos señalado y como destacaremos más adelante, la norma refiere a los principios generales de Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales. Tales principios constituyen regulaciones normativas materiales uniformes; se trata de normas de Derecho Mercantil materialmente unificadas. No se trata de normas de conflicto tradicionales. La función de ellas no es determinar el Derecho aplicable a las relaciones contractuales mercantiles internacionales, sino dar una respuesta material, es decir, directa e inmediata al problema planteado. Nuevamente, la pregunta es ¿qué papel juegan los principios generales de Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales en la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales? Para arrojar luz a la materia, es necesario examinar las opiniones de los primeros comentaristas de la CIDACI, en principio divergentes. El Profesor Pereznieto Castro (México) señaló que los principios deben tomarse en cuenta para la determinación de los elementos subjetivos y objetivos(35). Esto evidentemente también conduce a la determinación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene vínculos más estrechos. Por su parte, el Profesor Juenger (Davis) señala que la redacción actual del artículo 9 de la CIDACI le indica al intérprete la necesidad de seleccionar el Derecho que mejor satisfaga la justicia material y las exigencias del comercio internacional(36). En este sentido, el Profesor Juenger concatena el artículo 9 con el artículo 10 que ordena la aplicación "cuando corresponda" de las normas, las costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las

(35) PEREZNIETO, *op. cit.*, p. 773.
(36) JUENGER, *op. cit.*, Nota 25, p. 206.

exigencias impuestas por la justicia y la equidad en el caso concreto(37). Aunque con cierta reticencia, ésta también parece ser la opinión del Profesor Fernández Arroyo (Complutense)(38) y Lando (Copenhagen)(39). La referencia a los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales hecha en el artículo 9 de la CIDACI debe entenderse como solución complementaria del sistema conflictual previsto en la primera parte de ese artículo. Se busca dotar al intérprete de un mecanismo altamente flexible que permita seleccionar el sistema normativo nacional o anacional más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional en ausencia de elección o de elección ineficaz del Derecho aplicable por los contratantes.

21. *Determinación de los Principios del Derecho Comercial Internacional.* La pregunta se impone ¿Cómo determinamos el contenido de los citados principios generales de Derecho Comercial Internacional? Una primera precisión es la hecha en la misma Convención: Se trata de aquellos aceptados por organismos internacionales. Esto fue hecho con el propósito de evitar cualquier incertidumbre en su determinación, ya sea que se trate de organismos gubernamentales, como el Instituto Interna-cional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) o no gubernamentales, como la Cámara Internacio-nal de Comercio, la *London Corn Trade Association,* el Comité Marítimo Internacional, la IATA o Asociación de Transporte Aéreo Internacional e inclusive, el Instituto de Derecho Internacional (40). Una de las críticas más fuertes hechas a la admisión de la nueva *lex mercatoria* como cuerpo normativo regulador del comercio internacional ha sido su indeterminación, la dificultad en precisar su contenido(41). Esta tarea se ha visto aligerada en materia de contratos mercantiles internacionales. En febrero de 1994, la UNIDROIT aprobó los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales(42). Consta de un Preámbulo y 120 artículos, acompañados de los correspondientes comentarios, abarcando, además de ciertas disposiciones generales, la formación, validez intrínseca, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento de los contratos comerciales internacionales.

Los Principios de UNIDROIT, se señala con frecuencia, sólo constituyen la opinión científica de los expertos que los elaboraron, desligados de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, la CIDACI los ha dotado de propia fuerza normativa. Es digno de mencionar que paralelamente a UNIDROIT, en 1995, la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Profesor Lando (Copenhagen) presentó la primera parte de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, abarcando cumplimiento, incumplimiento y acciones (remedies)(43). En todo caso, visto el estado de desarrollo de las cosas, la aplicación de los principios y de la nueva lex mercatoria exige proceder con cautela, orientándose según las necesidades del comercio internacional y de la justicia en el caso concreto(44) .

22. *Dépeçage Judicial.* Al igual que en el supuesto de elección del Derecho aplicable, en donde se admite el "*dépeçage* voluntario", el último aparte del artículo 9 de la CIDACI permite que a falta de elección del Derecho aplicable si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato. Se trata de la admisión del "dépeçage judicial". De esta manera, distintos aspectos de un mismo contrato pueden quedar

(37) *Ibid.*, Nota 25, pp. 391 ss.

(38) D. FERNÁNDEZ ARROYO, La Convention interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome, *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 178, 182 ss.

(39) LANDO, *op. cit.*, p. 63.

(40) L. VON BAR y P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, Tomo I, 2ª. Edición, München 2003, p. 77.

(41) Ver por todos S. SÁNCHEZ LORENZO, "La autonomía conflictual mercatoria: Contratación internacional y soft-law", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 16 (2003), pp. 491 ss.

(42) Ver la publicación de UNIDROIT, *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma 1998, pp. 342 ss.

(43) BOELE-WOELKI, *op. cit.*, p. 162.

(44) PARRA-ARANGUREN, p. 208, 219, 220.

sometidos a distintos derechos -la referencia hecha a "ley" en dicho artículo debe verse como un simple lapsus linguae-. En este caso, como ya lo ha indicado la Profesora Romero (Caracas) dichos Derechos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos ordenamientos jurídicos(45). Por su parte, las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. La solución propuesta responde a la idea que inspira la institución de la Teoría General del Derecho Internacional Privado denominada la adaptación y que está recogida normativamente en el artículo 9 de otra obra magna del Derecho Internacional Privado interamericano, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita el 8 de mayo de 1979 en el seno de la Segunda Conferencia Especializada Interameri-cana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) en Montevideo, Uruguay. Dicha Convención está vigente para un número considerable de Estados latinoamericanos(46) .

23. *Función de las Normas de Aplicación Inmediata o Necesaria.* A primera vista podría pensarse que la amplitud con que se admite el principio la autonomía conflictual o autonomía de las partes, que tiene como efecto permitir a las partes contratantes escoger tanto las normas dispositivas como imperativas del ordenamiento jurídico aplicable, pertenecientes a cualquier ordenamiento jurídico, admitiéndose aun la elección del Derecho aplicable a una parte o a todo el contrato, pudiese conducir al supuesto de que las partes desvincularan su contrato de las normas imperativas de cualquier ordenamiento jurídico. En otras palabras, las partes pueden evitar la aplicación a su contrato de las normas imperativas inconvenientes mediante la sumisión del mismo o partes del mismo a diversos ordenamientos más convenientes o complacientes a sus propios intereses. La posibilidad del "dépeçage volun-

(45) ROMERO, *op. cit.*, pp. 273 s.

(46) T. DE MAEKELT, *Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1984, pp. 173 s.

tario" fue admitida conscientemente aun a sabiendas de las objeciones antes formuladas y de la posibilidad de que así fuese válido un contrato que sería inválido de estar sometido a un único ordenamiento jurídico. El Profesor Lagarde (París), el más férreo defensor de la amplia admisión de la autonomía conflictual en el sistema del Convenio de Roma de 1980, modelo del artículo 7 de la CIDACI, respondía a esa crítica señalando que probablemente siempre habría un ordenamiento que declarase válida la totalidad del contrato(47). Al existir esa posibilidad no hay nada que se oponga a permitir excluir las normas imperativas desventajosas o inconvenientes del derecho que ordinariamente regiría al contrato. A lo anterior debe añadirse que la CIDACI -siguiendo el modelo romano- flexibiliza el principio según el cual el Derecho aplicable al contrato, elegido o no por las partes, determina exclusivamente las normas imperativas aplicables al mismo. De esta manera, el artículo 11 de la CIDACI prescribe la aplicación de ciertas normas materiales internas con ámbito de aplicación internacional obligatorio, para usar la terminología del Profesor von Hoffmann (Trier)(48). En primer lugar, ese artículo dispone que no obstante el Derecho declarado aplicable, se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Se trata de una imposición sin alternativa. En segundo lugar, indica el aparte único del artículo 11 de la CIDACI que será discreción -en consecuencia y al contrario de lo dispuesto en el encabezamiento- facultativo, del tribunal que conozca del asunto, cuando lo considere conveniente- para así enfatizar el carácter discrecional de las normas -aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de un tercer Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos- no los más estrechos, para ser precisos(49). La diferencia de tratamiento obedece a las reacciones negativas que pudieren presentarse frente a las normas de aplicación inmediata de terceros Estados. Resulta cuestionable cuál debía ser el involucramiento del Estado del foro en la tute-

(47) P. LAGARDE, "Le dépeçage dans le droit internacional privé des contrats", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1975, pp. 649-677.

(48) B. VON HOFFMANN, "Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalen Anwendungsbereich", *IPRax* 1989, p.261, 263.

(49) JUENGER, *op. cit.*, Nota 23, p. 392; del mismo autor, *op. cit.*, Nota, p.204.

la de intereses generales basados en razones económico-sociales expresados en normas dictadas por terceros Estados. Las normas reclamadas por esta disposición son las denominadas normas de aplicación inmediata o necesaria, para usar las denominaciones más comunes. Se trata de normas que deben aplicarse "inexorablemente" a los supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, con prescindencia de lo dispuesto en las normas de conflicto del foro. No se refieren a todas las normas imperativas de un determinado ordenamiento jurídico. El artículo 11 de la CIDACI permite distinguir entre (i) normas imperativas cuya aplicación es "dispositiva" en casos con elementos de extranjería relevantes y (ii) normas imperativas cuya aplicación es "imperativa" en los mismos supuestos(50). En este caso nos referimos sólo a las segundas. Según la sistematización del Profesor Francescakis (París)(51), las condiciones de su intervención son las siguientes: a) su aplicación no depende de las normas de conflicto; b) su ámbito de aplicación es determinado positiva y unilateralmente por el legislador que las dicta; c) su ámbito de aplicación es definido por criterios "personales" o "territoriales", y, d) su intervención debe ser excepcional en las relaciones inter-particulares. Ellas juegan un papel importante en aquellos supuestos en que deban tutelarse intereses generales por razones económico-sociales. Entre tales normas podemos citar la legislación en materia de protección al consumidor, turística, de arrendamientos, del trabajo y seguridad social, antimonopolios, importación y exportación de bienes y sobre control de cambios. En particular, se trata, en todo caso, en materia de contratos internacionales de un correctivo a la amplia admisión del principio de autonomía conflictual. Al intervenir excepcionalmente las normas de aplicación inmediata o necesaria desplazan la aplicación del ordenamiento jurídico normalmente aplicable a las obligaciones contractuales en virtud de lo reclamado por la norma de conflicto del foro. Así, las obligaciones convencionales quedan sometidas a las normas imperativas del Derecho aplicable, pero también a las normas de aplicación necesaria, o de alta imperatividad -como las podríamos llamar- del Derecho del foro. Discrecionalmente, según las circunstancias, las obligaciones convencionales internacionales también quedarán sometidas a las normas de aplicación necesaria de un tercer Estado con el cual el contrato presente vínculos estrechos. Sin embargo, en estos casos no hay obligación de aplicar las normas imperativas de terceros Estados, sino que dependerá de cada Estado. Así no hay garantía de aplicación uniforme de las normas de aplicación inmediata de terceros Estados. Los anteriores conceptos, no deben confundirse con la noción de cláusula de reserva o de orden público en el Derecho Internacional Privado, que consiste en una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto basada en una manifiesta contradicción entre el resultado del Derecho aplicable y los principios jurídicos fundamentales del foro.

(50) VON HOFFMANN, *op. cit.*, p. 263.

(51) PH. FRANCESCAKIS citado en G. PARRA ARANGUREN, *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y otros Estudios*, 3ª. Edición, Caracas, 1998, p. 177; ver además F. ROMERO, "La norma de aplicación inmediata o necesaria", *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Tomo II, Caracas, 2001, pp. 217 ss.

24. *Caso de las Nuevas Modalidades de Contratación.* El reconocimiento de la nueva *lex mercatoria* como forma de expresión jurídica vendrá, igualmente, a cumplir destacada función en la regulación de las nuevas modalidades de contratación surgidas como consecuencia del constante desarrollo comercial internacional. En este sentido, en una norma visionaria y sin precedentes, el artículo 3 de la CIDACI prevé que sus normas se aplicarán a esas nuevas modalidades, pero con las adaptaciones necesarias y posibles. Se pretende cubrir, entre las actualmente conocidas, la contratación mercantil internacional mediante intercambio electrónico de datos(52).

II. Los Sistemas Nacionales Autónomos de América Latina

25. *Presentación.* A continuación pasamos a hacer la presentación de los desarrollos nacionales autónomos en materia de contratación internacional, con especial énfasis en la admisión del principio de autonomía conflictual.

(52) Por todos ver S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Contratos Internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de las Partes. Lex Mercatoria*, Buenos Aires, 1995.

26. *Argentina.* El tema de la autonomía conflictual ha sido considerado en Argentina como un "misterio"(53). Ernst Rabel al referirse a las disposiciones del Código Civil argentino de 1869, las calificó como "un laberinto de misteriosas disposiciones."(54) La doctrina y la jurisprudencia han tratado de buscar salidas a ese "laberinto"(55). De entre las disposiciones del Código Civil de 1869, vale citar los artículos 1206 a 1208. El primero de ellos crea una excepción a la aplicación del Derecho del lugar de celebración para aquellos contratos que sean inmorales y cuyo reconocimiento en la República resultare injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes. El artículo 1207 determina la ineficacia los contratos celebrados en el extranjero para violar las leyes de la República aunque no fuesen prohibidos en el lugar donde se hubiesen celebrado. Finalmente, el artículo 1208 determina la ineficacia de los contratos celebrados en territorio argentino para violar los derechos y las leyes una nación extranjera. Se trata de normas que tienden a la protección de normas fundamentales del Estado (imperativas) y a la prevención del fraude a la ley. El mas reciente desarrollo en Argentina es el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado presentado al Congreso de la Nación en Abril de 2004(56). Está basado en el proyecto elaborado por la Comisión de Estudios y Elaboración del referido Proyecto designada por la Resolución M.J. y D.H. 191/02 y la Resolución M.J.S y D.H. 134/02, presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14.5.2003(57). El actual Proyecto de Código

(53) A. BOGGIANO, *Contratos Internacionales*, 2ª. Edición, Buenos Aires, 1995, p.23.

(54) RABEL, *cit.* Nota 6, p.373.

(55) Ver las referencias en BOGGIANO, *op. cit.*, pp. 23 s.; además FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *op. cit.*, pp. 93 ss.

(56) El Proyecto fue presentado por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi . El texto y demás información relativa al Proyecto de Código me fueron suministrados por la Profesora Sara Feldstein de Cárdenas, a quien agradezco su preocupación por mantenerme informado acerca de los desarrollos jurídicos en Argentina.

(57) Con inmediata anterioridad la reforma se pretendió llevar a cabo por vía de la actualización del Proyecto de Libro Octavo del Código Civil, consagrado al Derecho Internacional Privado. Dicho proyecto fue elaborado en 1998/1999 por las profesoras de las universidades de Córdoba y del Litoral, Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés. El proyecto de actualización posterior fue fechado en el año 2000 y encuentra sus raíces en un proyecto elaborado en 1993. Se inspira en el pensamiento de autores europeos, entre los que se cita al Profesor Jayme, y latinoamericanos, como es el caso del Profesor Gonzalo Parra-Aranguren.

establece en su artículo 69 lo siguiente: "Elección del Derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de la referencia." El artículo 15 del mismo Proyecto, sin embargo, limita la amplia admisión del principio hecha en el artículo antes trascrito. Dice el artículo 15: "Normas de Policía. El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público..." En materia de contratos con consumidores no se admite la elección por las partes (artículo 79). La misma solución parece regir en materia de contratos de transporte terrestre de personas (artículo 78). El principio de autonomía se recoge especialmente para los contratos de transporte de cosas (artículo 77) y de trabajo (artículo 80). Para los contratos sobre inmuebles se aplica el derecho del lugar de su situación admitiéndose "el pacto en contrario, con los límites señalados en el ARTICULO 14" (Orden público). Al someter los contratos de intermediación y representación a "las soluciones de la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediación y a la Representación de La Haya del 14 de marzo de 1978" (artículo 76) indirectamente se acoge la autonomía conflictual admitida en el artículo 5 de dicha Convención.

27. *Bolivia.* La anunciada reforma del Derecho Internacional Privado boliviano como consecuencia de la reforma en 1975 del Código Civil

También las leyes de Suiza de 1987, de Australia de 1992, italiana de 1995, la de Túnez de 1998 y la venezolana de 1998. También el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 se reporta como fuente de inspiración, así como se hace referencia a la Convención de México de 1994, ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *op. cit.*, pp.49 ss.

de ese país no ha tenido luga(58). Aun no teniendo normas expresas que admitan el principio de autonomía, Bolivia, como antes se dijo, suscribió la Convención de México de 1994. Sin embargo, hasta la fecha no se ha producido la ratificación correspondiente.

28. *Brasil.* El problema de la autonomía de las partes no ha sido respondido todavía adecuadamente en el Brasil. Mi impresión es que la doctrina se ha esforzado a través del tiempo en brindar el apoyo teórico suficiente para admitirlo;(59) y lo ha logrado, pero sin convencer. La jurisprudencia no ha hecho todo lo suyo, a veces luce contradictoria, pero en verdad, tampoco el artículo 9 de la "Lei de Introdução ao Código Civil de 1942" brinda muchas alternativas(60). Este artículo dispone: "Para calificar y regir las obligaciones se aplicará la ley del país donde se constituyen. 1. Cuando la obligación está destinada a ser ejecutada en Brasil y depende de una forma especial, ésta será observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto. 2. La obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar donde reside el proponente."

Para terminar estos comentarios sobre la situación brasileña, me referiré al "Projeto de Lei Complementar N° 243 de 2002", también conocido como "Projeto Moreira Mendes"(61). Los artículos 31 a 35 de ese "Projeto" no hacen honor a todo el esfuerzo que ha desplegado la doctrina brasileña por décadas y mucho menos a la suscripción hecha por Brasil de la Convención de México. No admiten la autonomía conflictual en materia de determinación del Derecho aplicable. Realmente, con todo respeto, esos artículos tan solo pueden verse como un repentino alto en el camino, que afortunadamente retomará su dirección hacia adelante a toda velocidad. Parece en este sentido que el artículo 11 del "Projeto de Ley N° 4905 de 1995" seguía una mejor orientación(62).

29. *Chile.* En Chile, no obstante la muy débil base normativa la unanimidad de los autores chilenos parece aceptar el principio de autonomía conflictual(63). Tal actitud parece contrastar con la interpretación dada a normas similares en otros países la región. Las mas recientes exposiciones de los autores discuten la modificación del sistema de Derecho Internacional Privado de ese país todavía encapsulado en las soluciones del Código de Andrés Bello de 1855. La opinión de los profesores Avelino León Steffens (Universidad de Chile),(64) Alvaro Quintanilla Pérez (Universidad de Valparaíso)(65) y Hernán Ríos de Marimón (Universidad Católica de Chile)(66) coinciden en afirmar la admisión del principio sobre la base los lineamientos de la

(58) Vigente del 2.4.1976; ver J. SAMTLEBEN, "Internationales Privatrecht in Lateinamerika-Regionale Entwicklungen und nationale Kodifikationen-, Aufbruch nach Europa". 75 *Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*. Tübingen, p. 670.

(59) N. DE ARAÚJO, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2003, pp. 320 ss.; de la misma autora, *Contratos Internacionais*. 2ª. Edición, Rio de Janeiro-São Paulo, pp. 83 ss., 243 ss.; B. W. RECHTSTEINER, *Direito Internacional Privado, Teoria e Prática*, 5a. Edición, São Paulo, 2002, pp. 138 ss.; H.M. JO, *Moderno Direito Internacional Privado*, Sao Paulo, 2001, pp. 456 ss.; J. G. RODAS, "Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente as Obrigaçoes Contratuais", en Rodas (Coordinador), *Contratos Internacionais*, 3ª. Edición, São Paulo, 2002, pp. 19,43 ss.; J.I.G. FRANCESCHINI, "A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais", en *id.*, pp. 66 ss. Una visión comparada puede verse en el trabajo del recientemente fallecido profesor portugués A. MARQUES DOS SANTOS, "Algunas consideraçoes sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e o Brasil", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 23 (2002), pp. 81, 117 ss.

(60) Por todos ver DE ARAÚJO, *Direito Internacional Privado, cit.* Nota anterior, pp. 331 ss.

(61) Al respecto C. TIBURCIO, "A legislação da maioría dos países admite a posibilidade da autonomia da vontade nos contratos. Prática internacional de comércio e regras do direito brasileiro", *Valor Economico*, 24 de fevereiro de 2003-Ano 4, N° 705-Legislação & Tributos; W. BARRAL, "O conflito entre norma interna e tratado internacional é um dos mais intricados problemas do direito brasileiro. A Lei de Introdução ao Código Civil e o direito internacional", *Valor Economico*, 11 de dezembro de 2002- Ano 3- N° 656- Legislação & Tributos.

(62) El "projeto" fue encomendado a los doctores Joao Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocencio Mártires Coelho. Al respecto ver J. DOLINGER y C. TIBURCIO, "O DIP no Brasil no Século XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número Especial 2000, pp.79, 87-88.

(63) R. MALUENDA PARRAGUEZ, Contratos Internacionales en el Derecho Chileno, Santiago de Chile, 1998, pp. 51 ss.

(64) "Ponencia principal", *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Segunda parte, Santiago de Chile, 2002, pp.187, 205 ss.

(65) "Comentario Crítico", Nota anterior, pp. 216, 229, 232.

(66) "Comentario Crítico", Nota 64, pp. 233, 239 s.

Convenciones de Roma y de México, así como también de la Ley suiza. Las diferencias existen, sin embargo. De los autores consultados, la mayoría prefiere tan solo admitir la elección expresa del Derecho aplicable y rechazar la determinación por indicios o circunstancias concluyentes(67).

30. *Colombia.* En Colombia, país perteneciente al área de influencia del Código Civil chileno, la doctrina tradicional se limita a señalar que el Código Civil consagra el principio de validez de los contratos celebrados en el extranjero, pero sometiendo sus efectos al Derecho colombiano si el lugar de ejecución se encuentra en Colombia y sin discutir realmente la admisión del principio de autonomía conflictual(68).

Recientemente la Sala Plena de la Sala Constitucional colombiana dictó la Sentencia C-249/04 del 16.3.2004 en la cual hizo una serie de interesantes consideraciones relacionadas con la admisión de la autonomía conflictual en ese país. Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 por la cual se dictó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Para nuestros efectos son particularmente relevantes los textos de los incisos segundo y tercero de dicho artículo(69). Para decidir, la Corte Colombiana invocó el artículo 4 de la Constitución de 1991, específicamente en la parte que dispone: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades." Recoge así el principio de territorialidad de la ley, lo cual se traduce en materia de contratos en la siguiente fórmula: "Los contratos que se celebren en Colombia"

(67) *Op. cit.*, Nota 64, pp . 206, 232, 240.

(68) M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5ª. Edición, Bogotá, 1999, p. 533, también pp. 305 ss.

(69) Artículo 13. "De la Normatividad aplicable a los contratos estatales...

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera..."

deben someterse al régimen contractual nacional."(70) Por su parte, "la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución." En todo caso, los contratos celebrados en el exterior se podrán regir por el Derecho del país donde se hayan suscrito, a menos que sean cumplideros en Colombia, aplicándose en este caso el Derecho colombiano. Toda esta interpretación, que confirma la constitucionalidad (exequibilidad) del artículo 13 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es conforme a lo dispuesto en los artículos 20.3 del Código Civil(71) y 869 del Código de Comercio(72).

Además de lo anterior resulta muy ilustrativa la discusión contenida en la sentencia número C-347 de 23.7.1997, también dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional(73). Es de mencionar que la referida sentencia decidió un recurso de inconstitucionalidad contra ciertos artículos de la Ley 315 de 1996 por la cual se regula el Arbitraje Internacional y se dictan otras disposiciones. Propiamente no discute el tema del Derecho aplicable mas allá del ámbito del puro

(70) La Corte también precisó: "La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico. No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano...". El texto de esta decisión se lo agradezco a mis colegas de Bogotá, los abogados Jaime Tobar y Claudia Benavides.

(71) Artículo 20 del Código Civil (Ley 57 de 1887): "Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión."

(72) Artículo 869 del Código de Comercio: "La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana."

(73) Los datos y el texto de esta sentencia los recibí gracias a la gentileza de mis colegas de Bogotá, los abogados Jennifer Mick y Jaime Trujillo.

arbitraje internacional, pero el contenido de la discusión es fácilmente extensible al tema general de la autonomía conflictual. En varias ocasiones la Corte se fundamentó en el artículo 16 de la Constitución de ese país para referir que el principio de autonomía de las partes tiene su base en dicha disposición, la cual establece: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."Asimismo, el artículo 9 de esa Constitución fue utilizado para fundamentar la decisión. Dicho artículo establece: "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia..." (74).

De la misma sentencia vale la pena citar algunos pasajes que sirven para ilustrar el futuro desarrollo en Colombia. Así, dijo "...admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Simplemente se acepta que, no existiendo reglas unívocas para solucionar los eventuales conflictos que pueden originarse a raíz de negocios de naturaleza internacional, las partes definan, en uso de su autonomía, pero dentro de un marco predeterminado por el derecho interno e internacional, las reglas que habrán de aplicarse para solucionar tales controversias. Se trata, en suma, de aceptar una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, en los eventos en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de contratos mercantiles que, por esa misma circunstancia, pueden ser regulados por dos o mas ordenamientos jurídicos."

Adicionalmente puntualizó que "En las condiciones anotadas, la adopción de mecanismos diseñados por el derecho internacional privado para solucionar problemas propios de esta disciplina, en lugar de afectar la soberanía, responde a una urgente exigencia de principios constitucionales, como la seguridad jurídica y el fomento de la inter-

(74) Hemos utilizado la Constitución de 1991, reproducida en *Constituciones Latinoamericanas*. Compilación y Estudio Preliminar por Luis A. ORTIZ-ALVAREZ y JACQUELINE LEJARZA A. Caracas, pp.239, 240 (1997).

nacionalización de las relaciones comerciales. Frente a la existencia de ordenamientos jurídicos heterogéneos, que contienen reglas disímiles e incluso contradictorias, el derecho interno de los estados interesados en fomentar las relaciones internacionales, debe ofrecer a las personas involucradas en negocios internacionales, una regla que les permita saber con exactitud cuales son las normas que se les han de aplicar, a fin de que puedan adaptar a ellas su comportamiento y estimar sus expectativas. Y, como quedó dicho, en tratándose de conflictos de carácter mercantil e internacional, una regla que respeta por igual la supremacía interna de los estados y su carácter independiente y paritario en el plano internacional, es la de deferir a las partes la elección del derecho aplicable".

Finalmente resulta digna de mención la referencia hecha a los aspectos procesales. Así, la Corte indicó que "...no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Una renuncia tal, sólo puede ser reconocida y avalada por el Estado colombiano, cuando concurran circunstancias que la hagan útil y estrictamente necesaria para el logro de fines constitucionalmente relevantes. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano".

31. *Costa Rica.* En Costa Rica, país centroamericano también representativo de la gran influencia del Código Civil chileno, los mas recientes desarrollos indican una tendencia a la admisión del principio aun cuando sus leyes no lo reconocen expresamente. Autores como Vanessa Retana Barrantes(75) y Felipe Rodríguez Serrano(76) admi-

(75) *Interpretación Jurisprudencial de las normas de conflicto de derecho internacional privado costarricense*, Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, San José, 1992, pp. 30, 49.

(76) *Introducción al Derecho Internacional Privado*. San José, 1988, p. 13.

ten claramente el principio. Para ello se fundamentan en la interpretación de los artículos 1022 y 27 del Código Civil reformado en 1986. Según el artículo 1022: Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes". Por su parte, el artículo 27 dispone: "Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos que de él resulten, se recurrirá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato, pero si los contratantes tuvieren una misma nacionalidad se recurrirá a las leyes de su país." Se argumenta que el contrato es la misma ley aplicable y que el artículo 27 solo aplica en caso de ausencia de elección expresa o concluyente. En materia laboral se admite la elección del Derecho costarricense.

32. *Cuba.* En Cuba, el artículo 17 del Código Civil de 1987 establece que: "A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato." (77) Nuevamente, es interesante que a pesar de que Cuba está marginada de los trabajos de la Organización de Estados Americanos, recientemente el Profesor Rodolfo Dávalos Fernández (Universidad de La Habana) en su ponencia para el XXII Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional celebrado en San Salvador en Septiembre de 2002, al comentar las disposiciones de la Convención de México, indicó que si bien la legislación cubana admite el principio no lo hace de manera directa al no utilizar una fórmula sencilla(78).

33. *Ecuador.* Ecuador se ha mantenido fiel a las enseñanzas de Andrés Bello y del Código Civil chileno. En tal sentido no admite de manera general la elección del Derecho por las partes. Sin embargo, en materia de arbitraje internacional según el artículo 42 II de la Ley de Arbitraje y Mediación de 4.9.1997: "Toda persona...es libre de estipular...todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la legislación aplicable..."(79).

(77) Ley N° 59 de 16.7.1987.

(78) *Op. cit.*, p. 23.

(79) Registro Oficial 145 de 4.9.1997. Ver en general D. KADNER, *Das internationale Privatrecht von Ecuador*, Tübingen, 1999, 112 ss. El artículo 15 del Código Civil del Ecuador

34. *El Salvador.* Las orientaciones internacionalprivatistas de la República de El Salvador reflejan la influencia del Código Civil chileno de 1855. El artículo 16 del Código Civil de El Salvador de 1859 reproduce la solución chilena que hemos comentado al hacer referencia a la situación colombiana(80).

35. *Guatemala.* En Guatemala, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial del 18.3.1989 reconoce de manera amplia el principio de autonomía de las partes al disponer que: "Los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público". Para los demás casos, rige el principio *lex loci celebrationis.* Sin embargo, si el lugar de celebración y el de cumplimiento no coinciden priva el lugar de cumplimiento. Finalmente, si el contrato se celebra en el extranjero y va a surtir efectos en Guatemala, las partes pueden someter el contrato a las formalidades extrínsecas e intrínsecas establecidas por las leyes guatemaltecas(81).

reza: ." "Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en el extranjero.

Pero los efectos de estos contratos otorgados, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas."

Por su parte el artículo 154 del Código de Comercio del Ecuador dispone: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplideros en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas.

Así, la entrega y pago, la moneda en que éste debe hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa."

(80) Artículo 16 del Código Civil: "Los bienes situados en El Salvador están sujetos a las leyes salvadoreñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en El Salvador.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en El Salvador, se arreglarán a las leyes salvadoreñas."

(81) Decreto 2-89 de 18.3.1989. Al respecto ver C. LARIOS OCHAITA, *Derecho Internacional Privado*, 5ª Edición, Guatemala, 1998, p. 57; E. O. OVALLE MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Internacional Privado.* Parte General y Especial con énfasis en el ordenamiento jurídico guatemalteco, Guatemala, 2000, pp. 127 s.

Artículo 29 Forma de validez de los actos (lex loci celebrationis): "Las formalidades intrínsecas de los actos y negocios jurídicos se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración."

36. *Haití.* La legislación haitiana, inspirada directamente en el Código Civil de los franceses,(82) no consagra expresamente el principio de autonomía conflictual ni contiene reglas en materia de contratos internacionales.

37. *Honduras.* La situación hondureña es esencialmente similar a la salvadoreña en atención a los orígenes chilenos de su Derecho Internacional Privado(83). El artículo 14 del Código Civil de 1880 (reformado en 1906), equivalente a la solución colombiana antes comentada, es prueba de ello(84). Cabe mencionar dos desarrollos significativos. Por una parte, la Ley de Contratación del Estado, Decreto No. 74-2001(85) cuyo artículo 22 ordena la aplicación de la legislación nacional, así como la sumisión a la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, a los contratos que celebre la Administración con personas naturales o jurídicas extranjeras. De esta manera, parecería que el legislador hondureño excluye la posibilidad de intervención de la autonomía conflictual en esos contratos. Por otra parte, el artículo 87 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 161-2000(86) autoriza el arbitraje internacional en los contratos que celebre el Estado hondureño y las entidades de derecho público de ese país, ya sea con nacionales o extranjeros, no domiciliados. Además, el artículo 88 de esta última Ley permite a las partes en el arbitraje internacional la elección de las normas sustantivas y procesales aplicables "conforme a las cuales los árbitros habrán de resolver el litigio".

Artículo 30 Lugar de cumplimiento de los actos (lex loci executionis): "Si el acto o negocio jurídico debe cumplirse en un lugar distinto a aquél en que se celebró, todo cuanto concierne a su cumplimiento se rige de acuerdo a la ley del lugar de ejecución."

Artículo 32 Sometimiento voluntario: "En los casos que el acto o negocio jurídico se celebre en el exterior y vaya a surtir efectos en la República de Guatemala, las partes pueden someter dicho acto o contrato a las formalidades extrínsecas e intrínsecas que prescriben las leyes nacionales."

(82) A.G. CABANIS y M. L. MARTIN, "Un exemple de créolisation juridique modulée: Le Code civil haïtien de 1825 et le Code Napoleón », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1996, pp. 443 ss.

(83) H. CARCAMO TERCERO, "Don Andrés Bello y el Código Civil de Honduras", *Revista de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1 (1969) 2ª. Epoca, pp. 75 ss.

(84) Artículo 14 del Código Civil: "Los bienes muebles situados en Honduras están sujetos a las leyes hondureñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Honduras.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero.

Pero los efectos de los contratos celebrados en país extraño, para cumplirse en Honduras se arreglarán a las leyes hondureñas." Al respecto ver R. CRUZ LÓPEZ, *Comentarios al Título Preliminar del Código Civil*, Tegucigalpa, 1986, p.41.

(85) *La Gaceta* de 17.9.2001, No. 29.583.

(86) *La Gaceta* de 14.2.2001, No. 29.404.

38. *México.* En Mayo de 2000, la legislación mexicana fue modificada en materia de Derecho Internacional Privado. Se produce así una alteración de la significativa modificación que había tenido lugar en 1987 a raíz de los cambios efectuados al entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Esta modificación del año 2000, sin embargo, no afecta la admisión del principio de autonomía conflictual. El artículo 13, fracción V del Código Civil Federal establece: "Salvo lo previsto en las fracciones anteriores (respeto a los derechos adquiridos, estatuto personal, *lex rei sitae y locus regit formam actus*), los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho." Se trata de un notable acierto de la doctrina mexicana contemporánea que logró superar las limitaciones de la territorialidad de la ley, inspirada en las enseñanzas de Andrés Bello. Tal resultado del Derecho Internacional Privado mexicano puede verse como el producto del esfuerzo de sus mas recientes defensores en ese país entre los que tan solo citamos a los profesores José Luis Siqueiros, Carlos Arellano García, Fernando Vásquez Pando y Leonel Pereznieto Castro(87).

39. *Nicaragua.* El Código Civil nicaragüense de 1904 muestra aún trazas de influencia chilena, a pesar de evidenciar su separación del modelo original adoptado en 1867 al promulgar su primer Código Civil. No obstante, no incluye disposición equivalente al artículo 16 chileno, que como hemos mostrado se repite en una buena parte de los países latinoamericanos y en los que ha sido desarrollado de manera desigual. En todo caso, el artículo VI.14 del Código Civil dispone los

(87) Ver L. PEREZNIETO, "Notas sobre el Derecho Internacional Privado mexicano actual", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Montevideo, 2002, pp. 153 ss.

efectos de los contratos quedan sujetos a la ley del lugar donde hayan de aplicarse.

40 *Panamá.* En Panamá, el artículo 6 del Código de Comercio establece en cuanto al Derecho aplicable a los actos de comercio que los mismos se regirán en cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario, por las leyes del lugar donde se celebren. Por lo que respecta al modo de cumplirse se regirán por las leyes panameñas, a menos que otra cosa se hubiere estipulado(88). El Código Civil panameño, heredero al igual que otros tantos del Código chileno, contiene una norma similar a la ya antes referida para Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras(89). En materia de arbitraje internacional vale citar el artículo 27 del Decreto Ley No. 5 de 1999: "El Tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y las prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT." (90)

41. *Paraguay.* En materia de elección del Derecho aplicable se nota la ausencia de norma expresa que lo permita para los contratos internacionales. El artículo 24 del Código Civil de 1985 reconoce la validez de los actos jurídicos relativos a inmuebles ubicados en Paraguay que hayan sido otorgados en el extranjero siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, produciendo efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público.

42. *Perú.* El Código Civil de Perú del año 1984, ampliamente influenciado por el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho

(88) G. BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, Panamá, 2002, pp. 587 ss.

(89) Artículo 6 del Código Civil: "Los bienes muebles situados en Panamá están sujetos a las leyes panameñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Panamá.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá, se arreglarán a las leyes panameñas."

(90) BOUTIN, *op. cit.*, pp. 671 ss.

Internacional Privado de 1963/1965, contiene las disposiciones relevantes. El artículo 2095 dispone que "Las obligaciones contractuales erigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en defecto por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de su celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración." Por su parte, el artículo 2096 fija el alcance del Derecho aplicable al señalar que "La ley competente, de conformidad con el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes." Se trata de la primera consagración legislativa del principio de autonomía conflictual de manera clara y directa en América Latina. La reforma peruana de 1984 se debió principalmente a la Profesora Delia Revoredo y al Profesor Roberto Mac Lean(91).

43. *Puerto Rico.* Desde hace mas de diez años Puerto Rico ha emprendido la tarea de renovar su sistema de Derecho Internacional Privado contenido en esencia en su Código Civil(92) y en las decisiones de sus tribunales que lo complementan y desarrollan. El proceso de revisión ha sido liderado por la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación y encomendado a un comité presidido por el ex-Magistrado de la Corte Suprema de Puerto Rico Lino Saldaña, incluyendo además al ex-Chief Justice José Trías Monge, los profesores Luis Muñíz Argüelles, A. García Padilla, Roberto Aponte Toro, C.

(91) En general ver D. REVOREDO, *Exposición de Motivos y Comentarios, Derecho Internacional Privado, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil Peruano*, Parte III, Lima, 1985, pp. 869, 1005 ss.; M. del C. TOVAR GIL y J. TOVAR GIL, *Derecho Internacional Privado*, Lima, 1987, pp. 15 ss., 165 ss., 212 s., 308 ss.

(92) El Código Civil de Puerto Rico encuentra sus raíces en el Código Civil español de 1889, cuya aplicación en Puerto Rico se hizo efectiva en 1890. En 1902 fue modificado como consecuencia de la ocupación estadounidense. En 1930 fue "reducido" a un simple título, Título 31 de la colección Laws of Puerto Rico Annotated (L.P.R.A.). En cuanto a los antecedentes ver A. FERNÓS, "Perspectiva del Derecho Internacional Público (sic) Puertorriqueño", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 9 (1991), pp. 287 ss.; S. SYMEONIDES, "Revising Puerto Rico's Conflicts Law: A Preview", 28 *Columbia Journal of Transnational Law*, 413 (1990).

Díaz Olivo, A. García Martínez, Jayro Mayda, A. Morales, John de Passalacqua, J. Portuondo, Arthur T. von Mehren y Symeon Symeonides. Los dos últimos fueron designados como "rapporteurs"(93). En 1991 fue publicado el Proyecto para la Codificación del Derecho Internacional Privado de Puerto Rico. Según informa el profesor Symeonides, razones políticas retrasaron la presentación del Proyecto a la legislatura puertorriqueña. En 2002, la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico adoptó el Proyecto como parte de un plan de reforma general del Código Civil. El Proyecto ha debido ser presentado a la legislatura puertorriqueña a comienzos de 2003(94). Dicho Proyecto pretende actualizar las soluciones puertorriqueñas en materia de Derecho Internacional Privado. En particular, en materia de contratos ni el Código Civil ni otras leyes especiales regulan los problemas de fondo de los contratos internacionales(95). El Proyecto admite la autonomía conflictual junto con una cantidad de normas supletorias para el caso de ausencia de elección basada en la "most significant connection to the parties and the dispute" y reglas para contratos especiales(96).

(93) Ver S. SYMEONIDES, "Codifying Choice of Law for Contracts: The Puerto Rico Projet", *Law and justice in a Multistate World,* Essays in honor of Arthur T. von Mehren, Boston, 2002, pp. 419 ss.

(94) Ver S. SYMEONIDES, "Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience", *RabelsZ* 67 (2003), pp. 726, 727 y allí Nota 4. El Proyecto sirvió de base a la nueva Ley sobre Determinación del Derecho aplicable a los Contratos del Estado de Oregon, Estados Unidos de América, Oregon House Bill 2414 of 2001, en vigencia desde el 1 de enero de 2002, ver Or.Rev.Stat. 81.100-81.135.

(95) SYMEONIDES, *op. cit.* Nota 92, pp. 417-418.

(96) Article 2. General and Residual Article. "Except as otherwise provided in this Code, cases having contacts with more than one state are governed by the law of the state which, with regard to the issue in question, has the most significant connection to the particular issue.

This state is determined by: (a) considering the polices embodied in the particular rules of law claimed to be applicable, as well as any other pertinent polices of the involved states; and (b) evaluating the strength and pertinence of these policies in the light of: the relationship of each involved state to the parties and the dispute; and (1) the polices and needs of the interstate and international systems, including the polices of upholding the justified expectations of the parties and minimizing the adverse consequences that might follow from subjecting the parties to the law of more than one state.

Article 34. Party Autonomy."Except as otherwise provided in this Title or else where by law, contractual obligations are governed by the law or laws chosen for that purpose by the parties. The choice must be express or must be demonstrated clearly from the provisions of the contract or from the conduct of the parties.

The choice may extend to the whole or part of the contract and may be made or modified even after the conclusion of the contract. Unless the parties provide otherwise, a choice of law made or modified after the conclusion of the contract operates retrospectively to the time of the conclusion of the contract, but may not thereby prejudice the rights of third parties."

Article 35. Limitations on Party Autonomy. "A choice of law made in accordance with the preceding Article may be disregarded to the extent necessary to ensure compliance with restrictions on party autonomy imposed by both Puerto Rico and the state whose law would otherwise be applicable to the particular issue under the following Articles of this Title."

Article 36. The General Rule. "To the extent that an effective choice of law has not been made by the parties pursuant to the provisions of this Title, contractual obligations are governed by the law of the state which, with regard to the issue in question, has the most significant connection to the parties and the dispute.

That state is determined by considering and evaluating all pertinent factual contracts, such as the place of negotiation, conclusion, and performance of the contract, the domicile, habitual residence, or place of business of the parties, and the location of the object of the contract, in light of (a) The nature, type, and purpose of the contract; and (b) The principles prescribed by Article 2 and the policies referred to therein, as well as the policies of facilitating the orderly planning of transactions, promoting multistate commercial intercourse, and protecting one party from undue imposition by the other."

Article 37. Presumptive Rules. "In the absence of an effective choice of law by the parties, the contracts enumerated in this Article are governed respectively by the law of the state determined in the manner provided below. However, a party may prevent the application of that law by demonstrating that, with regard to the issue in question, another state has a manifestly more significant connection to the parties and the transaction in accordance with the principles of Article 36.

(a) Contracts involving rights in immovable property are governed by the law of the state where the property is situated.

(b) Contracts for the sale of movables, other than those regulated by Article 41, are governed by the law of the state where the seller has his principal place of business.

(c) Contracts of transportation, other than those regulated by Article 41, are governed by the law of the state where the carrier has its principal place of business.

(d) Franchise contracts are governed by the law of the state where the franchise is to operate pursuant to the contract.

(e) Licensing contracts are governed by the law of the state where the licensor has his principal place of business.

(f) Agency contracts are governed, with respect to the rights and duties between the principal and agent, by the law of the state where the agent habitually carries out his work."

Article 41. Consumer Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the consumer request otherwise, apply the law of Puerto Rico to a consumer contract, when: (a) the consumer was domiciled or residing in Puerto Rico at the time of contracting; and (b) his assent to the contract was obtained, or was induced in substantial measure by an invitation or advertisement, in Puerto Rico

For the purposes of this Article, a consumer contract is one for the supply of goods or services to a person for his personal or familial use outside his professional or commercial activity."

Article 42. Employment Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the employee requests otherwise, apply the law of Puerto Rico to an employment contract for services to be rendered by him primarily in Puerto Rico.

A person domiciled or residing in Puerto Rico and hired there for services to be rendered outside Puerto Rico may not be deprived of the protection provided by those mandatory rules of

44. *República Dominicana.* La situación de la República Dominicana es similar a la de Haití. En ambos países rigen versiones muy próximas al Código Civil francés de 1804. Ninguna de ellas regula expresamente la cuestión de la admisión de la autonomía conflictual. Del artículo 2128 del Código Civil se desprende el reconocimiento de eficacia de los contratos celebrados en el extranjero(97). La práctica dominicana reconoce la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales.

45. *Uruguay.* Uruguay es tal vez el mas férreo bastión contra la admisión del principio de autonomía conflictual. El artículo 2403 del Código Civil de 1869, reformado en 1941 y en 1994 dispone: "Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no puede ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente." Las ideas de Alvaro Vargas Guillemette y de Quintín Alfonsín(98) parecen inmortales en esta materia. Según el artículo 2399, "Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive, del Tratado de derecho Civil de 1899." Sin embargo, como antes mencionáramos la suscripción del Convenio de México por Uruguay sugiere un cambio de actitud que todavía, no obstante, está por verse. Un signo revelador de una modernización del sistema uruguayo de contratación internacional se encuentra en el artículo 46 de la Ley No. 16.749 de Mercado de Valores(99). Ojalá que sus mas recientes y destacados representantes, tales como los profesores Didier Opertti Badán, Eduardo Tellechea Bergman, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Rubén Santos Belandro y Ronald Herbert, actúen favorablemente(100).

Puerto Rican law whose application is appropriate regardless of the place where the services are rendered."

Article 43. Insurance Contracts. "Notwithstanding the provisions of Chapters 1 and 2, the court shall, unless the insured requests otherwise, apply the law of Puerto Rico to: (a) A contract of life, health, or disability insurance if the policy or its renewal was delivered or issued for deli

very in Puerto Rico or the insured was there domiciled at the time the relevant issuance or renewal occurred; and (b) All other insurance contracts except contracts for ocean marine or foreign trade insurance, if, at the time the policy was issued or renewed, the insurer knew or should have known that the insured risk was or would be located primarily in Puerto Rico."

(97) Artículo 2128 del Código Civil: "Los contratos hechos en país extranjero no pueden producir hipoteca sobre bienes que radiquen en la República, si no hay disposiciones contrarias a este principio en las leyes políticas o en los Tratados."

(98) La referencia está tomada de Boggiano, op. cit., p. 19. Ver R.B. SANTOS BALANDRO, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales con especial referencia al Contrato de Transferencia de Tecnología*, 2ª. Edición, Montevideo, 1998, pp. 55 ss.

46. *Venezuela.* La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela entró en vigencia el 6.2.1999. Su aprobación tomó más de 30 años y se debe al proyecto de Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren presentado originalmente en los años 1963-1965. Regula el Derecho Internacional Privado en sentido amplio, abarcando tanto los asuntos de Derecho aplicable como los procesales. Su artículo 29 admite ampliamente el principio de autonomía conflictual en materia contractual. Así, señala "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes." En todo caso, las normas de aplicación inmediata o necesaria del foro deberán ser respetadas (artículo 10). De manera general puede decirse que la regulación venezolana en materia de contratos es una gran síntesis de la Convención de México; tarea ésta que se redujo a reproducir los principios fundamentales de la Convención en los artículos 29, 30 y 31 de la Ley venezolana(101).

(99) Diario Oficial de 12 de junio de 1996, Artículo 46: "En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquéllos, cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere.

Ello no obstará al derecho de los tenedores a elegir en todo caso, la jurisdicción del domicilio del emisor.

Practicada la elección de jurisdicción, en uno u otro sentido, a través de la comparecencia ante los tribunales correspondientes, no podrá ser modificada."

(100) Por todos ver D. OPERTTI BADÁN, *El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano, en Los principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma, 1998, pp.29 ss.

(101) E. HERNÁNDEZ-BRETON, "Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado", *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tomo II, Caracas, 2001, pp. 325 ss.; J. SAMTLEBEN, "El enigma del Artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado", *ibid.*, Addendum 2001, pp. 355 ss. Ver además, O.M. DOS SANTOS, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, 2000, pp. 92 ss; J.A. GIRAL, *El Contrato Internacional*, Caracas, 1999; Ch. J. H. DOHMEN, "Venezuelan and Dutch conflict of laws regarding the enforcement of an internacional contract. Or: the miraculous catch without

III:Modalidades de Técnica Legislativa para Actualizar los Sistemas Nacionales de Contratación Internacional en América Latina

47. *El Carácter Polifacético de las Convenciones Internacionales.* La función de las convenciones internacionales en asuntos de Derecho Internacional Privado no se agota en su carácter de tratados internacionales. La práctica y la técnica legislativa contemporáneas enseñan que los legisladores nacionales utilizan los tratados internacionales como modelo de producción legislativa interna, autónoma o doméstica. Lo anterior, por supuesto, sin excluir las técnicas propias del Derecho Internacional Público para la recepción en los sistemas internos y puesta en vigencia de los tratados internacionales. De tal manera, a continuación presentamos modelos de técnica legislativa que permitirían a los Estados latinoamericanos utilizar las soluciones de la CIDACI para actualizar sus propios sistemas de contratación internacional. A tales efectos hemos identificado cuatro modalidades, a saber: la ratificación de o adhesión a la CIDACI; la incorporación por "referencia" de la CIDACI; la incorporación "material" de la CIDACI; y, por último, la incorporación de criterios inspiradores por vía de ley y aplicación residual de principios generales de la CIDACI.

48. *Ratificación de, o Adhesión a la CIDACI.* La CIDACI es el producto de un negocio jurídico internacional multilateral sometido a las disposiciones del Derecho Internacional Público de los tratados. De tal manera, tratándose de un tratado internacional la primera, y tal vez mas lógica reacción ante el mismo, sea considerar la posibilidad de bien ratificarlo o bien de adherirse al mismo. Según su artículos 25, la CIDACI está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos ("OEA"). Tal posibilidad de

a Dutch vessel", *Revue de droit international privé* (belge) 4 (2002), pp. 110 ss. El artículo 30 dispone: " A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales." Por su parte, el artículo 31 dispone: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto."

firma no está sujeta a límite en el tiempo. Por tanto, podrá tener lugar en cualquier momento para los Estados Miembros. Adicionalmente, según su artículo 26, la CIDACI está sujeta a ratificación y depósito en la Secretaría General de la OEA. De conformidad con su artículo 27, la adhesión a la CIDACI queda abierta para cualquier otro Estado después de que haya entrado en vigencia.

Así, la CIDACI podría ser recibida por los Estados Miembros y no Miembros de la OEA según los mecanismos del Derecho Internacional Público. Esto traería como consecuencia la puesta en vigencia de la CIDACI como obligación internacional de los Estados ratificantes o adherentes. Además, al entrar en vigencia como tratado internacional, la CIDACI debe ser aplicada según sus propios términos. Aquí debe recordarse que de conformidad con su artículo 1 la CIDACI no tiene pretensiones de ley uniforme, sino que está sujeta a la condición de que el contrato al cual resulta aplicable haya sido celebrado entre partes que tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o que el contrato presente contactos objetivos con más de un Estado Parte. De esta manera, se produciría la unificación del Derecho Internacional Privado de los contratos por vía de tratado internacional, sin que ello suponga, necesariamente un tratamiento equivalente para los casos no cubiertos por el tratado respectivo.

49. *Incorporación "por referencia".* Se trata aquí de una modalidad de recepción unilateral de tratados internacionales sin que se cree una obligación para el Estado que adopte la referida modalidad. De esta manera, se procede a recibir en la legislación autónoma del Estado interesado el texto de un tratado internacional mediante la remisión global a las disposiciones de ese tratado. No se trata de la incorporación de disposiciones particulares o de conceptos contenidos en algún tratado internacional. Se trata de una técnica legislativa ya utilizada en el pasado en el Uruguay(102) y de uso común en recientes legislacio-

(102) Artículo 2399 del Código Civil transcrito en la sección correspondiente a Uruguay.

nes europeas, como la suiza (103), la italiana(104) y la española(105). Resulta por tanto que una disposición que en principio se debe aplicar como tratado internacional y sujeta a las reglas de aplicación de los tratados se convierte en regla de Derecho autónomo, aun cuando su interpretación reclama un tratamiento uniforme y, por tanto, una interpretación internacionalista a fin de no romper la uniformidad en la aplicación del tratado. Así, puede resultar que las normas del tratado internacional extiendan su ámbito de aplicación mas allá de los límites del contenido propio del tratado, al no quedar sujetas, por ejemplo, al requisito de reciprocidad establecido para la aplicabilidad del tratado. La Convención convertida en Ley se hace de aplicación *erga omnes*. Se trata de lo que en Italia denominan "l´applicazione

(103) Ley suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 49: "La obligación alimentaria entre cónyuges está regida por la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias del 2 de octubre de 1973; artículo 134: Las pretensiones derivadas de accidentes de tránsito están regidas por la Convención de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de tránsito, del 4 de mayo de 1971."

(104) Ley italiana de Derecho Internacional Privado, artículo 3.2: "La jurisdicción subsiste, además, en virtud de los criterios establecidos en las secciones 2, 3 y 4 del Título II del Convenio relativo a la competencia jurisdiccional y a la ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil, y del protocolo respectivo, sucritos en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, aprobado por la Ley del 21 de junio de 1971, n. 804, y por las sucesivas modificaciones en vigor para Italia, aun si el demandado no está domiciliado en el territorio de un Estado contratante, cuando se trata de una de las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio..." ; artículo 42.1: "La protección de menores, en todo caso, se rige por la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de las autoridades y sobre la ley aplicable en materia de protección de menores, ratificada por la Ley n. 742 del 24 de octubre de 1980."; artículo 45.1: "Las obligaciones alimentarias entre familiares se rigen, en todo caso, por la Convención de La Haya del 2 de octubre de 1973, ratificada por la Ley n. 745 del 24 de octubre de 1973."; artículo 57.1: "Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificada por la Ley n. 975 del 18 de diciembre de 1984, sin perjuicio de lo dispuesto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables."; artículo 59.1: "La letra de cambio, el pagaré y el cheque se rigen en todos los casos por las disposiciones contenidas en la Convención de Ginebra del 7 de junio de 1930 sobre los conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagaré, ratificada por el Real Decreto-ley n. 1130 del 25 de agosto de 1932, convertido en Ley n. 1946 del 22 de marzo de 1931 sobre los conflictos de leyes en materia de cheques, ratificada por el Real Decreto-ley n. 1077 del 24 de agosto de 1933, convertido en ley por la Ley n. 61 del 4 de enero de 1934." Al respecto ver A. GIARDINA, "Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale", *Collisio Legum, Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggini*, Milano, 1997, pp. 169 ss.

(105) Ver J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado y su aplicación judicial*, Madrid, 1997, pp. 122 ss.

allargata delle convenzioni internazionali". Se ensancha el ámbito de aplicación material del tratado internacional en virtud de su incorporación por referencia al orden autónomo(106). En este orden de ideas, siguiendo el modelo italiano tendríamos la siguiente redacción: "Las obligaciones contractuales internacionales se rigen por la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F. el 18 de marzo de 1994."

50. *Incorporación "material"*. En este supuesto se trataría de transcribir íntegramente el texto del tratado internacional en el cuerpo normativo autónomo. Al igual que en caso anterior se tiende a la unificación de las soluciones sin crear obligaciones internacionales para el Estado receptor(107). Se trata de una técnica criticada especialmente en Alemania en donde fue seguida con ocasión de la reforma del EGBGB en 1986(108). La Comisión de las entonces Comunidades Europeas trató de disuadir al gobierno alemán de adoptar este mecanismo(109). La adopción de esta técnica supondría incorporar en algún cuerpo normativo interno el contenido material de las disposiciones de la CIDACI. Ello podría suceder bien en una Ley autónoma sobre Derecho Internacional Privado o en el correspondiente Código Civil o en un anexo al mismo. En todo caso, para garantizar la uniformidad de soluciones se hace indispensable establecer el mandato de interpretación internacionalista de las disposiciones internas calcadas de la CIDACI. Para este efecto resulta útil la disposición alemana diseñada para garantizar tal resultado según la cual: "En la interpretación y aplicación de las disposiciones de este capítulo sobre obligaciones convencionales debe tenerse en cuenta que las reglas que les sirven de base contenidas en el Acuerdo sobre el Derecho Aplicable a las

(106) A. GIARDINA, *op. cit.*, pp.176 s.

(107) FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 124.

(108) B. VON HOFFMANN, "Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen in das deutsche Rect. IPR-Gesetz zu inkorporieren?", *IPRax* 1984, pp. 10 ss.; MAX-PLANCK-INSTITUT, "Stellungnahme zum IPR-Regierungsentwurf", *RabelsZ* 47 (1983), pp. 665 ss.; G. NOLTE, "Zur Technik der geplannten Einführung des EG-Schuldvertragsüberinkommen in das deutsche Recht aus völkerrechtliche Sicht", *IPRax* 1985, p. 71.

(109) Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Jaguar 1985 betreffend das Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EuIPRÜ) (85/IIIEWG). IPRax 1985, pp. 178 ss.

Obligaciones Convencionales del 19.6.1980 (BGBL. 1986 II, p. 809) deben ser interpretadas y aplicadas uniformemente en los Estados Partes."

51. *Incorporación de principios informadores por vía de ley y aplicación residual de principios generales de la CIDACI.* Se trata aquí de codificar los principios básicos informadores de la CIDACI. No se trata de copiar literalmente las disposiciones de la Convención, sino de tomar las mismas como base para fijar una regulación interna en materia de contratos internacionales. A su vez, las disposiciones no incorporadas textualmente o recogidas en sus principios, se servirán del contenido íntegro de las demás disposiciones de la CIDACI a fin de desentrañar el sentido o complementar a las recogidas en la legislación autónoma. Esta fue la técnica seguida por el legislador venezolano en 1998(110).

Aún cuando la Ley de Derecho Internacional Privado ("LDIP") tiene su origen remoto en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965), en vista de los desarrollos del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano desde 1975, a raíz de los trabajos de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado, se hizo necesario revisar las disposiciones del proyecto. En particular, la regulación de las obligaciones convencionales se orienta siguiendo los lineamientos de la CIDACI(111). Si bien la CIDACI es, sin duda alguna, la fuente matriz de las disposiciones de la LDIP en materia de obligaciones convencionales, la LDIP es bastante más parca en cuanto a texto normativo. Por esta circunstancia, la CIDACI es elemento indispensable para poder interpretar y aplicar las soluciones de la LDIP en dicha materia. Las soluciones de la CIDACI complementan y desarrollan las soluciones incorporadas expresamente en la legislación nacional

(110) E. HERNÁNDEZ-BRETON, *op. cit.*, Nota 101, pp. 325 ss.

(111) En cuanto a los orígenes de la LDIP, ver G. PARRA-ARANGUREN, "Los trabajos preparatorios de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998", *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Tomo I, Caracas, 2001, pp. 157 ss.; E. HERNÁNDEZ-BRETON, "Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 111 (1999), pp. 241 ss.

como principios generalmente aceptados de Derecho Internacional privado a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDIP(112).

52. *Conclusión.* La CIDACI ha revolucionado el Derecho Internacional Privado interamericano y ha reformulado las soluciones del Derecho Internacional Privado de los contratos internacionales a nivel universal. Sus características más resaltantes son el objeto de esta ponencia: (a) amplia admisión del principio de autonomía conflictual o autonomía de las partes; (b) determinación del Derecho aplicable mediante la noción de los vínculos más estrechos, sin acudir a un sistema de presunciones; (c) aplicación de la nueva lex mercatoria en la regulación de los contratos internacionales, y (d) intervención extraordinaria de las normas de aplicación inmediata o necesaria. A pesar de haber transcurrido ya diez años de su firma y de que solo está vigente como tratado entre Venezuela y México, la adopción de las bases que la sustentan resultan indispensables para adecuar las legislaciones de los Estados latinoamericanos a las exigencias del mundo contemporáneo. Esta ponencia pretende contribuir a la divulgación de las regulaciones de la CIDACI y a destacar la necesidad de adoptar sus soluciones a través de alguna de las modalidades aquí sugeridas, las cuales son reflejo de los más recientes adelantos científicos y de la cultura postmoderna de su tiempo(113).

(112) Artículo 1: "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán por las normas de derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los Tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de derecho internacional privado venezolano, a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados."

(113) Recientemente el Instituto Max-Planck para Derecho Privado Extranjero, Derecho Internacional Privado y Derecho Económico se pronunció en cuanto al Proyecto de la Comisión Europea de revisión de la Convención de Roma de 1980 y aun cuando no acepta todas las bases innovadoras de la CIDACI muestra su inclinación por alguna de ellas, como lo es la posibilidad de elección de los principios generales UNIDROIT como Derecho aplicable a los contratos internacionales; ver Max-Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, RabelsZ 68 (2004), pp. 1, 32 ss.

CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN UNA SOCIEDAD GLOBAL: ¿IMPORTA TODAVÍA EL CONSENTIMIENTO?

Francisco ORREGO VICUÑA
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Durante años se pensó que la enumeración de las fuentes del derecho internacional contenida en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era una proposición válida y aceptada de las diversas maneras en que se puede crear derecho en la comunidad internacional(1). Este no parece ser ya el caso.

Fuentes del Derecho y Cambio en la Comunidad Internacional

De hecho, la denominada "teoría de las fuentes" del derecho internacional ha sido sometida recientemente a una aguda crítica(2). Esta crítica no se deriva tanto de una perspectiva jurídica, sino de una perspectiva sociológica(3), incluyendo el análisis de las fuentes y de los tratados desde la perspectiva de las relaciones internacionales y otras análisis políticos(4). A pesar de la variedad de argumentos que estas diferentes escuelas de pensamiento han desarrollado en este contexto, todas ellas com-

(1) O. SCHACHTER: *International Law in Theory and Practice*, 1991, Capítulo III, pp. 35-37.

(2) A. PELLETt: "Contre la tyrannie de la Ligne Droite", en *Thesaurus Acroasium: Sources of International Law*, 1992, 291-355; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: "La Apoteosis del Consentimiento: De la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2003, 193-234.

(3) J. CARBONNIER: *Flexible droit-textes pour une sociologie du droit sans riguer*, 1976.

(4) K. W. ABBOTT y D. SNIDAL: "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, Vol. 54, 2000, 421-456; C. TIETJE: "The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture", *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, 26-55.

parten un aspecto en común. Se aduce que las fuentes tradicionales no toman en cuenta las cambiantes realidades y necesidades políticas, sociales y económicas de la sociedad y que por ende, son un elemento de estratificación que impide la realización de un mundo mejor(5). En síntesis, esas fuentes responden a una visión estática de las relaciones internacionales que favorece un *status quo* en beneficio de los privilegiados.

Cuán verdadero es este argumento será la pregunta central de este artículo, con referencia particular al derecho de los tratados y a otros mecanismos de creación del derecho en el derecho internacional contemporáneo.

En el lúcido análisis de Oscar Schachter, el universo de los abogados internacionalistas se divide, en términos generales, entre instrumentalistas y positivistas:

"Los primeros enfatizan la primacía de los propósitos y los valores (antiguamente, estos hubieran sido principalmente los "naturalistas" en el sentido de ser partidarios del derecho natural). Los positivistas consideran al derecho esencialmente como un sistema de restricciones formulado en reglas y obligaciones que son validadas e interpretadas únicamente en base a los criterios internos del sistema. El primer grupo puede ser descrito, en términos generales, como orientado hacia la política y el segundo como el orientado hacia las normas. Este último tiende a considerar al primero como peligrosamente subjetivo, al convertir al derecho en política. Los instrumentalistas, en cambio, consideran a los positivistas como limitados y formalistas, transformando los medios en fines"(6).

Es un hecho conocido que en la tradición continental del derecho internacional estas escuelas han sido identificadas como la del "objectivisme juridique" y la del "positivisme volontariste"(7). La distinción que tradicionalmente se ha hecho entre las fuentes formales basadas en procedimientos y las fuentes materiales basadas en la realidad es el supuesto resultado de estas diferentes visiones. Pero, como frecuentemente es el caso en el derecho internacional, las cosas no están tan claramente definidas y ofrecen una más amplia y sutil variedad de alternativas.

(5) A. PELLET, supra nota 2, p. 355.
(6) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capítulo II, p. 18.
(7) A. PELLET, supra nota 2, pp. 292-301.

Se debe señalar desde un comienzo que el problema no radica en la disponibilidad de fuentes, ya que se verá que ésta es abundante, sino en el falso propósito y el sentido con el cuál se utilizan o invocan las fuentes. En efecto, lo que en ocasiones se proclama como fuente de normas internacionales no es nada más que un intento de dar vida a un objetivo deseado que no necesariamente es compartido. El voluntarismo en este contexto es un requisito del consentimiento más que un requisito de la expresión formal de dicho consentimiento.

En la desafiante discusión del profesor Weil acerca de la normatividad relativa del derecho internacional actual(8), se demuestra convincentemente que el sistema jurídico internacional fue concebido desde su inicio como un sistema orientado a mantener y garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones. Si dicha función es abandonada en favor de la visión de algunos, aunque sea la visión de una mayoría, que no requieren el consentimiento de los otros, el sistema normativo se desestabilizará y se trasformará en una lucha por el predominio de ideologías y valores que no están reflejados en el derecho(9). Es, sobre esta base, que el Profesor Weil advierte de los peligros que plantean la teoría del *jus cogens*, la distinción entre crímenes internacionales y delitos, el concepto de una norma general de derecho internacional y el problema de las obligaciones *erga omnes*. Todos estos enfoques, de una u otra manera, consideran que la normatividad internacional puede ser diferenciada y no necesariamente estar basada en el consentimiento de todos.

Nada está quizás más lejos de la verdad y de la realidad que la creencia de que los enfoques voluntaristas ignoran los valores y no toman en cuenta el significado del derecho(10). El problema, nuevamente, no radica en el rol de los valores, ya que muchos de los juristas internacionales hoy en día están absolutamente conscientes de los valores que subyacen al derecho, sino en quién y bajo qué autoridad define dichos valores. En efecto, se puede incluso afirmar que tanto en forma consciente como inconsciente, las visiones voluntaristas del derecho internacional están muchas veces conectadas con el derecho natural, dándole expresión con-

(8) P. WEIL: "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, 413-442.
(9) *Ibid.*, pp. 418-423.
(10) M. VIRALLY: "La pensée juridique", 1963, p. 126; A. PELLET, supra nota 2, p. 295.

creta, y han jugado un papel decisivo en reflejar el derecho natural en normas positivas y en su interpretación. La teoría del derecho de Kelsen no es más que uno de los tantos ejemplos en que el positivismo razona de una manera que no difiere de las escuelas de derecho natural y donde la justificación última de la validez de la norma, en esencia, no es distinta en ninguno de los dos enfoques(11).

Por otro lado, también se debe señalar que algunas de las versiones más exageradas del positivismo, tal como el enfoque soviético del derecho internacional(12), en realidad no eran en absoluto una consecuencia del positivismo, sino de la instrumentalización del derecho internacional para cumplir fines políticos. Es, no obstante, una paradoja que los mayores positivistas hayan sido los mayores instrumentalistas.

La diferencia entre las normas, los principios y las políticas u objetivos, como señala Schachter, no es que éstos tengan un mayor o menor compromiso con los valores ya que el derecho es normalmente una expresión de la política y cumple sus objetivos(13). La diferencia es que mientras las normas generalmente dictan resultados específicos, los principios son más abstractos y generales, y los objetivos políticos necesitan ser expresados en instrumentos jurídicos dotados de autoridad, incluyendo al derecho consuetudinario. Si un objetivo esperado cumple con estos requisitos será parte del derecho internacional y será aplicado efectivamente. En la medida que no cumpla con estos requisitos permanecerá como una aspiración, legítima desde la perspectiva de sus partidarios, pero, de hecho, no aceptada por la sociedad como parte del derecho imperante.

Por muy atractivo que sea el fin, éste no se puede imponer como derecho si no ha sido aceptado como derecho. Esta es la diferencia esencial entre lo que se ha denominado la sociedad "Lotus" y una comunidad internacional(14). Una proposición contraria no sólo produciría el debilitamiento del sistema jurídico internacional, sino que dejaría la puerta

(11) P.M. DUPUY: *L'unité de l'Ordre Juridique International*, Cours Général de Droit International Public, 2003, p. 68.

(12) A. PELLET, supra nota 2, p. 300, con referencia a Tunkin y Chaumont.

(13) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capítulo II, pp. 18-23.

(14) C. TOMUSCHAT: "Obligations arising for States without or against their will", Recueil des *Cours de l'Académie de Droit International*, 1993, IV, 199-374, pp. 210-215.

abierta para que cualquiera que tenga en mente un valor o interés distinto haga lo que le plazca. De allí al autoritarismo y a la ausencia de un estado de derecho sólo hay un pequeño paso. No injustificadamente, el profesor Weil llegó a su hoy famosa conclusión de que "En ausencia de voluntarismo, el derecho internacional no cumpliría más con sus funciones."(15) Esto fue suficiente, por cierto, para desencadenar un proceso de caza de brujas o, en sus propias palabras un "procès en sorcellerie"(16).

La sociedad internacional ha sido hasta ahora perfectamente capaz de elaborar un acuerdo sobre valores comunes y compartidos y, en esta medida, ha desarrollado un verdadero cuerpo universal de derecho internacional(17). Se ha señalado correctamente que, incluso los positivistas han coincidido en que el sistema jurídico internacional trasciende al derecho positivo puro(18). Todavía quedan muchos aspectos por tratar y mucho que avanzar, pero eso no será el resultado de objetivos políticos no consentidos. Será el resultado de normas acordadas o al menos de principios aceptados. La doctrina de las fuentes era ni más ni menos que la "manifestación de los anhelos de los estados involucrados"(19).

Con este telón de fondo en mente, se debe señalar que el Artículo 38 (1) no tuvo en absoluto la intención de ser una enumeración de las fuentes, puesto que sólo pretendió guiar a la Corte Internacional de Justicia en su aplicación del derecho internacional(20). Ni tampoco se estableció una prioridad entre las principales expresiones del derecho internacional, esto es, los tratados y el derecho consuetudinario.

Pero, en la medida en que hubo alguna enumeración involucrada, se debe recalcar que ésta nunca se consideró exhaustiva en la medida en que otras formas de creación del derecho han sido de hecho contempladas por los autores de derecho internacional y por la práctica de los Estados(21). La equidad, por ejemplo, generalmente fue considerada como una posible

(15) P. WEIL, supra nota 8, p. 420.

(16) P. WEIL: *Le Droit International en Quête de son Identité*, Cours Général de Droit International Public, 1992, p. 73.

(17) *Ibid.*, p. 88.

(18) *Ibid.*,, p. 77.

(19) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capítulo III, p. 37

(20) P.M. DUPUY, supra nota11, p. 122.

(21) P. Weil, supra nota 16, pp. 138-139.

fuente de derecho dentro del ámbito del rol que corresponde a los principios generales en la formación del derecho internacional. Lo mismo se consideró válido respecto de la capacidad de creación de derecho de las organizaciones internacionales e incluso respecto de la existencia de actos unilaterales autónomos de los Estados.

"Volontarisme non positiviste"

La pregunta entonces es por qué lo que era el sentido aceptado del Artículo 38 (1), incluida su ampliación para abarcar nuevas formas de creación de derecho, ya no es tan aceptable para aquellos autores que han criticado duramente a la llamada teoría de las fuentes. Dos respuestas se han dado comúnmente a esto. La primera es que como la sociedad internacional se ha vuelto global, el rol primordial de los Estados en la formación del derecho internacional contemplado en el Artículo 38 (1) se debilitó y fue gradualmente reemplazado por funciones de creación de derecho que ya no están más bajo su control exclusivo(22).

La segunda respuesta, y relacionada con la anterior, critica la teoría de las fuentes porque esta se refería a una definición rígida que, como ya se señaló, no permitió que el derecho internacional reflejara los cambios políticos y sociales de la comunidad internacional o que se adaptara a aquellas tendencias preponderantes. Un sistema de creación de derecho internacional bastante abierto ha sido favorecido por esta particular visión.

La verdadera respuesta a esta pregunta pareciera estar en algún punto intermedio. Es bastante evidente que en el contexto de una sociedad global los Estados ya no son la autoridad exclusiva en la formación de derecho. Las organizaciones internacionales y los individuos han surgido como actores relevantes que tienen un grado de participación en este proceso. Sin embargo, esta mayor participación y funciones compartidas en la creación del derecho no significan, en absoluto, que el consentimiento de los Estados pueda ser eliminado como punto de partida. Los Estados todavía son los principales actores de la comunidad internacional y de su sistema jurídico(23). Aunque su rol tradicional ya no es exclusivo, éste no se ha vuelto inexistente. Muy por el contrario, la función de las organizaciones internacionales y de los individuos se ha introducido con el consentimiento de los Estados y bajo su control, a veces más estricto de lo que se piensa.

(22) A. PELLET, supra nota2, pp. 310-314.

(23) P.M. DUPUY, supra nota 11, p. 93.

De lo anterior surge que el verdadero problema entre una supuesta enumeración cerrada y otra abierta no se relaciona con una estructura jurídica formal y ni siquiera con las numerosas alternativas de creación de derecho que se pueden incluir en una definición o en ausencia de una definición. Esto se relaciona con el problema sobre si el consentimiento de los Estados constituye o no un elemento que controla directa o indirectamente la formación del derecho internacional y si esto puede ser superado por los numerosos enfoques propuestos, incluido el rol de las mayorías ocasionales y la participación de grupos con intereses diversos.

Algunos autores partidarios del "objectivisme", en particular Alan Pellet, han sostenido que lo que realmente importa no es tanto el hecho de confiar en una fuente formal sino el garantizar algún tipo de formalización que pueda ser expresada de diversas maneras:

"Peu importe le vecteur. Tout ce que compte, c'est qu'il y ait une forme, une manifestation, quelle qu'elle soit, de l'existence de la norme... La fonction de cette formalisation est de manifester, d'exprimer la conviction des sujets de droit qui sont liés par la norme"(24).

De esta manera, "objectivisme" y "volontarisme" pueden acercarse y dar una explicación mutuamente aceptable del rol de las fuentes y de los otros mecanismos de creación de derecho en el derecho internacional contemporáneo. De hecho, puede haber muchas formas de expresar el consentimiento y la voluntad de los sujetos y todas estas serán jurídicamente admisibles y viables, con el sólo requisito de que dicho consentimiento y voluntad sean inequívocos. Lo que no es aceptable, es que se alegue como derecho lo que no es. El "Volontarisme non positiviste" parece ser el resultado de dicha convergencia.

La Continua Adaptación del Papel de los Tratados

Las tendencias que se pueden distinguir en el derecho internacional hoy en día están de hecho apuntando en esa dirección. Los tratados han ido evolucionando en sí mismos como herramientas para la creación de

(24) A. PELLET, supra nota 2, p. 303.

derecho. Varias otras opciones han pasado a estar disponibles. Sin embargo, en cada una y en todas las etapas de esta evolución, el verdadero elemento divisor ha sido si el consentimiento de los sujetos se ha buscado de un modo genuino y si se ha respetado o si ha existido una intención oculta de pasar por encima de la voluntad de la comunidad y de reemplazarla por la visión de grupos con intereses particulares que no han logrado convencer a dicha comunidad acerca del beneficio de transformar los fines políticos que ellos anhelan en derecho o, como está establecido en la tradición del derecho civil, no han podido convertir al "objectivisme" en "positivisme", en su amplio sentido actual.

Los tratados son por cierto los medios más importantes para la creación del derecho internacional, tanto hoy como ayer. Es en este marco que la voluntad y el consentimiento de los Estados se expresan más inequívocamente. Un Estado participa o no de la elaboración de un tratado, éste es o no aprobado a través de los mecanismos constitucionales del Estado. A pesar de ello, los Estados mismos han aceptado introducir una flexibilidad creciente en el papel del consentimiento en la formación de los tratados, un enfoque que no debe confundirse con el enfoque del soft-law que será examinado más adelante(25). Esta aceptación está estrechamente relacionada con la necesidad de agilizar el proceso de formación del derecho internacional en una sociedad internacional que cambia rápidamente.

El propio papel de los tratados en la codificación del derecho internacional ha sido una fuente primordial para la adaptación del derecho a nuevas y emergentes realidades, en parte porque éste racionaliza las normas del derecho internacional consuetudinario que pudieran no haber quedado del todo claras, y en parte porque la codificación siempre ha estado asociada a un desarrollo progresivo del derecho en cuestión(26). Un ejemplo importante es el de la Convención del Derecho del Mar de 1982, en la cual no sólo se actualizaron las antiguas normas de derecho consuetudinario según las actuales realidades mundiales, sino que también se introdujeron progresos significativos en áreas que habían quedado desreguladas por el derecho.

(25) C. TOMUSCHAT, supra nota14, pp. 241-247.
(26) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capítulo V, pp. 66-74.

Sin embargo, como resultado de un proceso eficaz de codificación este procedimiento se ha completado en lo esencial y sólo faltan unas cuantas áreas en las que se lleve a cabo eficazmente este ejercicio(27). Esto es, por cierto, una evidencia muy clara de la medida en que los tratados han cumplido con la labor de crear los reales códigos de conducta de la comunidad internacional. Los efectos de la codificación se pueden sentir incluso más allá de la formalidad de la elaboración de tratados ya que en muchas ocasiones a los tratados codificados se les ha otorgado de hecho efectividad jurídica antes de su entrada en vigencia, (28) o han sido aplicados por terceras partes o más recientemente, como lo demuestra el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional, no se les ha dado en absoluto forma de tratado sino que simplemente han sido adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas(29). El punto clave es que todo esto se ha hecho con el consentimiento explicito de los Estados y de los otros sujetos relevantes del sistema jurídico internacional.

No cabe duda del hecho de que los tratados necesitan agilizar el proceso de su elaboración a la luz del acelerado ritmo de la comunidad internacional de hoy en día. Y esto también se ha realizado eficazmente, comprobando de esta manera que los tratados no han sido superados por la globalización como mecanismos de creación del derecho sino que por el contrario se han adaptado y todavía se están adaptando a las necesidades de dicha globalización. Esta adaptación ha dado como resultado una variedad de innovaciones técnicas con respecto a la elaboración y aprobación de tratados, tanto a nivel nacional como internacional.

La más importante innovación probablemente sea la redefinición del consenso en las conferencias internacionales que crean derecho, que ha sido disociado de la unanimidad(30). El consenso puede seguir existien-

(27) *Ibid.*
(28) *Ibid., p.* 69.
(29) R. WOLFRUM: "The Development of International Law: Alternatives to Treaty Making?", contribución introductoria a la Conferencia sobre este tema realizada en el Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg 14-15 Noviembre 2003. Ver también de modo general M. FITZMAURICE: "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* Vol. 6, 2002, 37-137.
(30) Acerca de las innovaciones procesales en la Conferencia sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas, ver M. H. NORDQUIST (ed.): *United Nations Convention on the Law of the Sea. 1982. A Commentary,* 1985, pp. 54, 99-103.

do incluso cuando no todos los Estados participantes coinciden en la aprobación de una norma de tratados, siempre y cuando no exista una objeción fundamental por parte del Estado renuente. Esto es por cierto diferente a la aprobación de los tratados por mayoría simple o calificada. Esta última alternativa comúnmente no se utiliza excepto en la medida en que se les pudiera otorgar a las organizaciones internacionales un papel significativo en el proceso y en que la intervención de mayorías se contemple expresamente.

Una segunda innovación importante se refiere a las reservas. Al principio, el problema era cómo asegurar que la norma que requería la aceptación unánime de las reservas por todos los Estados partes no terminara impidiendo la entrada en vigencia del tratado entre las partes autoras de dichas reservas y aquellos que no las aceptaban. El asunto fue prontamente resuelto a través la imaginativa práctica de la Unión Panamericana, hoy en día la Orga-nización de Estados Americanos (OEA), y más tarde incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados(31). Se ha señalado correctamente que no existe una maquinaria efectiva para evitar la operación de una reserva que sea incompatible con el objeto y el fin de un tratado, (32) pero incluso en este caso la reserva solamente se aplicará a aquellos que la hayan aprobado. El segundo paso fue mucho más extraordinario ya que implicaba la prohibición total de las reservas, tal como lo han hecho una serie de recientes importantes tratados codificadores. Las declaraciones que se anexan están lejos del significado jurídico que las reservas tuvieron en su momento.

El grupo más importante de innovaciones surge con la diversidad estructural que los tratados han incorporado. La distinción entre "traité-contrat", "trate-loi" y "traite-cadre" evidencia en pocas palabras cómo los tratados han respondido a las cambiantes necesidades de la sociedad internacional(33). Partiendo de las meras relaciones bilaterales referidas a transacciones muy específicas, pasando a la esfera en que los tratados "tienen un carácter fundamentalmente creador de normas" y llegando hasta regímenes internacionales institucionalizados que adquieren vida propia, los tratados han despejado el camino para cada necesidad imaginable de la comunidad mientras esta evolucionaba desde soberanías aisladas hasta compromisos globales. Incluso algunos tratados bilaterales cuando se repiten continua y ampliamente a través de la sociedad internacional son capaces de crear estructuras normativas de gran importancia(34), siendo un caso ilustrativo el de la enorme red de tratados bilaterales de inversión.

(31) I. BROWNLIE: *Principles of International Law*, 1990, pp. 608-611.
(32) C. TOMUSCHAT, supra nota 14, pp. 262-264.
(33) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capitulo V, pp. 74-76.

La diversidad estructural señalada, también es demostrada por las diferentes técnicas seguidas por varios tratados contemporáneos(35). Los acuerdos marco que contemplan los principios básicos de cooperación de un determinado régimen internacional, que son seguidos periódicamente por acuerdos individuales o por la labor encomendada a los organismos internacionales, es una de aquellas importantes técnicas. El uso creciente de los protocolos y anexos al tratado fundamental también es un rasgo común de este enfoque. Entre otros elementos que revelan dichos enfoques cambiantes se pueden mencionar los procedimientos simplificados de enmiendas, el papel de órganos en la interpretación de los tratados y la creciente interacción del régimen del tratado con otras entidades relevantes, tanto privadas como públicas. En ocasiones, estas técnicas pueden desembocar en situaciones que no requieren del consentimiento formal de todas las partes de dichos tratados en lo que se refiere a su enmienda o interpretación,(36) particularmente en relación a importantes convenciones multilaterales, pero se debe tomar en cuenta que dichas técnicas han sido en su mayoría aceptadas de antemano por las partes mismas.

Se ha señalado correctamente que algunos de estos progresos son particularmente constatables en el derecho internacional económico y en el derecho internacional ambiental(37). La necesidad de rapidez por supuesto es profunda en estas dos áreas y, en consecuencia, los órganos de creación del derecho deben responder a estas apremiantes realidades. Tanto el Fondo Monetario Internacional como el Banco Mundial han ejercido poderes importantes relativos a la interpretación de sus respectivos instrumentos constitutivos y han aplicado procedimientos simplificados de

(34) *Ibid.*, p. 76.
(35) J. BRUNNÉE: "Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements", Conferencia cit., supra nota 29, pp. 8-9.
(36) C. TOMUSCHAT, supra nota 14, pp. 264-267.
(37) C. TIETJE, supra nota 4, p. 43.

enmiendas, entre otras innovaciones de interés para el cumplimiento de las funciones de creación de derecho encomendadas a estos organismos(38). Asimismo, la Organización Mundial de Comercio y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo han descansado en enfoques de conveniencia para la toma de decisiones, que incluyen el recurso a disposiciones marco, la incorporación periódica de estándares técnicos y el respaldo de los acuerdos jurídicos con la intervención de las instituciones establecidas(39).

El derecho internacional del medio ambiente ofrece una experiencia todavía más elaborada en esta materia, no sólo en términos de desarrollar las funciones de creación de derecho, sino también al incorporar el apoyo científico y técnico, el cual por su misma esencia está evolucionando continuamente(40). La preparación de tratados formales y acuerdos con la participación de los órganos establecidos en el contexto del régimen pertinente, han facilitado en gran medida esta interacción. La utilización de acuerdos marco complementados por protocolos y anexos es otra experiencia exitosa, junto con el derecho de las partes a quedar fuera de algunos de dichos instrumentos si no están de acuerdo con su contenido.

Un rasgo común de los regímenes internacionales económicos y medioambientales es que estos usualmente le encomiendan a los órganos establecidos la adopción de diversos tipos de decisiones, algunas de las cuales excepcionalmente pueden tener efectos vinculantes respecto de los Estados participantes. Sin embargo, se debe señalar que normalmente dichos poderes están relacionados con materias que no afectan asuntos de importancia o involucran un mandato expreso para perfeccionar el derecho establecido por las partes. Las funciones de toma de decisiones autónomas que sobrepasan dichos límites son bastante excepcionales. El caso de La Conferencia de las Partes del Protocolo de Kioto de la Convención sobre Cambio Climático ha sido mencionado apropiadamente como un ejemplo de dicha extensión excepcional, pero aún allí, el lenguaje utilizado es de cierto modo ambiguo y sólo la práctica futura dirá cuánta autonomía están dispuestos a aceptar los Estados partes(41). Debido a las delicadas materias tratadas en este particular Protocolo, es bastante probable que cualquier desarrollo de este tipo en todo caso será mantenido bajo el estricto control de los estados partes del régimen.

(38) J. GOLD: "Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements", *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, p. 443.

(39) C.C. LICHTENSTEIN: "Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", *The International Lawyer*, Vol. 35, 2001, 1433-1441.

(40) J. BRUNNÉE, supra nota 35, pp. 10-14; C. TIETJE, supra nota 4, pp. 50-53; P. M. DUPUY: "Soft Law and the International Law of the Environment", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, 1991, p. 420.

La Línea entre el Consentimiento y lo que va más allá

Todos estos progresos son, por cierto, necesarios y bienvenidos. El problema, sin embargo, es donde trazar la línea entre lo que podría considerarse como razonablemente cubierto por el consentimiento y lo que va más allá. Es bastante cierto, como lo comentó Madame Bastid en la época en que el Institut de Droit International llevó a cabo por primera vez el estudio de los acuerdos no vinculantes, que es prácticamente una tarea imposible investigar la intención de los autores de los textos o, en cualquier caso, un ejercicio extremadamente difícil(42). Prosper Weil, si bien admite también que la frontera entre lo jurídico y lo prejurídico no siempre es fácil de demarcar, señala que de todas maneras existe un umbral: a un lado de la línea, nace una obligación jurídica que puede servir de base a un planteamiento ante una corte o ante un árbitro, cuyo desacato constituye un ilícito que da lugar a responsabilidad internacional; al otro lado no hay nada comparable(43).

El problema no es meramente académico ya que en ocasiones la nueva instrumentación ha tenido la intención de sustituir el consentimiento y de desarrollar un enfoque que en esencia pretende establecer una función de creación de derecho relativamente autónoma. Si las funciones de creación del derecho han de ser ejercidas dentro de un marco normativo internacional acordado previamente, como sucede con numerosas organizaciones internacionales o con el "traité cadre" y los acuerdos marco mencionados anteriormente, esto puede considerarse razonable(44). Así sucede con los instrumentos que van a desarrollar, adaptar o implementar normas de derecho internacional consentidas. Pero luego éstas no son tan autóno-

(41) J. BRUNNÉE, supra nota 35, pp. 10-11.

(42) Institut de Droit International: "La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique", Rapport Provisoire du Professeur M. VIRALLY, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 60-I, 1983, p. 182.

(43) P. WEIL, supra nota 8, pp. 417-418.

(44) O. SCHACHTER: "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, Vol. 71, 1977, 296-304.

mas ya que dependen de la existencia de una regla de derecho previa y deben ceñirse a las fronteras de tal derecho. Distinta es por supuesto la situación en que el instrumento pretende crear normas de derecho internacional por su sola intervención.

Desde una perspectiva jurídica el problema se refiere fundamentalmente a determinar si el consentimiento ha estado disponible, directamente o incluso indirectamente, o no lo ha estado. Los tratados, como los contratos, siempre han requerido de una expresión de consentimiento. Se ha comentado correctamente que el derecho internacional es muy exigente en lo que concierne a una modificación del derecho convencional, como lo demuestra inequívocamente la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados(45). Lo mismo es válido para el principio fundamental del derecho internacional, *pacta sunt servanda*. Sin embargo, como se ha señalado, esto no ha sido un obstáculo para que los tratados y las funciones de creación de derecho se adapten a las cambiantes realidades y a la necesidad de rapidez y eficiencia. La noción misma de *pactum de contrahendo*, profundamente plasmada en el derecho internacional, se ha invocado para justificar una gran cantidad de desarrollos adicionales que han surgido del instrumento original(46).

El consentimiento no es sólo un requisito formal y una salvaguarda de la soberanía, como en ocasiones se lo ha descrito(47). Es el garante mismo de la legitimidad y del estado de derecho en la comunidad internacional en la medida en que otros medios para garantizar estos fines no estarán disponibles. Más aún, también éste es una garantía de que las decisiones o desarrollos posteriores en el derecho puedan ser aplicados conforme al derecho internacional y nacional y puedan desencadenar la responsabilidad internacional en casos de violación de las normas. Todo esto contribuye por supuesto al fin último de la eficiencia que estos desarrollos persiguen en primer lugar.

(45) J. SALMON: "Changements et Droit International Public", *Nouveaux itinéraries en droit*, Hommage a François Rigaux, 1993, 427-442, pp. 431-433.

(46) C. TIETJE, supra nota 4, pp. 47-48.

(47) M. KOSKENNIEMI: "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, 4-32, pp. 14-20.

El papel del cumplimiento en el derecho internacional

Todavía queda una importante pregunta en relación a si el cumplimiento es garantizado sólo por medio de sanciones y el cumplimiento forzado formal o si es que otras alternativas están disponibles para lograr este fin(48). Las teorías de las relaciones internacionales son abundantes al ofrecer respuestas en favor de dichas alternativas, pero no muchas son suficientemente convincentes(49). Lo que sin duda es cierto, es el hecho de que los Estados que participan en regímenes internacionales caracterizados por un alto grado de cooperación tienen un fuerte incentivo para cumplir con los desarrollos que emanan de dicho régimen, y por consiguiente el cumplimiento se mantiene distanciado de las sanciones en una medida significativa. La voluntad y el propósito de alcanzar con éxito los fines de dichos regímenes es un poderoso incentivo para el cumplimiento y para la real cooperación. El régimen del sistema del Tratado Antártico es un ejemplo sobresaliente de esta realidad como también es el caso del procedimiento de no cumplimiento adoptado respecto del Protocolo de Montreal de 1987 en la Convención sobre la Capa de Ozono(50). Una experiencia muy interesante a este respecto ha sido la del Fondo Monetario Internacional. La práctica de esta organización ha conducido a un creciente uso de la consulta y de la persuasión, en contraposición a las sanciones, con el fin de promover el cumplimiento de las obligaciones plasmadas en las normas pertinentes(51).

Aunque este enfoque ha sido tratado como de "soft-law"(52), en realidad se refiere a enfoques "soft" sobre el cumplimiento, nuevamente en contraposición al enfoque rígido que las sanciones en principio suponen. Al contrario, la experiencia de la Organización Mundial de Comercio ha sido criticada por este motivo ya que estaría rigidizando su enfoque orientado hacia la sanciones en el contexto de los nuevos procedimientos de solución de controversias y del papel del Órgano de Apelación en este contexto(53).

(48) C.C. LICHTENSTEIN, supra nota 39, pp. 1435-1441.

(49) K.W. ABBOTT and D. SNIDAL, supra nota 4, pp. 427-433.

(50) A. E. BOYLE: "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, 901-913, p. 910.

(51) C.C. LICHTENSTEIN, supra nota 31, pp. 1436-1437.

(52) J. GOLD, supra nota 38.

(53) C.C. LICHTENSTEIN, supra nota 39, pp. 1435-1436.

Se debe señalar, sin embargo, que aún en el contexto de dichos desarrollos, el consentimiento todavía se encuentra muy presente. Se podría incluir una flexibilización adicional en la expresión del consentimiento pero no hasta el punto de quebrantar el Estado de Derecho fundamental de los tratados. Las normas jurídicas normalmente generan obligaciones vinculantes y es por eso que son consideradas las principales normas de derecho internacional que requieren alguna forma de consentimiento. Por otro lado, es un hecho conocido que en el derecho internacional el cumplimiento de una norma es independiente y distinto a la existencia de la norma, y es por eso que esta última puede ser independiente de las sanciones y de la responsabilidad, razón por la cuál las sanciones y la responsabilidad normalmente son clasificadas como normas secundarias que intervienen para remediar violaciones de las normas primarias. También se ha señalado correctamente que en todo caso la aplicación del derecho internacional, ya sea por medios colectivos o contramedidas o por solución judicial internacional o nacional, no es uno de los elementos más sólidos del sistema jurídico internacional(54).

Los límites del "Soft-Law"

A pesar del enorme grado de flexibilidad que se ha introducido en las manifestaciones del consentimiento y de los cambios que las funciones de creación de derecho han experimentado, existe una escuela de pensamiento que cree que esto no es suficiente para garantizar la adecuada y eficiente formación del derecho internacional en la comunidad internacional de hoy en día. Se necesitaría todavía de otro tipo de instrumentos que pudieran facilitar los cambios dramáticos que han sido defendidos por algunos de sus más entusiastas proponentes. Esta escuela, junto con una fuerte crítica de las fuentes del derecho internacional, aboga por la necesidad de la utilización de lo que ha llegado a conocerse como "soft-law", "droit mou" o "droit assourdi"(55). La esencia de esta visión es que existe una especie de derecho no-vinculante que se está desarrollado, que de todas maneras tiene una significación jurídica. Más aún, en la perspectiva de unos pocos, parte de éste puede ser vinculante aún cuando los Estados u otros sujetos no les hayan otorgado su consentimiento. El resultado final es que todo esto estaría dando lugar a una función creadora de derecho que es cada vez más autónoma de la voluntad de los Estados. La distinción clásica entre *lex lata* y *lex ferenda*, por ende, también se ha vuelto cada vez más imprecisa(56).

(54) K. ZEMANEK: "Is the term 'soft law' convenient?", *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, 843-862, pp. 847-856.

(55) G. ABI-SAAB: "Éloge du 'Droit Assourdi'. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain", *Nouveaux Itinéraires*, supra nota 45, 59-68.

No cabe duda del hecho de que la formación del derecho internacional no es ya más una tarea exclusiva de los tratados o del derecho consuetudinario pues un gran número de otros instrumentos y mecanismos pueden intervenir en esta materia, particularmente las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales(57). Los Estados por supuesto son completamente libres de entrar en compromisos con la intención específica y el consentimiento de quedar obligados en términos jurídicos, como de realizar otros acuerdos donde dicha intención y consentimiento estén ausentes. En una sociedad internacional descentralizada el "hard law" tal vez está inevitablemente acompañado de expresiones de "soft law"(58). El Acta Final de Helsinski de 1975 con frecuencia ha sido mencionada como un ejemplo de un instrumento en que los Estados declaran expresamente no estar vinculados, declarando al mismo tiempo su intención de darle la debida atención y de llevar a la prácica las medidas allí acordadas(59).

Varias formas de "acuerdos de caballeros", declaraciones políticas, actas finales, códigos de conducta y otros instrumentos están siendo cada vez más utilizados en la práctica de los Estados(60). El nombre que se le asigne a estos variados instrumentos no importa. Lo que importa es la intención y el consentimiento que subyace a su formación.

(56) P. WEIL, supra nota 8, p. 417.

(57) A.E. BOYLE, supra nota 50, p. 901; para un listado de la práctica contemporánea de soft law ver F. MÜNCH: "La distinction entre texts internationaux de portée juridique et texts internationaux dépourvus de portée juridique. Etude exploratoire", *Annuaire*, supra nota 42, p. 307.

(58) P. WEIL, supra nota 16, p. 219.

(59) P. H. KOOIJMANS: "Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-Creating Process", in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Ensayos en honor a Krzystof Skubiszewski, 1996, 425- 437, pp. 425-426.

(60) Para una enumeración de los diversos tipos de instrumentos de soft law ver M. VIRALLY, supra nota 42, p. 192.

Diversas razones se han invocado para explicar la preferencia de los instrumentos de "soft-law" por encima de los tratados y de los acuerdos formales. Algunas razones están relacionadas a la agilización del proceso ya que sería más fácil llegar a un acuerdo, enmendar el instrumento y contar con la prueba más inmediata del consenso, que la que resulta de los tratados sujetos a reservas y a la ratificación(61). Aunque es cierto que la demanda política de estos efectos está creciendo, también es cierto, como se ha señalado, que los tratados se han adaptado bien a la necesidad de la rapidez. Las reservas y la calificación del consenso han sido mencionadas anteriormente y existe una fuerte tendencia a introducir cambios técnicos con el fin de facilitar la aprobación y la ratificación de los tratados. Las diferencias técnicas no deberían por ello producir el debilitamiento de la naturaleza del instrumento.

Otras razones invocadas se relacionan con el hecho de evitar los procedimientos jurídicos nacionales e incluso de evitar la responsabilidad democrática(62). Ello involucra un serio riesgo de que los ordenamientos constitucionales nacionales y el control democrático se transformen en prescindibles, lo cual afectaría la garantía democrática del estado de derecho en la comunidad internacional. Como lo señaló un autor, el sistema jurídico internacional, consiguientemente, se convierte en el Leviatán y el ejercicio pasa a ser "una estrategia para introducir opiniones autoritarias bajo un disfraz democrático"(63).

Como se señaló anteriormente, no importando cuán difícil sea establecer una línea divisoria entre lo jurídico y lo no jurídico, dicha línea de hecho existe. Si existe una intención jurídica y el consentimiento, entonces el instrumento producirá obligaciones vinculantes. Si no existe tal intención y consentimiento, entonces el instrumento tendrá como máximo un significado político. Si el acto en cuestión crea derechos u obligaciones en las que sea posible basarse ante una corte o frente a un tribunal arbitral, y la pregunta relacionada sobre si la violación del acto genera res-

(61) A.E. BOYLE, supra nota 50, pp. 902-903; C. CHINKIN: "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, 850.

(62) A.E. BOYLE, supra nota 50, p. 903.

(63) M. KOSKENNIEMI, supra nota 47, p. 22.

ponsabilidad internacional(64), han sido los límites tradicionales entre lo jurídico y lo no jurídico. En ocasiones la distinción entre normas, por el lado del "hard law", y de principios, por el lado del "soft-law" más general, ha sido sugerida como útil(65), pero en realidad dicha distinción no separa claramente al efecto jurídico de los otros tipos de efectos.

La pregunta más difícil es si los textos que se encuentran del otro lado de la línea pueden tener efectos jurídicos. Por supuesto que existe un efecto jurídico potencial en la medida que el instrumento puede estar expresando un determinado interés en el desarrollo del derecho o en la formación o evidencia de *opinio juris*, pero dichos efectos sólo se materializarán jurídicamente en el momento de su maduración, no antes; Esto es lo que René-Jean Dupuy llamó apropiadamente "le droit vert" (66) y el Professor Virally llamó "pré-droit"(67). En ocasiones, resoluciones y declaraciones han sido admitidas por la Corte Internacional de Justicia como evidencia de *opinio juris*,(68) como también la conocida resolución arbitral del Professor Dupuy en el Caso Texaco-Libia se baso en ellas, (69) pero el resultado de estas distintas decisiones estaba basado en el derecho consuetudinario que ya había sido creado y no en los aspectos de "pré-droit" involucrados(70).

Precisamente porque carecen de carácter jurídico es que el no cumplimiento de dichos instrumentos no vinculantes no conduce a responsabilidad en términos jurídicos, a pesar de que las consecuencias políticas y económicas pudieran ser diferentes y ocasionalmente mucho mayores(71). Este tipo de instrumento también puede ser de ayuda para la inter-

(64) P. WEIL, supra nota 8, p. 415.

(65) A.E. BOYLE, supra nota 50, pp. 901-902.

(66) G. ABI-SAAB, supra nota 55, p. 65

(67) M. VIRALLY, supra nota 42, p. 242.

(68) Corte Internacional de Justicia, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 1996, ICJ Reports, p. 14; Caso *Gabcikovo-Nagymaros Dam*, 1997, ICJ Reports, p. 7, según lo analiza A.E. BOYLE, supra nota 50, pp. 903-904.

(69) *Texaco Case*, resuelto por el árbitro único, Professor René-Jean Dupuy, *International Law Reports*, Vol. 53, 1977, 389.

(70) J. KLABBERS: "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 65, 1996, 167-182, pp. 172-174.

(71) P. WEIL, supra nota 8, p. 415; R. Baxter: "International Law in 'Her Infinite Variety'", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 29, 1980, 549.

pretación del derecho y de entendimientos relacionados, pero en tal caso ellos desempeñarán más que nada un papel subsidiario(72).

A pesar de que se han incluido muy sutilmente en la discusión acerca del "soft law", hay dos situaciones que no pueden ser fácilmente admitidas. La primera es la proposición de que efectos jurídicos vinculantes pueden surgir a partir de instrumentos de "soft law" aunque la intención y el consentimiento estén ausentes. Esto equivaldría al establecimiento de una legislatura internacional independiente y todavía no conocida, la que podría ser un desarrollo útil pero que sólo es posible en la medida en que los acuerdos constitucionales así lo determinen bajo una autoridad específica. A pesar de que es cierto que esta propuesta representa hoy en día una posición excepcional, es posible apreciar que cada día que pasa hay alguna conferencia internacional amplia que pretende que sus conclusiones sean reconocidas como derecho aún cuando su mandato y autoridad se hayan definido estrictamente y no se haya utilizado ninguno de los mecanismos de creación de derecho aceptados.

Es distinto por cierto el caso en que el instrumento en cuestión refleja claramente la voluntad y la intención de las partes de establecer una obligación vinculante o, en cualquier caso, de otorgarle una interpretación común a una disposición determinada, siendo un ejemplo de ello, el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártica(73).

La segunda situación que no se puede admitir fácilmente y que es muy discutida es la proposición contraria, concretamente que los tratados puedan contener disposiciones no vinculantes. Destacados autores han albergado esta idea (74), pero se debe tomar en cuenta que esto sólo se ha hecho en el contexto en que las disposiciones puedan ser vagas o indeterminadas y que por ello sea difícil atribuirles obligaciones reales. La Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1992 ha sido uno de los

(72) K. ZEMANEK, supra nota 54, pp. 860-861; Münch, citado en Virally, supra nota 42, Rapport definitive, p. 343.

(73) Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos Acta Final y texto de la Convención, Canberra, 7-20 Mayo 1980, *International Legal Materials*, Vol. 19, 1980, 837-859, según se analiza en F. ORREGO VICUÑA: *Antarctic Mineral Exploitation. The Emerging Legal Framework*, 1988, pp. 145-155.

(74) R. BAXTER, supra nota 71; M. VIRALLY, supra nota 42; A.E. BOYLE, supra nota 50, p. 906.

ejemplos invocados en este contexto(75). La opinión contraria, basada en la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, es la de que un tratado sólo puede incluir disposiciones de carácter jurídico(76). Muchos autores reconocen la dificultad de encontrar una respuesta en esta materia(77). En lo que se refiere a los tratados, el problema entonces es de interpretación y no tiene que ver con la naturaleza misma del instrumento.

La respuesta a estos problemas, según parece, nuevamente está en encontrar cuál es la verdadera intención de las partes y el contexto en que fue establecido un acuerdo específico. La Corte Internacional de Justicia ha tenido la tarea de establecer a qué lado de la línea recae un acuerdo determinado. En el *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo*, la Corte tuvo que decidir sobre si un *joint communiqué* pretendía dar a la Corte jurisdicción sobre una disputa, habiendo decidido a la luz de la naturaleza del instrumento y de las circunstancias específicas del caso que esta no era la intención de dicho instrumento en particular; la Corte agregó, sin embargo, que ninguna norma de derecho internacional impedía que un instrumento de este tipo pudiera ser considerado un acuerdo internacional que pudiera someter un litigio a la resolución judicial o arbitral(78). El *Caso de la Delimitación Marítima entre Qatar y Bahrein* también discutió el problema sobre si un acuerdo para someter un litigio a solución judicial era vinculante, concluyendo que pese a serlo este no constituía el sometimiento mismo sino la expresión de una intención(79).

Distinguidos autores también han indagado acerca de la cuestión de los efectos legales de los acuerdos no-vinculantes. Los siguientes son algunos de los problemas planteados a este respecto. El principio de buena fe, un principio básico del derecho internacional, rige la interpretación y el cumplimiento de ambas categorías de instrumentos(80). La posibilidad que acuerdos políticos puedan influir en la operación del *estoppee* (81),

(75) A.E. BOYLE, supra nota 50, p. 907.

(76) P. WEIL, Observations au rapport cit., supra nota 42, p. 370.

(77) M. VIRALLY, supra nota 42, p. 184, con referencia a M. Bindschedler, Mme. Bastid, Lachs, Sahovic y Zemanek.

(78) Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo*, 1978, *ICJ Reports*, p. 3, según se analiza en M. VIRALLY, supra nota 42, pp. 196-197.

(79) Corte Internacional de Justicia, *Qatar Bahrain Maritime Delimitation Case*, 1994, *ICJ Reports*, 112.

(80) P.H. KOOIJMANS, supra nota 59, p. 431.

(81) O. SCHACHTER, supra nota 44, p. 301

particularmente en la medida en que las partes de dichos acuerdos tendrán prohibición de considerar dichas materias dentro de su discreción nacional(82). La visión de que los acuerdos políticos no pueden en sí mismos ser sometidos a resolución judicial, excepto como un hecho relevante para un litigio separado o paralelo(83). El posible uso del recurso a medidas no prohibidas por el derecho internacional para obtener reparaciones o compensación por daños surgidos del no cumplimiento de acuerdos internacionales(84). Todas estas conclusiones apuntan hacia la existencia de una zona gris o un terreno sombrío en las relaciones entre el derecho y los desarrollos políticos discutidos(85).

Transformación de Acuerdos Jurídicamente No Vinculantes en Derecho.

Estas interacciones son naturales pero no significa que los acuerdos jurídicos se puedan confundir con los acuerdos jurídicamente no vinculantes, menos aún que los últimos puedan terminar convirtiéndose en obligaciones vinculantes a menos que experimenten una transformación en derecho o en una obligación vinculante conforme a derecho. Esta última situación no es infrecuente en el derecho internacional. Los actos unilaterales de los estados, que son principalmente de carácter político, pueden cristalizar en un compromiso jurídico si dan nacimiento a ciertos derechos o expectativas en beneficio de terceras partes y así se ha establecido judicialmente. El caso de los *Ensayos Nucleares* ilustra esta situación(86). Pero aquí nuevamente los efectos jurídicos se justificarán normalmente al encontrar la existencia de una intención de quedar comprometido por las declaraciones o instrumentos en cuestión.

Las decisiones de organismos internacionales también ofrecen una variedad de situaciones en términos de su interacción con el derecho. La naturaleza jurídica de esas decisiones dependerá por supuesto del instrumento constitutivo de la organización. Cuando la autoridad para adoptar

(82) J. GOLD: *Interpretation: The IMF and International Law*, 1996, p. 329, y analizado por C.C. LICHTENSTEIN, supra nota 39, p. 1439.

(83) P.H. KOOIJMANS, supra nota 59, pp. 432-433.

(84) M. VIRALLY, supra nota 42, Rapport définitif, p. 356.

(85) O. SCHACHTER, supra nota 44.

(86) Corte Internacional de Justicia: caso de los Ensayos Nucleares, 1974, *ICJ Reports*, p. 267, par. 43.

resoluciones o decisiones jurídicamente vinculantes ha sido delegada a esos organismos el resultado será claro(87). El problema radica, sin embargo, en la situación opuesta, cuando esa autoridad no existe o cuando ella ha sido expresamente limitada a la adopción de recomendaciones, como es el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No existe lugar a dudas de que, como los acuerdos políticos, aquellas resoluciones pueden influir en la formación tanto del derecho internacional convencional como consuetudinario, contribuir a la interpretación del derecho u ocasionalmente desarrollar el derecho anteriormente disponible conforme al tratado constitutivo o de otras maneras(88).

La influencia de las Directrices de la Agencia Internacional de Energía Atómica sobre la Convención de 1986 sobre Notificación en Caso de Accidentes Nucleares, la influencia de las Directrices sobre Evaluación de Impacto Ambiental del Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente sobre la Convención de 1991 de la Comisión Económica para Europa relativa a la Evaluación de Impacto Ambiental en el Contexto Transfronterizo, o la incorporación por referencia de los estándares de la Organización Marítima Internacional en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, son todos ejemplos acertadamente mencionados a propósito de esta interacción entre decisiones de organizaciones internacionales y los tratados(89).

La cadena de interacciones no termina aquí ya en algunas ocasiones los principios definidos con un carácter no vinculante en proposiciones y declaraciones posteriormente son incorporados en convenciones internacionales y esto no necesariamente significa que pierdan su carácter no vinculante. Una serie de principios que surgen de la Declaración de Río de 1992 sobre Desarrollo y Medio Ambiente, tales como la equidad intergeneracional, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, las medidas precautorias, posteriormente se transformaron en el artículo 3 de la Convención sobre Cambio Climático,(90) poniendo nuevamente sobre el tapete el tema de las disposiciones no vinculantes de los tratados internacionales.

(87) J. A. BARBERIS: "Les resolutions des organizations internationals en tant que source du droit des gens", *Festschrift Rudolf Bernhardt*, 1995, 21-39.

(88) O. SCHACHTER, supra nota 1, Capítulo VI, pp. 84-90.

(89) E.A. BOYLE, supra nota 50, pp. 904-906.

(90) *Ibid., pp.* 907-908.

El problema es, sin embargo, que en ocasiones los organismos internacionales han llevado este ejercicio mucho más allá de los límites establecidos y han tratado de definir el derecho en una forma autónoma. La formación de la *opinio juris* por el voto afirmativo de una amplia mayoría de Estados miembros y el concepto de costumbre instantánea han sido invocados para justificar la validez jurídica de esos desarrollos. Sin embargo, debe considerarse que en no pocas ocasiones los gobiernos otorgan su voto en esas amplias reuniones sin tener la intención de comprometerse a través de obligaciones vinculantes(91).

El resultado convencional de algunas de estas resoluciones puede ser bastante exitoso, como fue el caso de la Declaración sobre el Espacio Exterior(92), pero puede también ser bastante distinto, como ocurrió con la Declaración sobre los Fondos Marinos y su posterior transformación en la Convención sobre el Derecho del Mar y los acuerdos asociados(93), o en algunos casos enteramente contradichos por eventos posteriores, como la Declaración sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales y el Nuevo Orden Económico Internacional(94). Esto pone de relieve que a pesar de una negociación cuidadosa y de un interminable proceso de redacción, muchas de estas resoluciones no pueden ser consideradas como reflejo de *opinio juris*, como a veces se sostiene. A pesar de no ser esta la oportunidad para discutir la cuestión del efecto de las resoluciones de mayoría sobre los Estados que se han opuesto a su adopción, o de las otras consecuencias que se siguen de la ampliación del mandato legal del organismo, se puede decir que esta tendencia no ha contribuido a que la organización tenga éxito en asegurar el respeto por sus funciones creadoras de derecho.

---

(91) O. SCHACHTER, Supra nota 1, Capítulo VI, pp. 85-90.

(92) NACIONES UNIDAS, Declaración de los Principios Jurídicos que regulan las Actividades de los Estados en la Exploración y el Uso del Espacio Exterior, que incluyen a la Luna y otros Cuerpos Celestes, Resolución de la Asamblea General de 1962 (XVIII), 1963.

(93) Ver Resolución de la Asamblea General 2749 (XXV), 17 de Diciembre, 1970, en comparación con la Convención sobre el Derecho del Mar, Parte XI, 1982, y el Acuerdo de Implementación aprobado por Resolución AG 48/263, 28 de julio, 1994.

(94) Ver Resolución 1803 (XVII), 14 de diciembre, 1962, en comparación con la Carta de Derechos y Obligaciones Económicas de los Estados, Resolución 3281(XXIX) 12 de diciembre, 1974.

Una evaluación de la situación de los acuerdos de "soft law" en el derecho internacional actual, y en las tendencias que pueden discernirse para el futuro, ciertamente confirma en general que el factor decisivor radica en la intención de las partes. Los acuerdos vinculantes son inequívocos en su naturaleza y efectos jurídicos, aun cuando las sanciones, las contramedidas o la solución judicial no se encuentren fácilmente disponibles. Como se ha dicho, las reglas primarias pueden existir sin necesariamente la existencia de reglas secundarias. Existen también acuerdos no vinculantes si los Estados así lo desean y su naturaleza es inequívoca en un aspecto central: ellos no crean obligaciones para los Estados aún cuando ciertos efectos jurídicos pueden derivar de aquellos instrumentos. Estos efectos son en todo caso efectos secundarios o indirectos(95).

Debe también considerarse que los acuerdos no vinculantes son casi exclusivamente usados en materias políticas y no se usan en relación con inversiones o transacciones que envuelven un elemento patrimonial(96), ya que éstos últimos buscarán naturalmente la protección del derecho verdadero y su aplicación efectiva. Es cierto, como se ha señalado, que la disponibilidad de sanciones y de cumplimiento judicial no explica enteramente las diferencias entre los acuerdos vinculates y los no vinculantes, ya que el no cumplimiento de los últimos puede también resultar en contramedidas, sanciones políticas e incluso alguna forma de intervención judicial. Pero ellas explican la diferencia clave: que las obligaciones están siempre apoyadas por garantías jurídicas de cumplimiento mientras que los otros compromisos no tendrán tal garantía. Esto explica por qué los acuerdos no vinculantes, a pesar de estar plenamente reconocidos en la práctica, ofrecen una limitada experiencia judicial tanto en la esfera nacional como internacional(97).

Las complejidades jurídicas de la materia se pueden explorar *ad infinitum*, incluyendo la no tan inusual situación en la que una de las partes entenderá que ha acordado un acuerdo vinculante y la otra que ha acordado un acuerdo meramente práctico no vinculante, y la pregunta conexa sobre si el registro es o no posible en esos casos.

---

(95) G. ABI-SAAB, supra nota 55, p. 68.

(96) W. WENGLER: "Les Conventions 'non juridiques' comme nouvelle voie à côté des conventions en droit", *Nouveaux itinéraires*, supra nota 45, 637-656, p. 639.

(97) J. KLABBERS, supra nota 70, pp. 172-177

Pero el hecho que perdura es que los gobiernos, los jueces y los académicos conocen demasiado bien cuándo están en presencia del derecho internacional real o de algo que no lo es, a pesar de la forma que éste revista. Y nuevamente aquí el factor clave será siempre el de la intención y el consentimiento de los Estados y los otros sujetos relevantes respecto de las normas y obligaciones vinculantes. Con su usual perspicacia, Sir Robert Jennings escribió en 1976 que "el peligro hoy en día es que el derecho internacional puede quedar sumergido bajo los imperios rivales de papel que emanan de las reuniones de las delegaciones de los gobiernos"(98). El peligro todavía se encuentra allí ya que en no pocas ocasiones el interés y la oportunidad política tratarán de presentar como derecho lo que no es derecho, pero en tanto seamos capaces de distinguir el derecho de lo que es mero papel el peligro se encontrará bajo control.

(98) R. Y. JENNINGS: "The Discipline of International Law", McNair Lecture, International Law Association Conference, 1976, p. 632, según citado por O. SCHACHTER, *op. cit.*, supra nota 1, Capítulo V, p. 79.

GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

Sixto SÁNCHEZ LORENZO*
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. GLOBALIZACIÓN, INMIGRACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA.

II. PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO:
1. Un ejemplo candente: Islam y Occidente.
2. ¿Universalidad de los derechos humanos?

III. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA:
1. Función del Derecho internacional privado como canal de comunicación intercultural: estatuto personal.
2. Luces, sombras y zonas grises:
A) Celebración del matrimonio;
B) Relaciones entre los cónyuges;
C) Divorcio y repudio;
D) Filiación.

IV. CONCLUSIÓN

* Catedrático de Derecho internacional privado Universidad de Granada (España)

I. GLOBALIZACIÓN, INMIGRACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

1. Las palabras manidas acaban perdiendo su brillo. Con el abuso se desgastan y olvidan su color original. Así ocurre con el término "globalización"(1). Sin pretender entrar en la discusión ideológica subyacente, para analizar el contexto y las claves del Derecho internacional de la familia en nuestros días resulta necesaria, empero, una referencia al escenario impuesto por el fenómeno de la globalización. El núcleo duro del concepto es esencialmente económico y hace referencia a la superación de las economías y mercados nacionales y a su desplazamiento por un mercado global, en el que libremente circulan los bienes, capitales y servicios, y que a su vez requiere unas estructuras jurídico-políticas de alcance universal, como la Organización Mundial del Comercio. La liberalización de ese espacio global, la internacionalización de los sistemas financieros y la actividad transnacional de las sociedades mercantiles son factores determinantes en dicho proceso de globalización, que se alimenta asimismo del establecimiento de redes de comunicación universales como Internet. Ciertamente, la propia globalización conlleva la creación de un espacio en que los poderes de control económico de los Estados se debilitan, y su propio papel político y la soberanía estatal aparecen cuestionados(2). La falta de un auténtico poder político supranacional suscita inmediatamente la suplantación del poder de control económico por los nuevos protagonistas del mercado global: las sociedades transnacionales.

En la discusión ideológica acerca de la globalización económica surge de inmediato una reflexión por sus detractores acerca de los beneficiarios de la globalización (¿globalización para quién?). Las oportunidades económicas del mercado global no repercuten en una globalización de las oportunidades sociales, de la educación, de la salud o de la defensa del medio ambiente (3). Al contrario, la economía global parece haber acen-

(1) Acaso por la "insipidez ideológica del término", como subraya M.J. GIBNEY, "Introducción", *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003, p. 9.

(2) *Vid.* S. STRANGE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996.

(3) Y la familia aparece ya en esta fase del debate sobre la globalización, pues constituye uno de los puntos de conexión clave entre las libertades fundamentales y los derechos sociales, como señala A.Mª. VEGA GUTIÉRREZ, "Globalización y prácticas familiares en Naciones Unidas", *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 854.

tuado los desequilibrios regionales y evitado una convergencia gradual de las economías de los países en vías de desarrollo (¿globalización para qué?).

2. Sin abandonar la pura perspectiva económica del fenómeno de la globalización, una paradoja salta a la vista. La pretensión de un mercado global es, en todo caso, una petición de principio insostenible en términos económicos. Un mercado único, aún en una primera fase de integración económica (4), requiere la libre circulación de todos los medios productivos: capitales, bienes, servicios y personas. Evidentemente, el presunto mercado global no admite la libre circulación internacional de mano de obra. Por una parte, los propios operadores económicos se benefician de esta restricción, que facilita la deslocalización de la producción en razón de los diferentes costes laborales y justifica, por ejemplo, el fenómeno de la "industria maquiladora"(5). El "dumping social" parece consustancial a una globalización, cuyo lema puede ser "capitales, bienes, empresarios sin fronteras", pero en ningún modo "trabajadores sin fronteras". Al contrario, la acentuación de los desequilibrios regionales y los desajustes demográficos provocados por la globalización provocan presiones migratorias a duras penas retenidas por las políticas de inmigración de los Estados desarrollados, cada vez más restrictivas y únicamente interesadas en cubrir los mínimos déficits demográficos y de mano de obra del "mercado nacional". Sin embargo, pese a todas las restricciones, los movimientos migratorios motivados por los desajustes demográficos y sociales adquieren proporciones cada vez mayores. No sólo los desequilibrios poblaciones y las difíciles condiciones de vida en los países subdesarrollados explican estos movimientos. La idea de la aldea global tiene mucho que ver asimismo con la internacionalización de los medios de comunicación de masas y con la relatividad de las distancias geográficas en una era tecnológica(6). La "transparencia" de las sociedades invita y promue-

(4) *Vid.* P. BEHRENS, "Integrationstheorie (internationale wirtchaftsliche Integration als Gegestand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung)", *Rables Z.*, 1981, pp. 8-50.

(5) *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Cívitas, pp. 50-56.

(6) Para A. GIDDENS, la tecnología de la comunicación instantánea es acaso el aspecto clave de una sociedad globalizada. La comprensión de la globalización, a su juicio, exige superar una visión estrecha como fenómeno económico, pues es tanto o más política, tecnológica y cultural (*vid. Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*, 5ª ed., Madrid, Taurus, 2003, p. 23).

ve la decisión final que lleva a las personas a un desplazamiento geográfico con el ánimo de mejorar sus condiciones de vida o las de su familia. La desproporción de estos movimientos conduce a un problema grave de inmigración ilegal o desbordada que pone en primera línea de fuego a las políticas de extranjería de los países receptores. Estas políticas, concebidas en un primer momento como medidas de protección económica y, a renglón seguido, como un instrumento de defensa de la identidad cultural, se sobredimensionan y acaban "contaminando" sectores jurídicos afines como el Derecho de familia, como tendremos ocasión de ver. Por lo demás, la presencia en el territorio de un número creciente de extranjeros provenientes de diferentes culturas va a plantear una tensión esencial entre el respecto a la diversidad cultural y la necesidad de fomentar la integración social del extranjero (7), aspecto sobre el que abundaremos más adelante. En suma, se produce asimismo lo que U. Beck ha denominado la "globalización de la biografía": "los contrastes y las contradicciones del mundo tienen lugar no sólo ahí fuera, sino también en el centro de la propia vida, en los matrimonios y familias multiculturales", y asistimos a una suerte de "topopoligamia", una plurilocalidad que traspasa fronteras de mundos separados entre naciones, religiones, culturas, colores de piel, continentes, etc (8).

El planteamiento de los problemas que suscita la libre circulación de personas, causa de tal globalización de la biografía y de semejante "topopoligamia", es bien distinto en aquellos espacios internacionales efectivamente integrados, donde impera un auténtico mercado único. La experiencia de la Unión Europea demuestra, con todo, que aún cuando la circulación de trabajadores pueda resultar liberalizada, la globalización económica sigue concibiendo a la persona como una mercancía. Si en este caso el valor es opuesto, pues se trata de facilitar el desplazamiento de mano de obra y, en consecuencia, los movimientos migratorios, lo cierto es que el Derecho de familia sigue igualmente contaminado por los intereses económicos preferentes. Así lo evidencia el Derecho comunitario, donde la función integradora de la libre circulación de personas es más

(7) *Vid.* P. ABARCA JUNCO, "La regulación de la sociedad multicultural", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 167.

(8) *Vid. ¿Qué es la globalización? (falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Barcelona, Piados Ibérica, 1998, pp. 110-112.

relevante que la estabilidad o la continuidad de la familia a la hora de fijar los criterios rectores del Derecho internacional privado de la familia (9).

3. Por lo demás, la globalización económica tampoco garantiza una globalización jurídica. En el terreno del Derecho privado, la unificación sigue siendo una pretensión razonable, no exenta de proyectos y distintas vías en el ámbito del Derecho comercial, pues con carácter general se defiende un efecto positivo de la unificación jurídica sobre la dinamización de los intercambios. Pero en modo alguno el Derecho de familia resulta permeable a la unificación jurídica, ni existen proyectos realistas de proceder a una mera aproximación de los Derechos nacionales en los distintos ámbitos de integración económica y jurídica. Ni siquiera en la Unión Europea, donde hay una estrecha vinculación cultural y un catálogo uniforme de derechos fundamentales y concepciones básicas en torno a la familia, se plantea una unificación material del Derecho de familia, habida cuenta la diversidad cultural de las distintas familias jurídicas(10). Con más razón, si este planteamiento lo extendemos a escala universal. Esta reflexión nos lleva, de hecho, al análisis del segundo elemento clave en la comprensión del Derecho internacional de la familia de nuestros días: la posibilidad de coexistencia de una pluralidad cultural en un mercado global.

(9) Con estos términos describe E. JAYME las reglas de competencia judicial internacional en materia de divorcio contenidas en el Reglamento (CE) núm 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000. Tales reglas, amparadas en la base jurídica que proporciona la libre circulación de personas, acaban beneficiando el *forum shopping* y la posición del primer cónyuge que plantee la demanda, fomentando en cierto modo el turismo divorcista, sin consideración de ningún valor distinto (igualdad de las personas, estabilidad de la familia, mediación familiar...) de la facilidad de la movilidad o circulación de las personas, como elemento clave de la integración económica [*vid.* "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Receuil des Cours de l'Académie de droit international*, t. 282 (2000), pp. 9-40, esp. pp. 23-25].

(10) *Vid.* E.M. HOHNERLEIN, "Konturen eines einheitlichen europäischen Familien-und Kindschaftsrecht – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention", *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260; W. PINTENS, "Rechtsvergleichung und Rechstangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union", *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; D. MARTINY, "Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?", *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 151-171. Quizás la armonización pueda ser algo más factible en espacios como el MERCOSUR, donde participan sistemas jurídicos más cercanos y hermanados por la tradición romano-germánico (*vid.* S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "Armonización legislativa en materia de Derecho de familia en el MERCOSUR: ¿una necesidad o una quimera?", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 381-398.

II. PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO

1. Un ejemplo candente: Islam y Occidente

4. En esencia, el reto que suscita nuestro tiempo radica en la posibilidad de combinar un marco económico global con un marco socio-cultural plural. "Multiculturalidad", "multiculturalismo", "interculturalidad" son otros tantos vocablos que, al igual que "globalización" se difuminan cuanto más se usan. Desde un punto de vista histórico, puede resultar paradójico que la pluralidad cultural sea protagonista del presente, precisamente porque en cualquier otro tiempo pasado ha existido más pluralidad cultural. El devenir histórico y la propia "globalización" ha producido de forma natural la aproximación cultural, la desaparición de ciertas culturas y cierta estandarización de los modos de vida y de interpretación del entorno. Sin embargo, en términos sociológicos, la pluralidad cultural es relevante precisamente en este momento. De un lado, tras el proceso de descolonización, las diferentes culturas pretenden por vez primera reivindicarse en un plano de igualdad; en segundo lugar, los medios de comunicación de masas –entre ellos Internet- permiten un conocimiento inmediato y una valoración de distintas culturas, provocando su aproximación y una sociedad más "transparente", siguiendo los planteamientos postmodernos de G. Vattimo (11). Por último, los movimientos migratorios convierten especialmente a las sociedades de los Estados desarrollados en sociedades pluriculturales. La densidad demográfica de ciudadanos extranjeros obedientes a otras culturas habilita la supervivencia y el mantenimiento de una diversidad cultural, cuya convivencia con la cultura metropolitana es fuente también de interrogantes jurídicos. Tampoco cabe desdeñar una percepción distinta: el imperialismo cultural y tecnológico alienta los fundamentalismos como mecanismos de defensa desesperada de la propia cultura en trance de desaparecer (12). Se trata del concepto de fundamentalismo entendido como "tradición acorralada" y que lleva a A. Giddens a considerar tal fundamentalismo como un "hijo de la globalización" (13) o a J. de Lucas a mencionar la formulación de la identidad cultural particular como "fobotipo" y los riesgos de "identidades asesinas"(14).

5. En la actualidad, el tratamiento teórico del choque o conflicto de civilizaciones y culturas viene suscitándose en relación con dos ámbitos muy concretos. Por un lado, la influencia de los movimientos migratorios hacia los EE.UU. y la incidencia, en particular, de la cultura hispana, que ha dado lugar a los planteamientos alarmistas de S.P. Huntington (15). De otro, las dificultades suscitadas en Europa y en EE.UU. por la presencia de inmigrantes provenientes de países islámicos, que reproducen análisis parecidos, como los de G. Sartori (16). Con todo, ambas situaciones no son comparables, especialmente porque el abismo entre los ingredientes religiosos de las culturas opuestas no se produce en el primer caso. Por otra parte, los acontecimientos en los últimos tiempos derivados del terrorismo islámico y de las intervenciones militares en Afganistán e Iraq han llevado a un plano universal el choque de civilizaciones entre el mundo "occidental" y el "islámico". Tomaremos como referencia esta tensión cultural entre el Islam y las llamadas "democracias occidentales" para ejemplificar los retos a que se enfrenta el actual Derecho internacional de la familia.

6. Conviene de antemano reconocer la imposibilidad de que el estudioso consiga un distanciamiento y una neutralidad absolutos, cuando pertenece a una de esas dos culturas, aunque se trate de un profesor español de la Universidad de Granada, acaso el país y la ciudad "occidenta-

(11) *La sociedad transparente*, 1ª ed., Barcelona, 1990, esp. 73-87.

(12) A juicio de J.E. STIGLITZ, una de las principales cegueras de los responsables de gestionar la globalización es, precisamente, la que afecta al lado negativo; "la amenza a la identidad y los valores culturales" (*vid. El malestar en la globalización*, 10ª ed., Madrid, Taurus, 2004, esp. p. 308).

(13) *Cf.* A. GIDDENS, *op.cit.*, pp. 61-63. La misma idea de que el neofundamentalismo islámico va parejo a la aculturación provocada por la globalización se aprecia con profusión de argumentos en O. Roy, *El Islam mundializado (los musulmanes en la era de la globalización)*, Barcelona, Bellaterra, 2002, pp. 147-157. En el caso de los países islámicos no puede desdeñarse tampoco el papel del fracaso de los regímenes nacionalistas que surgieron tras la descolonización (*vid.* HALA MUSTAFA, "El Islam y Occidente en tiempos de globalización: ¿coexistencia o choque de civilizaciones", *¿Europa musulmana o Euro-Islam? (política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización)*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 143).

(14) *Vid. Globalización e identidades (claves políticas y jurídicas)*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 43-48.

(15) *Vid. Who are We?: The Challenges to America's National Identity*, New York, Simon & Schuster, 2004.

(16) *Vid.* S.P. HUNTINGTON, *El choque de civilizaciones*, Barcelona, Paidos Ibérica, 1997; G. SARTORI, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

les" donde el peso de la cultura islámica resulte más evidente. Como individuo, e independientemente de las creencias religiosas o de la ausencia absoluta de ellas, la mayoría de los europeos y occidentales han sido educados dentro de la tradición cultural cristiana y de la cultura grecorromana. Con seguridad, esa experiencia cultural e histórica resulta inseparable de las valoraciones y de los análisis. Pero, al fin y al cabo, la neutralidad es siempre utópica y tampoco resulta un inconveniente –antes al contrario- para trazar una visión realista del problema, aunque sea desde la perspectiva de los países a que pertenecemos los miembros del IHLADI.

Con semejante prevención, no resulta difícil apuntar al nudo gordiano del conflicto entre la cultura islámica y la cultura occidental: la religión. No se trata, sin embargo, de un choque entre religiones. El conflicto no radica en una profesión de fe diferente, por otra parte con unos orígenes muy comunes y un contenido monoteísta compartido, sino en el distinto papel que las creencias religiosas ocupan en la determinación del poder político y en la ordenación de la vida social y familiar. La cultura "occidental" es esencialmente una cultura emancipada. Su proceso de "laicización" abarca muchos siglos y culmina en tiempos relativamente recientes, especialmente como resultado de las guerras de religión y de las revoluciones modernas. A sangre y fuego, esta laicización de la sociedad y de la cultura se observa como una conquista de la civilización, no siempre exenta de peligros e involuciones, que se traduce esencialmente en la separación absoluta entre religión y la Iglesia, de un lado, y del Derecho y el Estado, de otro. Como contrapunto, existe una afirmación del principio de libertad religiosa y de culto que alcanza el rango de derecho fundamental. Como tal, el fenómeno religioso pertenece a la esfera privada del individuo, el culto se convierte en un derecho y las Iglesias participan en la discusión social y política como un elemento fáctico más, como un grupo social con su propia capacidad de influencia, movilización y liderazgo moral (17). Como contrapunto, la sociedad musulmana observa la

(17) Según Algunos planteamientos, en América Latina existiría un modo de participación específico en la globalización, tributario de una globalización conservadora basada en la renovación ético-religiosa, que perseguiría el fortalecimiento de la familia como institución con vínculos jerárquicos duraderos en una proximidad intergeneracional [*vid.* A. FONTAINE TALAVERA, "Tendencias hacia la globalización en Chile", *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo* (ed. S. Berger/S.P. Huntington), Barcelona, Paidos, 2002, pp. 289-336]. Si esto fuera así, el continente americano estaría alejándose de la equidistancia religiosa de Occidente, moviéndose hacia una creciente imbricación entre sociedad y religión, incluso entre

laicización como un reto, avanzando en muchos casos en dirección contraria. Históricamente, Al-Andalus fue una sociedad más abierta y laica que la de muchos países islámicos en la actualidad. En cierto modo, la ofensiva cultural occidental propiciada por la globalización puede explicar ciertos fenómenos de repliegue cultural hacia posiciones de mayor integrismo, que M. Bedjaoui ha denominado "pasado sin provenir". El Presidente del TIJ ha puesto el dedo en la llaga, al reconocer el desafío del laicismo y el hecho de que "mientras el Islam mantenga las relaciones económicas y políticas en la órbita de lo sagrado, la sociedad no se podrá modernizar"(18). En esta misma línea, se ha defendido la idea de un "Euro-Islam", a saber, una religión islámica culturalmente adaptada a la cultura cívica de la modernidad europea, tendente a la aceptación del laicismo y el pluralismo religioso y cultural, y dispuesto a renunciar a la idea del predominio islámico (19).

Sin embargo, una generalización acerca de la influencia de la religión en el Derecho de los países islámicos resulta inadecuada. Las prescripciones religiosas islámicas -cuya vocación es regir tanto las relaciones jurídicas como el culto y la moral – se comprenden en la *sharia* y el *fiqh* (20). La primera incluye tanto al Corán como a la sunna, o tradición del profeta (dichos, hechos y abstenciones). Sobre el postulado de la autonomía y universalidad de la sharia, el *fiqh* vendría a ser la inteligencia humana que extrae de la *sharia* los principios resolutivos para cada nuevo caso, si se quiere un medio de autointegración "jurisprudencial". Los occidentales reconocemos como "Derecho musulmán" a las disposiciones propiamente jurídicas de la *sharia*. Pues bien, las relaciones de este "Derecho

Iglesia (particularmente evangélica) y Estado, hecho que, aún aproximándolo a los planteamientos integristas islámicos, no haría más que incrementar los conflictos de civilizaciones entre ambos mundos. Con todo, no compartimos el diagnóstico global sobre un modo particular de concebir la globalización latinoamericano, basado en la esencia evangélica y el nuevo papel de la familia. Pero tampoco cabe negar que, incluso en EE.UU., la presencia de motivos religiosos en las decisiones políticas y el alineamiento confesional del poder es una realidad más frecuente en el continente americano, y absolutamente impensable en Europa.

(18) "Prefacio" a *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institu Cátala de la mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 9-14.

(19) Vid. BASSAM TIBI: "Los inmigrantes musulmanes en Europa: entre el Euro-Islam y el gueto", *¿Europa musulmana o Euro-Islam? (política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización)*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 64-65.

(20) Para una primera y elemental aproximación a estos y otros conceptos básicos del Derecho islámico es recomendable P. MANDIROLA BRIEUX, *Introducción al Derecho islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1988.

musulmán" con el "Derecho positivo" de los Estados arabomusulmanes son muy diferentes en cada caso (21), y tal es una circunstancia a tener en cuenta a la hora de resolver las distintas relaciones jurídicas. En particular, en los distintos países islámicos cabe hallar concepciones muy divergentes en torno a la familia (22), que repercuten de forma directa en distintos tratamientos jurídicos. A título de ejemplo, el Derecho tunecino (23) mantiene criterios más severos frente a la poligamia o el repudio que los propios de la jurisprudencia francesa o española. Pero es indudable que el contenido de el Derecho de familia de los Estados arabomusulmanes se encuentra en buena medida impregnado de connotaciones religiosas , que no son un obstáculo para su eficacia extraterritorial por el hecho de ser religiosas(24), sino por perjudicar una determinada concepción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

2. Derechos humanos y multiculturalidad

7. El Derecho internacional de la familia en cave multicultural y, en especial, en las relaciones entre el mundo islámico y el "occidental", suscita, pues, un debate que va mucho más allá de la confrontación entre Derechos privados, y nos sitúa en la incógnita de una "globalización" o auténtica "universalidad" de los derechos humanos (25). Las revoluciones

(21) Siguiendo la clasificación de R. BABADJI ("Aproximación a las relaciones de la charia y el Derecho positivo *en el mundo árabe", El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institu Cátala de la mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1988, pp. 83-84), cabría distinguir cuatro niveles de relación. En primer término situaríamos aquellos Estados que confieren al Derecho musulmán un papel primordial (Arabia Saudí, Omán, Libia y el ex-Yemen del Norte). En estos países la *sharia* viene a ser el equivalente a la Constitución. En segundo lugar, en un grupo de países la *sharia*, sin tener tal rango constitucional, constituye la fuente principal de la legislación (Siria, Bahrein, Sudán y Qatar). En un tercer grupo, es simplemente "una" (entre otras) de las fuentes principales (Egipto, Emiratos Árabes y Kuwait). Los países del Magreb, por último, ni siquiera mencionan al Derecho musulmán en su ley fundamental.

(22) Para un estudio en detalle de estas distintas concepciones en torno a la familia, *vid.* especialmente D. BENHAM y S. BOURAOUI, *Familles musulmanes et modernité (le défi des traditions)*, París, Publisud, 1986.

(23) *Vid.* MOHAMEND EL ARBI HACHENA, "Le code tunisien de droit international privé", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1999-2, pp. 227-244, esp. pp. 239-241.

(24) Sobre las causas de la sacralización de la tradición en la cultura islámica y su influencia en el Derecho, singularmente en el fiqh y en el Derecho de familia, así como las vías de reforma *vid.* J.L. ESPOSITO, *Women in Muslim Family Law*, 2ª ed., Nueva York, Syracuse University Press, 2001, pp. 127 ss.

occidentales dieron a luz, con la modernidad, las primeras declaraciones de derechos humanos con pretensiones de universalidad, al tiempo que incorporaban al catálogo de derechos la libertad religiosa. En clave histórica, sin embargo, estas declaraciones responden a la historia de Occidente y se ubican geográficamente en países como Francia o los EE.UU. A finales del siglo XVIII, las declaraciones relativas a la libertad religiosa pensaban evidentemente en resolver las crisis y persecuciones derivadas de la división religiosa del cristianismo (católicos, protestantes, anglicanos...); difícilmente concebían tales principios por extensión a otros cultos, como el islámico o incluso el hebreo. En la actualidad, por supuesto, el principio de libertad religiosa contenido en esas mismas declaraciones y en todos los Tratados relativos a los derechos humanos no hace distingos entre creencias y seres humanos, y toda la normativa sobre derechos humanos tiene pretensiones de validez universal. De hecho, la intervención en países terceros, a pesar de su descrédito, aún se sigue justificando actualmente en un afán garantista de los derechos humanos, aunque la objetividad de esta injerencia es bastante relativa (26).

Pero la pretendida universalización de los derechos humanos nos interesa ahora desde una perspectiva interna y horizontal. Para algunos, la constitución de un referente internacional de los derechos humanos fundamentales (cartas, convenciones, tribunales penales) representa una realidad horizontal que anuncia una ciudadanía postnacional(27), además de

(25) No entramos en la discusión acerca de si la globalización ha incidido positiva o negativamente en la difusión de los derechos humanos. Básicamente, nos parece bastante claro que las desigualdades económicas que produce son una mengua del sentido más puro de los derechos humanos, que incorpora asimismo un alcance socioeconómico y un fundamental equilibrio en la distribución de bienes. El hecho de que los medios de comunicación en la era de la globalización puedan provocar un contagio de los derechos humanos o emancipación del individuo frente a los Estados totalitarios no parece suficiente contrapeso a las nefastas consecuencias que las desigualdades y las necesidades producidas por la globalización están produciendo en la democratización y alcance de los derechos humanos más elementales en los países pobres. Una interesante discusión a este respecto puede hallarse en las distintas colaboraciones de S. GEORGE, N. CHOMSKY, J.E. STIGLITZ, V. SHIVA, H.K. BABA y K.A. APPIAH, con sus correspondientes respuestas, contenidas en *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.

(26) Como señala A. DAVIDSON, "es casi imposible imaginar una injerencia en Australia como la que hubo en la antigua Yugoslavia" (*vid.* "Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia", *Ciudadanía e inmigración: Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 53).

(27) M. ELBAZ, "El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo", *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, Ed., Maristán, 2002, p. 34.

constituir una necesidad a la hora de abordar en el presente el tratamiento jurídico y político de la inmigración (28). Más allá de la ingenuidad de los deseos, la cuestión estriba en concretar si esas declaraciones son asumidas asimismo universalmente o, al contrario, emanan exclusivamente de la cultura "occidental". De esta cuestión depende esencialmente que una universalización interna de los derechos humanos conduzca a conflictos de civilizaciones característicos del Derecho internacional privado.

En el caso del Islam, la conclusión es bastante clara. Las declaraciones universales de Derechos humanos propiciadas desde Occidente no son aceptables para una sociedad que no ha logrado "laicizarse". El Islam contemporáneo –como ha señalado J. Maila(29)- ha necesitado adueñarse de los derechos humanos para proponer sus propias "declaraciones", particularmente la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, proclamada en París, en la UNESCO, el 19 de septiembre de 1981. Forzosamente, en esta declaración los derechos humanos emanan directamente de la ley religiosa que les da legitimidad. Proclamada la libertad de credo, se evoca implícitamente la pena de muerte por apostasía; admitida la igualdad ante la ley, los derechos de la mujer se determinan "conforme a la ley", esto es, de forma discriminatoria. La Declaración islámica no formula, pues, los derechos del hombre universal, sino los derechos del hombre musulmán, conteniendo una invitación (*dawa*) a todo hombre, sólo en la medida en que es susceptible de convertirse en musulmán. A título de mero ejemplo, el art. 26 de la Constitución de Arabia Saudí proclama la protección por el Estado de los derechos humanos "que sean conformes con la *sharia* islámica"; los Estados musulmanes que se adhirieron al Convenio de las N.U. de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer lo hicieron introduciendo reservas que vaciaban de contenido las obligaciones del convenio, en la medida en que sus disposiciones se aceptaban "en la medida en que no contrarían la *sharia* islámica"(30), una reserva

(28) *Vid.* A. DAVIDSON, *loc.cit.*, pp. 35-54, esp. 53-54.

(29) *Vid.* "¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe?", *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institu Cátala de la mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 123-153, esp. pp. 143-149. *Vid.* asimismo el tratamiento P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *R.G.D.*, jul-ago 1998, pp. 542-544.

(30) *Vid.* J.A. RODRÍGUEZ GARCÍA, "Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer", *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 755.

que es general frente a cualquier declaración universal de Derechos humanos (31). La paradoja, pues, consiste en realizar lo universal mediante la universalización de una cultura particular. Lo verdaderamente grave es que a los ojos del hombre musulmán las declaraciones universales de derechos humanos promulgadas desde Occidente pretenden exactamente lo mismo.

8. La irreductibilidad de las concepciones culturales acerca de los derechos humanos (32) no dejan otra alternativa que aceptar su falta de universalidad en el compromiso, pero obliga a reforzar la pretensión de universalidad en cuanto a sus efectos. En suma, se trata de una concepción de derechos relativa y obediente a una cultura, pero ello no hace que pierda un ápice de imperatividad y esencialidad. En consecuencia, en los Estados "occidentales" la aplicación universal y la imperatividad máxima del respeto a los derechos humanos, tal y como son concebidos desde nuestra cultura, no admite gradación ni limitación. Consecuentemente, el conflicto intercultural y jurídico resulta inevitable, pues existe un límite infranqueable al reconocimiento de la diversidad cultural, que no es otro que el respeto a los derechos fundamentales tal y como se conciben en las Constituciones de las "democracias occidentales" y en los Convenios de derechos humanos a los que se incorporan. Desde un punto de vista filosófico, este aserto pone en evidencia la difícil cuestión de los límites de la tolerancia (33).

De esta forma, el derecho a la integridad física –al que podrían añadirse algunos otros-, como un derecho fundamental de la persona, impide admitir o contemplar atenuante alguna en la persecución de prácticas "religiosas" o "culturales" que pueden ser aceptadas en otros siste-

(31) *Vid.* Z. COMBALIA, "Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas", *A.D.E.E.*, vol. XII, 1996, p. 502.

(32) Como señala A.-J. ARNAUD, "el fondo del problema es que las obligaciones que dimanan de los derechos humanos en el ámbito internacional pueden construirse de forma muy diferente según las perspectivas culturales, jurídicas y éticas tenidas en cuenta". *Vid.* sus interesantes reflexiones acerca de la eventual globalización de los derechos humanos como un modo axiológicamente válido de promoción y defensa de los derechos de la familia en "Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille", *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, París, LGDJ, 1996,19-25.

(33) *Vid.* especialmente W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, piados, 1996, pp. 211-237.

mas (34), tales como la mutilación genital femenina -cada vez más frecuentes entre los grupos africanos y asiáticos afincados fundamentalmente en Europa-, e incluso, aunque su práctica sea menos invasiva y dramática, la circuncisión masculina. La defensa de este derecho fundamental no sólo exige medidas penales, sino que requiere la orientación del Derecho internacional de la familia para garantizar, por ejemplo, la adopción de medidas de protección del menor que prevengan estas conductas (35). El principio de igualdad de sexos no admite tampoco demasiados matices, y exige un tratamiento riguroso de la no discriminación por razón de sexos. La convivencia intercultural no permite tolerancia alguna con cualquier forma jurídica de discriminación de la mujer, y esta circunstancia va a plantearse con mucha frecuencia en el régimen del matrimonio y de las relaciones entre cónyuges. También la dignidad de la persona es un derecho que está en la base de conflictos característicos del Derecho de familia, tales como el reconocimiento de efectos al matrimonio poligámico o la eficacia extraterritorial de determinadas formas de disolución del matrimonio, como el repudio. Son sólo algunas manifestaciones de las dificultades que apunta la construcción de un Derecho internacional de la familia en un contexto globalizado, y que analizaremos con más detalle en las páginas siguientes (36). Pero acaso convendría cerrar estas reflexiones generales con una referencia al papel que la familia puede tener en la explicación de las diferencias multiculturales. Pues según planteamientos sólidos como los de E. Todd, al fin y al cabo las diferencias multiculturales y, en especial, las distintas concepciones acerca de los derechos humanos, acaso emanan de una distinta cultura sobre las relaciones familiares y, en particular, sucesorias (familia y propiedad) (37). Siendo la diversidad de la familia sociológica la causa de la pluralidad cultural, es fácil comprender como ésta repercute en la familia jurídica, cerrando un círculo vicioso inextricable.

(34) Según UNICEF, la mutilación genital femenina se practica en más de cuarenta países, básicamente africanos, pero también asiáticos (Indonesia, malasia, India, Yemen, Omán, Bahrein y Emiratos Árabes): *vid.* http://www.oneworld.org/unicef/firts-sept/fmg.html .

(35) *Vid.* en este sentido las propuestas contenidas en M.D. ADAM MUÑOZ, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003.

(36) Como señala C. ESPLUGUES MOTA, en el ámbito del Derecho español de Extranjería el art. 3.2 de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, contiene una significativa cláusula de salvaguardia, pues tras referirse a los derechos humanos de los extranjeros en España y de su interpretación conforme a los convenios internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, precisa: "sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas" (*cf.* "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, p. 112). La advertencia es exactamente la misma que impera, por ejemplo, en la jurisprudencia estadounidense, a la hora de prescindir de cualquier consideración cultural para valorar el grado de responsabilidad criminal (*cf.* L. ROSEN, *The Justice of Islam*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 202-205).

III. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

1. Función del Derecho internacional privado como canal de comunicación intercultural: el estatuto personal

9. Los conflictos interculturales que suscitan las distintas concepciones acerca del fenómeno familiar requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho internacional privado. Desde puntos de vista postmodernos, se ha defendido el papel de esta disciplina como un "canal de comunicación entre culturas" (38). En este sentido, el Derecho internacional privado estaría llamado a proporcionar cauces de convivencia, integración y respeto de la diversidad cultural. Sin embargo, también el Derecho internacional privado debe suministrar los límites de la tolerancia a que antes nos hemos referido. En la consecución de estos objetivos, el Derecho internacional privado comparado arroja luces y sombras y se enfrenta a algunos problemas de alcance general en el tratamiento del llamado tradicionalmente "estatuto personal".

A) La disyuntiva entre nacionalidad y residencia habitual

10. La disyuntiva entre la integración-asimilación del inmigrante y el respeto a su identidad cultural suele justificar la opción respectiva entre la

(37) *Vid. El destino de los inmigrantes (asimilación y segregación en las democracias occidentales)*, Barcelona, Tusquets, 1996.

(38) *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994/2), pp. 576-580; E. JAYME, "Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)", *R. des C.*, t. 251 (1995), esp. pp. 262-264.

ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad como conexiones para determinar la ley aplicable.

11. Se estima, por una parte, que la ley nacional es la más respetuosa con la identidad cultural en la medida en que refleja la ley de origen del individuo, aquélla con la que presenta un vínculo personal más estrecho. Sin duda esto ocurre así en muchos casos, pero la asimilación entre identidad nacional e identidad cultural tiende a difuminarse en muchas otras hipótesis. Por una parte, la remisión a la ley nacional puede conducir a sistemas jurídicos religiosamente comprometidos, imponiendo al inmigrante la aplicación de una ley nacional que presupone ciertas creencias, en contra de su auténtica libertad personal (39), o, incluso, de los propios cambios sociales no reconocidos por el sistema jurídico estatal (40). Asimismo, muchos Estados son esencialmente multiculturales, y la diversidad de legislaciones no ampara una diversidad de nacionalidades (41). La pluralidad legislativa de base personal implica en estos países el célebre problema de la remisión a sistemas plurilegislativos donde la ley nacional debe exceptuarse a favor de conexiones más abiertas: "vínculos más estrechos" o "principio de proximidad". Pero, en segundo lugar, los movimientos migratorios han generado, como se ha dicho, la presencia de grupos o minorías obedientes a otra cultura, que acaban accediendo a la nacionalidad del Estado de acogida, siquiera sea en sucesivas generaciones. También esta convivencia multicultural justifica una disgregación de los propios ciudadanos de origen de dichos Estados. Es perfectamente posible que un ciudadano marroquí adquiera la nacionalidad española, sin perder por ellos sus rasgos culturales; al igual que es dable que un español se convierta en musulmán sin perder su nacionalidad. Estas situaciones generan "conflictos ocultos" (42) en supuestos aparentemente internos, que no deben descartar soluciones muy parecidas a las propias de las

(39) *Vid.* F. PASTORE, "Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia", *Riv.dir.int.*, 1993, p. 145; *id. Familles entre les droits. Essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l'Europe*, Florencia, IUE, 1996, pp. 307-310.

(40) *Vid.* A. MOULAY R'CHID, "Le droit de la famille *entre la politique de l'État et le changement social*", *Droit et environnement social au Maghreb*, París, CNRS, 1989, pp. 237-255.

(41) *Ad. ex.* S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Non-musulmans en pays d'Islam (cas de l'Egypte)*, Zurich, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1979.

(42) *Vid.* en particular A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", *R. Des C.*, t. 249 (1994-V), pp. 334-361.

situaciones internacionales, en especial recursos como el análisis en dos escalones, que expondremos más abajo.

12. La aplicación de la ley de la residencia habitual, por su parte, fomenta la integración del extranjero, que ve sometidas sus relaciones personales y familiares a la ley del país de inmigración (43). Debe tenerse en cuenta que los movimientos migratorios provocan una gran rigidez de las normas de extranjería, de forma que resulta común que el acceso a la nacionalidad del Estado de acogida requiera un período de residencia, por otra parte "legal", enormemente largo y de justificación compleja. En el transcurso de estos lustros, el inmigrante no accede a la nacionalidad, pero ostenta una suerte de "nacionalidad sociológica". Al resultar aplicable la ley nacional, la política de extranjería está "contaminando" la regla relativa al estatuto personal (ley nacional) que pretende aplicar la ley más próxima al sujeto. Si se quiere respetar este valor sin modificar las normas de inmigración, sólo cabe preferir la "nacionalidad sociológica" o anticipar dicha nacionalidad a los efectos del Derecho aplicable, mediante el recurso a la "ley de la residencia habitual" (44). A través de esta alternativa se estaría facilitando la propia integración del inmigrante.

B) El papel de la autonomía de la voluntad.

13. La fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado no patrimonial es un dato contrastado (45). La evolución afecta en primer término a aquellas instituciones del Derecho no patrimonial que presentan, no obstante, un alcance económico: régimen económico matrimonial y sucesiones; pero se extiende también a materias

(43) *Vid.* en este sentido, J. DÉPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel", *R. des C.*, t. 211 (1988-IV), pp. 200-216.

(44) Una propuesta que combinaría esta anticipación de la ley de la residencia habitual con la autonomía de la voluntad partiría de aplicar la primera una vez que se cumple un plazo de residencia (*ad. ex.* cinco años), a menos que el interesado manifestara su deseo de seguir sometiendo su estatuto personal a la ley nacional (*vid.* la propuesta en J. BASEDOW y B. DIEHL-LEISTNER, "Das Staatsangehörigkeitzprinzip in Einwanderungsland", *Nation und Staat im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, CF Müller, 1990, p. 41).

(45) Para un análisis de su aplicación práctica y comparada vid. por todos J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992, pp. 281-422. S. SÁNCHEZ LORENZO, "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207-230.

estrictamente personales: efectos del matrimonio, divorcio, nombre y apellidos (46).

(46) En el Derecho de sucesiones, la *professio iuris* en torno a la ley nacional o a la ley domiciliar, que ya se encuentra en el art. 463 del C.C. boliviano de 1831 [*Cf.* 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. 240], es la solución de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado de 1987, al permitir optar por la ley nacional desplazando la aplicación de la ley domiciliar (arts. 90 y 91); una solución similar se observa en el art. 46.1° de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995, si bien en este caso la elección opera a favor de la ley de la residencia habitual frente a la regla general de la ley nacional, y presenta ciertas cautelas vinculadas a los derechos legitimarios y a la conservación de la residencia en el momento del fallecimiento (la introducción de la autonomía de la voluntad en algunos sectores del Derecho de familia y de sucesiones es uno de los elementos más característicos de la reforma de la legislación italiana, que ha procedido a relativizar el imperio de la ley nacional en dicho sistema, desde los postulados de P.S. Mancini: *cf.* N. MARCHAL ESCALONA, "La Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995" *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1996-1, pp. 480-481). Idéntica *professio iuris* se desprende del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (art. 5.1°). Fórmulas más limitadas se encuentran asimismo en el art. 25.2 E.G.B.G.B. (ley alemana como *lex rei sitae* de los inmuebles) y en las disposiciones de algunos Estados de Norteamérica (*vid.* más detalladamente A.E. VON OVEREBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itineraires en droit. Hommage à françois Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 628-632; N. WATTÉ, "L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye", *Rev. belge dr.int.*, 1991, pp. 413-417).

En materia de relaciones entre los cónyuges, puede decirse que la autonomía conflictual se pierde en la antigüedad. Con ocasión de su matrimonio, el Cid otorga arras a Doña Jimena "por fuero de León", aunque comprendía bienes y heredades en Castilla (Cf. F.K. JUENGER, "Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos", *Principios, objetivos y métodos en Derecho internacional privado. Balanca y perspectivas de una década*, Madrid, 1995, p. 38); En 1490 hay constancia de capitulaciones matrimoniales sometidas a la ley aragonesa (Vid. J. DELGADO ECHEVARRÍA, "Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490", *Revista de Derecho civil aragonés*, 1997.2, pp. 11 ss. M. P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, 1999, p. 104). Más actualmente, la autonomía conflictual relativa a las relaciones entre los cónyuges aparece, entre otras fuentes, en el Convenio de La Haya de 1978 sobre regímenes económicos matrimoniales, el art. 14 EGBGB y el art. 9.2° CC español, sin olvidar la pionera decisión del *Hoge Raad* holandés de 10 de diciembre de 1976 (cf. T.M. DE BOER, "Forty Years on: The evolution of Postwar Private International Law in Europe", *Forty Years on: the Evolution of Postwar Private International Law* in Europe, Deventer, 1990, pp. 12-13. Para más detalles sobre la asunción en el Derecho comparado de la autonomía conflictual en este sector, *vid.* la relación de A.E. VON OVERBECK "L'irrésistible...", *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 632-635. En el ámbito convencional *cf.* N. Watté, *loc.cit.*, pp. 413-437). En algunos ordenamientos, el principio de libertad personal se traduce en la prioridad del régimen económico matrimonial pactado por las partes frente a cualquier eventual Derecho aplicable (art. 12 del C.c. del Congo; art. 10 del Código de Familia de Panamá; art. 80 del Código de Familia de Filipinas; art. 235 del C.c. de Ruanda; art. 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Tailandia; art. 3123 del C.c. de Quebec). En algunos casos, semejante autonomía material es muy limitada o ficticia, al someterse a las normas imperativas del foro (art. 47 del Código de Familia de El Salvador; art. 135 C.c. de Paraguay), permitir una simple conversión, en caso de cambio de nacionalidad, adaptada al ámbito de las capitulaciones admitidas por la ley del foro (art. 52 del C.c. de Gabón), o limitar la autonomía conflictual a la elección de la ley del foro (§ 17 de la Ley finlandesa de 5 de diciembre de 1992, relativa a determinadas relaciones del Derecho de familia de naturaleza patrimonial). El § 19 de la Ley de Derecho internacional privado austríaca de 25 de junio de 1978 se muestra en este punto más progresista al permitir una elección libre por los cónyuges del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial. La Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987 limita dicha posibilidad de elección a la ley del domicilio común o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges (arts. 52 y 53), reglamentación semejante a la de la ley de Derecho internacional privado de Liechtenstein de 1996. La ley italiana de 1995 establece asimismo una limitación en torno a la ley de la nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges (art. 30), similar a lo previsto en el art. 14 de la Ley turca de Derecho internacional privado de 1982. Aún más estricta es la limitación a la autonomía conflictual en el art. 161 del Código de familia ruso de 1995, pues sólo puede operar ante la ausencia de nacionalidad y residencia común. Dicha elección, aunque libre, se ve limitada en el art. 21 de la Ley rumana de Derecho internacional privado de 1992 al régimen y los efectos del régimen económico matrimonial pactado. Lo mismo ocurre a tenor del art. 37 de la Ley yugoslava de Derecho internacional privado de 1982, pero siempre que lo permita la ley aplicable a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, en cuya determinación (art. 36) no interviene la autonomía de los cónyuges. El Derecho español (art. 9.2° CC), de forma muy similar al Derecho alemán (arts. 14 y 15 E.G.B.G.B.) aparece como uno de los ejemplos más progresistas. La autonomía conflictual abarca tanto los efectos personales como los patrimoniales, y la autonomía conflictual sólo cede ante la ley nacional común al tiempo de contraer matrimonio (*Vid.* sobre la redacción del actual art. 9.2° CC y el alcance de la reforma de 1990: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1991, pp. 626-634, esp. p. 629). Tal vez esta sea una razón de crítica para los legisladores español y alemán. Tal límite impide muchas veces que matrimonios de extranjeros residentes en España, y plenamente integrados en nuestra cultura, puedan optar por unas relaciones familiares adecuadas al medio en que viven, y a la inversa [*Cf.* en este sentido P. GANNAGÉ, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, p. 448. A juicio de D. HENRICH, esta disponibilidad de la ley nacional común debe ser admitida cuando ceda en favor de la elección de la ley del foro coincidente con la común residencia de los cónyuges (*cf.* "Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Familienrecht", *Comparative Law in the World Today. The 40th. Anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan*, Chou University, 1988, pp. 566-567)].

Finalmente la Ley holandesa de 25 de marzo de 1981 sobre conflictos de leyes en materia de disolución del matrimonio introduce dicha autonomía conflictual en un ámbito particularmente imperativo y sensible como es el divorcio, si bien su orientación sea claramente legeforista (*Rev.crit.dr.int.pr.*, 1981, pp. 809 ss. Nota de R. VON ROOIJ), al igual que el Derecho español tras la reciente reforma del art. 107 C.c. Lo mismo puede decirse del Derecho internacional privado suizo relativo al nombre y apellidos, si bien abre la posibilidad de que cualquiera pueda someter el régimen de su nombre y apellidos a su ley nacional (art. 37.2° de la Ley de 1987: Cf. F. STURM, "Die Parteiautonomie in sweizerischen IPR-Gesetz", *Freiheit und Zwang. Festschrift für Hans Geiger*, Berna, 1989, p. 686).

(47) P. GANNAGÉ ha puesto de manifiesto que la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia no encuentra, obviamente, la misma justificación en el mundo occidental que en los países con sistemas plurilegislativos de base personal (*cf.*, "La pénétration...", *loc.cit.*, pp. 430-432).

La justificación de esta extensión de la autonomía de la voluntad, al margen de las exigencias propias de los sistemas plurilegislativos de base personal (47), se encuentra en la postulación de los intereses estrictamente individuales y de grupo, derivados de un valor o principio de liber-

tad (48). En el ámbito concreto del derecho de familia, el principio de libertad personal se combina con la libertad religiosa y de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad (49) para configurar un sector del ordenamiento cada vez menos intervenido, pero en el que aún son necesarias ciertas cautelas, particularmente en orden a garantizar que la elección sea libre y no haya discriminación o imposiciones de género contrarias al principio de igualdad de sexos(50) .

Este principio de libertad, que no de absorción o integración, justifica directamente la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia, como mecanismo para promover esa plenitud y participación voluntaria en la vida cultural y social. Tanto en Europa como en Norteamérica, los importantes movimientos migratorios hacen que residan en estos países multitud de extranjeros que por razones demográficas y económicas tiene un acceso limitado a la adquisición de la nacionalidad (51). Y aún cuando fuera por el deseo personal de mantener su nacionalidad, una residencia continuada aconseja conceder la libertad de optar, en particular, por la ley de su residencia. De esta forma, se adecua una política de integración o asimilación con el debido respeto a la libertad individual y cultural de los inmigrantes (52). Todo ello justifica que deba enervarse la limitación en la elección de la ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges cuando media nacionalidad común, obstáculo insalvable a la luz de legislaciones *a priori* progresistas como la española o la alemana (art. 9.2° C.c. español, y arts. 14 y 15 E.G.B.G.B., respectivamente).

La vinculación de este principio de libertad con la naturaleza personal de las instituciones impone límites de proximidad a la autonomía conflictual, que evite eventuales fraudes. Normalmente, junto a la nacionalidad como conexión principal, la elección debe reducirse a conexiones objetivas que presenten un grado de vinculación personal y social del individuo o grupo, particularmente la residencia habitual. De ahí que la técnica de

(48) *Vid.* en este sentido J.-Y. CARLIER, *op.cit.*, pp. 239-241; P. GANNAGÉ, "La pénétration...", *loc.cit.*, p. 426; F. SCHWIND, "Neue Tendenzen im Internationalen Privatrechts", *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1989, p. 107.

(49) *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley*, Granada, Comares, 2000, pp. 67-69.

(50) *Vid.* B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, París, LGDJ, p. 40.

(51) Este dato es puesto de relieve convenientemente por J.-Y. CARLIER, *op.cit.*, pp. 234-239.

(52) *Vid.* P. GANNAGÉ, "La pénétration...", *loc.cit.*, p. 428.

la *professio iuris* se presente como la más válida en este sentido (53). Pero, en suma, la expansión de la autonomía conflictual en materias no patrimoniales confirma, según palabras de K. Siehr, un "cambio definitivo de valores" en el ámbito del Derecho internacional privado (54), una nueva orientación hacia un principio de libertad individual y de los grupos, atenta al respeto de la libertad de creencias y culturas, consecuente con un Derecho internacional privado más orientado al individuo y a su función como canal de comunicación intercultural. Esta es la opción, por otra parte, recogida en la *Res. I.D.I. de El Cairo de 1987.*

C) Correctivos materiales

14. La perspectiva conflictual no es suficiente, sin embargo, para dar una respuesta completamente eficiente a las situaciones familiares internacionales en que colisionan distintas concepciones culturales. Finalmente, la técnica conflictual "nacionaliza" situaciones heterogéneas y genera "conflictos ocultos". El análisis en dos escalones (*Zweistufentheorie*) trata de dar respuesta, desde el Derecho de familia, a esta rémora clásica del planteamiento savignyano (55) Las *Sents. Hoge*

(53) *Vid.* J.-Y. CARLIER, *op.cit.*, pp. 257-270; G.A.L. DROZ, *loc.cit.*, pp. 242-243; A.E. VON OVERBECK, "La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", *Liber amicorum Baron Louis Frédericq*, Genk, 1966, pp. 1.085 ss.; F. VISCHER, "General Course on Private International Law", *R. des C.*, t. 232 (1992-I), pp. 127-128.

(54) *Vid.* "Die Parteiautonomie...", *loc.cit., op.cit.*, p. 509.

(55) Tal y como ha expuesto la doctrina alemana (*vid.* M. KELLER y K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, pp. 516-524; H.J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklauseln und internationales Familienrecht. Zu einer zwistufingen Theorie des internationales Privatrechts*, Munich, 1985; E. LORENZ: "Zweistufen theorie des IPR und ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht", *Fam.R.Z.*, 1987, pp. 645-653), la *Zweistufentheorie* responde básicamente a la misma propuesta del Cripto-Derecho internacional privado de H. JESSURUN D'OLIVEIRA (*vid.* "Krypto-Internationales Privatrecht", *Z.f.Rvgl.*, 1986, pp. 246-262; *Id.*, "Nota a la Sent. Hoog Raad de 10 de diciembre de 1976", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, p. 107). La idea ya está presente en W. WENGLER (*Internationales Privatrecht*, t. I, Berlín, 1981, pp. 264 ss.) También tiene en común con la *Datumtheorie* de A.A. Ehrenzweig el hecho de modular la respuesta conflictual (particularmente al resultar aplicable la *lex fori*), atendiendo al Derecho extranjero en cuanto hecho, si bien los planteamientos teóricos difieren (*vid.* AA.VV.: *Albert A. Ehrenzweig und das internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1986, especialmente H.J. HESSLER, "Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts", *ibíd.*, pp. 137-141; también E. JAYME, "The American Conflict Revolution and its Impact on European Private International Law", *Forty Years on: the Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 26-27).

Raad de 18 de noviembre de 1983, 28 de noviembre de 1984 y 30 de marzo de 1984, extraídas por H. Jessurun d'Oliveira, ilustran este método en sendos supuestos de contratos laborales con elemento internacional, en que el despido afectaba, respectivamente, a ciudadanos chino, marroquí y turco, empleados en los Países Bajos. Pese a la aplicabilidad de la ley holandesa (*lex fori* y *lex causae*), el Tribunal tuvo en cuenta la diversidad cultural del caso y el Derecho de origen para determinar cuestiones tales como la configuración de la relación patrono-empleado o la legitimidad de una ausencia laboral motivada por razones de desplazamiento al país de origen o convicciones religiosas (Ramadán). En estos casos, aunque el primer escalón remite a la *lex fori*, en un segundo escalón se tiene en cuenta el elemento extranjero e intercultural para interpretar el Derecho nacional a la luz del Derecho extranjero, quizá considerado como simple dato, con el único fin de incorporar a la decisión las diferencias culturales, religiosas y sociales que pueden apuntar a una decisión más modulada o incluso antagónica respecto de aquellos supuestos en que no concurren tales diferencias, por ejemplo considerando improcedente un despido laboral (56).

15. El correctivo clásico del "orden público" se erige como un elemento de equilibrio insoslayable en un sentido inverso: como "límite a la tolerancia". Aunque deba partirse de un concepto "atenuado" de orden público, que limite su intervención a aquellos casos en que resulte auténticamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales, su presencia es inevitable. El correctivo debe funcionar en todo caso con la necesaria sensibilidad hacia la diversidad cultural, lo que no es incompatible con una tutela efectiva de los derechos humanos. En Europa, este planteamiento ha trascendido a la hora de interpretar el correctivo de orden público, particularmente en el ámbito del Derecho de familia. E. Jayme se refiere a la concreción del orden público como correctivo funcional, concretamente cuando la pauta de valoración se extrae de un convenio internacional, aunque no se halle en vigor en el foro (57). Pues bien, con carácter general, esta apertura

(56) *Vid.* otros ejemplos en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", *El Islam jurídico y Europa, op.cit.*, pp. 181-189.

(57) Cf. "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 253-260, esp. pp. 255-256.

valorativa, fruto del fenómeno multicultural, redunda en beneficio de un principio de libertad personal, reconocido con carácter general en las Constituciones de los países occidentales. A ello se añade, como contrapunto, que los movimientos migratorios generan una vinculación de las relaciones jurídicas familiares con el país de inmigración (*Inlandsbeziehung*) que muy a menudo parece justificar una acción discriminada del orden público, que se ampara no tanto en parámetros jurídicos como antropológicos. En muchos casos, la normativa extranjera contraria al orden público encuentra una explicación antropológica que no es ya defendible en otro contexto territorial y cultural, lo que facilita la actuación del correctivo de orden público y el papel dominante de la *lex fori* (58). Analizaremos algunas de sus manifestaciones singulares en los apartados siguientes.

2. Luces, sombras y zonas grises

A) Celebración del matrimonio

16. La libertad en la elección de la forma de celebración del matrimonio constituye, sin duda, un aspecto positivo en la adecuación del Derecho internacional de la familia a la realidad multicultural (59). El sistema español puede ser un buen ejemplo de esta apertura desde las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueban los Acuerdos entre el Estado español con la Federación de Entidades religiosas Evangélicas de

(58) Esta tesis se mantiene singularmente en la obra de M-C. FLOBETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique (antropologie juridique et immigration)*, París, Karthala, 1994. Existen muy variadas manifestaciones de esta realidad. Como ejemplo, el nuevo protagonismo económico de la mujer senegalesa en Europa produce una evicción de la poligamia [cf. E. EVERS ROSANDER, "El dinero, el matrimonio y la religión. Comerciantes senegalesas en Tenerife (España)", *Mujeres de un solo mundo:* globalización y multiculturalismo, Granada, Universidad de Granada, 2002, p. 153].

(59) *Vid.* especialmente el extenso y documentado estudio de I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, singularmente pp. 60-74 y 122-194 sobre el matrimonio islámico y el matrimonio en los Estados musulmanes. Sobre este último, también A. MOTILLA y P. LORENZO, *Derecho de familia islámico: los problemas de adaptación al sistema español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 29-43. Sobre el matrimonio en los Estados mususlmanes, *vid.* en especial D. PEARL y W. MENSKI, *Muslim Family Law*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 139-398. Un compendio de legislación en materia de matrimonio y divorcio en los países árabes, con un capítulo previo sobre dichas materias en los sistemas no codificados, puede encontrarse en inglés en D. SUDQUI EL ALAMI y D. HINCHCLIFFE, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, Londres, Kluwer. 1996.

España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, viniendo a unirse con el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 para habilitar cuatro ritos de celebración religiosa alternativos a la forma "civil": canónico, hebrero, evangélico e islámico. El único borrón de esta normativa es que únicamente se admite el matrimonio canónico como forma religiosa cuando se trate de aplicar la ley española a un matrimonio celebrado fuera de España cuando al menos uno de los contrayentes es español, lo que no casa bien con el principio de aconfesionalidad del Estado (60). En esta reglamentación, el respecto a la identidad cultural se mantiene con sensibilidad y, a la vez, despejando cualquier duda sobre principios esenciales tales como la libertad para contraer matrimonio y la integridad del consentimiento matrimonial. De ahí que el consentimiento del *walí* o tutor matrimonial en el matrimonio según el rito islámico sea intrascendente para la validez del matrimonio, por cuanto se exige y garantiza la concurrencia de un consentimiento libre e incondicionado por parte de los contrayentes. Al margen de que el *walí* exprese formalmente el consentimiento siguiendo el mandato de la esposa, como ocurre en el Derecho marroquí, o su intervención sea más decisiva, el consentimiento de la esposa debe ser asimismo expresado de forma individual en las condiciones formales requeridas (61). Otra cosa es que el *walí* pueda participar de forma igualmente folclórica a como en las bodas reales en España el monarca asiente con un gesto previo a la expresión del consentimiento matrimonial por príncipes e infantes. En el mismo sentido, los países occidentales no han tenido excesivos problemas a la hora de admitir la dote propia del matrimonio islámico, reconduciendo su régimen a figuras como la deuda alimenticia, el contrato o el régimen económico matrimonial, si bien con ciertos apuros y dudas a la hora de proceder a determinar su correcta calificación (62).

(60) *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA, "Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la D.G.R.N.", *La Ley*, núm. 4175, 27-11-96, pp. 1-7.

(61) *Vid.* sobre esta aspecto y su régimen diferencial en el sistema español en relación con las formas de matrimonio hebrea y evangélica, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 241; M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 69-71.

(62) *Vid.* especialmente E. ZABALO ESCUDERO, "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 246-252; *id.*, "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 15-18. También A. MOTILLA y P. LORENZO, *op.cit.*, pp. 151-153.

17. En contrapartida, el aspecto más negativo del moderno Derecho internacional privado de la familia trae causa, nuevamente, en la contaminación provocada por la política de inmigración y las normas de Extranjería. Se trata de los llamados "matrimonios de conveniencia", "por complacencia", "simulados" o "fraudulentos". Las ventajas que el matrimonio proporciona para obtener la residencia legal o facilitar el acceso a la nacionalidad facilita el recurso fraudulento a dicha institución. Para evitarlo, las políticas de inmigración contaminan el Derecho civil, procediendo a establecer presunciones objetivas de consentimiento simulado (63), cuyo rigor implica en muchos casos una vulneración frontal del derecho a contraer matrimonio y de otros derechos fundamentales (64);

(63) En el ámbito de la Unión Europea, la *Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997* sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos establece una orientación parecida, fijando una serie de presunciones para considerar fraudulento un matrimonio: no mantenimiento de la vida en común; ausencia de contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que medie un pago por contraer el matrimonio; los antecedentes de alguno de los cónyuges en este tipo de conductas. La detección de uno de estos factores obliga a los Estados a no expedir el permiso de residencia hasta que la autoridad competente compruebe que no se trata, en efecto, de un matrimonio fraudulento. En caso contrario, el permiso o autorización de residencia por matrimonio se revocará, se retirará o no se renovará. Evidentemente, la disposición comunitaria no prevé ni puede prever la nulidad del matrimonio, agotando su eficacia en el terreno del Derecho de Extranjería.

(64) La reciente experiencia española puede servir de ilustración, por la frecuencia demostrada con que las autoridades yerran en la apreciación, perjudicando el derecho fundamental a contraer matrimonio (art. 32 C.E.). Estos errores se ponen de manifiesto, en especial, en los supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, cuya inscripción se rechaza por el Consulado, así como el correspondiente recurso ante la D.G.R.N. Al intentar inscribirse posteriormente el mismo matrimonio en el Registro Central, se vuelve a rechazar por fraudulento, y se vuelve a recurrir a la D.G.R.N. En este último recurso, la Dirección repara en que ha pasado ya un buen tiempo y se acumulan los indicios de que, realmente, el matrimonio era auténtico, pese a la "absoluta certeza" del método seguido. En lugar de reconocer su error al considerar fraudulento un consentimiento que fue auténtico, la D.G.R.N. , con harto cinismo, habla de "hechos nuevos". La frecuencia de esta hipótesis es tal que ha dado lugar a una nueva rúbrica en el catálogo de calificación del propio Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado exclusivamente referida a tales casos: "Matrimonio celebrado en el extranjero.- Se ordena su inscripción en el Registro Central, a pesar de que fue denegada en el Registro Consular, porque hay hechos nuevos que justifican la existencia de consentimiento matrimonial". Ciertamente no hay ningún hecho nuevo, pues el consentimiento sigue siendo el mismo, a no ser que la DGRN opte por la "posesión de estado". Más bien lo que hay son errores viejos que se subsanan pasado el tiempo que los revela. Al mismo tiempo, la doctrina de la D.G.R.N. acerca de los matrimonios de conveniencia ha generado una auténtica discriminación entre españoles según la nacionalidad de la persona con quien pre

además, altera el carácter del consentimiento matrimonial en el matrimonio civil, que de suyo es independiente de la finalidad perseguida con el matrimonio, suscitando una vuelta al matrimonio romano-canónico. En muchos casos, las presunciones operan con criterios abiertamente discriminatorios y escasamente respetuosos con la convivencia multicultural. Así, a veces se emplea como argumento favorable a la validez del matrimonio el hecho de que ambos contrayentes profesen las misma religión o el contrayente español ostente asimismo o haya ostentado la nacionalidad extranjera del otro contrayente (65). Por lo demás, esta intromisión de las políticas de extranjería en el Derecho matrimonial acaba alterando las propias reglas de Derecho internacional privado, partidarias de someter el consentimiento y la capacidad matrimonial a la ley personal, cuando, en realidad, se sujetan a la *lex fori* sin excesivos argumentos (66).

18. El tratamiento de la poligamia nos sumerge en una zona gris, donde se producen los casos auténticamente difíciles. Por definición, la poligamia es considerada en muchos sistemas una práctica contraria a la dignidad de la mujer y, en consecuencia, incompatible con sus derechos fundamentales. En la práctica totalidad de las democracias occidentales resulta imposible concluir un segundo matrimonio válido mientras no se

tendan contraer matrimonio (art. 14 C.E.), que ha sido puesta de relieve por la *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 16 de octubre de 2000,* en relación con uno de los indicios habitualmente considerados como sospechosos: la diferencia notable de edad. *Vid.* más extensamente S. SÁNCHEZ LORENZO, "La inconveniente doctrina de la D.G.R.N. acerca de los matrimonios de conveniencia", *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero),* Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-273, *id.* "La contaminación del Derecho de familia por el Derecho de Extranjería: el ejemplo de los matrimonios de conveniencia", *Derechos humanos e inmigración,* Motril, 2002, pp. 67-92.

(65) Así, las *Ress. D.G.R.N. española de 10 de abril de 2000 (2ª) y de 22 de mayo de 1999 (1ª).*

(66) Debe señalarse que, en principio, en España la práctica exige que al menos uno de los contrayentes sea español, pues, formalmente, este control de la capacidad se realiza sobre la base de la aplicabilidad de la ley española (art. 9.1° del C.c.). Ello parece justificar la imposibilidad de juzgar un eventual fraude en el consentimiento si ambos son extranjeros, aunque no de ellos haya adquirido posteriormente la nacionalidad española [*Ress. D.G.R.N. (1ª) de 26 de noviembre de 2001, (2ª, 3ª, 4ª y 5ª) de 11 de septiembre de 2002, (5ª) de 29 de junio de 2002].* La incoherencia es manifiesta cuando se aplica la doctrina del Derecho español acerca del matrimonio simulado o fraudulento a un matrimonio entre una nigeriana y un alemán *[Res. D.G.R.N. (1ª) de 9 de marzo de 2001].* Evidentemente, al tratarse de un ciudadano comunitario, las cautelas del Derecho de extranjería vuelven a emerger sin justificación legal alguna, demostrando que la referencia a las normas básicas del Derecho civil o internacional privado es una pobre excusa que no logra ocultar el funcionamiento de la D.G.R.N. como una extensión del Ministerio del Interior.

disuelva el anterior, y la bigamia puede constituir un ilícito penal (67). También acontece así, por cierto, en algunos países arabo-musulmanes como Túnez o Turquía, a pesar de que el Corán tolere la poligamia según la interpretación más común (68). Consecuentemente, es perfectamente comprensible que el impedimento de ligamen se erija en una cuestión de orden público, más acentuada cuanto mayor sea la vinculación con el foro (*Inlandsbeziehung*) -especialmente si el primer cónyuge es nacional del Estado de inmigración-, y cualquiera que sea la ley nacional del contrayente polígamo y lo que establezca acerca de su capacidad nupcial (69).

(67) Así en todos los países de la Unión Europea *(vid.* S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH y A. BONOMI, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude e droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse),* Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1999, pp. 101 ss.)

(68) Y esta es la expresión correcta, pues, aunque la poligamia es lícita, se trata de una excepción únicamente "tolerada" en razón de necesidades procreativas, pero en realidad no bien vista moralmente, desde los postulados islámicos establecidos a partir de El Corán, particularmente en el rito malequita (vid. M.A. AL-MIDANI, "La famille musulmane et la Sharia", *Le droit de la famille en Europe,* Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 34-36; F-J. PANSIER y K. GUELLATY, *Le droit musulman,* París, puf, 2000, p. 61). *Vid.* asimismo las reflexiones de A. MOTILLA, "Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica", *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español,* Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162; A. MOTILLA y P. LORENZO, *op.cit.,* pp. 141-147; A. RODRÍGUEZ BENOT, "Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam,* Madrid, CGPJ, 2002, pp. 27-38). Por esta razón, desde la propia doctrina arabo-musulmana se viene advirtiendo que una posición liberal frente a la poligamia por parte de los países laicos tendría el efecto pernicioso de otorgar un crédito adicional a una institución que es criticada en el mismo seno de su medio de origen (*cf.* A.K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionel et laïque en droit international privé,* Paris, Dalloz, 1971, p. 143). Sobre la vinculación entre poligamia y orden público vid. asimismo I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *op.cit.,* pp. 276-284, quien realiza asimismo afirmaciones que sugieren la posibilidad de reconocer la poligamia como una opción válida y conforme al orden público, pues a su juicio, y entre otras razones, se trata de una contradicción económica, más que moral, desde el momento en que se admite, al menos de hecho, la monogamia simultánea con una unión de hecho (*ibíd.,* pp. 305-306). De la misma autora: "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam,* Madrid, CGPJ, 2002, pp. 143-220.

(69) Aunque válido sólo hasta principios de los años setenta, es interesante el estudio comparado del reconocimiento de la poligamia y del repudio en varis países occidentales de P. MERCIER, *Conflits de civilisations en droit international privé. Polygamie et répudiation,* Ginebra. Droz, 1972, esp. pp. 31-87.

Se trata de una intervención del orden público muy similar a que procede, por ejemplo, frente al impedimento de disparidad de cultos (70).

Ahora bien, la circunstancia señalada exige un tratamiento más atenuado en otras circunstancias. Por una parte, no hay inconveniente en reconocer la eficacia de matrimonios "potencialmente polígamicos". Así, la Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995 ha procedido a aceptar la validez de los matrimonios celebrados fuera del Reino Unido que, aun contraídos conforme a una ley que permita la poligamia (potencialmente polígamicos), resulten ser monógamos en la práctica (71). También resulta indicado la extensión al matrimonio polígamico del tratamiento propio del matrimonio putativo, y la permanencia de ciertos efectos para el contrayente de buena fe o los hijos (72). Es bien conocida, asimismo, la tendencia jurisprudencial de algunos países europeos y americanos en orden al reconocimiento de determinados efectos del matrimonio polígamico, que si bien no pueden alcanzar la validez del vínculo, sí permiten el reconocimiento de derechos de alimentos y sucesorios o prestaciones sociales para el segundo o ulteriores "cónyuges" (73). En efecto, pese a la ineficacia legal del matrimonio poli-

(70) Así, la prohibición contenida en algunos sistemas de inspiración islámica acerca del matrimonio de una mujer con un varón que no sea musulmán, o por motivo de disparidad de cultos, no será admisible por contradecir tanto el principio de no discriminación por razón de sexo como el principio de libertad religiosa. *Ad. ex.* en España *Res. D.G.R.N. (1ª) de 10 de junio de 1999*. Sobre esta cuestión *vid.* A. MOTILLA y P. LORENZO, *op.cit.*, pp. 149-150..

(71) *Vid.* P. OREJUDO PRIETO, "Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995", *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1996-2, pp. 341-342. Se trata de la conclusión de una reflexión doctrinal que nace del asunto Hyde v. Hyde en 1866, y que aparece bien resumida por A.K. ELGEDDAWY, *op.cit.*, pp. 192-193. Para un estudio comparado, con especial referencia al sistema británico, *vid.* L. PALSSON, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, Países Bajos, Sijthoff, 1974, pp. 150-170.

(72) *Vid.* B. ANCEL, "Le statut de la femme du polygame", *Le droit de famille è l'épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 106-123, esp. p. 110; A. Motilla, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 161-162; M. ALENDA SALINAS, "Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España", *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, 308-311.

(73) Singularmente en Francia, aunque dichos efectos no van más allá de la igualdad económica ni contamina los efectos personales. Así, según *Sent. Tribunal de Grand Instance de Versailles de 31 de mardo de 1965*, el marido polígamo no puede imponer a la primera esposa la presencia de la segunda en el domicilio conyugal (*Journ.dr.int.*, 1966, p. 97 y nota de A. Ponsard). *Cf.* A.K. ELGEDDAWY, *op.cit.*, pp. 215-257; D. ALEXANDRE, "L'intervention de l'ordre public

gámico, es posible que los inmigrantes procedentes de otras culturas vivan "de hecho" en semejante situación. En tales casos, un efecto atenuado del orden público aconseja prorratear derechos sucesorios o alimenticios entre todos los cónyuges. De igual modo, la prohibición de la poligamia tampoco aconseja optar en el Derecho de extranjería por preterir a los sucesivos cónyuges en derechos como la reagrupación familiar, reservando el privilegio al primer cónyuge o, aún peor, al que elija el propio reagrupante, tal y como se contempla en un buen número de normativas europeas y occidentales (74). Tampoco resulta saludable la denegación de residencia al extranjero polígamo, pues incita a la práctica del repudio. Así P. Lagarde rescata el ejemplo de la respuesta del Ministerio de Asuntos Sociales francés a un argelino que vive en Francia y desea obtener la nacionalidad francesa, instándole al compromiso de repudiar a su mujer que permanece en Argelia (75).

Estas reflexiones acerca de la zona gris de la poligamia nos lleva a formular un principio general: los derechos fundamentales que están en la

dans le droit de la famille en droit international privé français", *Le droit de la famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 111-112. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad", *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2001, pp. 322-327. En EE.UU. la jurisprudencia ha reconocido los derechos sucesorios de dos esposas pakistaníes en el asunto *Re Dalip Singh Bir's Estate* de 1948 (*cf.* P. Mercier, *op.cit.*, p. 72). En realidad, como bien apunta J.M. ESPINAR VICENTE, el orden público resulta necesariamente relativo para aquellos sistemas que admiten la "poligamia sucesiva", y contemplan un régimen de relaciones patrimoniales que afecta a las relaciones de un sujeto con su cónyuge y otros eventuales excónyuges (*Cf. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 26-27).

(74) En el ámbito de la Unión Europea, el art. 4.4 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, no permite la reagrupación de otro cónyuge en el caso de matrimonios polígamicos, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, y permite a los Estados miembros el establecimiento de límites adicionales de los hijos menores del otro cónyuge y del reagrupante (*D.O.C.E.* L 251/12 3.10.2003). *Vid.* I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Portularia. Revista de Trabajo Social*, vol. 3, 2003, p. 273; M.P. CANEDO ARRILLAGA, "La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar; algunos comentarios desde el Derecho internacional privado", *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 134-141. *Id.*: "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 203-205.

(75) *Vid.* "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française", *Nouveaux itineraries en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 281.

base de los límites a la tolerancia que encierra el correctivo de orden público no pueden conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse.

B) Relaciones entre los cónyuges

19. Como ya se ha señalado, el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (art. 9.2° del C.c. español) es, en realidad, el único supuesto en que el legislador español ha previsto la autonomía conflictual, en un sentido estricto (76), si bien este modelo ha sido aplaudido por su carácter progresista dentro del marco comparado (77). El abanico de opciones (ley de la nacionalidad o de la residencia de cualquiera de los contrayentes) parece lo suficientemente abierto, aunque no así las rígidas condiciones formales y temporales a que se somete dicha elección. Con todo, y a pesar de que la disposición resulta, en efecto, notablemente progresista, si se compara con la mayoría de los sistemas comparados, su principal defecto radica en impedir dicha elección cuando ambos contrayentes ostentan la misma nacionalidad (al igual que en Alemania), a diferencia de otros sistemas en que la autonomía conflictual es la conexión prevalente. La preeminencia de la ley nacional común es un resabio del tributo que rinde nuestro Derecho internacional privado histórico a la ley nacional, como dominadora del estatuto personal. Exceptuar dicho supuesto de la libre elección no se acomoda la concepción actual de la nacionalidad como vínculo estrictamente político, desprovisto de las connotaciones de vinculación sociológica que las rigurosas normas de inmigración se han encargado de hacer desaparecer. En un sector cada vez más "privado" se impone orientar las normas hacia los intereses de los particulares, evitando además supuestos de discriminación por razón de nacionalidad. Un español tiene libertad para diseñar sus relaciones matrimoniales en el supuesto en que contraiga matrimonio con un extranjero, pero no si lo hace con alguien de su misma nacionalidad. E idéntica discriminación padece un portugués o portuguesa residente en España que decide contraer matrimonio con una portuguesa o con un portugués. Si el sistema jurídico español, aún admitiendo la residencia en España de un matrimonio entre sujetos que ostentan la misma nacionalidad extranjera, limita considerablemente sus opciones para adquirir la nacionalidad española, resulta criticable que ni siquiera puedan optar por el Derecho español, correspondiente a su residencia, para regir sus relaciones matrimoniales, cuando un dilatado período de residencia en España puede haber provocado, de hecho, su integración social y la adquisición, por así decirlo, de la nacionalidad sociológica española. Una opción libre por la ley de su nacionalidad o por la ley española, como ley de la residencia, permite facilitar la integración voluntaria, pero habilita asimismo el respeto a su propia identidad cultural, amen del libre desarrollo de la personalidad. Estas son las razones que avalan la justa crítica a este precepto por parte de la doctrina española (78).

(76) Para un análisis más detallado de nuestra reglamentación *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 123-179.

(77) *Vid.* el análisis comparado de I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1996, pp. 167-202.

C) Divorcio y repudio

20. La disolución del matrimonio suscita igualmente luces, sombras y zonas grises cuando se pone en contacto con la diversidad cultural. Entre las luces, destaca la posibilidad del reconocimiento transfronterizo de divorcios *inter privatos*. Mientras que en muchos ordenamientos el divorcio exige la intervención judicial, en otros se trata de un acto más informal, eficaz incluso sin la intervención de una autoridad judicial, singularmente cuando la disolución del matrimonio se produce de mutuo acuerdo. Se trata de un práctica legal en países asiáticos, escandinavos, islámicos, pero también en modelos más cercanos, como el cubano. El Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones ya había tenido presente esta diversidad "cultural". Sobre esta base, el sistema español comenzó a partir de 1996 *(Sent. T.S. de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996)* a reconocer divorcios privados en cuyo procedimiento intervenían autoridades no judiciales (79), a cambio de que la autoridad no actuara como simple fedatario público y

(78) *Vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *loc.cit.*, p. 629. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 144-149; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, p. 575.

(79) En consecuencia, no puede admitirse actualmente la afirmación de que resulta contrario al orden público la disolución del matrimonio sin la intervención de una autoridad judicial, tal y como defienden algunos autores (*ad.ex.* M. MORENO ANTÓN, "El matrimonio islámico ante el Derecho español", *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho* comparado, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 626).

de alguna manera llevara a cabo cierta fiscalización de la ruptura del vínculo, sus consecuencias sobre los hijos menores, etc. En la práctica, esta doctrina ha conducido a cierta diferenciación o discriminación según el origen, facilitando únicamente el reconocimiento de los divorcios *inter privatos* originados en aquellos Estados más cercanos a nuestra cultura o civilización (80), pretiriendo las fórmulas características de los modelos islámicos.

21. En efecto, las sombras aparecen con frecuencia en torno a la eficacia de las fórmulas islámicas de repudio, particularmente si éste tiene lugar en el país de inmigración (81). En el caso de los países de cultura

(80) Los divorcios de mutuo acuerdo mediante escritura notarial en Cuba son reconocidos con normalidad, dado que la legislación cubana atribuye a los notarios autorizantes las competencias de control aludidas, e incluso la conversión del expediente en contencioso, razones suficientes para justificar su reconocimiento, habida cuenta del carácter definitivo de la extinción del vínculo matrimonial *(Autos T.S. de 4 de febrero de 1997, 12 de mayo de 1998, 7 de julio de 1998, 15 de junio de 1999, 5 de octubre de 1999, 23 de noviembre de 1999, 15 de febrero de 2000, 14 de marzo de 2000)*. Los supuestos en que se ha denegado el reconocimiento obedecen a la falta de competencia de la autoridad de origen, por ejemplo tratándose de dos españoles residentes en España *(Auto T.S. de 15 de febrero de 2000)*. El mismo trato favorable reciben los divorcios de mutuo acuerdo ante el Encargado del Registro Civil característicos de la legislación mexicana *(Auto T.S. de 29 de octubre de 1998)*, o el divorcio administrativo japonés *(Autos T.S. de 24 de noviembre de 1998 y 20 de mayo de 2002)*, danés (Auto T.S. de 8 de julio de 2003) o islandés *(Auto T.S. de 13 de octubre de 1998)*. En el caso del divorcio de mutuo acuerdo ruso, el criterio debe ser el mismo, si bien precisan exequátur, pues el Convenio bilateral sólo se extiende a las resoluciones judiciales *[Res. D.G.R.N. (5ª) de 14 de mayo de 2001]*. Mayores problemas plantea el reconocimiento del divorcio inter privatos procedente de Marruecos u otros países islámicos. En una serie de resoluciones iniciales *(Autos T.S. de 6 de febrero de 1998, 23 de julio de 1998)* se rechaza el reconocimiento de divorcios acordados por acta de los Adules notarios adscritos a la sección notarial de los Tribunales de Primera Instancia de Marruecos, por no acreditar la irrevocabilidad de la disolución y no aportar el informe exigido con vistas a probar el carácter de las funciones de los Adules autorizantes, en concreto, sobre su intervención constitutiva, y no meramente como fedatarios públicos, si bien lo cierto es que estos actos de los Adules vienen refrendados por la autoridad judicial, y no deberían plantear problemas acerca del carácter de la intervención de la autoridad. Más recientemente, la entrada en vigor del Convenio bilateral con Marruecos ha producido el traslado de esta cuestión a los Juzgados de Primera Instancia, por resultar incompetente el Tribunal Supremo *(Autos T.S. de 13 de octubre de 1998, 24 de noviembre de 1998, 16 de marzo de 1999, 23 de noviembre de 1999)*. Vid. para el reconocimiento en Brasil del divorcio privado japonés C. LIMA MARQUES, "O direito internacional privado solucionando 'conflitos de cultura': os divorcios no Japão e seu reconhecimiento no Brasil", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 547-572.

(81) En el Reino Unido el reconocimiento de la disolución del matrimonio por *talaq* (entendido estrictamente como repudio y no como divorcio judicial, si bien el término engloba a ambos) no plantea problemas si se realiza en el país de origen. Sin embargo, si se lleva a cabo en el Reino Unido carece de efectos, y debe recurrirse al procedimiento judicial inglés (Sentencia de la *House*

islámica, el reconocimiento del divorcio *inter privatos* suscita inconvenientes de fondo, más que de forma. Básicamente, las fórmulas de repudio pueden ser contrarias al orden público, al ser privilegio del marido y vulnerar el principio de igualdad de sexos. En segundo lugar, los mecanismos de repudio conllevan a menudo una indefensión procesal de la esposa, e, igualmente, debe tenerse en cuenta que el repudio suele ser revocable. Sin embargo, no debe descartarse taxativamente la posibilidad de reconocer en los países occidentales un repudio islámico, incluso pronunciado en sus territorios (82). La revocabilidad, de un lado, no es absoluta. Así el tercer repudio tras dos repudios sucesivos es irrevocable en el Derecho marroquí y en otros sistemas jurídicos, y cualquier repudio deviene irrevocable tras el plazo de seis meses a lo sumo (*idda*). Estos datos son fácilmente constatables y habrían justificado el reconocimiento

of Lords en el caso "Fátima" en 1986; *vid.* por todos D. PEARL y W. MENSKI, *op.cit.*, pp. 87-106), lo que invita a un simple desplazamiento al país de origen, tal vez vacacional, que es aprovechado para un repudio eficaz. En Alemania, el tratamiento es muy similar, y ha dado lugar a severas críticas por el tratamiento diferencial que conlleva (*vid.* D. GORDON, "Ghulam Fatima: Extra-judicial Divorces and the House of Lords", *Family Law*, 1986, pp. 169 ss.). *Vid.* asimismo el planteamiento comparado de F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. II, París, Economica, 1994, pp. 522-530, y, para el caso de Francia, la documentada monografía de R. EL-HOUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, París, LGDJ, 2002. En el caso de Francia, al igual que ocurre con el matrimonio pologámico, el reconocimiento del repudio se hace depender en buena medida de la *Inlandsbeziehung*, resultando más restrictivo si afecta a matrimonios domiciliados en Francia o a cónyuges de nacionalidad francesa (*vid.* una defensa doctrinal de este criterio en H. GAUDEMET-TALLON, "La desunión du couple en droit international privé", *R. des C.*, t. 226 (1991-I), pp. 270-271; D. ALEXANDRE, "La protection de l'épouse contre la répudiation", *Le droit de famille à l'épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 140-142). A nuestro juicio, este funcionamiento del orden público tiene el inconveniente de una gradación *ratione personae* de un orden público inspirado en la protección de derechos fundamentales, hecho de escasa justificación si se pretende sobreponer la conveniencia de evitar situaciones claudicantes sobre cuestiones más esenciales como la dignidad humana.

(82) La jurisprudencia francesa, concretamente, ha protagonizado una atenuación del correctivo de orden público frente a la unilateralidad y revocabilidad del repudio (*cf.* R. EL-HOUSSEINI BEGDACHE, *op.cit.*, pp. 153-165), e incluso la doctrina ha defendido la posibilidad de un repudio pronunciado en Francia –por analogía con el matrimonio consular (*cf.* J. DÉPREZ, *loc.cit.*, pp. 159-160)-, hechos que han provocado una reacción crítica de la doctrina árabe más progresista, esencialmente en Túnez o Turquía (*cf.* en relación con este último T. YÜCEL, "Les traits essentiels du droit familial", *Le droit de famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 172-173; M. ZWAHLEN, *Le divorce en Turquie*, Ginebra, Droz, 1981), países que aplican con rigor el orden público para negar efectos frontalmente efectos al repudio o la poligamia admitidos en otros países islámicos (*cf.* K. MEZIOU y A. MEZGHAN, "Les musulmans en Europe. L'application de la loi nationale au statut personnel: essai de clarification", *Cahiers des droits Maghrebins*, 1995, pp. 65 ss).

en algunos supuestos en que el T.S. español lo ha rechazado. En segundo lugar, la acción del orden público en defensa de la esposa no parece de recibo cuando es precisamente ella quien solicita el reconocimiento, o ha aceptado el divorcio contrayendo nuevo matrimonio. Como demuestra el excelente estudio de A. Quiñones Escámez (83), los supuestos más frecuentes de solicitud de reconocimiento de repudios se producen a instancia de la mujer. Finalmente, hay tipos de repudio en que la mujer no aparece discriminada o mantiene suficientes garantías procedimentales (repudio tipo *khul'a*) (84). De ahí que deban saludarse decisiones como el *Auto T.S. español de 21 de abril de 1998*, reconociendo un repudio de la esposa española por parte del esposo egipcio, por acta notarial proveniente de Egipto, teniendo en cuenta "el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público internacional (...) mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la Sentencia con ese mismo contenido" (85). En la misma línea, el Derecho holandés (86) y el belga (87) se muestran favorables al reconocimiento sobre la base del consentimiento expreso y tácito de la mujer. Esta práctica, y no el rechazo apriorístico del repudio, se

(83) *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.

(84) Para un estudio del repudio islámico (talaq) y sus diversas formas, *vid.* L. MILLIOT y F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, París, Dalloz, 2001, pp. 350-401.

(85) *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA, "El repudio ante la jurisprudencial del Tribunal Supremo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 5, 2002, pp. 367-376; c. GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO: "El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 411-426.

(86) Art. 3 de la Ley de 1981.

(87) *Cf.* M- LIÉNARD-LIGNY, "La répudiation", *Relations familiales internationales*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 26

muestra respetuosa con el principio general que habíamos formulado al tratar la cuestión de la poligamia: los derechos fundamentales que están en la base de los límites a la tolerancia que encierra el correctivo de orden público no pueden conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse.

22. Muchos más delicado es el tratamiento de las fórmulas se separación y divorcio y la determinación del Derecho aplicable, que se mueve en las penumbras de las zonas grises. La reciente reforma del art. 107 del C.c. español por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre es un buen ejemplo de la imbricación de las políticas de inmigración en el Derecho internacional privado (88). El legislador español ha procedido a una orientación material de la norma de conflicto en esta materia con el fin de facilitar la integración de los extranjeros procedentes de otras culturas. Aunque en una primera parte la ley aplicable a la separación y al divorcio se formula de forma neutral y tradicional, remitiendo sucesivamente a la ley nacional común y a la ley de la residencia habitual precisada con diversas fórmulas, lo que nos interesa destacar ahora son las excepciones a favor de la *lex fori* (ley española) que se contienen en el apartado segundo, cuando al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La primera de ellas se refiere a las demandas de separación o divorcio presentadas ante el Tribunal español por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro (art. 107.2. b). Esta excepción introduce la posibilidad en tal caso de la autonomía de la voluntad, cuando la demanda se plantea por los cónyuges sobre la base del Derecho español. En efecto, si ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad extranjera y, residiendo en España, plantean su divorcio o separación de mutuo acuerdo, de conformidad con su Derecho nacional (primera conexión del art. 107.2°), la excepción carece de sentido, pues, tal y como apunta la propia Exposición de motivos, la excepción parece pensada para eludir una ley nacional común que restrinja o limite el derecho a la separación y el divorcio.

(88) *Vid.* M. PILAR DIAGO DIAGO, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294.

La segunda excepción, cuya aplicación exige asimismo que al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, tiene que ver con el supuesto de que ninguna de las leyes referidas reconozcan la separación o el divorcio o, reconociéndolos, lo hagan de forma discriminatoria o contraria al orden público (art. 107.2 c). El precepto faculta en este caso la aplicación de la ley española, y al referirse al orden público está pensado expresamente en las restricciones impuestas en especial a la mujer por algunos derechos islámicos. Aunque su intención sea saludable, lo cierto es que esta regla provoca de hecho que, al ser aplicada la ley española, el divorcio o la separación sean decisiones claudicantes, a menudo inefectivas en el país de origen de los inmigrantes. Tal circunstancia acaso hiciera preferible un sistema que partiera de una aplicación de principio de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales como el orden público o el análisis en dos escalones o, en todo caso, a partir de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptar la mejor estrategia sobre el Derecho aplicable (89). Esta posibilidad estaba pensada específicamente para supuestos característicos, referidos a matrimonios de marroquíes cuya ley nacional no contempla la posibilidad de separación judicial, abocando al rechazo de la demanda (90) o a la aplicación subsidiaria de la ley española por "falta de prueba del Derecho extranjero" (91). Admitir ahora la demanda de separación de dos marroquíes en España, sobre la base de la ley española, no impide que la sentencia española sea ineficaz en Marruecos, y es discutible que se trate de una buena solución cuando existen otras alternativas de resolución de la crisis matrimonial, básicamente sobre la fórmula del divorcio, que podrían ser tan efectivas en España como en Marruecos. En cambio, es bastante más justificado que pueda operar el orden público si la ley extranjera contempla causas de divorcio contrarias a los derechos fundamentales y, en particular, a la igualdad de los cónyuges. Así, aunque la infidelidad pueda ser, objetivamente, causa de divorcio, no resultará admisible si la

(89) *Vid.* en este sentido A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 282-299.

(90) *Ad. ex. Sents. Aud. Prov. de Madrid de 21 de febrero de 2000 y Aud. Prov. de Barcelona (sección 12ª) de 6 de abril de 2000.*

(91) *Sent. Aud. Prov. de Barcelona núm. 34/2004 (sección 18ª) de 19 de enero.*

ley extranjera configura dicha causa de forma discriminatoria, admitiendo, por ejemplo, el adulterio de la mujer como causa de divorcio, pero no así la infidelidad del marido. Con carácter general, además, no se podrá declarar el divorcio a partir de una ley extranjera que contemple la disolución del vínculo como un privilegio exclusivo de la voluntad de uno de los contrayentes (*ad. ex.* determinadas formas de repudio en los Derechos islámicos), como bien subraya la *Sent. Aud. Prov. de Madrid de 28 de septiembre de 2000,* respecto del Derecho iraní.

D) Filiación

23. La filiación adoptiva constituye acaso la institución más problemática en el ámbito de la filiación, desde un punto de vista internacional. Por una parte, los desequilibrios regionales y la globalización han permitido el desarrollo de un mercado cautivo de niños, donde florece un negocio de exportación de criaturas humanas contrario al respeto a los más elementales derechos fundamentales. La escasa natalidad en los países receptores, singularmente en Europa, hace muy difícil la adopción de menores nacionales, por lo que dicha institución se nutre del excedente de países en vías de desarrollo o en franco subdesarrollo. Semejante situación exige extremar las cautelas para evitar un auténtico mercado cautivo de menores adoptables, que requiere a su vez mecanismos de cooperación internacional que, junto a las iniciativas unilaterales, introduzcan un fuerte control de los procedimientos de adopción. A esta necesidad responde específicamente el 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, en vigor en países tradicionalmente receptores como España, Portugal, Alemania, Francia e Italia, y otros países como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, por citar a los países representados en el IHLADI (92). El Convenio introduce fuertes garantías en los procedimientos de adopción, tutelando en todo momento

(92) El Convenio, por otra parte, introduce un tratamiento material infinitamente más efectivo y deseable que el que consigue con métodos tradicionalmente conflictuales la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores celebrado en La Paz en 1984.

el interés superior del niño y sus derechos fundamentales, y desarrollando de forma concreta principios generales ya reseñados en el artículo 21 de la Convención sobre derechos del niño de 1989 (93).

Frente a la luz que arroja el Convenio de La Haya de 1993, las sombras derivan de las distintas concepciones en torno a los fenómenos adoptivos y agnaticios que generan un déficit de reconocimiento o libre circulación internacionales de estas fórmulas de prohijamiento y protección de los menores. Por una parte, nos enfrentamos con la prohibición de la adopción en la gran mayoría de los países islámicos, inspirada en algunos pasajes del Corán y en los propios conflictos familiares del profeta (94). Instituciones como la *kafala* no pueden ser asimiladas ni reconocidas

(93) El Convenio de La Haya se refiere a las adopciones internacionales que impliquen el desplazamiento del niño de un Estado parte a otro. El interés del menor justifica que se introduzcan ciertas exigencias materiales que actúan como condición para estas adopciones, y que se refieren a la propia actuación de las autoridades de origen del niño, que deben establecer su adoptabilidad y la concurrencia del interés del menor, así como garantizar la concurrencia y fundamento de los consentimientos necesarios, la ausencia de compensaciones económicas, la adecuada información al niño y la toma en consideración de sus deseos y opiniones, e incluso de su consentimiento libre y desinteresado. Asimismo, se establecen cautelas que debe observar el Estado de recepción acerca de la idoneidad de los padres adoptivos, su debido asesoramiento y la ausencia de obstáculos a la entrada y residencia permanente del niño en su Estado. El mecanismo de cooperación que garantiza el cumplimiento de estas exigencias se funda en las autoridades centrales. El Convenio establece asimismo ciertas exigencias de probidad para los organismos acreditados que cooperan con las autoridades de los Estados parte (art. 11). De forma muy detallada, el capítulo IV del Convenio de La Haya regula las condiciones de procedimiento de las adopciones internacionales sujetas a su ámbito de aplicación. La solicitud de adopción se cursa a través de las autoridades centrales (art. 14). La autoridad del Estado de recepción elabora un detallado informe sobre los solicitantes, que remite a la autoridad de origen. La autoridad de origen elabora a su vez un exhaustivo informe, repleto de garantías, sobre la idoneidad del niño, sus condiciones personales, médicas y socioculturales, los consentimientos necesarios y la consideración del interés del menor, que reenvía a la autoridad central del Estado de recepción. La prosecución del procedimiento de adopción depende, entonces, de que se cumplan las exigencias previstas en el artículo 17, relativas a la conformidad e idoneidad de los padres adoptivos y la remoción de cualquier duda acerca del derecho del niño a acceder al territorio del Estado de recepción y a residir allí permanentemente. En todo caso, ambas autoridades centrales deben consentir en la prosecución del procedimiento. El desplazamiento del niño al Estado de recepción está asimismo plagado de garantías sobre su seguridad, su ajuste a los Derechos de extranjería respectivos, y de que, en general, se realice en condiciones adecuadas. Añade el Convenio ulteriores cautelas sobre la información mutua acerca del procedimiento de adopción y, si éste debe desarrollarse en el país de recepción, el Convenio regula incluso las medidas de protección del niño para el caso en que la autoridad central del Estado de recepción estime que no resulta adecuado culminar la adopción, en interés del menor (art. 21).

(94) El matrimonio de Mahoma con Zeinab, su prima y esposa de su hijo adoptivo Zayd, puede estar en el origen de la prohibición de la adopción como vínculo de filiación en el Islam, por la contrariedad que supondría el matrimonio con la esposa del hijo.

como adopciones en los países occidentales, en que el vínculo de filiación es consustancial. Para resolver esta dificultad, garantizando la continuidad de esta forma de protección del menor, procede buscar una transposición o equivalencia de instituciones mediante otras vías alternativas, descartando la simple y llana negación de efectos (95).

La solución no es muy distinta cuando se trata de adopciones simples creadas al amparo de un sistema jurídico que reconoce la permanencia del vínculo familiar de origen o la revocabilidad de la adopción (96). Ambas condiciones nos llevan a una zona más gris. Si parece clara la imposibilidad de reconocer como adopción una institución como la *kafala* que no establece vínculo de adopción alguno entre el adoptante y el menor, exigiendo su reconducción hacia figuras como el acogimiento familiar o la tutela, las otras dos condiciones señaladas admiten soluciones más matizadas (97). La revocabilidad puede ser sanada mediante la simple renun-

(95) *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, "Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales", *Derecho internacional privado y relaciones internacionales en el mundo merditerráneo*, Madrid, 1999, pp. 195-206. La *Sent. Aud. Prov. de Granada (sección 4.ª) de 25 de abril de 1995* es una muestra palmaria de calificación funcional. La Audiencia considera apropiado, para iniciar un expediente de adopción, que las partes recurran al número 3 del artículo 176.2 C.c., al considerar que la menor llevaba más de un año en situación de acogimiento por el adoptante, "teniendo en cuenta que la adopción que legalmente se realizó en el Estado marroquí por el adoptante respecto de la menor María, hace tres años, no produce en nuestro ordenamiento los efectos legales de una adopción, pero sí crea unas relaciones jurídicas iguales a las del acogimiento y así lo ha expresado la DGRN en la resolución antes mencionada de 14 de mayo de 1992 al establecer que la adopción del Estado marroquí, llamada *kafala*, envuelve una situación personal de prohijamiento y acogimiento que será anotable en el Registro Civil conforme a los artículos 81 y 154.3 del Reglamento del mismo Registro. Por tanto es totalmente equiparable el acogimiento en nuestro ordenamiento con el *kafala* del ordenamiento marroquí".

(96) Se trata de una fuente de conflictos muy habitual entre sistemas como el español, el italiano o el alemán (por citar sólo sistemas de Estados parte en el Convenio de La Haya), que mantienen la adopción plena sobre un principio muy exigente de ruptura de los vínculos anteriores, y algunos modelos latinoamericanos que distinguen entre adopción plena y simple y contemplan posibilidades de conversión [*cf.* F. BOULANGER, *Enjeux et défis de l'adoption (étude comparative e international)*, París, Economica, 2001, pp. 230-237. Un estudio del régimen de los sistemas jurídicos de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Honduras, algunos Estados mexicanos, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela se encuentra en F. CALVO BABÍO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 123-178].

(97) Con carácter general, son tres los elementos determinantes de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero respecto de la prevista en la legislación española: integración plena del adoptando en la familia adoptiva, extinción de los vínculos con la familia anterior e irrevocabilidad de la adopción. Estos criterios han servido a la D.G.R.N. para denegar la inscripción de adopciones constituidas en Marruecos, Paraguay, Guatemala, El Salvador, México o la

cia a tal derecho, facilitando el reconocimiento de la adopción (98). Y en cuanto al mantenimiento de los vínculos con la familia de origen, el propio Convenio de La Haya de 1993 facilita la superación de dicho límite cuando no está previsto en el país donde ha de reconocerse la adopción, pero se admite en la legislación del país de origen, exigiendo ciertos consentimientos (art. 4) que habilitan dicha conversión hacia la adopción

República Dominicana. Además, en el caso de Brasil, no se reconoce, salvo supuestos excepcionales, la equivalencia de las adopciones entre mayores de edad. En contrapartida, la misma regla de equivalencia permite el reconocimiento de las adopciones peruanas o ecuatorianas, en este último caso tras la reforma de su Derecho interno en 1992. La falta de reconocimiento como adopción no implica que tal acto no pueda ser reconocido en España con los efectos que produce en el país de origen. Ahora bien, la imposibilidad del reconocimiento como adopción impide su inscripción registral como tal o la producción de sus efectos propios, debiendo transponerse la institución a fórmulas aproximadas, como el acogimiento, o justificando una mera anotación registral con efectos puramente informativos. En relación con el requisito de la revocabilidad, la D.G.R.N. ha mostrado en ocasiones cierta flexibilidad, al margen de la posibilidad que ofrece actualmente el último párrafo del artículo 9.5º del C.c. En ocasiones, tal flexibilidad se apoya en argumentos sumamente toscos. Así, la *Res. D.G.R.N. de 25 de marzo de 1998* reconoce una adopción nepalí revocable, simplemente obviando la legislación nepalí que admite dicha revocabilidad exclusivamente para los adoptados varones, considerándola discriminatoria y contraria al orden público. Evidentemente, el reconocimiento de la adopción no es una cuestión de Derecho aplicable; si así fuera, podría obviarse cualquier legislación extranjera que admitiera la revocación de la adopción sin distinciones por razón de sexos. De lo que se trata es de no reconocer en España una institución que, conforme a la ley de origen, produce efectos no admisibles en nuestro país. En contrapartida, en varias resoluciones se reconocen las adopciones vietnamitas, sobre un correcto análisis de las causas de revocabilidad del Derecho vietnamita. Así, la *Res. D.G.R.N. de 6 de mayo de 2000,* siguiendo la doctrina de las *Ress. D.G.R.N. de 30 de marzo y 1 de junio de 1999* indica al respecto: "Las divergencias parecen encontrarse en la revocación de la adopción, porque, mientras en España sólo es posible una extinción judicial de la adopción en el caso extremo del artículo 180 C.c., en Vietnam la extinción de la relación adoptiva es admitida con mayor amplitud en el artículo 39 de la Ley de 29 de diciembre de 1986... En efecto, como ya lo indicó la Resolución de 1 de junio del pasado año, el artículo 39 de la Ley Vietnamita prevé que 'la adopción puede ser terminada si el adoptante o el adoptado o ambos cometen serios actos de violación física o moral mutua u otros actos que hagan desaparecer los vínculos sentimentales entre sí'. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la terminación de la adopción es decidida en todo caso por los tribunales y que es sólo la revocación voluntaria, y no la judicial, la que se opone a la concepción española de la adopción. Por otro lado difícilmente pueden promover la revocación los padres naturales, cuando se trata de un niño abandonado. Es evidente, por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de bastar que éstos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes".

(98) Así lo prevé el art. 9.5º *in fine* del C.c. español.

plena (art. 27) (99). Por otra parte, una cierta vuelta a la adopción simple, o al menos de su compatibilidad con el orden público, se viene amparando en el derecho de todo individuo a conocer su origen familiar (100) o a no "separar completamente al menor de sus raíces", como señala la *Sent. Cour de Cassation francesa de 31 de enero de 1990* (101). No se trata de un derecho que haya sido formulado ni perfilado con claridad, pero se apunta como un elemento para reconsiderar un régimen excesivamente rígido acerca de la adopción plena, singularmente en la dimensión internacional (102).

24. En el ámbito de la filiación por naturaleza, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su origen matrimonial o no matrimonial constituye un límite claro a la tolerancia. No cabe bajo ningún concepto una aplicación de normas extranjeras que establezcan cualquier tipo de discriminación personal, familiar, económica o sucesoria sustentada en esta diferenciación, más allá de elementales criterios distintos a la hora del establecimiento o prueba de la filiación. Como es sabido, la desigualdad de los hijos ante la ley y la prohibición de la investigación de la paternidad son principios característico de los sistemas islámicos que parece derivar directamente de las disposiciones del Corán (103).

(99) Acerca de esta posibilidad y las contradictorias opiniones acerca de su materialización cuando España sea el país receptor, *vid.* B.L. CARRILLO CARRILLO, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993,* Granada, Comares, 2003, pp. 294-299; A.L. CALVO CARAVACA, "Globalización y adopción internacional", *Globalización y Derecho,* Madrid, Colex, 2003, pp. 42-44; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero: una relectura del art. 9.5º CC a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia,* Madrid, Colex, 2000, pp. 181-202.

(100) *Vid.* A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El Derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odiévre c. France'", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales,* Madrid, Colex, 2004, pp. 511-530.

(101) *Rev.crit.dr.int.pr.,* 1990, p. 519 y nota de E. POISSON-DROCOURT.

(102) Un ilustrativo estudio comparado entre sistemas partidarios de la ruptura de los vínculos originales (Alemania, España, Grecia e Irlanda) y otros modelos europeos más flexibles (Inglaterra, Béjgica, Francia, Países Bajos y Suiza), con un balance del interés del menor y el principio de seguridad jurídica en el diagnóstico de esta evolución puede consultarse en I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé,* Buselas, Bruylant, 2001, pp. 596-618.

(103) *Cf.* A. DURÁN AYAGO, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales,* Madrid, Colex, 2004, pp. 298-299; A. MOTILLA, "La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los códigos de Marruecos, Arelia y Túnez. Relevancia en el Derecho español", *ibíd.,* pp. 585-601.

25. Tampoco los límites de la tolerancia pueden sobrepasarse cuando se trata de diseñar las relaciones paternofiliales y la atribución y privación de derechos de patria potestad o custodia sobre la base de criterios discriminatorios por razón de sexo, etnia, origen o religión. Este límite provoca conflictos habituales entre los sistemas occidentales e islámicos. La vinculación de los menores a uno de los progenitores en los países islámicos, singularmente a aquél que garantiza la educación y formación del menor en el Islam (indefectiblemente si el varón es musulmán y su esposa occidental), es fuente habitual de conflictos que trascienden al ámbito de la simple decisión sobre la custodia (104), propiciando supuestos de secuestro legal de menores o "legal kidnapping" (105). Una tercera parte de los países que componen la Comunidad Internacional ha suscrito el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (106). Entre ellos, si se exceptúa Turquía, Turkmenistán o Burkina Faso, no aparece ningún país islámico. Resulta lógico, hasta cierto punto, por la vinculación que la custodia y protección del menor tiene con la experiencia y la formación religiosas, que se interpretan no como algo distinto al interés del menor, sino, precisamente, como el mayor interés del menor. En el curioso convenio bilateral hispano marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid, el 30 de

(104) Incuyendo las reglas de competencia judicial internacional. En un supuesto de aplicación del art. 3.1° del Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, la *Sent. Aud.Prov. de Murcia núm. 166/2003 (sección 1ª) de 12 de mayo de 2003* admitió la competencia del tribunal español para determinar la responsabilidad parental sobre un menor que se encontraba en Marruecos, al considerar que se trata de una estancia temporal, "conclusión a la que habría de llegarse incluso si se aceptara que la residencia habitual de tal menor era la de Marruecos, en este caso aplicando la competencia de los Tribunales españoles como foro de necesidad, pues el interés preferente de la menor y la imposibilidad de que la madre pueda acudir a Marruecos a entablar este procedimiento, ante las consecuencias que tal visita podría acarrearle, hace necesario admitir la competencia de nuestros Tribunales para poder dar solución al conflicto jurisdiccional planteado por las partes".

(105) *Vid.* M.A. ASÍN CABRERA, "La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración", *Derecho internacional privado y relaciones internacionales en el mundo merditerráneo,* Madrid, 1999, pp. 155-166.

(106) Diez países de la O.E.A. participan asimismo de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores celebrada en Montevideo en 1989, en el marco de la IV CIDIP, que prevalece en el marco de sus relaciones frente al Convenio de La Haya de 1980 (art. 34).

mayo de 1997, encontramos alguna pista que nos ayuda a comprender la inutilidad del Convenio de La Haya en las relaciones entre Islam y Occidente: en su art. 8, después de establecer la obligación de devolución inmediata si han transcurrido menos de seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor, se contemplan dos excepciones. La segunda, más clásica, se refiere a la contradicción con una decisión dictada en el Estado requerido antes del desplazamiento ilegal, pero la primera permite a la autoridad requerida no devolver al menor cuando "el menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de este Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad" (apartado 2 letra a). Esta disposición es plenamente eficaz en el supuesto de la crisis de una pareja de inmigrantes marroquíes que residen en España y se encuentran integrados en nuestro país, en aquellos casos en que uno de los progenitores – singularmente el varón- lo desplaza ilícitamente hacia Marruecos; y, de hecho, provoca una situación de abierta indefensión de la madre que permanece en España. Por su parte, el art. 7 b) prevé de forma paralela la devolución inmediata si "se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el Derecho del Estado del que fuera nacional"; esta regla difícilmente resulta aplicable por una autoridad española, obligada imperativamente a analizar el interés superior del menor (107).

La única alternativa eficaz para luchar contra estos conflictos de civilizaciones consiste en la actualidad en la cooperación policial internacional. El retorno del menor ilegalmente desplazado sólo es concebible entre estos países en supuestos de cooperación penal internacional, sobre la base de un ilícito penal. Esto explica por qué en países como España se ha vuelto a una tipificación penal de estas conductas (art. 225 bis del Código penal tras su redacción por Ley Orgánica 9/2000, de 10 de diciembre).

V. CONCLUSIÓN

26. Un repaso aún superficial de algunas manifestaciones del Derecho internacional privado de la familia arroja luces y sombras, y en cualquier

(107) *Vid.* la crítica de A. QUIÑÓNES ESCÁMEZ, *op.cit.*, pp. 137-138.

caso demuestra la extraordinaria dificultad de compaginar la globalización y los movimientos migratorios con la diversidad cultural. El Derecho debe ponerse al servicio de dicha convivencia y proponer soluciones flexibles, al mismo tiempo que establecer con rigidez las fronteras de la tolerancia, erigidas sobre un respecto a los derechos humanos que nunca ha de perder de vista al individuo – y no a la cultura- como objeto final de protección. La tarea no es sencilla, pero es indudable que sí conseguimos un buen resultado al diseñar ese Derecho internacional de la familia del siglo XXI, no sólo habremos hecho una pequeña contribución a la paz, sino que habremos conseguido demostrar que, pese a todas las dificultades, dicha paz aún es posible. Y esta, en verdad, sí sería una contribución inestimable.

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS

EL CRIMEN DE GENOCIDIO SEGÚN EL TRIBUNAL INTERNACIOCNAL PENAL PARA RUANDA

Valentín BOU FRANCH *
Asociado del I.H.L.A.D.I.

1.- INTRODUCCIÓN

El Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg reconoció en su artículo 6.c) dos categorías distintas de crímenes de lesa humanidad. La primera fueron los crímenes contra la humanidad. La segunda categoría fue el crimen de persecución que, en su evolución normativa posterior, dio lugar a la aparición del crimen de genocidio. El Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg definió esta segunda categoría de crimen de lesa humanidad como "la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen"(1). Se acepta que en las sentencias de 30-IX-1946 y de 1-X-1946 del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg apareció por primera vez el delito de genocidio, al considerar este Tribunal que la destrucción intencional de grupos en su

---

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Valencia, España.

(1) Véase CLARK, R. S.; RESHETOV, I. A., (1990), "Crimes against Humanity". En: George Ginsburgs; Vladimir N. Kudriavtsev (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, pp. 180-192. Según el Principio VI.c) de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, tal y como fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1950 y presentados a la Asamblea General: "Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de Derecho Internacional: c) Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él". Cfr. NU, doc. A/CN.4/368 (13 de abril de 1983): *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad – Compendio de instrumentos internacionales pertinentes.*

totalidad o en una parte sustancial era un delito contra la humanidad, es decir, una combinación de los delitos de exterminio y de persecución debida a motivos políticos, raciales o religiosos (2). La CDI ha recordado más recientemente que el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, al condenar a alguno de los acusados de crímenes contra la humanidad sobre la base de este tipo de conducta, confirmó de esta forma el principio de responsabilidad y castigo individuales de tales conductas como crímenes de Derecho Internacional (3).

Poco después de las sentencias del Tribunal de Nuremberg, el crimen de genocidio emergió en la práctica internacional. Su configuración doctrinal la realizó *Raphael Lemkin* en 1944 (4). Nada más crearse la ONU, la Asamblea General afirmó en 1946 que este tipo de crímenes contra la humanidad consistente en la persecución o "genocidio" constituía un crimen de Derecho Internacional por el que las personas debían ser castigadas (5). Muy poco después, la Asamblea General adoptó la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (9-XII-1948) (6). En su preámbulo, la Asamblea General reconoció que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, por lo que estableció las bases de la cooperación internacional para "liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso".

La Convención sobre el genocidio ha sido ampliamente aceptada por la comunidad internacional y ratificada por la inmensa mayoría de los Estados. Los principios en los que la Convención se basa han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia como vinculantes para todos los Estados, aún sin necesidad de una obligación convencional (7). Además de su carácter consuetudinario, el crimen de genocidio se considera una norma de *jus cogens* (8). En su artículo I, la Convención afirma

(2) *Kayishema y Ruzindana,* sentencia de la Sala Segunda de Primera Instancia (SSPI-2) del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR), de 21-V-1999, párs. 88-89.

(3) NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones*, p. 93, pár. 2.

(4) LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Washington, 1944, pp. 79-95.

(5) Resolución 96 (I), de 11-XII-1946, de la Asamblea General.

(6) Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la resolución 260 A (III), de 9-XII-1948, de la Asamblea General.

(7) *I.C.J. Reports 1951*, p. 23.

(8) En la jurisprudencia del TIPR, véase *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 88.

que el genocidio es un delito de Derecho Internacional que se puede cometer tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra (9). De esta forma, el crimen de genocidio se diferenció de los crímenes contra la humanidad, pues si éstos se caracterizan por haberse cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, lo que define al crimen de genocidio es la intención especial de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

El artículo II de la Convención sobre el genocidio proporciona una definición del crimen de genocidio que ha sido ampliamente aceptada y reconocida generalmente como la definición autorizada de este crimen. Esta misma disposición se ha reproducido en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional penal para la antigua Yugoslavia (TIPY), en el artículo 2 del Estatuto del TIPR, en el artículo 17 del Proyecto de Código de la CDI de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), así como en la inmensa mayoría de las legislaciones penales nacionales (10).

Sin embargo, a pesar de una aceptación tan amplia de la Convención sobre el genocidio en general y de su definición jurídica del crimen de genocidio en particular, tuvieron que transcurrir casi cincuenta años antes de que un tribunal internacional emitiera su primera sentencia condenatoria impuesta a un individuo por cometer el crimen de genocidio. Este evento se le atribuye a la Sala Primera de Primera Instancia (SPI-1) del TIPR (11) en el asunto *Akayesu* (12). Apenas dos días después, la misma

(9) La Convención no incluye el requisito de la existencia de un nexo con los crímenes contra la paz o con los crímenes de guerra, que sí se contenía en el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, al referirse a la "persecución (...) para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen".

(10)VAN SCHAAK, B., "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", *The Yale Law Journal*, 106/7, 1997, pp. 2259-2291; RATNER, S., "The Genocide Convention after fifty years: Contemporary strategies for combating a crime against Humanity", *Proceedings of the American Society of International Law*, 1998, pp. 1-13; MERON, T., "Evolution of substantive International Criminal Law through specialized International Criminal Tribunals and the International Criminal Court", *Proceedings of the American Society of International Law,* 2000, pp. 276-286.

(11) Sobre el TIPR existen abundantes estudios doctrinales. Véanse MOUTON, J. D., "La crise rwandaise de 1994 et les Nations Unies", *Annuaire français de droit international,* 40, 1994, pp. 214-244; MERON, T., "International Criminalization of Internal Atrocities", *American Journal of International Law*, 89/3, 1995, pp. 554-577; MUBIALA, M., "Le tribunal international pour le

Sala del TIPR pronunció, en el asunto *Kambanda*, la que, hasta la fecha, es la primera y única sentencia internacional condenando a un Primer Ministro en activo como responsable penal del crimen de genocidio (13). Desde entonces, el TIPR ha consolidado una jurisprudencia muy firme acerca de los crímenes sobre los que tiene competencia *ratione materiae* (14). De esta jurisprudencia destaca por su importancia, y será objeto de análisis a continuación, sus doctrinas acerca de la definición del crimen de genocidio (15).

Rwanda: vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie?", *Revue Générale de Droit International Public*, 1995/4, pp. 929-954; RODRÍGUEZ MARÍN, E., "La creación del Tribunal Internacional para Ruanda por medio de la Res. 955 (1994) de la Asamblea General de NN.UU.", *Revista Española de Derecho Internacional*, 46, 1995, pp. 884-889; AKHAVAN, P., "The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment", *American Journal of International Law*, 95/1, 1996, pp. 501-509; JOHNSON, L. D., "The International Tribunal for Rwanda", *Revue International de Droit Pénal - International Review of Penal Law*, 67, 1996, pp. 211-232; SHRAGA, D.; ZACKLIN, R., "The International Criminal Tribunal for Rwanda", *European Journal of International Law*, 7/4, pp. 501-518; APTEL, C., "The International Criminal Tribunal for Rwanda", *International Review of the Red Cross*, 321, 1997, pp. 675-683; HARHOFF, F., "The Rwanda Tribunal. A presentation of some legal aspects", *International Review of the Red Cross*, 321, 1997, pp. 665-673; HOWLAND, T.; CALATHES, W., "The UN's International Criminal Tribunal. Is it Justice or Jingoism for Rwanda?", *Virginia Journal of International Law*, 39/1, 1998, pp. 135-167; NIANG, M., "Le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Et si la contumace était possibile!", *Revue Générale de Droit International Public*, 103/2, 1999, pp. 379-403; etc. Sobre el genocidio de Ruanda, véase OPPENHEIM, J., "The Rwanda crisis - historical background", *The ASIR Law Review*, 1/2, 1997, pp. 65-118; JOSHI, R., "Genocide in Rwanda: the root causes", *East African Journal of Peace and Human Rights*, 3/1, 1997, pp. 51-91; MORRIS, V.; SCHARF, M., "The Legal and Factual Circumstances that Led to the Establishment of the Rwanda Tribunal". En: *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, Transnational Publishers Inc., pp. 48-73.

(12) El TIPR consideró al *Sr. Jean-Paul Akayesu* culpable, entre otros, de los cargos de cometer genocidio y de instigación directa y pública a cometer genocidio. *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 745.

(13) El TIPR condenó al *Sr. Jean Kambanda* a cadena perpetua tras considerarle culpable, entre otros, de los siguientes cuatro cargos: comisión de genocidio, conspiración para cometer genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio y complicidad en el genocidio. *Kambanda*, SSPI-1, de 4-IX-1998, págs. 40 y 63.

(14) Según su Estatuto, el TIPR es competente para conocer del crimen de genocidio (art. 2), de los crímenes de lesa humanidad (art. 3) y de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios (art. 4). Véase MUSUNGU, S. F.; LOUW, L., "The pursuit of Justice in Post-genocide Rwanda: an evaluation of the international and domestic legal responses", *East African Journal of Peace and Human Rights*, 7/2, 2001, pp. 196-214; TORRES PÉREZ, M.; BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, 2004, Valencia, Tirant lo Blanch, 486 págs.

(15) En estas tareas ha resultado de gran ayuda práctica el hecho de que la Sala de Apelaciones (SA) del TIPY y del TIPR sea el mismo órgano judicial.

2.- EL CRIMEN DE GENOCIDIO

El TIPR es competente para juzgar el crimen de genocidio conforme al artículo 2 de su Estatuto, que es una reproducción de los artículos II y III de la Convención para la Prevención y la sanción del Delito de Genocidio, que fue adoptada el 9 de diciembre de 1948 (16). En consecuencia, el Estatuto del TIPR define al crimen de genocidio de la siguiente manera:

> **"Artículo 2. Genocidio.-** (...) 2. Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran 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) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
>
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
>
> d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
>
> e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

Como ocurre con los otros crímenes, el crimen de genocidio requiere que se compruebe la existencia tanto del *mens rea* como del *actus reus*. El mens rea del crimen de genocidio comprende la intención específica o *dolus specialis* descrito en la cláusula general del artículo 2.2 del Estatuto, es decir, la comisión de un acto genocida "con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal". El *actus reus* consiste en cualquiera de los cinco actos materiales enumerados en el artículo 2.2.

2.1.- EL ELEMENTO SUBJETIVO (*MENS REA* O *DOLUS SPECIALIS*) DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

El TIPR ha recordado que, de manera contraria a la creencia popular, el crimen de genocidio no implica la exterminación fáctica de un grupo en su totalidad, sino que se comete el crimen de genocidio cuando se rea-

(16) El Proyecto de Convención fue aprobado en la Sesión Plenaria de la Asamblea General por 55 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. La Convención fue inmediatamente firmada por 22 Estados. Ruanda se adhirió, mediante decreto legislativo, a la Convención sobre el genocidio el 12-II-1975.

liza alguno de los actos descritos en el artículo 2.2.a) a 2.2.e) de su Estatuto con la intención específica de destruir "total o parcialmente" a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El genocidio se distingue de otros crímenes en la medida en que implica la existencia de una intención especial o *dolus specialis* (17). La intención especial de un crimen es la intención especial, que se exige como elemento constitutivo de ese crimen, que requiere que el acusado claramente busque producir el acto que se le imputa. En el caso del crimen de genocidio, esta intención especial consiste en "el intento de destruir, total o parcialmente, el grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal" (18). Como indicó el delegado del Brasil en los trabajos preparatorios de la Convención sobre el genocidio:

> "El genocidio se caracteriza por el hecho de una intención concreta de destruir a un grupo. En ausencia de tal hecho, cualquiera que sea el grado de atrocidad de un acto y por muy similar que pueda ser a los actos descritos en la Convención, ese acto no podría considerarse como genocidio" (19).

En concreto, el TIPR ha insistido en que para que cualquiera de los actos enumerados en el artículo 2.2 de su Estatuto sea un elemento constitutivo del crimen de genocidio, ese acto debe haberse cometido contra uno o varios individuos porque tal individuo o individuos eran miembros de un grupo concreto y especialmente porque pertenecían a ese grupo(20). Éste es el significado de la expresión "un grupo (...) *como tal*". De esta forma, la víctima resultó elegida no en razón de su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico,

(17) Es esta intención especial la que distingue al crimen de genocidio del delito ordinario de asesinato. *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 89. En la doctrina, véase MORRIS, V.; SCHARF, M. P., *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers Inc., 1998, p. 167.

(18)*Akayesu* SSPI-1 de 2-IX-1998, págs. 497-498 y 517-518; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 91; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 59; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 164; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, págs. 60-61; *Ntakirutimana y Ntakirutimana*, SSPI-1, de 21-II-2003, pár. 784; *Semanza*, sentencia de la Sala Tercera de Primera Instancia (SSPI-3), de 15-V-2003, pár. 311; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 662.

(19) Actas resumidas de las reuniones del Sexto Comité de la Asamblea General, del 21 de septiembre al 10 de diciembre de 1948, Actas Oficiales de la Asamblea General, p. 109.

(20) De ahí que en el asunto *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 91, la SPI-2 del TIPR opinara que para que se aprecie la existencia del crimen de genocidio, el *mens rea* debe formarse antes de que ocurran los actos genocidas: los actos genocidas concretos, por sí mismos, no requieren premeditación, pues la única consideración a tener en cuenta es la de si esos actos se realizaron en cumplimiento de la intención genocida.

racial o religioso. La víctima del acto es por lo tanto un miembro de un grupo, elegido como tal, lo que en consecuencia significa que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no sólo el individuo. La perpetración del acto del que es acusado un individuo se extiende, en consecuencia, más allá de su comisión en la práctica, por ejemplo, el asesinato de una persona concreta, para abarcar la realización del propósito último de destruir, total o parcialmente, al grupo del que la persona asesinada sólo es un miembro más (21). De ahí que las SPI hayan afirmado que el *"genocide constitutes the «crime of crimes»"* (22). También la SA del TIPR ha calificado de igual manera al crimen de genocidio (23).

Es interesante señalar que, en el asunto *Niyitegeka*, la SA del TIPR trató en extenso de esta cuestión. Ello se debió al recurso de apelación interpuesto por el condenado, alegando un error de Derecho cometido por la SPI-1 del TIPR al interpretar la expresión "un grupo (...) *como tal*" de la manera en que se acaba de indicar. Según el apelante, las palabras "como tal" *"should be interpreted as referring to a situation «where the specific intent was to commit the specified acts against the group solely because they were members of such a group» rather than a situation where the specific intent «was to commit the specified acts against a gathering of persons because they were believed to be the enemy or supporters of the enemy»"* (24). Con esta argumentación, el apelante pretendía que, al considerar la existencia del crimen de genocidio, el TIPR tuviera que determinar si los actos del perpetrador estuvieron motivados "exclusivamente" por la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo protegido, o si el perpetrador estaba motivado por esa intención así como por otros motivos, lo que haría imposible su condena por genocida.

(21) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 521; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 60; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 165; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 61; *Niyitegeka*, SSPI-1, de 16-V-2003, pár. 410; *Ndindabahizi*, SSPI-1, de 15-VII-2003, pár. 454. Véase ROBINSON, N., *The Genocide Convention. Its Origins as Interpretation*, p. 15. En el asunto *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, SSPI-1, de 3-XII-2003, pár. 948, la SPI-1 concretó que los actos cometidos contra los opositores *Hutus* se cometieron debido a su apoyo al grupo étnico *Tutsi* y, en consecuencia, en la realización de la intención de destruir al grupo étnico *Tutsi*.

(22) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 8; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 9; *Kambanda*, SSPI-1, de 4-IX-1998, pár. 16; *Serushago*, SSPI-1, de 5-II-1999, pár. 15; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 451; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 981; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 956.

(23) *Niyitegeka*, SSA, de 9-VII-2004, pár. 53.

(24) *Appellant's Brief*, pár. 82; *Appellant's Brief in Reply*, pp. 18-20.

La SA, en el asunto *Niyitegeka*, comenzó por analizar los trabajos preparatorios del Convenio sobre el genocidio. Recordó que durante la negociación de este Convenio los delegados discutieron en profundidad acerca de si se incluía o no el requisito de los motivos en la definición del crimen de genocidio. Tras extensos debates, las palabras "como tal" se introdujeron en el proyecto de Convenio para reemplazar a una referencia explícita a los motivos, contenida en un borrador anterior. El delegado de Venezuela, autor de esta propuesta, señaló que una enumeración de los motivos sería inútil e incluso peligrosa, ya que una enumeración restrictiva sería un "arma poderosa" en manos de los perpetradores del genocidio, que les evitaría ser condenados por este crimen, ya que sus abogados aducirían que los crímenes se habían cometido por razones distintas a las enumeradas en el artículo II. El delegado de Venezuela afirmó que era suficiente con indicar que la intención era un factor constitutivo del crimen(25) y añadió que sustituir la declaración de motivos por las palabras "como tal" satisfaría las opiniones de aquéllos que deseaban retenerlas, ya que la declaración de motivos estaba implícita en las palabras "como tal" (26).

La SA del TIPR ha asentado, a este respecto, una importante doctrina judicial, al afirmar que *"criminal intent (mens rea) must not be confused with motive"* y al declarar que *"in respect of genocide, personal motive does not exclude criminal responsibility provided that the genocidal acts were committed with the requisite intent"* (27). En el asunto *Niyitegeka*, la SA añadió lo siguiente:

> *"The words «as such», however, constitute an important element of genocide, the «crime of crimes». It was deliberately included by the authors of the Genocide Convention in order to reconcile the two diverging approaches in favour and against including a motivational component as an additional element of the crime. The term «as such» has the effet utile of drawing a clear distinction between mass murder and crimes in which the perpetrator targets a specific group because of its nationality, race, ethnicity or religion (28). In other words, the term «as such» clarifies the specific intent requirement. It does not prohibit a conviction for genocide in a case in which the perpetrator was also driven by other motivations that are legally irrelevant in this context. Thus the Trial Chamber was correct in interpreting «as such» to mean that the proscribed acts were committed against the victims because of their membership in the protected group, but not solely because of such membership"* (29).

(25) Actas Oficiales de la Asamblea General, Sexto Comité, 76ª sesión (1948), p. 124.

(26) Ibíd., pp. 124-125. En la doctrina, vide BOOT, M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, 2002, pp. 411-414.

(27) *Kayishema y Ruzindana*, SSA, de 1-VI-2001, pár. 161; *Niyitegeka*, SSA, de 9-VII-2004, pár. 52. En la jurisprudencia del TIPY, la SA también afirmó que *"the existence of a personal motive does not preclude the perpetrator from also having the specific intent to commit genocide"* en *Jelisic*, SSA, de 5-VII-2001, pár. 49. También doctrinalmente se ha sostenido que *"The actor's intent, or state of mind, at the time of performing the act is different than his motives. The latter are the ultimate purposes or goals sought to be accomplished by such conduct and they are irrelevant"*. Vide BASSIOUNI, CH.; MANIKAS, P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996, p. 528.

El *dolus specialis* es un elemento clave de los delitos intencionales, que se caracteriza por ser un nexo psicológico entre el resultado físico y el estado mental del perpetrador. Para determinar la existencia de la intención especial del crimen de genocidio resulta instructivo considerar el siguiente pronunciamiento de la SPI-1 del TIPR en el asunto Akayesu:

> *"Intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact. The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting of victims on account of membership of a particular group, while excluding the members of other groups can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act"* (30).

El TIPR ha seguido en general esta doctrina judicial sobre el método para valorar la intención especial genocida de un acusado, añadiendo únicamente que la intención de cometer un crimen, incluso el de genocidio, no será siempre difícil o imposible de discernir de las circunstancias del

(28) Vide SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 254-255.

(29) *Niyitegeka*, SSA, de 9-VII-2004, pár. 53.

(30) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 523; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 61; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 166; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 62; *Rutaganda*, SSA, de 26-V-2003, pár. 526; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 663.

caso (31). Así, en el asunto Rutaganda, la propia SPI-1 del TIPR sostuvo que *"(...) in practice, intent can be, on a case-by-case basis, inferred from the material evidence submitted to the Chamber, including the evidence which demonstrates a consistent pattern of conduct by the Accused"* (32).

En el asunto *Kayishema y Ruzindana*, la SPI-2 también estuvo de acuerdo en que puede ser difícil encontrar manifestaciones explícitas de la intención de los perpetradores. En tales circunstancias, la SPI-2 del TIPR sostuvo que las acciones del perpetrador, incluidas las pruebas circunstanciales o indirectas, pueden proporcionar suficientes evidencias de la intención (33). Opinión que ha sido confirmada por la SA del TIPR, entre otras justificaciones para impedir que los perpetradores del crimen de genocidio queden sin castigo cuando falten las manifestaciones expresas de su intención genocida (34). Según el TIPR, algunos de los indicia reveladores de la intención genocida pueden ser *"evidence such as the physical targeting of the group or of their property; the use of derogatory language toward members of the targeted group; the weapons employed and the extent of bodily injury; the methodical way of planning, the systematic manner of killing"* (35). También en la jurisprudencia del TIPY, su sentencia en el asunto Jelisic se remitió a estos efectos al Informe de la

(31) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 93; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, págs. 61-63; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, págs. 166-167; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, págs. 62-63; *Ndindabahizi*, SSPI-1, de 15-VII-2003, pár. 454; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, págs. 313-314; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 805; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 624.

(32) *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 63; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 167.

(33) La SPI-2 extrajo conclusiones de un párrafo citado en el *Informe Final de la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas sobre la situación en Ruanda* (S/1994/674), en el que se afirmó que la intención específica se puede inferir a partir de hechos suficientes, tales como el número de miembros del grupo afectado. Véase *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 93.

(34) *Kayishema y Ruzindana*, SSA, de 1-VI-2001, pár. 159; *Rutaganda*, SSA, de 26-V-2003, pár. 525.

(35) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 93; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 62. La SA, en *Kayishema y Ruzindana*, SSA, de 1-VI-2001, pár. 138, sostuvo que aunque la existencia de un plan genocida no es un elemento constitutivo del crimen de genocidio, la existencia de tal plan sería una prueba evidente del requisito de la intención específica del crimen de genocidio. En este mismo asunto, la SA también consideró que el realizar declaraciones contra los *Tutsis* o el estar afiliado a un grupo extremista anti-*Tutsi* no son condiciones *sine qua non* para establecer la existencia del *dolus specialis*, aunque su prueba contribuiría a demostrar la existencia de la intención específica del crimen de genocidio. Véase también en el mismo sentido *Rutaganda*, SSA, de 26-V-2003, pár. 525.

Comisión de Expertos de las Naciones Unidas (36), al afirmar que: *"if essentially the total leadership of a group is targeted, it could also amount to genocide. Such leadership includes political and administrative leaders, religious leaders, academics and intellectuals, business leaders and others – the totally per se may be a strong indication of genocide regardless of the actual numbers killed"* (37). Afirmación que se complementó en el asunto *Ndindabahizi*, al considerar la SPI-1 del TIPR que la destrucción efectiva de una parte sustancial del grupo no es un elemento material requerido para la existencia de este delito, aunque puede ayudar para determinar si el acusado intentaba conseguir tal resultado (38).

La SPI-2 del TIPR, en el asunto *Kayishema y Ruzindana*, declaró que al demostrar la "intención específica" de un acusado a través de sus palabras y actos, debe encontrarse el justo equilibrio entre sus palabras y actos y el propósito de hecho de su conducta, especialmente cuando su intención no se deduce claramente a partir de lo que dice o hace (39).

Al igual que afirmó la SA del TIPY en el asunto *Jelisic*, también la SA del TIPR en el asunto *Rutaganda* afirmó que el Estatuto del TIPR define a la intención específica requerida para el crimen de genocidio como la "intención de llevar a cabo algunos tipos específicos de destrucción" contra un grupo protegido. Por lo tanto, conforme al Estatuto del TIPR, la intención específica implica que el perpetrador trata de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, mediante los actos enumerados en el artículo 2.2 del citado Estatuto. Para probar la existencia de la intención específica del crimen de genocidio, debe establecerse que algunos de los actos enumerados en el artículo 2.2 se dirigieron contra alguno de los grupos mencionados en tal disposición y se cometieron con la intención de destruir al citado grupo como tal (40).

(36) NU, doc. S/1994/1405: *Informe Final de 9-XII-1994 de la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución 935 (1994), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.*

(37) *Jelisic*, SSPI-1 del TIPY, de 14-XII-1999, pár. 82. Incluso la sentencia de la SA del TIPY en este mismo asunto afirmó que alguno de estos indicios podían ser, entre otros: *"the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts"*.

(38) *Ndindabahizi*, SSPI-1, de 15-VII-2003, pár. 454.

(39) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 93; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 63.

(40) *Rutaganda*, SSA, de 26-V-2003, pár. 524.

Tras realizar estas consideraciones generales, el TIPR ha fijado con mayor concreción el significado de los tres elementos que configuran la existencia del *mens rea* o *dolus specialis* del crimen de genocidio.

2.1.1.- Destruir

Un acusado puede ser responsable conforme al artículo 2 del Estatuto del TIPR si tiene "la intención de destruir (...) a un grupo". Las SPI del TIPR, especialmente en el asunto *Semanza*, se refirieron al Informe de la CDI en el que se afirma que la destrucción conforme al significado del artículo 2 es "la destrucción material de un grupo, por medios físicos o biológicos, y no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo determinado" (41).

En el asunto *Kayishema y Ruzindana*, el TIPR trató la cuestión del alcance de la expresión "destrucción de un grupo". La Fiscal sugirió que esta expresión debía interpretarse en sentido amplio, comprendiendo no sólo los actos que se realizan con la intención de causar la muerte, sino también algunos actos que no producen tal resultado. Observando que la propia jurisprudencia del TIPR ya había considerado que los actos de violencia sexual que ocurrieron en la Comuna de Taba formaban parte de un proceso de destrucción específico, que identificaba a las mujeres *Tutsis* y contribuía a su destrucción y a la destrucción de los *Tutsis* como grupo(42), la SPI-2 del TIPR aceptó la concepción amplia propuesta por la Fiscal, coincidiendo también con la CDI en que "no es necesario pretender lograr la aniquilación completa del grupo en todo el mundo" (43).

Sin embargo, algún supuesto de destrucción total en zonas geográficas muy concretas sí que ha aparecido en la jurisprudencia del TIPR. Así, por ejemplo, en opinión de la SPI-1, el carácter sistemático y masivo del ataque y la posterior invasión del Complejo de Mugonero no deja lugar a dudas acerca del hecho de que el asalto violento procedió sobre la base de

(41) Véase NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, p. 97, pár. 12. En el mismo sentido, véanse los pronunciamientos del TIPR en los asuntos *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 95; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 315; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 808; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 627.

(42) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 731.

(43) Véase NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, p. 96, pár. 8. En la jurisprudencia del TIPR, vide *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 96.

intentar destruir, en su totalidad, a la población Tutsi refugiada en tal Complejo (44).

2.1.2.- Total o parcialmente

Conforme al artículo 2 del Estatuto del TIPR, un acusado puede ser responsable penalmente del crimen de genocidio si tiene "la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo". Como ya se ha señalado, conforme a las sentencias de este Tribunal, para establecer la intención de destruir "total o parcialmente", no es necesario demostrar que el perpetrador pretendía lograr la aniquilación completa del grupo en todo el mundo. Sin embargo, el TIPR sí que ha exigido, en línea con el Informe de la CDI, que el perpetrador debe haber intentado destruir al menos una parte considerable de un grupo determinado (45). En efecto, en el asunto Semanza, consideramos que la SPI-3 del TIPR acertó al observar que mientras que la Fiscal debe establecer, más allá de una duda razonable, la intención del perpetrador de destruir al grupo seleccionado total o parcialmente, no existe un umbral numérico de víctimas que sea necesario satisfacer para establecer la existencia del crimen de genocidio (46).

En el asunto *Kayishema y Ruzindana*, la SPI-2 del TIPR citó el Informe de la Subcomisión sobre el genocidio, en el que el Relator especial declaró que: *"the relative proportionate scale of the actual or attempted destruction of a group, by any act listed in Articles II and III of the Genocide Convention, is strong evidence to prove the necessary intent to destroy a group in whole or in part"* (47).

2.1.3.- El concepto de grupo y los grupos protegidos

Dado que la intención especial para cometer el crimen de genocidio consiste en la intención de "destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal", resulta necesario considerar

(44) *Ntakirutimana y Ntakirutimana*, SSPI-1, de 21-II-2003, pár. 785.

(45) Véase NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones*, p. 96, pár. 8. En el mismo sentido, véanse en la jurisprudencia del TIPR los asuntos *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, págs. 496-499; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 96; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 64; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 316; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 809; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 628.

(46) *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 316.

(47) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 93.

la definición del grupo como tal. El artículo 2 del Estatuto del TIPR, de la misma manera que la Convención sobre el genocidio, estipula la existencia de cuatro grupos de víctimas: grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (48).

De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención sobre el genocidio (49), el TIPR ha deducido que el crimen de genocidio se percibió deliberadamente como identificando únicamente a grupos "estables", constituidos de una forma permanente y en los que la pertenencia a los mismos se determina por el nacimiento, con la exclusión de otros grupos más "móviles" a los que uno se une a través de un compromiso voluntario individual, como serían los grupos económicos o políticos. Por lo tanto, un criterio común a los cuatro tipos de grupos protegidos por la Convención sobre el genocidio es que la pertenencia a tales grupos normalmente no parece ser cambiable por sus miembros, que pertenecen a él automáticamente, desde el nacimiento, de una manera continua y a menudo irremediable (50).

En su primera sentencia en el asunto *Akayesu*, el TIPR proporcionó una definición de los cuatro tipos de grupos protegidos según criterios objetivos:

> *"Based on the Nottebohm decision (51) rendered by the International Court of Justice, the Chamber holds that a national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.*
>
> *An ethnic group is generally defined as a group whose members share a common language or culture.*
>
> *The conventional definition of racial group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors.*
>
> *The religious group is one whose members share the same religion, denomination or mode of worship"* (52).

(48) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 510.

(49) Actas resumidas de las reuniones del Sexto Comité de la Asamblea General, del 21 de septiembre al 10 de diciembre de 1948, Actas Oficiales de la Asamblea General.

(50) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 511; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 57; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 162.

(51) *I.C.J. Reports* 1955, pp. 12-26.

(52) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, págs. 512-515. También en el asunto *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 98, la SPI-2 del TIPR afirmó que: *"An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others). A racial group is based on hereditary physical traits often identified with geography. A religious group includes denomination or mode of worship or a group sharing common beliefs".*

Sin embargo, tras proporcionar estos criterios objetivos para la definición de los grupos protegidos, la SPI-1 en el propio asunto *Akayesu* se encontró con las dificultades propias de su concreción práctica. Así, la SPI-1 observó que la población *Tutsi* no tiene un idioma propio o una cultura distinta de la del resto de la población de Ruanda, que son los criterios utilizados para definir objetivamente a los grupos étnicos. Sin embargo, la SPI-1 del TIPR concluyó en este mismo asunto que existen diversos indicadores objetivos del grupo como un grupo con una identidad distinta. De esta forma, insistió en que, antes de 1994, a todo ciudadano de Ruanda se le exigía llevar un carné de identidad con una indicación señalando el grupo étnico, que podía ser *Hutu, Tutsi* o *Twa*. La Constitución de Ruanda y las leyes en vigor en 1994 también identificaban a los ruandeses mediante una referencia a su grupo étnico. El artículo 16 de la Constitución de la República de Ruanda de 10 de junio de 1991 dispone que "todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin ninguna discriminación, debida en especial a su raza, color, origen, etnia, clan, sexo, opinión, religión o posición social". El artículo 57 del Código civil de 1988 estableció que una persona sería identificada mediante su "sexo, grupo étnico, nombre, residencia y domicilio". El artículo 118 del Código civil dispuso que los certificados de nacimiento incluirían "el año, mes, fecha y lugar de nacimiento, el sexo, el grupo étnico, el nombre y apellidos del infante". Los Acuerdos de Arusha de 4 de agosto de 1993 de hecho establecieron la supresión de la mención de la etnia en los documentos oficiales. Además, la SPI-1 del TIPR constató que en Ruanda existían normas consuetudinarias que regían la determinación del grupo étnico siguiendo líneas patriarcales de herencia. La identificación de las personas como pertenecientes al grupo de los *Hutus, Tutsis* o *Twas* había llegado a estar muy arraigada en la cultura de Ruanda. Los testigos ruandeses que declararon ante la SPI-1 se identificaron a ellos mismos por su grupo étnico y, en general, conocían el grupo étnico al que pertenecían sus amigos y vecinos. Además, la SPI-1 tuvo especialmente en cuenta que a los *Tutsis* se les concibió como un grupo étnico por aquéllos que los identifi-

caron para su matanza (53). Con ello, sin embargo, la SPI-1 comenzó ya a sustituir o, al menos, a combinar criterios objetivos con criterios subjetivos (54).

Para apreciar la existencia del crimen de genocidio, se requiere demostrar conforme al artículo 2 del Estatuto del TIPR que el acusado, al cometer los actos constituyentes del crimen de genocidio, intentó destruir a "un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal". Las SPI del TIPR, distanciándose del enfoque objetivo avanzado en el asunto *Akayesu*, han observado que los citados conceptos no disfrutan de una definición que esté general o internacionalmente aceptada, sino que más bien cada uno de esos conceptos debe ser valorado a la luz de un contexto cultural, histórico, social y político concreto (55). En consecuencia, a partir de la sentencia del TIPR en el asunto *Rutaganda*, las SPI han sostenido que:

> *"for purposes of applying the Genocide Convention, membership of a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept where the victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as belonging to the said group"* (56).

Para valorar si una persona concreta era un miembro de un grupo protegido, en este caso de la etnia *Tutsi*, las SPI han concedido una importancia primordial a las intenciones subjetivas de los perpetradores. Así, en el asunto *Bagilishema* el TIPR afirmó que:

> *"A group may not have precisely defined boundaries and there may be occasions when it is difficult to give a definitive answer as to whether or not a victim was a member of a protected group. Moreover, the perpetrators of genocide may characterize the targeted group in ways that do not fully correspond to conceptions of the group shared generally, or by other segments of society. In such a case, the Chamber is of the opinion that, on the evidence, if a victim was perceived by a perpetrator as belonging to a protected group, the victim should be considered by the Chamber as a member of the protected group, for the purposes of genocide"* (57).

(53) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, págs. 170-171.

(54) MAISON, R., "Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal International pour le Rwanda", *Revue Générale de Droit International Public*, 103/1, 1999, pp. 129-146; VERDIRAME, G., "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals", *International and Comparative Law Quarterly*, 49/3, 2000, pp. 578-598.

(55) *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 56; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 161; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 65; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 811; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 630.

(56) *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 56; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 161; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 317; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 811; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 630.

Por ello, las diversas SPI del TIPR han considerado que una concreción de las distintas categorías de grupos debería realizarse sobre la base de cada caso concreto, con referencias tanto a los criterios objetivos y subjetivos (58). Aplicando estos criterios, según en qué casos las diversas SPI del TIPR han considerado que en la Ruanda de 1994, ya sea los *Tutsis* , ya sea los *Tutsis*(59) y los *Hutus* (60), ya sea los *Tutsis*, los *Hutus* y los *Twas* (61), constituían grupos étnicos a los efectos de la Convención sobre el genocidio. Sólo en una ocasión una SPI ha afirmado de una manera más general que el grupo *Tutsi* claramente constituye un grupo protegido, conforme al significado de la Convención sobre el genocidio, sin especificar de qué grupo se trata (62).

Además, ya en el asunto *Akayesu* la SPI-1 del TIPR consideró si los grupos protegidos por la Convención sobre el genocidio, reflejados en el artículo 2 del Estatuto, deberían limitarse únicamente a los cuatro grupos expresamente mencionados y si no deberían también incluir a cualquier grupo que sea estable y permanente como los citados cuatro grupos. En otras palabras, la cuestión que se planteó es si sería imposible castigar la destrucción física de un grupo como tal conforme a la Convención sobre el genocidio, si este grupo, aunque fuese estable y a pesar de que la pertenencia al mismo sea por nacimiento, no cumpla la definición de cualesquiera de los cuatro grupos expresamente protegidos por la Convención sobre el genocidio. En opinión de la SPI-1 del TIPR, resulta especialmente importante respetar la intención de los que redactaron la Convención sobre el genocidio que, según se desprende de sus trabajos

(57) *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 65; *Ndindabahizi*, SSPI-1, de 15-VII-2003, pár. 468.

(58) *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 58; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 163; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 317; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 811; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 630.

(59) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 523; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 934; *Ntakirutimana y Ntakirutimana*, SSPI-1, de 21-II-2003, pár. 780; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 424; *Niyitegeka*, SSPI-1, de 16-V-2003, pár. 419; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 817; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 690.

(60) *Serushago*, SSA, de 6-IV-2000, pár. 5.

(61) *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 635.

(62) *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 401.

preparatorios, pretendían de una manera evidente asegurar la protección de cualquier grupo permanente y estable (63). En consecuencia, desde su primera sentencia, el TIPR ha considerado que la enumeración de los grupos protegidos contenida en el artículo 2 de su Estatuto no constituye un *numerus clausus* a los fines de apreciar la existencia del crimen de genocidio. Obviamente, en su jurisprudencia no aparece ninguna concreción acerca de qué otros grupos humanos se pueden considerar como grupos protegidos a los efectos de valorar la existencia del crimen de genocidio.

2.2.- EL *ACTUS REUS*: LOS SUBTIPOS PENALES CONSTITUTIVOS DEL CRIMEN DE GENOCIDIO

El *actus reus* del crimen de genocidio está regulado en el artículo 2.2 del Estatuto del TIPR, en el que se prevén hasta cinco subtipos penales constitutivos del crimen de genocidio. Sin embargo, la jurisprudencia del TIPR sólo ha dedicado una atención especial a tres de ellos, a saber: 1) la "matanza de miembros del grupo"; 2) las "lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo"; y 3) el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial". Los otros dos subtipos penales del crimen de genocidio (la "imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo" y el "traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo") sólo han recibido una atención muy marginal y esporádica en la jurisprudencia del TIPR.

2.2.1.- La matanza de miembros del grupo

Para concretar el significado del término "matanza", el TIPR realizó, ya en su primera sentencia, una aplicación incorrecta de los criterios de interpretación de un texto autenticado en dos o más idiomas. En efecto, desde la sentencia *Akayesu*, el TIPR se olvidó de que los idiomas igualmente auténticos de la Convención sobre el genocidio, según su artículo X, son el inglés, chino, español, francés y ruso; así como que, en el caso de su Estatuto, se debe añadir además el árabe. Sin embargo, el TIPR se olvidó del principio de la igualdad de los textos autenticados en dos o más idiomas, que fue sustituido por el principio de la primacía de los textos

(63) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 516.

redactados en los idiomas de trabajo del propio TIPR, es decir, en los idiomas inglés y francés. Así, el TIPR sostuvo que:

> *"With regard to Article 2(2)(a) of the Statute, like in the Genocide Convention, the Chamber notes that the said paragraph states «meurtre» in the French version while the English version states «killing». The Trial Chamber is of the opinion that the term «killing» used in the English version is too general, since it could very well include both intentional and unintentional homicides, whereas the term «meurtre», used in the French version, is more precise. It is accepted that there is murder when death has been caused with the intention to do so, as provided for, incidentally, in the Penal Code of Rwanda which stipulates in its Article 311 that «Homicide committed with intent to cause death shall be treated as murder»"* (64).

En todo caso, este resultado interpretativo fue confirmado con otros dos criterios de interpretación, que no resultan en absoluto objetables. En primer lugar, dada la presunción de inocencia del acusado y conforme a los principios generales del Derecho Penal, el TIPR ha sostenido que debía prevalecer la versión más favorable al acusado (65) y concluyó afirmando que el artículo 2.2.a) del Estatuto debe interpretarse en conformidad con la definición de asesinato dada en el Código penal de Ruanda, según la cual *"meurtre"* (*"killing"* o "matanza") es el homicidio cometido con la intención de causar la muerte. En segundo lugar, el TIPR observó a este respecto que los trabajos preparatorios de la Convención sobre el genocidio (66) demuestran que la propuesta formulada por algunas delegaciones acerca de que se hiciera ser a la premeditación una condición necesaria para la existencia del crimen de genocidio fue rechazada porque algunos delegados consideraron innecesario hacer de la premeditación un requisito del crimen de genocidio; en su opinión, por sus propios elementos físicos constitutivos, el mismo crimen de genocidio necesariamente implica premeditación (67). En consecuencia, el TIPR entiende que "matanza" significa asesinato u homicidio intencional (68).

(64) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 500; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, párs. 101-103; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 50; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 155; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 57.

(65) *Kayishema y Ruzindana*, SSA, de 1-VI-2001, pár. 151.

(66) Actas resumidas de las reuniones del Sexto Comité de la Asamblea General, del 21 de septiembre al 10 de diciembre de 1948, Actas Oficiales de la Asamblea General.

(67) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 501.

(68) En el asunto *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 58, la SPI-1 del TIPR añadió un argumento adicional: *"Furthermore, to constitute a crime of genocide, the enumerated acts under*

Resulta claro de las sentencias del TIPR que para ser considerado responsable del crimen de genocidio por matanza de miembros del grupo, la Fiscal debe demostrar que el perpetrador mató a uno o a más miembros del grupo cuando el perpetrador poseía la intención de destruir al grupo como tal, total o parcialmente. Dado que el elemento del *mens rea* en la matanza ya se ha tratado al hablar de la intención específica del genocidio, no se requiere probar un elemento adicional de premeditación en la matanza (69). Un análisis de la jurisprudencia del TIPR también requiere que las pruebas demuestren que tal víctima o víctimas 1) o bien pertenecían al grupo nacional, étnico, racial o religioso seleccionado (70); 2) o bien el perpetrador creyó que sí que pertenecían a tal grupo (71).

El hecho de que sólo una única persona resulte muerta no es causa suficiente para negar la acusación de que el perpetrador cometió el crimen de genocidio, si la intención evidente del perpetrador fue la de destruir, total o parcialmente, a la población *Tutsi* de una localidad concreta (72) En el asunto *Musema*, la SPI-1 del TIPR sostuvo que para que los actos que se imputan a un acusado constituyan el crimen de genocidio, dichos actos deben haberse cometido contra una o más personas porque tal persona o personas eran miembros de un grupo específico y concretamente por su pertenencia a tal grupo (73).

Article 2(2)(a) must be committed with intent to destroy a specific group in whole or in part. Therefore, by their very nature the enumerated acts are conscious, intentional, volitional acts that an individual cannot commit by accident or as a result of mere negligence".

(69) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 501; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 103; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, párs. 49 y 50; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 155; *Kayishema y Ruzindana*, SSA, de 1-VI-2001, pár. 151; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 55, 57 y 58; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 319; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 813; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 632; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 664.

(70) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 499; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 99; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 60; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 154 y 155; *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 55; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 319.

(71) *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 813.

(72) *Ndindabahizi*, SSPI-1, de 15-VII-2003, pár. 471.

(73) *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 165; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 60; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 316. También doctrinalmente se ha sostenido que *"no acceptable rationale can justify why an individual murder, if committed with the intent to destroy a group «in whole or in part» should not qualify as genocide"*. Cfr. SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 234.

2.2.2.- Las lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo

Por lo que se refiere al subtipo penal del crimen de genocidio consistente en causar lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el TIPR se ha remitido al Informe de la CDI, donde se indica que este supuesto comprende dos tipos de lesiones que pueden causarse a un individuo, a saber: la lesión corporal, que implica alguna forma de lesión física; y la lesión de la salud mental, que entraña alguna forma de menoscabo de las facultades mentales. La CDI observó además que la lesión corporal o mental infligida a los miembros de un grupo deben ser de una naturaleza grave como para acarrear su destrucción total o parcial(74).

Las SPI de este Tribunal han sostenido que lo que son lesiones a la integridad "física" o "mental" deberán determinarse en cada caso concreto. Han sostenido que las "lesiones graves a la integridad física" no necesariamente tienen que ser permanentes o irremediables (75), y que incluyen actos no mortales de violencia sexual, violaciones (76), mutilaciones

(74) Véase NU. doc. A/51/10: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones*, pp. 98-99, pár. 14. En la jurisprudencia del TIPR, véanse *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 814; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 633.

(75) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 502; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 108; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 51; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 156; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 320; *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 815; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 634.

(76) Una novedad, que constituye una de las más importantes contribuciones jurisprudenciales del TIPR, ha sido la de considerar a las agresiones sexuales como uno de los elementos materiales del crimen de genocidio. Las agresiones sexuales se comenzaron a tener en cuenta en la etapa en la que actuó como Fiscal Jefe del TIPR la *Sra. Louise Arbour* (1 de octubre de 1996 hasta agosto de 1999). Durante su etapa como Fiscal Jefe, la *Sra. Louise Arbour* modificó la estrategia procesal de la Oficina Fiscal, abarcando la investigación de la posible comisión de crímenes sexuales durante el genocidio en Ruanda. Así, en el documento NU, doc. A/54/315-S/1999/943 (7 de septiembre de 1999): *Cuarto Informe Anual del Tribunal Internacional Penal para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994*, pár. 54, se afirma que: "Las investigaciones realizadas en diciembre de 1998 por la Oficina del Fiscal revelaron una gran cantidad de delitos sexuales cometidos contra las mujeres tutsis. Durante las investigaciones realizadas en siete prefecturas de Ruanda, el equipo encargado de investigar las agresiones sexuales entrevistó a 360 mujeres que habían formulado denuncias de violación. De acuerdo con la información reunida, la Fiscal considera que los delitos sexuales fueron planificados y que se cometieron de manera sistemática y generalizada con la participación activa de los soldados, los

e interrogatorios combinados con golpes y/o amenazas de muerte (77). En el asunto *Kayishema y Ruzindana*, la SPI-2 sostuvo que la expresión "lesiones graves a la integridad física" significa *"harm that seriously injures the health, causes disfigurement or causes any serious injury to the external, internal organs or senses"* (78).

Por lo que se refiere a las "lesiones graves a la integridad mental", la SPI-2 del TIPR en el asunto *Kayishema y Ruzindana* las ha concebido en el sentido de incluir algo más que una simple alteración menor o temporal de las facultades mentales como infligir un gran miedo o terror, intimidación o amenaza (79). Quizás el estadio actual del Derecho a este respecto está reflejado de una manera adecuada en la siguiente conclusión obtenida por la SPI-3 del TIPR en el asunto Semanza tras examinar la jurisprudencia:

milicianos Interahamwe y las autoridades gubernamentales y administrativas a nivel local y nacional". En consecuencia, según las pruebas de las que disponía la Oficina del Fiscal, la violación se imputó bien como crimen de lesa humanidad, bien como constitutiva del crimen de genocidio, ya que no siempre se pudo probar la intención cualificada necesaria para que la violación pudiera ser considerada como genocidio. Véase, a título de ejemplo, el Acta de acusación modificada de septiembre de 1997 en el asunto la Fiscal contra el *Sr. Jean Paul Akayesu* y el Acta de acusación de 22 de agosto de 1998 en el asunto la Fiscal contra el *Sr. Joseph Nzirorera*. En la doctrina, vide LAVIOLETTE, N., "Commanding rape: sexual violence, command responsibility and the prosecution by the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", *The Canadian Yearbook of International Law*, 36, 1998, pp. 93-150; ASKIN, K. D., "Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwanda Tribunals: Current Status", *American Journal of International Law*, 93/1, pp. 97-123; RUSSELL-BROWN, S. L., "Rape as an act of Genocide", Berkeley Journal of International Law, 21/2, 2003, pp. 350-374.

(77) En el asunto Akayesu, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 503, sin diferenciar entre lesiones graves a la integridad física o mental, la SPI-1 se remitió a la sentencia de 12-XII-1961 de la Corte de Distrito de Jerusalén en el asunto *Adolf Eichmann, en donde se afirmó que: "by the enslavement, starvation, deportation and persecution (...) and by their detention in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings, and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture"*. "Attorney General of the Government of Israel vs. Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 December 1961", publicado en *The International Law Reports*, 36, 1968, p. 340. De ahí la SPI-1 indujo que, a los fines de interpretar el artículo 2.2.b) del Estatuto del TIPR, las lesiones graves a la integridad física o mental comprenden, sin carácter exhaustivo, los actos de tortura, sean físicos o mentales, los tratos inhumanos o degradantes y la persecución. De una manera similar, en los asuntos *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 51; en *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 156; y en *Bagilishema*, SSPI-1, de 7-VI-2001, pár. 59, el TIPR afirmó que *"the Chamber understands the words «serious bodily or mental harm» to include, but not limited to, acts of bodily or mental torture, inhumane or degrading treatment, rape, sexual violence, and persecution"*.

(78) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 109; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 320; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 664.

(79) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 110; *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 321.

"The Chamber adopts the foregoing standards pronounced in Akayesu and Kayishema and Ruzindana as to the determination of serious bodily or mental harm. In addition, the Chamber finds that serious mental harm need not be permanent or irremediable" (80).

Cabe, además, señalar que cuando una SPI del TIPR ha concluido que un acusado es penalmente responsable por la matanza de miembros del grupo *Tutsi*, dicha SPI se ha negado a considerar la cuestión de si el acusado o sus subordinados causaron también lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros de la población *Tutsi* (81).

2.2.3.- El sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

La SPI-1 ha sostenido que la expresión "sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial" debe interpretarse como los métodos de destrucción mediante los cuales el perpetrador no pretende matar inmediatamente a los miembros del grupo, aunque en última instancia persiguen sus destrucción física (82).

Para interpretar el artículo 2.2.c) del Estatuto del TIPR, la SPI-1 ha defendido la opinión de que los medios utilizados para el sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, incluyen, *inter alia*, el sometimiento de un grupo de personas a dietas de subsistencia, la expulsión sistemática de sus hogares y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo de los mínimos requeridos (83). En el asunto *Kayishema y Ruzindana*, la SPI-2 del TIPR, basándose en los trabajos preparatorios de la Convención sobre el genocidio, consideró que esta disposición incluye las circunstancias que llevarían a una muerte lenta, como la falta de alojamiento, vesti-

(80) *Semanza*, SSPI-3, de 15-V-2003, pár. 322. Véanse igualmente los asuntos *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 816; *Kamuhanda*, SSPI-2, de 22-I-2004, pár. 634; *Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe*, SSPI-3, de 25-II-2004, pár. 664.

(81) *Kajelijeli*, SSPI-2, de 1-XII-2003, pár. 844.

(82) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 505; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 52; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 157.

(83) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 506; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 52; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 157.

do, higiene y cuidado médico apropiado, o el trabajo o el ejercicio físico excesivo (84).

2.2.4.- La imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo

Al interpretar el artículo 2.2.d) del Estatuto, el TIPR considera que la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo es un subtipo penal del crimen de genocidio que abarca la mutilación sexual, la práctica de la esterilización forzosa, el control de los nacimientos forzados, la separación forzosa de los sexos y la prohibición de los matrimonios. En las sociedades patriarcales, como era el caso de Ruanda en 1994, en las que la pertenencia a un grupo se determina por la identidad del padre, un ejemplo de imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo es el supuesto en el que, tras ser violada, una mujer de un grupo resulta deliberadamente embarazada por un hombre de otro grupo, con la intención de hacerla dar a luz a un niño que consecuentemente no pertenecerá al grupo de su madre (85).

Es más, el TIPR ha defendido que la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo puede abarcar la imposición de medidas físicas, pero estas medidas también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida destinada a impedir los nacimientos cuando la persona violada rehúsa posteriormente a procrear, de la misma manera como los miembros de un grupo pueden ser llevados, a través de amenazas o traumas, a no procrear (86).

2.2.5.- El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

Con respecto al traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, el TIPR es de la opinión que, al igual que en el supuesto de la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos, el objetivo no es sólo sancionar un acto directo de traslado por la fuerza física, sino también

(84) *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, párs. 115-116. En la doctrina, vide ROBINSON, N., *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 123.

(85) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 507; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 117; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 53; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 158.

(86) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 508; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 117.

sancionar cualquier acto de amenazas o traumas que podrían llevar al traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo (87).

3.- CONSIDERACIONES FINALES

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó su Resolución número 955 (1994), por trece votos a favor, la abstención de China y el voto finalmente en contra de la propia Ruanda, por la que estableció el Tribunal Internacional Penal para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

Casi diez años después de su establecimiento, cabe recordar que la mera existencia del TIPR supone por sí sola uno de los grandes avances del Derecho Internacional Penal, ya que, por primera vez, se trata de un Tribunal internacional cuya competencia está prevista para conocer de crímenes cometidos por individuos en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional. Los anteriores tribunales internacionales, como los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio, o incluso el propio TIPY, fueron tribunales circunscritos a conflictos armados de carácter internacional. Sin embargo, la mera existencia del TIPR significa que, finalmente, las violaciones masivas de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario acaecidas en el marco de un conflicto no internacional, también han sido consideradas por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, lo que le permitió actuar en el marco del Capítulo VII de la Carta.

Ello no significa que se pueda hablar de dos clases de crimen de genocidio, según se trate de conflictos armados de carácter internacional o sin ese carácter. La definición del crimen de genocidio es la misma para ambos tipos de conflictos, e incluso en ausencia de conflicto armado, ya que el artículo 2 del Estatuto del TIPR no es más que una mera reproducción de los artículos II y III de la Convención sobre el genocidio. El gran valor, a estos efectos, de la jurisprudencia del TIPR consiste en que, por

(87) *Akayesu*, SSPI-1, de 2-IX-1998, pár. 509; *Kayishema y Ruzindana*, SSPI-2, de 21-V-1999, pár. 118; *Rutaganda*, SSPI-1, de 6-XII-1999, pár. 54; *Musema*, SSPI-1, de 27-I-2000, pár. 159.

primera vez, se ha perseguido judicialmente a nivel internacional a los principales perpetradores de un crimen de genocidio acaecido en el marco de un conflicto interno. Aún así, la jurisprudencia asentada por el TIPR acerca de la definición del crimen de genocidio, dada la validez universal de su definición jurídica, constituye un importante y sólido precedente para todos los tribunales, tanto internacionales como internos, que deban enfrentarse a un asunto en el que se impute la comisión de un crimen de genocidio.

COMPRENSIÓN JUSFILOSÓFICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL CONSENTIMIENTO EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACTUAL*

Miguel Ángel CIURO CALDANI**
Miembro del I.H.L.A.D.I.

I. Ideas básicas

1. Múltiples factores, entre los que cabe señalar, por ejemplo, la expansión de la economía, tienden a producir hoy un fenómeno de *globalización/marginación* en el que parece estar formándose *cierta estatalidad mundial e*n etapa "hobbesiana" de concentración del poder (1). En el pro-

---

* Bases de la comunicación presentada por el autor al XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano Filipino de Derecho Internacional con el mismo título.

Puede v. la Ponencia. "Creación del Derecho internacional en una sociedad global: importa todavía el consentimiento?". Ponente: Dr. Francisco Orrego Vicuña.

En relación con el tema es posible c. por ej. Monografías.com, Soberanía y Derecho Internacional, Pablo Fernández de Castro, *http://www.monografias.com/trabajos/sobeydcho/sobeydcho.shtml* (28-8-2004).

** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e investigador del CONICET (Argentina).

(1) Es posible v. nuestro artículo "El derecho internacional ante una posible "preconstitucionalidad mundial", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* año 10, t. II, págs. 859/875; también "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social,* N° 24, págs.41/56; "Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica", en *Investigación y Docencia,* N° 27, págs. 9 y ss.; "Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización", en *Investigación ... cit.,* N° 32, págs. 9/14. Pueden v. por ej., en posiciones a veces discrepantes, REMIRO BROTONS, Antonio, "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilaterialismo en el nuevo orden internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional,* LI, 1, págs. 11 y ss.; TOUSCOZ, Jean, "Mondialisation et securité économique internationale", en *Revue Générale de Droit International Public,* t. 102, págs. 623 y ss.; STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización,* trad. Carlos Rodríguez Braun, 6ª. reimp., Bs. As., Taurus, 2002; SAMPEDRO, José Luis, *El mercado y la globalización,* Barcelona, Destino, 2002; GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globaliza-*

ceso de formación del Estado moderno-nacional, luego de que el espacio estatal encontrara la defensa de su consolidación interna en el pensamiento de Hobbes y la expresión de su afirmación externa en el de Bodin, la misma burguesía, que había contribuido a formarlo, comenzó a "acosar" a los gobiernos monárquicos absolutistas, reclamando la libertad, la democracia e incluso la formación de la "nación" (2). Las ideas de Locke y de Montesquieu, de Rousseau e incluso de Fichte representan ese proceso de transformación de la realidad que Hobbes y Bodin habían contribuido a teorizar (3).

ción de los derechos humanos, trad. Helena Recassens Pons, Barcelona, Crítica, 2003; FORO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, *Alternativas a la globalización económica. Un mundo mejor es posible*, trad. Roc Filella Escolá, Barcelona, Gedisa, 2003; ALTVATER, Elmar – MAHNKOPF, Birgit *Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política de la globalización*, trad. Claudia Cabrera Luna, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM, Siglo XXI, 2002; TRIGEAUD, Jean-Marc, "Multiculturalisme et "droits premiers"", en *Filosofia Oggi*, año XXVI, N. 102, F. II, págs. 135 y ss.; DEHESA, Guillermo de la, *Globalización, desigualdad y pobreza*, Madrid, Alianza 2003; Le Débat Stratégique N°58 -- Septembre 2001, L'hégémonie américaine après le 11 Septembre, par Saïda Bédar, *http://www.ehess.fr/centres/cirpes/ds/ds58/hegemo.html* (27-7-2004); cabe c. por ej. la tarea del Centre de recherche sur la mondialisation, *http://www.globalresearch.ca/articles/LAD205A.html* (30-8-2004); El Desafío ético de la globalización, Zygmunt Bauman, http://www.ugt.es/globalizacion/bauman.htm (30/8/2004). La globalización actual está claramente perfilada ya, v. gr., en K. Marx & F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista (1848), *http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm* (31-1-2005), antecedentes de este enfoque pueden v. en Karl Marx y Friedrich Engels, Biblioteca de Autores Socialistas, Manuscritos económicos y filosóficos de 1844, Karl Marx, *http://publicaciones.ua.es/LibrosPDF/0214-8676-24/06.pdf* (31-1-2005). En cuanto a la Filosofía del Derecho Internacional Público, pueden v. por ej. PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la Comunidad Internacional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1974; Biblioteca Jurídca Virtual, Filosofía del Derecho Internacional, Basave Fernández del Valle, Agustín, *http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=27* (31-1-2005); *Filosofía, La paz perpetua*, Por Immanuel Kant, Traducción Susana Aguiar, *http://www.enfocarte.com/3.21/filosofia2.html* (31-1-2005); *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Año III nº 5, "Del cosmopolitismo a la globalización: Kant y la paz perpetua", Roberto Augusto Míguez, *http://www.asociacion-logo.org/downloads/05-RobertoAMiguez.pdf* (31-1-2005); Jürgen Habermas, "El dret internacional en la transició cap a una constellació postnacional", *http://www.alcoberro.info/habermas1.pdf* (31-1-2005); Roberto Juan Katayama Omura, "Paz Perpetua" y "Guerras Justas": ¿oposición o complementariedad?,*http://www.pucp.edu.pe/eventos/congresos/filosofia/programa_general/miercoles/sesion9-10.30/KatayamaRoberto.pdf* (31-1-2004); CICR, *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 143, pp. 575-588 por Sergio Moratiel Villa, "Filosofía del Derecho Internacional: Suárez, Grocio y epígonos", *http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList163/07435EF044-811365C1256DE100556621* (31-1-2005).

(2) Cabe c. nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

(3) Pueden c. nuestras *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4.

En el campo internacional, al propio tiempo que se formaban los Estados modernos, el legado vital común llevaba a establecer la comunidad juspublicista internacional, teorizada por juristas y teólogos entre los que se encuentran Vitoria y Grocio. En esta comunidad, los tratados internacionales se fueron afirmando progresivamente como fuentes nacidas del *consentimiento* de esos Estados (4).

En nuestros días vivimos una *nueva era histórica*, constituida sobre todo por las posibilidades genéticas respecto de la vida humana, que tiene entre sus importantes exponentes a la globalización/marginación. La posible nueva estatalidad mundial en etapa hobbesiana se manifiesta en la quiebra de cauces juspublicistas internacionales tradicionales, en el avance del reproche penal extranacional (que, sin embargo, excluye a los más poderosos) (5), en el despliegue del comercio mundial (6), etc.

En el marco de una situación tan nueva como la de hoy, de cambio tan hondo de las fuentes materiales, parece inevitable y legítimo que se produzcan grandes transformaciones en las *fuentes formales*, incluso de los tratados, cambios que la Ponencia presenta de manera muy esclarecedo-

(4) Es significativo tener en cuenta los diversos alcances de los tratados internacionales y otras fuentes de la comunidad internacional señalados en la Ponencia.

Pueden v. por ej. MENON, P. K.(Prof.), "The Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with Special Reference to the Vienna Convention of 1986", en *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, año 76, N° 1, págs. 1 y ss.; GUARDIA, Ernesto de la, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Bs. As., Abaco, 1997; BIDART CAMPOS, Germán J. (Dr.), "Tratado Internacional", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXVI, págs. 406 y ss.; HALAJCZUK, Bohdan T. – MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del R., *Derecho Internacional Público*, 3ª. ed., Bs. As., Ediar, 1999; asimismo c. CVI Modelos 2003, *http://www.oajnu.org/modelonu/problemas/DOC_INT.HTM* (31-1-2005).

En cuanto a la evolución del Derecho Internacional, cabe c. por ej. MERON, Theodor, "International Law in the Age of Human Rights", en *Recueil des Cours* de la Académie de Droit International, t. 301, págs. 9 y ss.; en Internet por ej. arteHistoria, Evolución del Derecho Internacional, *http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2118.htm* (28-8-2004).

(5) Cabe c. nuestro comentario "Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico", en *Jurisprudencia Argentina*, "Lexis Nexis", 1/12/2004, págs. 65/8 (t. IV).

(6) Pueden v. nuestros artículos "La Organización Mundial del Comercio y la norma hipotética fundamental en nuestro tiempo", en *Investigación ... cit.*, N° 29, págs. 37 y ss.; "Comprensión jusfilosófica del Derecho del Comercio Internacional y de su proyección en la cultura de nuestro tiempo", en *Investigación ... cit.* N° 28, págs. 9 y ss.

ra (7). La tensión permanente entre lo *"estatal"* ("nacional") y las *relaciones* entre los "Estados", característica de la *"inter.-nacionalidad"*, se manifiesta a favor del primer aspecto (lo estatal) cuando se exige más el consentimiento; en el segundo (la relación) cuando la exigencia se debilita.

Aunque no se comparta su posición, es comprensible que se cuestione en alguna medida el requerimiento del consentimiento de los Estados, por ejemplo por quienes quieren impulsar la intensificación de las relaciones internacionales (8). Es más: a veces se llega al abandono de los cauces de tratados para resolver como cuestiones privadas asuntos que hacen a la vida pública estatal, según ha sucedido al fin con la "deuda pública" argentina (9).

Parece relevante considerar, según se propone en el tema, cuáles son los *significados jurídicos* y sobre todo los rasgos de *legitimidad* de las soluciones que sostienen más o menos el consentimiento. Nos referimos al consentimiento en el marco de la *internacionalidad* y su evolución, no al espacio de los procesos de integración, en los que puede ser más fácilmente superado sin ser negado. Tampoco pasamos por alto que es necesario *compatibilizar* la fuerza de los tratados con la planificación y las

(7) Es posible v. ROBERTS, Anthea Elizabeth, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law. A Reconciliation", en *American Journal of International Law*, 95, 4, págs. 757 y ss. En cuanto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe c. *http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html* (31-1-2005). Los considerandos de la Convención dicen: "Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" están universalmente reconocidos". El texto de la Convención establece: "9. Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2. / 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente."

(8) En relación con los tratados y el consentimiento en su elaboración puede v. por ej. CARREAU, Dominique, "Traité international", en *Répertoire de Droit International*, París, Dalloz, t. III, 1998; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12ª. ed., Madrid, Tecnos, 1999, págs. 157 y ss.; asimismo cabe c. CARRILLO SALCEDO, Juan. Antonio, "Curso de Derecho Internacional Público", Madrid, Tecnos, 1991, págs. 103 y ss.

(9) Es posible v. nuestro artículo "El contrato de deuda externa estatal y sus características administrativas", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 16, págs. 303/11.

costumbres internacionales (10). Aunque no creemos en valoraciones aprioristas, en principio nos decidimos por la defensa del consentimiento estatal.

2. Los significados jurídicos pueden apreciarse mejor cuando se analizan como lo propone, desde la gran corriente *integrativista* y en el marco de la concepción *tridimensional*, la *teoría trialista del mundo jurídico*, fundada por Werner Goldschmidt (11). Según el "trialismo", el mundo jurídico debe construirse como un conjunto de repartos captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia. Los repartos son adjudicaciones de "potencia" e "impotencia" (lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vida) producidas por la conducta de seres humanos determinables.

También es importante aprovechar las perspectivas de la *teoría de las respuestas jurídicas*, apreciando los alcances de éstas, su dinámica y las situaciones en que se presentan entre sí (12).

II. El análisis trialista

a) Dimensión sociológica

3. En la *dimensión jurístico-sociológica*, vale tener en cuenta las perspectivas de los elementos de los repartos: repartidores (conductores), recipiendarios, objetos, forma (13) y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) (14). Si se requiere más el consentimiento, avanza el

(10) Existe alguna semejanza con lo que ocurre en la vinculación de los contratos con las leyes en sentido amplio y con las costumbres; en cuanto a la semejanza y las diferencias cabe c., v. gr., El consentimento como base en la formación de la regla internacional, *http://www.robertexto.com/archivo6/der_inter6.htm* (31-1-2005).

(11) Pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

(12) Pueden v. nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976 (2ª. ed. en "Investigación ..." cit., Nº 37, págs. 85/140).

(13) La forma es el camino previo elegido para llegar al reparto.

(14) En cuanto a razones en general, conviene distinguir los móviles, las razones alegadas y las razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que el reparto es valioso. Cuando el reparto es razonable, tiende a ser ejemplar.

papel repartidor (conductor) de los gobernantes nacionales y sus electores; en tanto, cuando disminuye esa exigencia, se desarrolla el rol de la conducción internacional, quizás más específicamente de la conducción globalizada.

Un aspecto de gran significación para la adopción de las *decisiones* repartidoras es el reconocimiento de quiénes son *recipiendarios*, sean *gravados* (receptores de impotencias) o *beneficiados* (receptores de potencias). A veces el resguardo del consentimiento brinda espacio y protege a Estados débiles, en otros casos lo hace con Estados fuertes; en algunos supuestos es el debilitamiento del consentimiento el que da ámbito a mayorías de Estados débiles y en otros casos lo brinda a Estados fuertes. Los Estados fuertes por lo general imponen su voluntad, más allá del consentimiento formal.

Si se atenúa la exigencia del consentimiento, gana espacio el *reparto autoritario,* desenvuelto por imposición, con su valor poder; si se mantiene el requisito respectivo, avanza el *reparto autónomo*, surgido del acuerdo de los interesados, con su valor cooperación. En el primer caso, avanza la *planificación "gubernamental" global* que, como toda planificación gubernamental, indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad; en el segundo, se depende más de la *ejemplaridad*, es decir, del modelo y el seguimiento sobre bases de razonabilidad, que satisface el valor solidaridad.

La autoridad y la autonomía, la planificación y la ejemplaridad pueden referirse a los repartidores, los recipiendarios, el objeto, la forma y las razones. Las cuatro pueden relacionarse con todos los elementos de los repartos de modo que es posible que en unos elementos haya autonomía y en otros autoridad; en unos planificación y en otros ejemplaridad. Por ejemplo: la autonomía puede consistir en el acuerdo en cuanto a quiénes reparten, a quiénes reciben, a qué se adjudica, al camino previo, a los móviles, las razones alegadas o las razones sociales. Muchas veces la autonomía del consentimiento de los Estados se remite al acuerdo por la necesidad de los objetos, aunque en realidad el resto del reparto es autoritario.

La forma de los repartos puede tener más o menos proximidad con el paradigma autoritario o autónomo respectivo: es posible alcanzar el reparto autoritario por la mera imposición, que le es más afín, o por el proceso, que a través de la audiencia se acerca relativamente a la autonomía; el reparto autónomo puede lograrse por la negociación, que por la audiencia le es más afín, o por la adhesión, que se aproxima a la autoridad. Si el consentimiento surge de una mera adhesión, se produce más cercanía con el reparto autoritario; cuando el debilitamiento del consentimiento surge luego de un proceso, se tiene más proximidad con el reparto autónomo. El mundo actual es especialmente autoritario porque los nuevos repartidores supremos de la estatalidad mundial obran por mera imposición.

La atenuación del consentimiento tiende a formar un solo régimen mundial más simple, con el progreso de su valor orden; la afirmación del consentimiento consolida los regímenes estatales, pero produce cierto desorden (anarquía) en el campo externo, con el "disvalor" propio de la arbitrariedad. La afirmación del consentimiento corresponde al fin a un mundo más complejo. De cierto modo, el régimen mundial tiene en los hechos características "imperiales".

La gran mutación histórica que vivimos, en nuestro caso en especial en cuanto al debilitamiento de la exigencia de consentimiento, produce una "revolución", en la que como tal cambian los supremos conductores y los supremos criterios de conducción. Como toda revolución, suscita a su vez cierta anarquía y alguna arbitrariedad.

Un interrogante también significativo, relacionado con los *límites necesarios* que la naturaleza de las cosas impone a los repartos, es el que se refiere a la posibilidad de defender el consentimiento en tiempos en que las fuerzas y las relaciones de producción se planetarizan y la *"constitución material"* del mundo parece encaminarse a la globalización/marginación (15). En todo caso importa señalar que normalmente las mayorías sólo pueden imponerse a los *débiles*.

De cierto modo, el afianzamiento y el debilitamiento del consentimiento estatal son afines respectivamente a los viejos modelos del *pactismo* y el *organicismo* en la comprensión del gobierno y la sociedad.

---

(15) Cabe recordar: LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

b) Dimensión normológica

4. En la dimensión *jurístico-normológica*, resulta importante reconocer, por ejemplo, que los tratados son a veces meras fuentes "espectáculo" que, bajo la máscara de autonomía, ocultan repartos autoritarios.

Desde el punto de vista del funcionamiento de las normas, la opción entre el afianzamiento y el debilitamiento del consentimiento de los Estados puede entenderse como la necesidad de ponderación de los respectivos *principios* de autodeterminación y relacionamiento estatales.

La atenuación de la exigencia del consentimiento debilita el *concepto* tradicional de soberanía.

El debilitamiento del requisito de consentimiento tiende a colocar la *norma hipotética fundamental* en el ordenamiento mundial, en tanto cuando se lo exige la norma hipotética es más propia del despliegue estatal.

El normativismo en la construcción del objeto jurídico puede ocultar con especial frecuencia las graves tensiones fácticas que se esconden debajo del debilitamiento del consentimiento de los Estados y que las imposiciones sólo tienen éxito frente a los débiles, pero también esas tensiones pueden resultar valiosas según los contenidos de valor que se adopten.

c) Dimensión axiológica

5. 1. En la dimensión *jurístico-axiológica* (16), la exigencia del consentimiento parece ser más afín a la justicia, en tanto su debilitamiento resulta una manera más fácil para instrumentar resultados, emparentada con la *utilidad*.

La atenuación de la exigencia del consentimiento acentúa la referencia a la justicia construida prescindiendo del consenso ("extraconsensual"), edificada sobre una razón ("monologal"), relativa y quizás general con proyección mundial (17). En cambio, la afirmación de la exigencia de

(16) Goldschmidt indica que debe denominarse dikelógica, por la referencia central a la justicia.

(17) Con el sentido juspublicista que siempre tienen los requerimientos de justicia general, en este caso dirigida a lo internacional o lo global.

consentimiento se apoya más en la justicia "consensual", "dialogal", absoluta y general local (18). Uno de los argumentos que quizás puedan utilizarse a favor de la atenuación del consentimiento es la *"justicia de llegada"*, en el sentido de que puede esperarse que con el tiempo la mundialización dé resultados más satisfactorios (19). Puede hablarse de un "parto" histórico.

La atenuación del requisito de consentimiento "desfracciona" las consideraciones de justicia internacional y "fracciona" las internas, produciendo con este corte *seguridad internacional*; la afirmación de esa exigencia desfracciona las consideraciones de justicia interna y fracciona las internacionales, generando *seguridad interna*.

El presente debate se mueve en el terreno de los *criterios generales* orientadores, que son necesarios pero pueden resultar superados por valoraciones completas. En definitiva, para juzgar la afianzamiento o debilitamiento del consentimiento estatal habrá que atender a las *particularidades de los casos*. No es el mismo el significado de una mayoría de pequeños Estados en una conferencia, con miras a poner freno al poder de grandes potencias avasallantes, que el de la simple invocación de una costumbre para imponerse a Estados débiles.

5. 2. Si se admite el principio supremo de justicia propuesto por el trialismo, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para convertirse en persona, pueden reconocerse diversos criterios de legitimidad relacionados con los elementos del reparto antes referidos y con el régimen en su conjunto.

En cuanto a la legitimidad de los *repartidores* y los *recipiendarios*, el consentimiento de los Estados acerca a la autonomía de los interesados, que en principio resulta preferible a la "antiautonomía" del mero poder e incluso a la aristocracia (superioridad moral, científica y técnica). En realidad, el consentimiento de los Estados pertenece al campo de la "infraautonomía", es decir, al consentimiento de la mayoría interna (que se manifiesta v. gr. en la democracia). En la actualidad no existen cauces mundiales idóneos para que se expresen efectivamente las grandes mayorías planetarias, a menudo marginadas. Sin embargo, en otra perspectiva, a

(18) Con la pertinente remisión juspublicista local.

(19) Es posible v. nuestro trabajo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, págs. 715 y ss.

veces la prescindencia del consentimiento de los Estados se fundamenta en la voluntad de la mayoría de éstos, lo que significa otro enfoque de la infraautonomía (y la democracia). También cabe concebir un "consentimiento en etapas", producido por el consentimiento en participar en una conferencia internacional donde se decide por mayoría (tal vez pueda hablarse de una *"preautonomía"*) (20).

Parece que el consentimiento de los Estados permite más cauces a la *responsabilidad* de los supremos repartidores; su debilitamiento conduce en los hechos a la "irresponsabilidad" de los actuales gobernantes del mundo, casi libres de mecanismos de control. Sin embargo, a veces la prescindencia del consentimiento permite efectivizar la responsabilidad de repartidores estatales al fin débiles.

Cuando se resguarda a Estados débiles, muchas veces se invoca la *necesidad* (el "merecimiento") de los recipiendarios; si se ampara a Estados fuertes suele esgrimirse la *conducta* conforme a valores de referencia predominantes (el "mérito") (21). Sin embargo, estas perspectivas no son excluyentes: es más, los Estados débiles encuentran a menudo su "fuerza" axiológica en el cumplimiento de las reglas de conducta y los Estados fuertes hacen valer con frecuencia su mero poder.

En el *horizonte* del debate acerca del afianzamiento o el debilitamiento del consentimiento de los Estados se encuentran respectivamente, en alguna medida, la fuerza obligatoria del consentimiento y del objeto de los *contratos* (22).

---

(20) Asimismo quizás pueda hacerse referencia a la "postautonomía". Tal vez el ingresar autónomamente a una conferencia permita decir que debajo de los criterios de decisión concretos hay "paraautonomía" en cuanto se acepta que se decida en la forma establecida en la misma.

(21) Suele invocarse el cumplimiento de las reglas capitalistas, aunque éste no sea siempre estricto.

(22) Puede v. nuestro artículo "Meditaciones acerca de las fuentes de las obligaciones", en *El Derecho*, t. 102, págs. 996 y ss.; también cabe v. por ej. nuestras *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

En cuanto a los contratos en particular y la magnitud vinculante del consentimiento y del equilibrio de las prestaciones, cabe c. la otra comunicación que enviamos al Congreso "Reflexiones sobre la CIDAC (CIDIP, México, 1994)"; acerca de nuestra posición al respecto, en gran medida también en defensa de las *diversidades culturales*, es posible v. nuestros "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI*, N° 5, págs. 27 y ss.; además pueden c. "Significados jusfilosóficos de los contratos", en

Con el consentimiento de los Estados gana notorio espacio la legitimidad en cuanto a la *forma,* ya que en los cauces estatales suelen producirse vías de audiencia interna relativamente generales, aunque sea para la mera aprobación parlamentaria de los tratados. La audiencia en lo internacional es más restringida.

Respecto de las *razones* que fundamentan los repartos, parece que el discurso hegemónico que puede abrirse camino a través del debilitamiento del consentimiento estatal carece de razonabilidad para la mayoría de la población planetaria. Las razones que alega resultan con frecuencia falsas y se halla desacreditado ante gran parte de la población mundial.

Las legitimidades de los elementos de los repartos se interrelacionan, y la superioridad del consentimiento estatal en cuanto a repartidores, recipiendarios, forma y ciertos despliegues de las razones hace presumir la mayor legitimidad del objeto e incluso del resto de las razones.

Según el principio supremo adoptado, el régimen justo ha de ser *humanista,* respetando la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres. La unicidad se viabiliza por el liberalismo político, la igualdad lo hace por la democracia y la comunidad se expresa en la "res publica". La diversidad de Estados y el respeto de su consentimiento resultan especialmente afines a la unicidad y al liberalismo político. La actual globalización/marginación está lejos de contar con cauces de *libertad* y *democracia* a nivel mundial análogos a los caminos que éstas tienen habitualmente en los ámbitos estatales y, en consecuencia, en el consentimiento de los Estados (23). Aunque tal vez no sea posible oponerse con éxito a la globalización, es importante que ésta respete las particularidades de los

---

Investigación... cit., N° 10, págs. 33 y ss.; "La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable", en *Juris*, t. 47, págs. 229 y ss. El transcurso de los sucesos históricos ha ido debilitando nuestra confianza en la autonomía como expresión del consentimiento. Consideramos que es valiosa como requisito *sine qua non* de la obligación (en el tratado y el "con-trato"), pero no como determinante exclusivo de la misma. Creemos que en otro sentido su fundamento principal como fuente de las obligaciones puede ser el dejar que fluyan los acontecimientos.

(23) Respecto de la intervención popular, puede c. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, *Derecho Internacional Público*, trad. Antonio Truyol y Serra, 6ª. ed., 2ª. reimp., Madrid, Aguilar, 1980, págs. 128 y ss., esp. págs. 145 y ss. Cabe c. por ej. STEIN, Eric, "International Integration d Democracy: No Love at First Sight", en *American Journal* ... cit., 95, 3, págs. 489 y ss.

Estados, constituyéndose en universalización, y que los niveles de libertad y democracia estatales sean resguardados (24).

Pese a que no desconocemos la importancia del desarrollo de la internacionalidad, creemos que *en general* vale la preservación del consentimiento de los Estados. En este consentimiento se protegen niveles de libertad, de democracia y, en suma, de justicia que la globalización/marginación dista de poder brindar (25).

III. El análisis desde la teoría de las respuestas jurídicas

6. En cuanto a la teoría de las respuestas jurídicas, la atenuación de la exigencia de consentimiento produce la *"minusmodelación"* del despliegue estatal y la *"plusmodelación"* de los desenvolvimientos internacionales o globales; a la inversa, la afirmación de ese requerimiento es relativa "minusmodelación" de lo internacional o global y "plusmodelación" de los despliegues internos. A veces, el consentimiento de los Estados es debilitado, en los hechos, por las presiones externas, generándose un *"vaciamiento"* de la estatalidad y una *"sobreactuación"* de la internacionalidad o la globalización. Cuando la pretensión de limitar el consentimiento se produce respecto de grandes potencias, la "plusmodelación" internacional o global es sólo conceptual y en consecuencia *"inflacionaria"*.

En nuestros días hay en general, en consecuencia, una fuerte "plusmodelación", al menos fáctica pero incluso conceptual, del despliegue internacional y una consiguiente "minusmodelación" de lo estatal. Se producen el "vaciamiento" de la estatalidad y la "sobreactuación" de la internacionalidad o la globalización, pero además hay cierta "inflación" de la vocación de control sobre los grandes poderes.

En la perspectivas de las relaciones entre respuestas, en el debilitamiento del consentimiento la internacionalidad o la globalización *dominan* a lo estatal, en tanto en la afirmación hay cierta *"coexistencia"* de lo interno y lo internacional o global o lo interno domina a lo internacional o global (26).

IV. Reflexión final

7. El Ponente, doctor Francisco Orrego Vicuña, dice "en tanto seamos capaces de distinguir el derecho de lo que es mero papel el peligro se encontrará bajo control" (27). Cabe expresar, asimismo, que en tanto seamos capaces de distinguir los *significados complejos* del Derecho y de la exigencia o la atenuación del consentimiento de los Estados, el peligro de la globalización/marginación estará bajo relativo control. Creemos que la mundialización es en gran medida un *hecho*, quizás irreversible, pero la universalización superadora de la globalización/marginación es un *deber*.

(24) Es posible v. nuestro estudio *El Derecho Universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2002. La universalización es un requisito del respeto a la *complejidad*, uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo (cabe v. por ej. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro, *La sfida della complessità*, traducciones de Gianuca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *El Derecho*, t. 126, págs. 884 y ss.; El Derecho como complejidad de "saberes" diversos, Dra. María Isolina Dabove, *http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/16_Dabove%20Marilina.doc* (1-2-2005); Integrativismo Trialista, *http://www.conferencias.org.ar/ocs/index.php?cf=1* -1-2-2005-; además, en cuanto al pensamiento complejo desde diversas posiciones puede v., por ej., MORIN, Edgar, "La méthode", du Seuil; La Sociología de la complejidad de Niklas Luhmann, *http://www.conocimientoysociedad.com/sociocompleja.html* -1-2-2005-).

(25) En cuanto a los valores del Derecho Internacional, cabe c. por ej. BOUTROS-GALHI, Boutros, "Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratisation", en *Recueil ... cit.*, t. 286, págs. 9 y ss.

(26) La coexistencia de respuestas independientes, la dominación, la integración, la desintegración e incluso el aislamiento pueden reconocerse según cuál o cuáles respuestas califican, cómo se establecen los alcances de las cuestiones, si se admite el fraude, si una respuesta puede enviar a otra y si hay posibilidad de rechazo (es posible v. nuestros *Aportes ... cits.*, págs. 59 y ss.).

(27) Ponencia *cit.*, pág. 15.

CLÁSICO PERO ACTUAL: EL TERRITORIO ESTATAL

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN*

SUMARIO:

I.- UNA PRIMERA REFLEXIÓN OBLIGADA: EL DESTACADO PAPEL DEL TERRITORIO EN LA ESFERA INTERNACIONAL.

II.- EL AMPLIO BAGAJE DE CONTROVERSIAS TERRITORIALES RESUELTAS, FACTOR EXPLÍCITO DE LA TRASCENDENCIA DEL TERRITORIO ESTATAL.

III.- UNA TRISTE REALIDAD LAMENTABLEMENTE ELOCUENTE: LOS CONFLICTOS TERRITORIALES PENDIENTES.

IV.- LA ATRIBUCIÓN DEL TÍTULO DE SOBERANÍA SOBRE UN TERRITORIO.

V.- PROCESOS FÁCTICOS SUSCEPTIBLES DE GENERAR UN TÍTULO DE SOBERANÍA TERRITORIAL:

1. De la ocupación a las efectividades;

2. Un título adquisitivo polémico: la prescripción;

3. La accesión o acreción.

VI.- LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DERIVADOS DE UN TÍTULO JURÍDICO:

1. Un título jurídico clásico: la cesión territorial;

2. La adjudicación;

3. Sucesión de Estados a tratados de fronteras;

4. El principio del uti possidetis iuris.

VII.- LOS TÍTULOS IMPERFECTOS INCOADORES DEL TÍTULO:

1. El descubrimiento como derecho preferente;

2. Un criterio puramente temporal: la contigüidad.

---

* Profesora Titular de Derecho internacional público. Universidad Complutense de Madrid.

I.- UNA PRIMERA REFLEXIÓN OBLIGADA: EL DESTACADO PAPEL DEL TERRITORIO EN LA ESFERA INTERNACIONAL

El territorio del Estado constituye, sin duda, un concepto jurídico fundamental, una parte trascendental del Derecho internacional público, en general, y de la teoría general del Estado, en particular; incluso podríamos llegar a afirmar con O´Conell, sin miedo a la exageración, que el territorio es "perhaps the fundamental concept of international law" (1).

En esta línea, podemos apreciar cómo el ordenamiento jurídico internacional ha sido, es, y seguirá siendo tributario del lugar central que ocupa la concepción jurídica del territorio en dicho ordenamiento (2). De esta forma, si tomamos como referente los principios estructurales del Derecho internacional advertimos con claridad su raíz territorialista; partiendo del principio de soberanía *–territorial-*, siguiendo con su corolario, el principio de no injerencia en asuntos internos *–ad intra del territorio-*, y concluyendo con el principio de libre determinación de los pueblos, invocado para que una población se eleve a la estatalidad en el *territorio colonial.*

En este mismo sentido, el territorio comporta uno de los elementos esenciales para la existencia del Estado, el cual no puede concebirse sin la realidad de un soporte territorial. Un Estado sin territorio no es posible, como ya afirmara Oppenheim a mediados del siglo pasado (3). El territorio es la base de la soberanía estatal, una concreción a la vez física y jurídica, una condición previa a la realidad misma del Estado. Resulta así que la soberanía tiene una dimensión territorial necesariamente terrestre, eventualmente marítima y complementariamente aérea (4).

(1) Vid. O´CONNELL, *International Law*, vol. I, Londres, 2ª ed., 1970, p.403.

(2) Cf. REMIRO BROTÓNS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 521.

(3) Vid. OPPENHEIM, *International Law*, vol. I, Londres, 8ª ed., 1955, p.451.

Esta exigencia debemos ponerla en relación con la figura del "Estado ficticio", la cual se predica de aquellas entidades que quieren elevarse a la estatalidad pero que carecen de alguno de los elementos constitutivos del Estado –población, territorio y organización política-. En el presente contexto vendría referida a las entidades carentes de control sobre un territorio determinado; el "Estado Palestino" o la "República saharaui independiente" son ejemplos en este sentido.

(4) En efecto, el concepto de **territorio del Estado** se halla indisolublemente vinculado al de soberanía, de tal forma que se entiende por aquél el soporte físico de ésta. Tal definición supone que el territorio estatal abarca únicamente aquellos espacios donde el Estado despliega su *soberanía*, esto es, *espacio terrestre* (*suelo* -incluidos los ríos, lagos, lagunas y canales internacionales-, y *subsuelo* -corteza terrestre hasta la litosfera-), *espacio marítimo adyacente* a sus costas en caso de Estados con litoral (*aguas interiores, mar territorial, y aguas archipelágicas* en el supuesto de Estado archipelágico), y el *espacio aéreo supradyacente* al espacio terrestre y marítimo referidos. No forman parte del territorio del Estado –y, por tanto, no deben incluirse en el mismo como algunos equívocamente hacen- aquellos otros espacios donde el Estado ejerce *jurisdicción* exclusiva, pero no soberanía, como ocurre con las misiones diplomáticas ("territorio ficticio") o los buques de guerra ("territorio flotante"). La distinción entre jurisdicción y soberanía se convierte, pues, en clave para la identificación de los espacios que conforman *strictu sensu* el territorio estatal, limitándose únicamente a aquellos en que esta última se despliega.

Sin embargo, pese a su trascendencia jurídica, el Derecho internacional no prescribe un *minimum* de territorio como lo demuestra la existencia de Estados con territorio muy pequeño; tal es el caso paradigmático del Vaticano que cuenta con poco más de 400 hectáreas de superficie, así como los de Mónaco, Liechtenstein o San Marino, los cuales contrastan con las grandes extensiones de Rusia, China o Australia. El tamaño no importa, lo esencial es que se produzca la existencia de un territorio cierto y básicamente estable, aunque sea reducido.

Pero el territorio no sólo resulta trascendental para el ordenamiento jurídico internacional, los propios Estados otorgan particular relevancia a este "elemento de poder", atribuyéndole un gran precio; prueba de ello son los numerosos tratados que celebran para delimitarlo con precisión, así como el hecho de que las Constituciones de algunos Estados describan con detalle cuál es su territorio (5), o que pequeños Estados como Mónaco aumenten su superficie terrestre ganando terreno al mar.

Aunque, sin duda, la evidencia más fehaciente de la importancia que el territorio posee para los Estados es la que deriva de la constatación de la ingente cantidad de conflictos internacionales que han existido, y siguen existiendo, cuyo origen se sitúa en la disputa por una mínima porción de tierra. Más aún, podemos incluso llegar a afirmar que la lucha por el territorio ha conformado uno de los principales detonantes de conflictos béli-

(5) Cf. BARBERIS, J.A., *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, pp.17-18.

Efectivamente, algunos países iberoamericanos como Guatemala, Ecuador o Costa Rica, han incluido en sus Constituciones disposiciones que describen cuál es su territorio. No obstante, hemos de advertir que tal circunstancia no es todo lo frecuente que cabría esperar; muy al contrario la práctica nos demuestra que, salvo el caso de Estados federales o de Estados "con límites calientes", las Constituciones de los Estados que si bien se manifiestan autocomplacientes en declaraciones sobre la unidad e intangibilidad del territorio, no suelen definirlo. Para un análisis en este sentido, véase REMIRO BROTÓNS, A., *Territorio nacional y Constitución 1978*, Madrid, 1978.

cos entre Estados, a lo largo de toda la historia de las relaciones internacionales hasta nuestros días (6). La disputa fronteriza entre Ecuador y Perú, que llevó a ambos Estados a más de un siglo de roces y agresiones mutuas hasta su final resolución en 1998, es buena muestra de ello; como también lo son, el conflicto entre Eritrea y Etiopía que supuso más de 80.000 muertos en tan sólo dos años de confrontación bélica, o los de Camerún/Nigeria, Libia/Chad, Burkina Faso/Mali, Irán/Irak, o los más estridentes de India/Pakistán por el territorio de Cachemira, e Irak/Kuwait que motivó la Guerra del Golfo en 1990, todos ellos acaecidos en la segunda mitad del siglo veinte.

En esta línea, hemos de advertir que el continente americano constituye, en palabras de Sánchez Rodríguez, "un precioso observatorio para el examen de los contenciosos territoriales" (7), pues éstos han sido y son ciertamente numerosos en este ámbito geográfico. Son dos los factores principales apuntados por este autor como causa de esta situación. Por un lado, las circunstancias geográficas, físicas y humanas: vastedad de los territorios, longitud de las fronteras o escasez de población. Por otro, la coincidente eclosión emancipadora que provocó la necesidad de un ajuste global de las nuevas fronteras en todo el continente.

No obstante, creemos importante señalar la existencia de un tercer factor de descargo: "el factor temporal". Las colonias americanas fueron las primeras en acceder a la independencia en el siglo XIX, circunstancia que ha provocado que los conflictos territoriales surgieran primeramente allí, y por ende, con más de un siglo de antelación respecto de las colonias africanas y asiáticas; por ello, cuando estas últimas acceden a la esfera internacional como Estados, aquellas contaban ya con un extenso patrimonio de controversias que ha provocado que la balanza de disputas territoriales se inclinara a su favor. No obstante, esta balanza se va progresivamente equilibrando, habida cuenta que la situación conflictiva se reproduce *mutatis mutandi* en Asia y África.

(6) Debemos advertir que al referirnos en el presente estudio a los conflictos relativos al territorio no lo hacemos globalmente a todos los espacios que hemos visto conforman el territorio estatal (vid. supra nota 4); bajo dicha rúbrica incluimos tan sólo las disputas relativas al **espacio terrestre.** De esta forma, la categoría de *controversias territoriales* aquí utilizada implica, únicamente, aquellas que tienen como objeto la disputa de la soberanía sobre una determinada superficie terrestre; quedan excluidos los conflictos relativos a otras extensiones del territorio estatal, igualmente interesantes, como los espacios marítimos.

(7) Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "Problemas de fronteras en América: las fronteras terrestres entre países iberoamericanos", en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro,* Jornadas iberoamericanas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Salamanca, 1993, p.100.

Resulta evidente que las controversias de índole territorial –bajo este epígrafe incluimos tanto las relativas a la delimitación como a la adquisición de la soberanía territorial-, son las más frecuentes entre los Estados, y constituyen el punto de partida en el asentamiento de muchas cuestiones que afectan a las relaciones internacionales. Las cifras, como comprobaremos a continuación, son ciertamente elocuentes en este sentido.

II. EL AMPLIO BAGAJE DE CONTROVERSIAS TERRITORIALES RESUELTAS, FACTOR EXPLÍCITO DE LA TRASCENDENCIA DEL TERRITORIO ESTATAL

Un aspecto interesante a retener en el contexto de los contenciosos territoriales viene referido a la prolija utilización de modos pacíficos de solución. En este sentido, las técnicas jurídicas utilizadas son sumamente variadas, abarcando tanto métodos no jurisdiccionales como jurisdiccionales, si bien el recurso al arreglo arbitral ha constituido el método más habitual, de tal forma que podemos incluso afirmar que durante siglos los conflictos fronterizos han sido un dominio privado del arbitraje.

En esta línea, si nos expresamos en cifras, podemos referir más de cien controversias territoriales ya finalizadas, de las cuales ochenta y ocho lo han sido por la vía jurisdiccional, esto es, han supuesto una decisión vinculante para las partes y, por tanto, la resolución definitiva de la disputa (8).

Respecto de los *métodos no jurisdiccionales* de solución, destaca el recurso principal a los *buenos oficios* y a la *mediación*, aunque no debemos descartar la importancia de otros, como la *negociación directa* de gran éxito en casos como el de la *isla de Lobos*, entre EE.UU. y Perú (1852). Como ejemplo de buenos oficios, podemos reseñar los ejercidos por el Presidente Hoover en el conflicto de Tacna y Arica que concluyó

(8) Una exposición más detallada de estos conflictos puede encontrarse en LÓPEZ MARTÍN, A.G., *El territorio estatal en discusión: la prueba del título,* McGraw & Hill, Madrid, 1999; igualmente interesante en este sentido, aunque más limitado en su objeto, resulta el trabajo de TAVERNIER, P., "Les différends frontaliers terrestres dans la jurisprudence de la C.I.J.", A.F.D.I., 2001, pp.137-148.

con la firma del Tratado de Lima de 3 de junio de 1929, entre Chile y Perú.

Mayor presencia, sin embargo, ha tenido la mediación, sobre todo en el continente americano. Cabría mencionar, la ejercida entre *Costa Rica y Nicaragua* por el Ministro plenipotenciario salvadoreño, D. Pedro R. Negrete en 1858; la del Papa León XIII en 1885 entre España y Alemania, respecto de las *Islas Carolinas y Palaos*; la del Secretario de Estado norteamericano Sr. Charles Hughes en 1925, entre *Colombia, Perú y Brasil*; la de la Comisión Interamericana de Paz en 1961, a instancia de Nicaragua, para ejecutar la sentencia de la CIJ de 18 de noviembre de 1960; la del peruano Dr. José Luis Bustamante y Rivero, que logró la firma del Tratado General de Paz de 1980 entre *Honduras y El Salvador*; la del Papa Juan Pablo II y su enviado el Cardenal Samore, en el asunto del *Canal de Beagle*, que terminó con la conclusión del Tratado de Paz y Amistad de 1984; la del "Grupo de los países garantes", del que forman parte Argentina, Brasil, Chile y EE.UU., especialmente del Presidente de Brasil, Cardoso (9), que tras 170 años de roces, 56 de negociaciones y tres guerras abiertas -aunque no declaradas (la última en 1995)-, consiguió que *Ecuador y Perú* firmaran el 26 de octubre de 1998 el Acuerdo Global y Definitivo de Paz; o la llevada a cabo por la OUA y secundada por Naciones Unidas, que consiguió la firma del Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 que puso fin a las hostilidades entre *Etiopía y Eritrea*, y sentó las bases para la solución arbitral de su controversia fronteriza.

Por lo que se refiere al *arbitraje*, desde el inicial asunto del *Río St. Croix*, que enfrentó en 1798 a Gran Bretaña y EE.UU., hasta la reciente sentencia de 13 de abril de 2002 que delimitó la frontera entre Etiopía y Eritrea -anteriormente aludida-, cincuenta y cuatro laudos arbitrales han puesto fin a otras tantas controversias territoriales.

La mayor parte de esas sentencias arbitrales implicaba a Estados hispanoamericanos, que han sido inicialmente reticentes a acudir a la CIJ y, en consecuencia, "habituales" de la solución arbitral. Dentro del arbitraje, éstos han optado preferentemente por el recurso a un órgano unipersonal de solución, fundamentalmente Jefes de Estado europeos –los Reyes de España o la Reina de Inglaterra, entre otros, han sido referente habi-

(9) El presidente brasileño actúo como coordinador de dicho grupo, formado tras la tregua establecida el 29 de enero de 1995, en Río de Janeiro, conocida como Protocolo de Río.

tual-. Tal ha ocurrido sobre todo con los laudos dictados en el siglo XIX y la primera mitad del XX; sin embargo, desde mediados del siglo pasado la tendencia ha cambiado hacia el recurso a tribunales arbitrales de preferente composición americana –como ocurrió en el asunto de la Laguna del Desierto-.

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos referir los siguientes laudos afectando controversias territoriales entre alguno o algunos Estados iberoamericanos (10): el asunto de la *Isla de Aves* entre Venezuela y Países Bajos (Reina de España Isabel II, 1865); el del *Chaco Central* entre Argentina y Paraguay (Presidente norteamericano R.B. Hayes, 1878); el asunto de *Mosquitos* entre Nicaragua y Gran Bretaña (Emperador de Austria Francisco José, 1881); el *Laudo del Presidente norteamericano G. Cleveland* entre Costa Rica y Nicaragua (1888); el *Laudo de la Reina Regente Mª Cristina* entre Colombia y Venezuela (1891), cuya demanda de nulidad fue conocida y denegada por el Consejo Federal Suizo en 1922; el asunto de la *Frontera de Misiones* entre Argentina y Brasil (Presidente norteamericano G. Cleveland,1895); el asunto de la *demarcación de la frontera entre Costa Rica y Nicaragua* (General A.P. Alexander, 1897); el asunto de la *delimitación de la frontera de la Guyana británica* entre Gran Bretaña y Venezuela (F. de Martens presidente de la comisión, 1899); el asunto relativo a la *Puna de Atacama* entre Argentina y Chile (W.I. Buchanan presidente de la comisión, 1899); la *Frontera de Amapá* entre Brasil y Francia (Consejo Federal Suizo, 1900); el asunto de la *frontera entre Colombia y Costa Rica* (Presidente de la República francesa E. Loubet, 1900); el asunto de la *Cordillera de los Andes* entre Argentina y Chile (Rey de Inglaterra Eduardo VII, 1902); el *Laudo del Rey Víctor Manuel III* entre Brasil y Gran Bretaña (1904); el *Laudo del Rey de España* entre Honduras y Nicaragua (1906); el *Laudo del Presidente argentino Alcorta* entre Bolivia y Perú (1909); el asunto de *Chamizal* entre México y EE.UU. (Comisión arbitral, 1911); el asunto de la *delimitación fronteriza entre Costa Rica y Panamá* (Presidente del Tribunal

(10) Un análisis en detalle de los conflictos territoriales entre Estados iberoamericanos se encuentra en los importantes trabajos de IRELAND, G., *Boundaries, Possessions and Conflicts in South America*, Cambridge, 1938; y *Boundaries, Possessions and Conflicts in Central and North America and the Caribean*, Harvard University Press, 1941; igualmente interesante y complementario de los anteriores es el trabajo de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "Problemas de fronteras en América... *op.cit.*

Supremo EE.UU., E. Douglas White, 1914); *Tacna y Arica* entre Chile y Perú (Presidente de EE.UU., C. Coolidge, 1925); el asunto de la *Isla de Clipperton* entre México y Francia (Rey de Italia Víctor Manuel III, 1931); el asunto de la *delimitación de la frontera de Guatemala y Honduras* (Ch. E. Hughes presidente de la comisión, 1933); el *Chaco Boreal* entre Bolivia y Paraguay (tribunal arbitral, 1938); los asuntos del *Río Encuentros* y el *Canal de Beagle* entre Argentina y Chile, conocidos por la Reina de Inglaterra Isabel II (1966 y 1977, respectivamente); y el de la *Laguna del Desierto* también entre Argentina y Chile, sometido a la decisión de un tribunal arbitral en 1994.

Por otra parte, treinta y cuatro contenciosos de índole territorial han sido resueltos por vía judicial. La primera en actuar respecto de este tipo de controversias fue la Corte de Justicia Centroamericana, que el 9 de marzo de 1917 resolvió el contencioso territorial entre El Salvador y Nicaragua (*Golfo de Fonseca*). Posteriormente, la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo ocasión de enfrentarse a doce litigios territoriales, de los cuales destaca por su trascendencia en la práctica internacional el asunto relativo *al Estatuto jurídico de Groenlandia oriental* (Dinamarca c. Noruega) de 1933.

Por lo que se refiere a la Corte Internacional de Justicia, con la sentencia de 18 de diciembre de 2003 en el asunto de la *Demanda de revisión de la sentencia de 11 septiembre 1992 en el asunto de la controversia fronteriza, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente)* (El Salvador c. Honduras), asciende a veintiuno el número de casos relativos a cuestiones territoriales conocidos por este órgano judicial desde que en 1953 resolviera el asunto de *Minquiers y Ecrehous* entre Gran Bretaña y Francia. De ellos, tan sólo cuatro han afectado a Estados hispanoamericanos: el asunto de la *Antártida* (Reino Unido c. Chile, y Reino Unido c. Argentina), desestimado por la Corte en 1956; el asunto relativo al *laudo arbitral del Rey de España de 23 diciembre 1906* (Honduras c. Nicaragua) decidido en 1960; el asunto relativo a la *controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente), de 1992; y el mencionado asunto de la *Demanda de revisión de la sentencia de 11 septiembre 1992 en el asunto de la controversia fronteriza, insular y marítima* (El Salvador c. Honduras), resuelto negativamente por sentencia de 18 diciembre 2003.

Pero la actividad de la CIJ en este ámbito sigue siendo constante, pues aún se hallan pendientes bajo su jurisdicción cuatro contenciosos territoriales (11). El primero de ellos relativo a la *delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* en el que, si bien la demanda presentada por Nicaragua en 1999 venía referida inicialmente a la delimitación marítima con Honduras, a efectos de delimitar la zona económica exclusiva entre ambos se ha planteado la cuestión de la soberanía sobre un total de diez pequeñas islas y cayos existentes en la zona del Mar Caribe afectada. El 16 de diciembre de 2001, Nicaragua presentó una nueva demanda ante la Corte, esta vez contra Colombia, que tiene como objeto la reclamación de la soberanía sobre las *islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina* y las islas y cayos adyacentes, así como los cayos de *Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño*; Nicaragua alega como fundamento a su pretensión, la nulidad del Tratado Bárcenas-Esquerra de 24 de marzo de 1928 por el que dichas islas y cayos pasaron a soberanía colombiana. Benín y Níger depositaron el 3 de mayo de 2002 un acuerdo para que la CIJ delimitara la *frontera en el río Níger y en el río Mekrou*, y determinara la soberanía sobre las islas existentes en el río Níger, en particular la *isla de Lete*. Finalmente, el 24 de julio de 2003 Malasia y Singapur decidieron mediante acuerdo acudir a la Corte para que resolviera la *soberanía de las islas de Pedra Branca, Midle Rocks y South Ledge*.

III. UNA TRISTE REALIDAD LAMENTABLEMENTE ELOCUENTE: LOS CONFLICTOS TERRITORIALES PENDIENTES

Pero si queremos reafirmar la importancia y vigencia del territorio estatal, la realidad práctica resulta todavía más convincente cuando constatamos que, en pleno siglo veintiuno, siguen existiendo aún numerosas disputas territoriales no resueltas, algunas de las cuales remontan su origen, incluso, al siglo XIX. Lamentablemente los conflictos territoriales no son rémoras del pasado sino una realidad de la más candente actualidad.

(11) Cf. http://www.icj-cij.org

En esta línea, releyendo los importantes estudios elaborados en este ámbito por A.J. Day y P.K. Huth (12), podríamos hablar de una cifra aproximada de *cuarenta y cinco* conflictos territoriales pendientes repartidos por los cinco continentes que, sin desembocar siempre en una confrontación bélica, sí suponen una fricción permanente. No obstante, es necesario reseñar que no todos estos conflictos se encuentran "abiertos" con la misma intensidad. En efecto, junto a controversias "candentes y palpitantes" debemos señalar que existen otras que se hallan en lo que podríamos denominar "estado latente", es decir, la disputa se planteó en su momento, no ha sido resuelta, de forma tal que los Estados implicados no dan por zanjado el conflicto, sino que se reservan el derecho a reabrir la controversia en cualquier momento.

Resulta arduamente complejo llevar a cabo un inventario completo de todos y cada uno de los contenciosos territoriales pendientes, sobre todo por la carga política insita en algunos de ellos que hace difícil vislumbrar el fundamento jurídico de la reclamación pretendida. Por ello, no es nuestra intención proceder a una enumeración detallada, sino sólo aproximada de los conflictos abiertos, apuntando aquellos que consideramos pueden ser de mayor interés, bien por su actualidad, bien por su trascendencia jurídica.

En el **continente americano** quedan aún *trece* controversias territoriales por resolver, de las cuales, tres se hallan en estado "latente" (13). De los diez conflictos abiertos, destaca por su antigüedad el que enfrenta a Argentina con Gran Bretaña desde 1833 por la soberanía de las *Islas*

(12) Vid. DAY, A.J. (ed.), *Border and Territorial Disputes*, Keesing's Reference Publication, Essex, 1982; y HUTH, P.K., *Standing your ground. Territorial Disputes and International Conflict*, Michigan, 1996.

Debemos tener presente que, por una cuestión meramente temporal, alguno de los conflictos recogidos en estos trabajos ya han sido resueltos, como es el caso de la disputa entre Ecuador y Perú, o la de Etiopía y Eritrea, entre otros. Lógicamente, tales controversias no han sido contabilizadas como conflictos pendientes, sino que lo han sido en el apartado anterior de conflictos resueltos. Por idénticas razones, estos estudios no aluden a controversias surgidas con posterioridad, como la reactivada de la Isla de Navassa.

(13) Es el caso de Brasil y Paraguay, que no han delimitado aún una parte de la frontera en el área de las Cataratas de Guaira y del río Parena; de Argentina y Paraguay, que tienen dificultades para concretar la frontera en una sección del noreste del río Polcomayo (entre Puerto Irigoyen y Sombrero Negro); o de Colombia que disputa los derechos de Venezuela en el Golfo de Venezuela, cerca de las Islas de los Monjes.

Malvinas (14). Se trata de un archipiélago situado en el sur del Océano Atlántico y formado por unas doscientas islas, ubicadas en una zona estratégicamente importante sobre las rutas del Océano Pacífico (paso de Drake) y el Indico. Francia las descubrió y tomo posesión de las mismas en 1764 (de ahí su nombre de Malouines); en 1765 los británicos se instalaron en Port Egmont. Luis XV las cedió a España en 1766, que expulsó a los pescadores británicos que había en la isla en 1770; readmitidos en 1771, fueron definitivamente expulsados en 1774, dejando una placa en la que precisaban que las "Falkand eran derecho exclusivo y propiedad de Su Majestad Jorge III de Inglaterra". La placa y el establecimiento británico de Port Egmont fueron destruidos por los españoles en 1780. Tras su accesión a la independencia en 1820, Argentina se proclamó sucesora de España en las Malvinas en virtud del *uti possidetis iuris*, nombrando un gobernador para el archipiélago. El 2 de enero de 1833 dos buques de guerra británicos ocuparon por la fuerza Puerto Soledad, pese a las protestas argentinas. Surge el conflicto. Gran Bretaña fundamenta sus derechos sobre la isla en el establecimiento de Port Egmont y en la placa dejada por los pescadores, además de la posesión pacífica y continuada desde 1833 –prescripción adquisitiva-. Por su parte, Argentina sostiene la ausencia de valor jurídico de tales argumentos: el establecimiento de 1765 y la placa carecen de trascendencia jurídica; en 1833, las islas no eran *terra nullius,* no ha lugar a ocupación; siempre han protestado la posesión inglesa, no procede la prescripción. Al mismo tiempo reafirma sus derechos soberanos basados en el *uti possidetis iuris*.

En el otro extremo, destaca el tímidamente reabierto en 1981 y definitivamente reactivado en 1999 por Haití relativo a la reclamación de la soberanía de la *Isla de Navassa* –que ya planteara en el siglo XIX-, sobre la cual EE.UU. ejerce jurisdicción desde 1858. Esta isla, rocosa y deshabitada, situada a 24 millas de las costas haitianas ha despertado de nuevo interés por los descubrimientos efectuados por una misión científica organizada por el Centro Americano para la Conservación Marina. Haití apoya su reivindicación en el tratado franco-español de Ryswick de 1697 que otorgaba a Francia la soberanía sobre el tercio occidental de la Española y las islas adyacentes –esto incluiría a Navassa-, por tanto contigüidad, sin

(14) Posteriormente, Argentina ha reclamado a Gran Bretaña otros dos grupos de islas próximas a las Malvinas: desde 1927, Georgia del Sur, y desde 1977, Sandwich del Sur.

efectividad (15). EE.UU. justifica su jurisdicción en la necesidad de conservación de la riqueza biológica existente en la isla.

Especial interés jurídico presenta la reivindicación venezolana de una parte del territorio de Guyana, al oeste del río *Esequibo*, concretamente una franja de 159.500 kilómetros cuadrados –lo que supone un 40% de Guyana-, que el laudo de 1899 atribuyó a Gran Bretaña y que Caracas reclama desde hace más de un siglo. Venezuela alega desde entonces, no sin razón, la nulidad del citado laudo dictado por la comisión arbitral presidida por F. de Martens (16), y reclama el territorio, primero a Gran Bretaña, y tras su independencia en 1966 a Guyana. El conflicto –el segundo más extenso después de Cachemira- se ha reavivado tras la reciente pretensión de Guyana de instalar una base aeroespacial en El Esequibo.

Nulidad es también el argumento esgrimido por Cuba para reclamar la devolución de la bahía de *Guantánamo* por parte de EE.UU. Desde su llegada al poder en 1959, Fidel Castro ha considerado la base de Guantánamo como una ocupación ilegal del territorio, declarando nulos los tratados de 1903 y 1934 por los que se cedió dicho territorio (unas 117 millas cuadradas) a EE.UU. La reclamación cubana ha sido reafirmada en 1976, tras el referéndum relativo a la inclusión en la constitución de una disposición que declara la nulidad de todos los tratados internacionales celebrados en condiciones de desigualdad y coacción.

Menos intenso es el conflicto que enfrenta a Guatemala con *Belice* pues tras el establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambos en 1991, la inicial disputa relativa a la soberanía de dicho Estado se ha convertido en un conflicto fronterizo.

Finalmente, podríamos referir una serie de países que mantienen dobles disputas territoriales. Es el caso de Uruguay que mantiene una doble reivindicación fronteriza fluvial con Brasil: una la relativa al área del Arroyo de la Invernada del río Quarai; otra, respecto de las islas situadas en la confluencia de los ríos Quarai y Uruguay. Marcado carácter fluvial tienen también los problemas fronterizos de Surinam: con la Guyana francesa respecto de la frontera a lo largo del río Maroni; y con la Guyana –británica- en relación a la frontera del río New River. También son dos los frentes territoriales abiertos por Bolivia: uno con Chile relativo al curso de las aguas del río Lauca y su aprovechamiento; otro con Perú en su ansiada salida al mar por la franja de Tacna-Arica.

(15) La analogía de las reivindicaciones haitianas con el asunto de la *Isla de Palmas* –en el que EE.UU. basaba su pretensión sobre la isla en el Tratado de París de 1898 por el que España le cedió, entre otras posesiones, las Filipinas, sin aportar prueba de posesión- no parecen jugar muy a su favor.

(16) La reclamación de Venezuela se suscitó al publicarse una documentación que revelaba que habían existido ciertos "manejos políticos" por parte del presidente de la comisión F. de Martens, con los miembros ingleses y estadounidenses de la misma.

En **Europa** son cuatro los frentes territoriales abiertos. Nos referimos a los dos contenciosos que afectan a Gran Bretaña: uno con España, respecto de *Gibraltar*; otro con Irlanda en relación al territorio de *Irlanda del Norte*. A la reivindicación de Rumania, que considera suyos desde 1940 los territorios moldavos de *Besaraba*, y ucranianos del norte de *Bukovica*. Así como a la inquietante disputa que enfrenta a Grecia y Turquía por *Chipre* desde 1974, fecha en que el ejército turco invadió el norte de Chipre proclamando la República turco-chipriota del norte, un Estado sólo reconocido por Ankara. Desde entonces, Grecia reclama el reestablecimiento del *statu quo*.

Igualmente desestabilizadores son los conflictos existentes en **Oriente Medio**, sobre todo los que tienen como protagonista al Estado de Israel. A ellos hay que añadir, otras dos reivindicaciones territoriales no tan "virulentas". Por un lado, la que mantienen Irán y los Emiratos Árabes respecto de las *Islas Abu Musa, Greater Tumb y Lesser Tumb* situadas en la entrada del Golfo Pérsico, en el lado opuesto al Estrecho de Hormuz. Por otro, la que enfrenta a Arabia Saudí con Kuwait por la soberanía de las *Islas de Qaru y Umm el-Maradim* (17).

En el **continente africano** localizamos siete controversias territoriales abiertas. De ellas, sin duda, la más conocida es la reivindicación marroquí de la soberanía sobre *Ceuta, Melilla, Peñón de Alhucemas, Vélez de La Gomera y las Islas Chafarinas*, todos ellos territorios españoles desde tiempos inmemorables, algunos incluso anteriores a la existencia misma del Estado de Marruecos.

Problemas de delimitación fronteriza tienen Egipto con Sudán, en la frontera al norte del paralelo 22°, incluyendo el saliente de *Wadi Halfa*; Somalia y Etiopía en la región de *Ogaden*; y el Zaire con Congo respec-

(17) Arabia Saudí mantiene igualmente otros dos conflictos fronterizos en estado "latente", al no tener delimitada la frontera ni con Omán, ni con Yemen.

to de la frontera del *río Congo* y la soberanía sobre las islas existentes en este último. Asimismo, tres son las reivindicaciones de soberanía territorial. Lesotho reclama a Sudáfrica algunas regiones del Estado libre de *Orange y Natal*, y al este de *Cape Province*. Madagascar reclama a Francia la soberanía de las *islas de Glorioso, Juan de Nova, Bassas de India y Europa*. Por último, Mauricio reivindica la soberanía sobre el *archipiélago de Chagos*, bajo control de Diego García (Gran Bretaña).

Finalmente, el mayor número de litigios territoriales pendientes lo localizamos en **Asia**, apareciendo como dato reseñable que más de la mitad de los mismos tienen como Estado implicado a China. Concretamente, de las aproximadas diecisiete controversias existentes, once afectan a dicho Estado, de las cuales ocho son conflictos relativos al trazado de la frontera correspondiente. Estos datos se traducen en que *China*, uno de los Estados más antiguos de la Comunidad internacional, tiene en pleno siglo XXI parte de su frontera sin delimitar. En concreto: con *Buthan*, en varios puntos de su frontera común; con *India* en dos áreas (sección este, en la frontera del Tibet, en Arunachal Pradesh; y sección oeste, entre Tibet y Xinjiang); con *Rusia*, en Manchuria y Siberia Oriental, y con *Kazakhstan, Kirghizia y Tajikstan*, en la zona de Xinjiang -respecto de la frontera con estos cuatro Estados, China considera que los tratados de delimitación existentes son desiguales y es necesaria la renegociación-; con *Vietnam*, al que también disputa la soberanía sobre las islas Paracel en el Mar de China; y con *Corea del Norte*, resta por delimitar una sección de 20 millas de su frontera común en el área de Pai-T´ou Shan, una zona que se halla relativamente deshabitada. A estas disputas fronterizas hay que añadir la compleja cuestión de *Taiwán*, al que China no reconoce su carácter de Estado independiente, y reclama el territorio como suyo.

También tienen desavenencias fronterizas *Tailandia y Laos* en dos áreas: veinte kilómetros cuadrados al noroeste de Mekong, y ochenta entre la provincia de Laos de Layabourg y la tailandesa de Phitsanuloke; así como *India con Bangladesh*, a la que reclama además la soberanía sobre la *isla de New Moore* en la Bahía de Bengal.

Pero, sin duda, más llamativas resultan en este ámbito geográfico las reclamaciones de soberanía territorial sobre ciertos espacios, alguna de las cuales parece haberse recrudecido recientemente. Es el caso de la disputa que enfrenta a Japón y Corea del Sur por la soberanía sobre las *islas Takeshima* (en japonés) / *Tokdo* (en coreano). Dichas islas, ricas en pesca y recursos minerales y situadas a medio camino de ambos Estados, fueron anexionadas oficialmente por Japón en 1905 –anexión protestada por Corea del Sur como acto de imperialismo-, y ocupadas militarmente por EE.UU. tras la segunda guerra mundial, hasta la década de los cincuenta-sesenta que tienen lugar las negociaciones –fracasadas- entre ambos para llegar a una solución. Desde 1970, Corea ejerce el control de *facto* sobre las mismas, pero Japón no ha cesado en su reclamación. De hecho, el conflicto vivió un primer momento de agravamiento en 1996 al declarar ambos gobiernos el establecimiento de una zona económica exclusiva de 200 millas alrededor de dichos islotes. Aunque el momento más crítico se ha vivido en marzo de 2005, al emitir Japón un decreto que reafirma la soberanía japonesa sobre las islas, lo que provocó graves incidentes ante la misión diplomática de Japón en Seúl.

Igualmente preocupante, por los tintes de confrontación bélica (18) que le acompañan, resulta el conflicto que enfrenta a Pakistán e India por el territorio de *Cachemira* desde hace más de cincuenta años. Dos tercios de ese territorio fueron anexionados en 1947 por India, Pakistán posee un tercio y China el resto. Desde entonces Pakistán ha protestado dicha anexión, solicitando la celebración de un plebiscito por el que la población de Cachemira determine su estatuto.

Interesantes, desde un punto de vista jurídico, por los distintos títulos esgrimidos por los Estados implicados como fundamento de su pretensión, aunque no tan "inquietantes", resulta el resto de disputas territoriales existentes en la zona. Las *Islas Spratly*, centenar de islotes estratégicos situados en el Mar del Sur de China, en la ruta naval entre el océano Índico y el Pacífico, en los que además se han descubierto importantes yacimientos petrolíferos y reservas de gas; cinco países asiáticos mantienen ocupadas distintas partes del atolón y reclaman su soberanía, a saber, China, Taiwan, Malasia, Filipinas y Vietnam (19). Situadas entre el Mar del Sur y el Mar del Este de China, las *Islas Senkaku*, igualmente ricas en reservas de petróleo, son reivindicadas por China, Taiwan y Japón. Este

(18) Desde que se inició la disputa se han desatado ya dos guerras, y en 1998 estuvo a punto de desencadenarse una confrontación nuclear.

(19) Un sexto país, el sultanato de Brunei, también asegura tener derechos sobre las islas, aunque no suficiente fuerza militar para imponerlos.

último mantiene otra disputa insular, esta vez con Rusia, y en relación a la soberanía de las *Islas Kuriles*, un grupo de cincuenta islas con 15.600 kilómetros cuadrados de superficie y una extensión de 1200 km., que poseen una indudable importancia económica y estratégica. Con los tratados de 1855, por el que Rusia reconoce la soberanía japonesa de algunas de las islas que componen las Kuriles, y el de 1875, por el que Rusia cede a Japón el resto de islas que estaban bajo su control, las Islas Kuriles quedan en su totalidad bajo soberanía japonesa desde 1875 hasta que en 1945 Rusia procedió a la anexión de las mismas, ante las inútiles protestas de Japón que sigue reivindicando a Rusia la devolución de las Kuriles. Por último, y con una connotación más "pacífica" que los anteriores, Filipinas reclama a Malasia el territorio de *Sabah* (Borneo Norte) desde que, al decidirse junto con Gran Bretaña la creación de la Federación de Malasia en 1961, se incluyó en ésta dicho territorio. Como fundamento de su pretensión, Filipinas invoca títulos históricos.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL TÍTULO DE SOBERANÍA SOBRE UN TERRITORIO

Las reflexiones vertidas en las páginas anteriores son reflejo de que, pese a su clasicismo, las cuestiones relativas al territorio gozan de una innegable actualidad. En esta línea, si retomamos el importante dato de las numerosas disputas territoriales pendientes, resulta inevitable preguntarse acerca de las reglas de Derecho internacional que les son de aplicación con vistas a una posible y pacífica solución de las mismas. La respuesta a este interrogante la encontramos en otro "clásico" del ordenamiento internacional, *los modos de atribución del título de soberanía territorial.*

En efecto, tal y como advertíamos en líneas anteriores, la rúbrica general de conflictos territoriales abarca tanto los relativos a la adquisición como a la delimitación del territorio (20). Distinción igualmente clásica

(20) Es importante igualmente apuntar que la expresión "adquisición del territorio" resulta hoy día absolutamente impropia y desfasada. Dicha locución responde a una concepción patrimonialista sobre el territorio (teoría el territorio-objeto) que es necesariamente criticable, e insostenible para explicar las relaciones entre el Estado y su territorio. El Estado no adquiere el territorio como tal, como si fuera una posesión, sino la soberanía territorial; más aún, lo que adquiere realmente es el *título a la soberanía sobre el territorio.*

pero, en este caso, no tan actual, pues en la práctica las líneas de separación entre unos y otros se difuminan, se relativizan de forma tal que, en ocasiones, es prácticamente imposible establecer una clara distinción entre ellos. Por lo que debemos tener presente que esta diferenciación no tiene valor absoluto, existiendo una clara interrelación entre la adquisición y la delimitación de la soberanía territorial, pues tanto los problemas fronterizos como los de adquisición son parte de una cuestión mayor, la relativa a la atribución del título de soberanía territorial; tanto en un caso como otro se está haciendo referencia a un mismo problema, cual es la fijación del ejercicio de soberanía sobre un territorio determinado. La opinión de la CIJ, en el asunto de la *controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali*, es muy clara en este sentido:

> "De hecho, sin embargo, en la gran mayoría de los casos, incluyendo éste, la distinción señalada (conflictos de adquisición y delimitación) no tiene una diferencia de clase sino más bien una diferencia de grado según la forma en que la operación en cuestión se lleve a cabo. El efecto de cualquier delimitación, por muy pequeña que sea la zona controvertida que atraviese el trazado, es una adjudicación de la superficie de tierra existente a cada lado del trazado... Más aún, el efecto de cualquier decisión judicial emitida en una controversia sobre la atribución de territorio o en una controversia de delimitación, es necesariamente establecer una frontera" (21).

Igualmente, los propios Estados implicados en conflictos territoriales evitan la categorización de la controversia, y optan por invocar indistintamente argumentos de delimitación y de adquisición. Su pretensión es ostentar el mejor título a la soberanía territorial sobre el territorio en disputa.

En esta línea, las normas internacionales relativas a la adquisición del título de soberanía territorial han sufrido una profunda transformación acorde con la propia evolución del ordenamiento jurídico internacional, que ha afectado fundamentalmente a los *modos de adquisición.* El Derecho internacional clásico, distinguía cinco modos posibles de adquisición del título de soberanía territorial que, por influencia *iusprivatista* y más exactamente del derecho romano, se clasificaban en torno a dos categorías: *modos originarios y modos derivados.* Clasificación que respon-

(21) Vid. CIJ *Recueil* 1986, pa.17.

día a la consideración o no de *terra nullius* del territorio; siendo originarios la ocupación y la accesión, y derivados la prescripción, la cesión y la conquista. Esta distinción ha tenido una gran importancia histórica pero pertenece a una etapa ya superada del Derecho internacional público, por lo que ha quedado obsoleta (22). Asimismo, alguno de los modos referidos ha perdido validez internacional, como es el caso de la *conquista* (incautación de un territorio que pertenece a un Estado mediante el uso de la fuerza armada). Este modo tuvo gran importancia en el Derecho internacional clásico, cuando la guerra estaba permitida al ser una función natural del Estado y una prerrogativa de su soberanía. Sin embargo, hoy día no puede ser considerado válido pues incurre en la prohibición taxativa del recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales (23).

Ante estas circunstancias, en la década de los sesenta la doctrina internacionalista se replantea, tanto los modos de adquisición del título de soberanía territorial, como la clasificación de los mismos. Aparece como mejor ajustada la distinción entre *modos derivados de una situación de hecho y modos derivados de un título jurídico*. Dentro de los primeros suele mencionarse la ocupación, la prescripción y la accesión; mientras los segundos incluirían la cesión, la adjudicación, la sucesión a tratados de fronteras, y el principio del uti possidetis iuris.

Es necesario indicar que la adquisición de un título a la soberanía sobre un territorio no suele responder al juego en exclusiva de un solo mecanismo, sino que suelen concurrir varios modos en ese proceso. En este sentido, resulta realmente frecuente en la práctica que un título jurídico

(22) Son varias las razones que han provocado que esta clasificación haya quedado caduca. En primer lugar, la misma responde a una concepción patrimonialista del territorio estatal ya superada. En segundo lugar, esta distinción es consecuencia lógica de una época caracterizada por la existencia de multitud de territorios sin dueño; la posibilidad de que hoy día exista *terra nullius* es prácticamente nula -salvo el supuesto de la emergencia de una isla en alta mar como consecuencia de un cataclismo (por ejemplo, una erupción volcánica), una isla coralina, o el más imprevisible del abandono por un Estado de un territorio sometido a su soberanía. En tercer lugar, el proceso descolonizador y la consagración del principio de libre determinación de los pueblos, han provocado una serie de cambios territoriales que no tienen explicación en los modos clásicos de adquisición, y han convertido en inválidos los títulos de soberanía adquiridos en contravención de dicho principio.

(23) El Consejo de Seguridad así lo ha aplicado, por ejemplo, en la resolución 242 (1967) al declarar nula e ineficaz la adquisición por Israel de los altos del Golán, la franja de Gaza y Cisjordania y Jerusalén oriental; o en la resolución 660 (1990) por la que condenó la anexión de Kuwait por Iraq.

–habitualmente un tratado de fronteras o el *uti possidetis iuris*- y la ocupación –que hoy día conocemos como *efectividades*-, entren en una *RELACIÓN DIALÉCTICA*, presentándose entremezclados en controversias territoriales caracterizadas porque, mientras una parte reivindica la soberanía apoyándose en un título jurídico, la otra alega la posesión efectiva del territorio en cuestión. Planteada esta disyuntiva en la *controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí*, la CIJ ha configurado cuatro hipótesis de interacción entre ambos modos adquisitivos (24):

1. Si el hecho corresponde con el derecho, esto es, si la posesión coincide con el título jurídico: las efectividades sólo pueden *confirmar* el ejercicio del derecho nacido del título jurídico.

2. En el caso de que el hecho no corresponda con el derecho, que el territorio sea ocupado por un Estado distinto al que posee el título jurídico: *preeminencia del título jurídico* sobre las efectividades.

3. Si el título jurídico es ambiguo o impreciso y no demuestra de manera clara a quien corresponde la soberanía, la posesión efectiva debe retenerse para *interpretar o completar* el título.

4. Si no hay título jurídico, se debe *tomar inevitablemente en cuenta* la posesión efectiva.

El papel de la ocupación es, pues, residual respecto del título jurídico. Esta doctrina que sostiene la primacía del título jurídico sobre la posesión efectiva ha sido ampliamente confirmada por la jurisprudencia de la CIJ; desde el posterior asunto de la *controversia fronteriza terrestre, insular y marítima entre El Salvador y Honduras* (1992), hasta el reciente de la *frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), pasando por algunos en que la "validez" del título jurídico era cuanto menos discutible, como el de la *Isla de Kasikili/Sedudu* (1999) o el de la *delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001) (25).

Antes de proceder al análisis de cada uno de estos mecanismos, debemos tener presente que normalmente las controversias territoriales entre Estados que han existido y las que existen hoy día, vienen referidas a

(24) Cf. CIJ *Recueil* 1986, pa. 63.

(25) En 1999, la CIJ consideró título jurídico perfecto el tratado de 1890 de delimitación de esferas de influencia, tratados que la práctica anterior había consagrado como título imperfecto; por otra parte, en la sentencia de 2001, la Corte basó gran parte de su sentencia en una decisión británica de 1939 que Qatar no había aceptado.

situaciones históricas que se remontan muchos años –a veces siglos- en el pasado. Dichas situaciones no pueden ser examinadas en el momento presente con el derecho que rige actualmente la adquisición del título a la soberanía territorial, sino con el derecho que estaba en vigor cuando tales situaciones tuvieron lugar. Este principio general de Derecho internacional lo conocemos como *DERECHO INTERTEMPORAL*, el cual se manifiesta en torno a dos reglas claramente enunciadas por el árbitro Max Huber, en el asunto de la *Isla de Palmas* (26). Por un lado, la validez o existencia de un acto jurídico debe ser apreciada a la luz del derecho de la época en que tuvo lugar, y no del derecho en vigor en el momento en que se soluciona una controversia relativa a ese acto. Por otro, se exige su manifestación continua, es decir, que el acto se ajuste a las condiciones exigidas por la evolución del derecho.

Por este motivo, modos de adquisición como la ocupación territorial -prácticamente obsoleto e inoperante hoy día por la inexistencia de *terra nullius*-, la conquista –hoy día prohibida-, o la cesión –cuya viabilidad pasa por la realización de una consulta a la población que habita el territorio cuya soberanía se quiera ceder, en consonancia con el principio de libre determinación-, siguen teniendo interés en la medida en que, en muchas de las reclamaciones territoriales en curso alguno de los Estados invoca como título adquisitivo de la soberanía sobre el territorio disputado la ocupación efectiva del mismo, su anexión, o en su caso, un tratado de cesión territorial.

V. PROCESOS FÁCTICOS SUSCEPTIBLES DE GENERAR UN TÍTULO DE SOBERANÍA TERRITORIAL

En Derecho internacional público, ciertos hechos, actos o situaciones fácticas –individualmente o a través de una interacción- resultan susceptibles, bajo ciertas circunstancias, de crear en beneficio de un Estado un título sobre una parcela de territorio dada, es decir, un título de soberanía territorial. Pero no toda situación de hecho es susceptible de producir plenos efectos en derecho, para que tal ocurra debe revestir un doble carácter: efectividad y reconocimiento. Los procesos fácticos que pueden generar un título a la soberanía territorial, como hemos indicado, son: ocupación, prescripción y accesión.

(26) Cf. *UN RIAA*, vol.II, p.845.

1. De la ocupación a las efectividades

La ocupación consiste en la adquisición de la soberanía sobre un territorio sin dueño, mediante la posesión efectiva del mismo. Es el principal modo fáctico de adquisición de todos los referidos y el más importante. No obstante, es necesario indicar que la evolución de la práctica y, por ende, del derecho internacional ha originado una transformación en este modo adquisitivo, reconduciéndolo al requisito posterior de la posesión efectiva del territorio. De esta forma, hoy día ya no se habla de ocupación sino simplemente de posesión efectiva, esto, es de *efectividades*, entendiendo por tales el ejercicio continuo y pacífico de funciones de Estado.

No obstante, para que la ocupación como tal pueda poder constituir un título adquisitivo válido se exige la concurrencia de una condición previa: que el territorio sea *terra nullius* en el momento del acto constitutivo de la ocupación, es decir, sin dueño. Esta condición fue exigida claramente por el árbitro en el asunto de la *Isla de Clipperton* (1931) para validar la ocupación francesa de la isla. Los supuestos de territorio sin dueño son básicamente tres:

- Tierras deshabitadas: territorio desprovisto de habitantes; tal es el caso de los islotes que surgen del fondo del mar, de los aluviones que aparecen poco a poco en la superficie del agua, las erupciones volcánicas, y, en general, cualquier territorio desierto. La isla de Aves, era una isla deshabitada cuando la descubrieron los españoles y tomaron posesión de ella.

- Territorio abandonado o *derelictum*. La expresión latina *derelicto* puede entenderse como el abandono intencionado del territorio, y constituye un modo de pérdida del título de soberanía –algo así como el negativo de la ocupación-. Para que se produzca realmente el abandono se necesita un requisito previo: que el Estado que abandona sea el titular de la soberanía sobre el territorio en cuestión. Además, deben concurrir dos condiciones posteriores: el acto físico o material del abandono, esto es, la retirada del territorio, que debe ser permanente y no temporal; y la intención de dejar el dominio, es decir, el *animus derelinquendi*. Requisito este último difícil de confirmar, pues en ocasiones las circunstancias son tales que no puede presumirse una clara intención de abandono. Esto ocurrió en el asunto de la *Isla de Clipperton* (1931) en relación al abandono francés de la isla; en este caso, el árbitro no apreció intención de abandono por parte de Francia, por lo que la posterior ocupación de México en 1897

no fue considerada legítima por no tratarse de territorio sin dueño. Resulta llamativo este caso, porque la ocupación francesa de la isla se produce en 1858 tras el abandono de la misma por parte de España –descubridor y primer ocupante-, abandono que el árbitro no dudó en afirmar que sí se produjo, cuando las circunstancias en que tuvo lugar fueron similares a las francesas, lo cual nos hace dudar de la "objetividad" de la decisión.

- Tierras habitadas por grupos de individuos que carecen de organización política. La cuestión de saber si las tribus indígenas ejercían soberanía sobre los territorios que habitaban, a los efectos de catalogarlas o no como *terra nullius*, ha preocupado seriamente a la doctrina logrando graves escisiones al respecto; tres eran las orientaciones: negación absoluta, derechos relativos, y reconocimiento absoluto. La solución adoptada fue la de la existencia de cierta organización política y social en torno al grupo; si tal organización existía el territorio no era *nullius*. En cambio, si el grupo no estaba organizado el territorio se consideraba como *terra nullius* y, por tanto, susceptible de ocupación. El hábito de obediencia a un superior común, un cierto grado de permanencia en el territorio y estar constituido por un considerable número de personas, eran elementos que caracterizaban al grupo como organizado. En estos casos, no se podía adquirir el territorio unilateralmente a través de la ocupación sino que para proceder a la toma de posesión del territorio se exigía el previo consentimiento del jefe de la tribu, consentimiento que se materializaba en un "acuerdo de cesión" con la autoridad local. Tal criterio fue confirmado por la CIJ, en el asunto del *Sahara occidental* (1975), en el que consideró que los nómadas de Moslem que transitaban la zona litigiosa constituían una tribu con su propia organización política y social, y, en consecuencia, el territorio les pertenecía por lo que no podía catalogarse como *terra nullius*.

Son necesarios además dos *requisitos posteriores*. En primer lugar, el elemento subjetivo o psicológico del *animus occupandi*, es decir, la voluntad del ocupante de adquirir el territorio en cuestión a título de soberano, la firme intención del Estado de someter el territorio a su autoridad. Este *requisito subjetivo* se expresa a través de la propia práctica seguida por los órganos del Estado ocupante. Efectivamente, ante la falta de una declaración expresa en ese sentido, debemos presumir implícita la intención en la realización de una efectiva toma de posesión, la cual tendrá entonces valor probatorio tanto del *factum*, como del *animus*.

El segundo de los requisitos, el *material*, se refiere a la *efectividad de la ocupación*. Este segundo elemento, se ha convertido, como hemos apuntado, en el actual proceso fáctico de atribución del título de soberanía territorial bajo la denominación de *efectividades*.

La mera ocupación fáctica o simbólica no constituye en sí misma un título adquisitivo suficiente, completo y definitivo, sino un título provisional que debe quedar perfeccionado mediante el ulterior ejercicio pacífico y continuo de funciones estatales sobre el territorio en cuestión. De esta forma, la efectividad de la posesión permite que un título inicial cristalice en un título definitivo y completo. Debemos tener presente, por tanto, que posesión efectiva es sinónimo de actividad estatal. Esto implica que la ocupación debe ser realizada por un Estado, como expresa la sentencia de 1904 en el caso de la frontera entre *Brasil y Guyana británica:*

> "... para adquirir la soberanía de regiones que no se hallan bajo el dominio de ningún Estado, es indispensable que la ocupación se efectúe en el nombre del Estado que pretende adquirir su dominio" (27).

En este sentido, la actividad desplegada en el territorio por cualquiera de los órganos del Estado supone un ejercicio continuo y pacífico de funciones estatales, y, por tanto, una posesión efectiva del mismo; tal y como quedó patente, entre otros, en el asunto de *Minquiers y Ecrehous* (1953), en el que la CIJ para atribuir a Reino Unido la soberanía sobre el territorio en disputa tomó en consideración la existencia de actos del poder legislativo, actos jurisdiccionales, actos administrativos y de policía sobre las islas por parte de las autoridades británicas, puesto que todos esos actos suponían una manifestación genuina de las funciones estatales. Igualmente puede resultar relevante como prueba de posesión efectiva, la actividad desplegada en el territorio por compañías privadas que actuén en nombre y por cuenta del Estado, como ocurría en otro tiempo con las compañías de comercio y colonización; así lo confirma el asunto de la *Isla de Palmas* (1928), en el que el árbitro Max Huber otorgó la soberanía sobre la isla a Países Bajos basándose en la posesión efectiva de la misma realizada por la Compañía de las Indias orientales desde 1648. En cambio, las actividades meramente privadas, llevadas a cabo por particulares carecen de relevancia a estos efectos. El árbitro que resolvió la con-

(27) Vid. *NRG*, 2ª ser., vol.32, p.485.

troversia sobre la *Isla de Aves* (1865) rechazó como prueba de posesión efectiva de la isla por Países Bajos, la actividad pesquera desarrollada en la misma por pescadores holandeses por no tratarse de actividad estatal; de igual forma, la CIJ, en el asunto relativo a la *delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (2001), desestimó el título de posesión efectiva sobre Zubarah alegado por Bahrein, al estar basado en la actividad de una tribu que no actuaba en nombre del Estado.

A la hora de enjuiciar el número y la frecuencia de las manifestaciones de soberanía necesarias para adquirir el título, resulta clave la naturaleza y las características del territorio susceptible de ocupación. En supuestos de tierras inhóspitas o escasamente habitadas, de territorios helados o desérticos, tierras parcial o temporalmente inundadas, o incluso islotes, en los que no es posible desplegar en todo momento y con la misma intensidad la soberanía territorial se relativiza la exigencia de efectividad, de tal forma, que pocas manifestaciones de autoridad pueden ser suficientes para atribuir la soberanía sobre el territorio a un Estado; los asuntos de la *isla de Aves* (isla parcialmente cubierta por el agua), *Groenlandia oriental* (territorio helado), *Rann de Kutch* (inundado en la estación de las lluvias), o *Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (pequeños islotes rocosos de difícil habitabilidad), son buen ejemplo en este sentido. En todos estos casos, entra en juego el llamado principio de *relatividad de la efectividad* que implica que la intensidad de las funciones estatales sea apreciada sobre la base de las circunstancias del territorio concreto.

2. Un título adquisitivo polémico: la prescripción

Se refiere al proceso por el que se adquiere un título de soberanía y, al mismo tiempo, se extingue otro a través de la posesión adversa. La prescripción, modo de adquisición muy discutido por la doctrina y por los propios Estados, se aplica a aquellos casos en que un Estado toma posesión de un territorio que pertenece a otro, ejerciendo su autoridad sobre el mismo de manera continua e ininterrumpida durante un cierto tiempo, sin que medie protesta por parte del otro Estado. Las condiciones a cumplimentar para el establecimiento de un título por prescripción son, pues, las siguientes: 1) debe tratarse de un territorio sometido a la soberanía de un Estado (no debe ser *terra nullius*); 2) la posesión debe ejercerse a título de soberano (*animus possidendi*); 3) la posesión debe ser pacífica, constante, ininterrumpida, pública y con una duración considerable; 4) debe darse ausencia de protesta por parte del soberano original, esto es, aquiescencia.

No encontramos ningún caso en la jurisprudencia internacional en el que se haya otorgado la soberanía territorial basándose en la prescripción. De hecho, este modo adquisitivo ha sido alegado expresamente en dos asuntos: por EE.UU. en el del *Chamizal* (1911), y por Namibia en el de la *Isla de Kasikili/Sedudu* (1999); en ambos casos ni el tribunal arbitral, ni la CIJ (encargados respectivamente de solucionar la controversia) se pronunciaron acerca de la validez de la prescripción en Derecho internacional, pero rechazaron su aplicabilidad al caso por no cumplirse los requisitos exigidos. Otro supuesto en el que planea la figura de la prescripción es el de la controversia entre España y Reino Unido sobre el istmo que separa la ciudad, el puerto y el peñón de Gibraltar del resto de la Península Ibérica.

3. La accesión o acreción

Viene referida a la adquisición del título de soberanía sobre una porción de tierra que aparece incorporada a la ya existente, bien por causas naturales (accesión natural), bien por la actividad del hombre (accesión artificial). Se trata de formaciones terrestres que *acrecen* al propio territorio del Estado.

La *accesión natural* puede darse en los siguientes casos: a) *aluvión*: arrastre de sedimentos debido a la corriente de las aguas que va aportando tierras en las orillas de los ríos, lagos o mares, llegando a formar un nuevo terreno; b) *avulsión*: fuerza súbita de la naturaleza que desgaja una porción de un territorio y luego la incorpora en otro sitio; c) *delta*: islas que se van formando en la desembocadura de los ríos por el paulatino depósito de cieno; d) *formación de islas*, en un río, un lago o en los espacios marinos que forman parte del territorio de un Estado. La *accesión artificial* opera, en cambio, como consecuencia de la mano del hombre cuando construye diques o muelles, o incluso cuando deposita desperdicios sobre un bajío. La soberanía sobre esas masas terrestres se adquiere *ipso facto* por el Estado soberano del territorio principal en aplicación del principio *accesorium sequitur principale*, sin necesidad de proclamación alguna. No obstante, es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos: Que el incremento territorial se produzca por alguna de las causas

citadas; que el territorio acrecido sea *terra nullius*; que sea irrelevante el comportamiento de terceros; y que se presuma la posesión efectiva del territorio sin necesidad de actos formales de apropiación por parte del Estado beneficiado por la acreción.

Un supuesto de aluvión marítimo es la lengua de arena que se ha consolidado entre el Peñón de Vélez de la Gomera y la costa continental africana, cuya soberanía hay que entender que corresponde por partes iguales a España y Marruecos, al formarse el istmo en aguas que eran antes mar territorial de ambos Estados. Ejemplo de delta serían las islas del delta del Paraná y el río de La Plata. Y como supuestos de accesión artificial podríamos referir los polders holandeses e, incluso, la isla de basuras que se ha formado en las Maldivas y que alcanza ya una altura de 18 metros (sería la 1197 de este Estado).

VI. LOS MODOS DE ADQUISICIÓN DERIVADOS DE UN TÍTULO JURÍDICO

La adquisición del título a la soberanía territorial puede, igualmente, fundarse en un concreto proceso jurídico cuyo resultado es un título de soberanía oponible *erga omnes*. La cesión, la adjudicación, la sucesión a tratados de fronteras y el *uti possidetis iuris* constituyen los principales títulos jurídicos. Mención aparte merece la *cartografía* que sólo puede tener valor jurídico cuando aparece como anexo a un tratado; en este caso, el valor jurídico resultante de los mapas no deriva de sus méritos intrínsecos, sino del hecho de formar parte indisoluble del título jurídico que es el tratado al que anexan. En esta línea, los mapas que no están incluidos en un tratado no conforman título jurídico alguno, por lo que no pueden considerarse como un título autónomo, sino tan sólo complementario de un título perfecto (28).

1. Un título jurídico clásico: la cesión territorial

Cesión territorial es el acto mediante el cual un Estado transfiere a otro la soberanía sobre una parte de su territorio. Es un acto convencional y tiene lugar a través de un tratado concertado entre el Estado cedente y el cesionario, en el que se contienen las condiciones bajo las cuales tiene lugar la transferencia. Para que una cesión sea válida es necesario que concurran dos circunstancias: 1) El Estado cedente sea realmente soberano del territorio que se transfiere, pues, como puso de manifiesto el árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* al referirse a la validez –invalidez en este caso- de la cesión española de dicha isla a EE.UU., *nemo potest dare quod non habet*; 2) posterior ocupación efectiva del territorio cedido por el Estado beneficiario de la cesión.

Las cesiones pueden realizarse a título gratuito (cesión de la Lombardía a Italia por Francia en 1859 gratuitamente), o pueden ser a título oneroso, bien por permuta (Gran Bretaña cedió en 1890 la isla de Heligoland a Alemania a cambio de Zanzíbar), o bien por compraventa (Francia cedió en 1803 Lousiana a EE.UU. por 60 millones de francos; Rusia cedió Alaska en 1867 a EE.UU. por 7,2 millones de dólares en oro). También los tratados que ponían fin a una guerra solían contener cláusulas según las cuales los Estados vencidos cedían territorios a los vencedores (Rusia cedió a Japón el sur de Sakhalin y las islas adyacentes tras perder la guerra de 1905).

2. La adjudicación

La adjudicación se refiere a la solución de una controversia territorial por el recurso a la decisión de una autoridad elegida por las Partes en litigio. En general, los Estados recurren a un juez o un árbitro quien, después de seguir un procedimiento determinado soluciona la controversia mediante la aplicación del Derecho internacional. En estos casos, tales decisiones jurisdiccionales son de carácter declarativo más que constitutivo, pues se limitan a confirmar la existencia del título invocado oportunamente por la Parte vencedora; si es así, la decisión no constituye un modo específico de adquisición del título a la soberanía territorial.

En cambio, según Barberis (29), en los supuestos en que los Estados otorgan competencia al árbitro o al juez para que decida la controversia territorial ajustándose a reglas estipuladas por ellos, o a un orden jurídico distinto del Derecho internacional, o basándose en la equidad, y en aquellos otros en que atribuyen competencia a un órgano no jurisdiccional, el

(28) Ampliamente ilustrativa en este sentido resulta la opinión emitida al respecto por la CIJ en el asunto de la *controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali). Cf. CIJ *Recueil* 1986, pa.53 y 56.

(29) Vid. BARBERIS, J.A., *El territorio del Estado*... op.cit., p.113.

título de adquisición de la soberanía territorial que puede exhibir el Estado favorecido por la decisión es un acto de adjudicación. Un ejemplo en este último sentido sería la decisión británica de 1939, según la cual la soberanía sobre las islas Hawar correspondía a Bahrein, que la CIJ, en el asunto relativo a la *delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, calificó como título jurídico válido.

3. Sucesión de Estados a tratados de fronteras

Cuando se produce un fenómeno de sucesión de Estados en la hipótesis de Estados de reciente independencia, el sucesor sucede a los límites de su predecesor, esto es, mantiene como fronteras los límites territoriales preexistentes. En este contexto, el aspecto más relevante del problema de la sucesión es el relativo a los tratados de fronteras. En este supuesto concreto el fenómeno de la sucesión no afecta a los tratados de fronteras, constituyendo una excepción a la regla general de la *tabla rasa* según la cual los Estados de reciente independencia no heredan *ipso iure* los tratados de su predecesor. Rige, por tanto, el principio de *continuidad en los tratados de fronteras,* cuya formulación se halla expresamente recogida en el artículo 11 de la *Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados* de 1978, que enuncia la regla de que la sucesión de Estados, en el caso de que existan tratados internacionales estableciendo fronteras, no afecta a las mismas; lo que se traduce en el hecho de que el sucesor está obligado por las fronteras internacionales existentes, así como por los tratados que las contienen.

La jurisprudencia internacional nos ofrece numerosos ejemplos de aplicación de este principio de continuidad en los tratados de fronteras, que conforman una buena prueba del hecho insoslayable de que dichos tratados de fronteras constituyen un título jurídico válido para adquirir el título a la soberanía sobre el territorio disputado; así como una muestra evidente de la ya apuntada interconexión entre delimitación y adquisición territorial. Tal ocurrió, entre otros, en el asunto de la *controversia fronteriza entre Libia y Chad* (1994), decidido por la CIJ sobre la base del tratado franco-libio de 1955; o el más reciente de la *frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), en el que la CIJ atribuyó la soberanía sobre las regiones del Lago Chad y de Bakassi a Camerún basándose en los títulos jurídicos que suponían los acuerdos franco-británicos de 1919 y 1931 (en el caso del Lago Chad), y el acuerdo anglo-alemán de 1913 (respecto de la península y la isla de Bakassi).

4. El principio del uti possidetis iuris

Ligado al fenómeno de la descolonización, el *uti possidetis iuris* puede ser definido como el principio según el cual los nuevos Estados deben respetar y mantener como fronteras los límites coloniales existentes en el momento de su independencia. Este principio juega un doble papel en los conflictos territoriales: como título jurídico adquisitivo de la soberanía sobre un territorio, y como criterio delimitador de fronteras.

El principio del *uti possidetis* nació en América Latina, situándose no obstante su origen terminológico en el derecho romano, concretamente en un Interdicto del Pretor de tipo procedimental que rezaba: "uti possidetis, ita possideatis" (como poseéis, seguiréis poseyendo). Por este interdicto se prohibía a las partes alterar el estado de la posesión del inmueble existente entre ellas, siempre que la posesión no hubiera sido obtenida de la otra parte mediante violencia, clandestinamente o a título precario. Sin embargo, este principio es adoptado por los países hispanoamericanos con un significado diferente, pues, si bien en ambos casos de lo que se trata es de mantener un determinado *status quo*, en el caso de las Repúblicas hispanoamericanas no es la posesión efectiva la que lo marca, sino las leyes internas españolas. En efecto, la aplicación del *uti possidetis* consistía en la práctica de establecer, en la medida de lo posible, sus fronteras internacionales siguiendo las fronteras que tenían cuando eran dependencias españolas (virreinatos, audiencias, capitanías) en el momento inmediatamente anterior al de su accesión a la independencia (1810 y 1821 son las dos fechas de referencia de la independencia de las coloniales españolas de América del Sur y Central), tal y como constaba en los documentos de la Corona española (Reales Cédulas, Pragmáticas...). Esta práctica, que se inició por razones de conveniencia, fue aceptada por lo nuevos gobiernos pasando a ser incorporada en numerosos tratados biltaterales y multilaterales, conferencias e, incluso, en las propias Constituciones hispanoamericanas; siendo, hasta la fecha, el criterio decisorio en siete sentencias internacionales sobre territorio entre Estados latinoamericanos (seis arbitrajes y una decisión de la CIJ).

La transpolación de lo que se consideraba un principio regional ameri-

cano a otras esferas geográficas ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, al que puso término finalmente la CIJ en el asunto de la *controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí*, al consagrarlo como principio general de Derecho internacional público en los siguientes términos:

> "... el principio del *uti possidetis* no es una regla especial que pertenezca únicamente a un sistema de Derecho internacional específico. Es un principio general" (30).

En este asunto, la Corte afirma la aptitud de este principio para solucionar controversias fronterizas en Africa, cuando concurran circunstancias similares a las que operan en Hispanoamérica: antiguos límites administrativos de una única potencia colonial (Francia), que tras el proceso descolonizador han pasado a constituirse en fronteras internacionales de entidades estatales (Burkina Faso y Mali). La CIJ fundamenta la aplicabilidad al caso, por un lado, en el artículo 3 de la Carta de la OUA, y por otro, en la Resolución de El Cairo de 1964.

La conexión del *uti possidetis* con la sucesión a tratados de fronteras es evidente, pues en ambos casos se trata del mantenimiento de las fronteras coloniales, pero su ámbito de aplicación difiere. El requisito exigido para aplicar el *uti possidetis iuris* es que se trate de nuevos Estados sucesores de una misma potencia colonial (Ruanda y Burundi, colonias belgas), mientras los supuestos de sucesión a tratados de fronteras abarcan nuevos Estados procedentes de distintos Estados colonizadores.

VII. LOS TÍTULOS IMPERFECTOS INCOADORES DEL TÍTULO

Junto a los modos mencionados existen otros procesos que según el Derecho internacional no crean por si mismos un título a la soberanía territorial: son los llamados *inchoate titles* o títulos incoados, que sólo generan un derecho preferente sobre el territorio en cuestión. Se trata de un título que en si mismo es inacabado y llama a ser perfeccionado; un título precario, embrionario o provisional que debe ser completado con la posesión efectiva del territorio para generar un auténtico título adquisitivo; si esa posesión efectiva no se produce, el titular del título imperfecto

(30) Vid. *CIJ Recueil* 1986, pa.20.

pierde ese derecho preferente y no adquiere la soberanía territorial. Tal ocurre con el descubrimiento y la contigüidad.

1. El descubrimiento como derecho preferente.

El descubrimiento simplemente entraña el avistamiento o aprehensión visual de un territorio desconocido hasta entonces. Esto significa que sólo un territorio nullius puede ser descubierto, y que no se incluye el elemento de la intención, por lo que puede ser el resultado de una simple expedición. El descubrimiento suele ir acompañado de una mera toma de posesión simbólica del territorio, que puede consistir en dar nombre a las regiones o las islas de que se trate, en izar banderas o en levantar cruces. Este proceso fáctico no crea un título definitivo, sino sólo incoado, siendo necesaria la ocupación efectiva del territorio descubierto. El caso más elocuente acerca de la calificación del descubrimiento como título incoado lo encontramos en el asunto de la *Isla de Palmas* (1928). Se trataba de un contencioso entre EE.UU. y Países Bajos sobre la soberanía territorial de la isla. La pretensión norteamericana se fundamentaba en el Tratado de París de 1898, por el que España le cedía todos los derechos sobre las Filipinas; el título de soberanía español estaba basado en el descubrimiento por España de dicho archipiélago incluida la Isla de Palmas o Miangas. Los Países Bajos alegaban la posesión pacífica de la isla por parte de la Compañía holandesa de las Indias orientales desde el siglo XVII. El árbitro Max Huber comprobó que la isla fue efectivamente descubierta por los españoles en el siglo XVI, pero que no existía constancia alguna del desembarco, ni del contacto con los nativos, ni de la realización en la misma de acto alguno de posesión, por lo que el descubrimiento por España tan sólo generó un *inchoate title* que no llegó a perfeccionarse en definitivo título adquisitivo por la falta de la posterior ocupación efectiva de la isla; ocupación que sí ejerció Países Bajos tiempo después.

2. Un criterio puramente geográfico: la contigüidad

La doctrina de la contigüidad, también llamada continuidad o proximidad, está basada en consideraciones geográficas. Sugiere que un Estado puede obtener un título sobre un territorio –fundamentalmente islas próximas a la costa- por el hecho de encontrarse próximo o ser contiguo a otro sobre el cual ese Estado sí ostenta la soberanía territorial. Como en

el caso del descubrimiento, la contigüidad tan sólo genera un título incoado, otorgando un derecho preferente al Estado cuyo territorio se halla más próximo, pero que para perfeccionarse y convertirse en título adquisitivo definitivo necesita la posterior ocupación efectiva del territorio en cuestión. Tal sucedió en el asunto de la *Isla de Aves* (1865), próxima a la costa venezolana; el árbitro retuvo el título de Venezuela basado en la contigüidad y la subsiguiente toma de posesión de la isla materializada en la construcción y mantenimiento de un cuartel militar. En cambio, en el caso de la *Isla de Palmas*, anteriormente citado, el árbitro rechazó la alegación de EE.UU. basada en la contigüidad de la isla respecto del archipiélago filipino por la falta de posesión efectiva de dicha isla por parte de España, Estado soberano de las Filipinas.

Esta doctrina de la contigüidad tiene una manifestación particular en el Ártico -donde sólo hay una gruesa capa de hielo y algunas islas y archipiélagos- a través de la *teoría de los sectores*. Dicha teoría fue formulada por Canadá en 1907 y sostiene que los países cuyo territorio se extendiera hasta dentro del casquete polar ártico tendrían derecho a todas las tierras bañadas por las aguas situadas entre una línea que se extienda hasta el norte desde su extremidad oriental, y otra línea que se extienda hasta el norte desde su extremidad occidental. Aquellos países que, como Canadá, Rusia, Noruega, Dinamarca y EE.UU, tienen un litoral en el Océano Ártico tendrían derecho, según esta noción de la contigüidad y la continuidad aplicada al Ártico, a un sector de ese territorio, concretamente un triángulo esférico cuya base estaría formada por su respectivo litoral, el vértice en el polo norte, y los lados por los meridianos que, partiendo del Polo, pasaran por los límites este y oeste de ese litoral.

En conexión con la contigüidad, también se ha formulado la *teoría del hinterland o de las esferas de influencia.* Según esta teoría, los países europeos colonizadores de Africa reclamaban la soberanía sobre todos los territorios que se prolongaban indefinidamente a partir de las costas ocupadas por cada uno de ellos. Con esa finalidad, los Estados que tenían colonias lindantes concluían acuerdos bilaterales, no para delimitar las fronteras de esas colonias, sino para fijar sus respectivas zonas de influencia a partir de los territorios ya ocupados; de esa forma, se reservaban el derecho exclusivo de ejercer su autoridad sobre un territorio aún no ocupado, comprometiéndose a no efectuar adquisiciones, concluir tratados, aceptar derechos soberanos o protectorados en la esfera de influencia de la otra parte.

Tanto la teoría de los sectores, como la de las esferas de influencia, adolecen del mismo defecto que la doctrina de la contigüidad de la que son tributarias: constituyen títulos provisionales, *inchoate titles*, que necesitan la posesión efectiva del correspondiente territorio para perfeccionarse y convertirse en títulos adquisitivos válidos. Sin embargo, a pesar de ser esta la teoría imperante en Derecho internacional público (31), sorprendentemente la CIJ en el asunto de la *Isla de Kasikili/Sedudu* atribuyó la soberanía sobre la isla a Botswana basándose en un tratado anglo-alemán de 1890 que delimitaba sus respectivas zonas de influencia, sin corroborar la posterior ocupación efectiva del territorio.

Como *apunte final* obligado hemos de indicar que puede resultar que el juego de todos los títulos adquisitivos anteriormente expuestos, tanto fácticos como jurídicos, no lleve a una decisión concluyente acerca de la controversia territorial pendiente. En tal caso, entran en funcionamiento otros factores que pueden ayudar al órgano decisorio a llegar a una solución (32).

Tal ocurre con el *comportamiento recíproco* de los Estados implicados. Ante una situación concreta de hecho o de derecho, respecto de la cual existen pretensiones concurrentes y contradictorias por Estados distintos, la conducta de cada uno de ellos nunca es irrelevante para el otro; especialmente cuando la conducta de un Estado impone al otro la obligación de protestar si estima que afecta un derecho propio, y no lo hace. La *aquiescencia* y el *estoppel,* juegan entonces un papel primordial en la decisión final de la controversia.

---

(31) La doctrina es muy clara; véase, entre otros, SHAW, M., *Title to Territory in Africa,* Oxford, 1986, p.50; BROWNLIE, I., *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopediae,* 1979, p.8; y LINDLEY, M.F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law,* Londres, 1926, pp.211-213.

La jurisprudencia venía pronunciándose en idéntico sentido, siendo sumamente elocuente el análisis efectuado al respecto por el juez Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* (UNRIAA, vol.II, p.846), o la consideración de estos acuerdos como "de nature essentiellement contractuelle" vertida por la propia CIJ en el dictamen consultivo sobre el *Sahara occidental* (CIJ *Recueil* 1975, pa.126).

(32) Para un examen más detallado de estos factores, véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., *El territorio estatal... op.cit.,* pp.83-89 y 73-78, respectivamente para el comportamiento y la equidad.

Finalmente, la *equidad –infra o secundum legem-*, en virtud de su carácter razonable y conveniente, se ha legitimado en la práctica como coadyuvante necesario en la solución final de las disputas territoriales, al conseguir llegar a un resultado no sólo justo, sino sobre todo aceptado por los Estados implicados en la controversia (33) que de esta forma den por zanjada la controversia, que es, al fin y al cabo, el resultado por todos anhelado.

(33) Conflictos fronterizos como el de Eritrea y Yemen (1998), o el de Etiopía y Eritrea (2002), son buen ejemplo del papel decisivo que puede llegar a jugar la equidad para que los Estados acepten la solución propuesta.

UNA LEGISLACIÓN UNIVERSAL PARA UNA REALIDAD UNIVERSAL

Paula LÓPEZ ZAMORA*

I. EL CIBERESPACIO: UNA REALIDAD UNIVERSAL

Internet, nuevo marco espacio-cultural, ha venido a alterar alguna de las concepciones más instauradas a lo largo de la historia, provocando, por la nueva realidad constitutiva de la red, un claro desajuste social, político y jurídico. La más clara representación de este brusco cambio viene dada por la falta de territorialidad definida en la que se desenvuelve Internet (1). Nos encontramos ante un *territorio* de carácter absolutamente universal, en él todos somos cibernautas, independientemente del origen geográfico desde el que, cada cual, acceda a Internet. El Ciberespacio no posee una plasmación en el mundo físico, pues en palabras de PERRY BARLOW estamos ante *el nuevo hogar de la mente, ante un acto natural que crece de nuestras acciones colectivas. Nuestro mundo es diferente. El Ciberespacio está formado por transacciones, relaciones y pensamientos en sí mimo, que se extiende como una quieta ola en la telaraña de nuestras comunicaciones. Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en*

* Profesora de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

(1) No puede obviarse que fue precisamente esta situación la buscada y perseguida a la hora de determinar el trazado originario de la red. Internet surge como un instrumento concebido para romper con la jerarquía establecida, para acabar con la segregación geográfica y política nacida de la lucha entre los Estados. La red de redes se desarrolló por universitarios convencidos de que en ella estaba la base para el desarrollo una nueva contracultura que pudiese construir un mundo sin barreras geográficas, donde todos fuesen nacionales de una única patria, el Ciberespacio. Asimismo, la construcción de la red se caracterizó por su diseño descentralizado. Así, sin un punto neurálgico común, por el que tengan que pasar cada uno de los paquetes de información, su efectividad y funcionamiento va a estar garantizado ante cualquier eventualidad o ataque que una parte de la red pueda recibir.

ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos. En el Ciberespacio no hay materia, por ello los cibernautas nos extenderemos a través del planeta para que nadie pueda encarcelar nuestros pensamientos. Crearemos una civilización de la mente en el Ciberespacio. Que sea más humana y hermosa que el mundo que vuestros gobiernos han creado antes (2).

Este carácter mundial y absolutamente universal palpable en la red se presenta como aspecto determinante a la hora de establecer un marco regulatorio eficaz aplicable a la misma. De este modo, esta peculiaridad que presenta Internet con respecto al mundo estrictamente físico va a incidir sobre la elección del modelo de regulación que la red exige, no siendo posible aplicar al ámbito digital las soluciones empleadas en el sustrato físico para resolver cuestiones similares.

Es conveniente indicar desde el principio que, a pesar de las difundidas teorías que mantienen la imposibilidad de imponer un orden en la red, éste es posible e incluso necesario pues, de otro modo, la convivencia en el Ciberespacio estaría condenada al fracaso dado el volumen de actividades fraudulentas y dañinas que en él se producen. A lo largo de los últimos años y debido al mal uso dado a esta tecnología se ha demostrado que la protección efectiva de la libertad y seguridad del Ciberespacio, así como la de todos los internautas que en él actúan, pasa por la necesaria ordenación del medio, por el establecimiento de una regulación que sea garante tanto de los derechos de todos como de la eficacia del sistema.

De este modo, la opción por la regulación de Internet se manifiesta como absolutamente imprescindible y ha de dirimirse entre las diversas alternativas desde las que es posible abordar esta actividad, si bien, desde un principio, la regulación universal, o al menos internacional, de la red se presentan como las opciones más ajustadas a la propia naturaleza global de la red, lo cual no impide que ambas opciones encuentren importantes obstáculos que hacen disminuir, e incluso desaparecer, su aparente eficacia.

(2) BARLOW, J.P, *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, Davos, 8 de Febrero de 1996. *On line* http://www.eff.org/publications/John_Perry_Barlow/barlow_0296.declaration

II. LEGISLACIÓN UNIVERSAL

Si lo analizásemos exclusivamente desde el punto de vista del deber ser, resulta obvio que la solución más acertada para ordenar Internet pasaría por el establecimiento de una legislación única y universal, válida en todos los países del mundo que permitan o posean acceso a Internet (3). Sin embargo, desde el plano del ser no pasa inadvertido que regular de forma unitaria Internet es complicado, por no decir imposible, pues supondría unificar todos los criterios legales de los países en una sola legislación o marco legal. Según la mayoría de la doctrina la solución ideal radicaría en encontrar un núcleo duro de Derecho que fuese común a todos los países. Por lo tanto, el primer paso sería hallar el mínimo común denominador de todas las legislaciones a fin de, sobre la base de este resultado, comenzar a construir una legislación adecuada para el Ciberespacio donde se recoja la normativa básica y comúnmente aceptada por todas las naciones que pueblan la tierra.

De este modo, algunos autores mantienen *que es necesario trabajar para alcanzar un consenso mundial sobre las medidas legislativas necesarias para la armonización de determinados aspectos de Internet, prohibiendo el comportamiento injusto sin imponer ningún tipo de comportamiento, pues debe prevalecer la libertad de expresión y de contenidos frente a cualquier intento de regular y controlar, pero partiendo del principio básico de que no puede permitirse en la red lo que está prohibido en la calle, por lo que los Estados deben aplicar la legislación existente que pueda sancionar esas conductas ilícitas* (4). Esta solución parece eficaz y factible, no obstante adolece de un gran inconveniente: ¿Quién decide que comportamientos son injustos? ¿Qué se entiende exactamente con "lo prohibido en la calle"? ¿Prohibido por qué países? Esta perfecta, pero a la par ilusoria solución, materializa un gran problema pues si hay tantas legislaciones como Estados, es utópico tratar de encontrar un consenso acerca de las conductas que son injustas, y todavía más en las conductas

(3) En el año 2002 Corea del Norte era el único país del mundo donde no existía Internet. No había ni servidor ni posibilidad de conexión. En la actualidad existen limitadas conexiones, las cuales vienen de conexiones satélites provistas por empresas de Corea del Sur y por líneas terrestres de China. Asimismo, cuentan con pocos sitios webs (la mayoría casinos *on line*)

(4) CARRASCOSA LÓPEZ, V. "¿Es necesaria una legislación mundial para Internet?", *Informática y Derecho*, nº 27-29, 1998, p. 176.

que son ilícitas. No hay que investigar demasiado para observar que lo que es ilícito en un país, en el vecino puede estar absolutamente permitido. En ese caso, ¿cuál de las normativas ha prevalecer sobre las demás? ¿Acudiremos nuevamente a la ley del más fuerte, a la ley de los países que dominan geográfica y económicamente el Ciberespacio?

El director del Master sobre Internet en Santiago de Compostela, T. DE PASERVAL, no deja lugar a la duda sobre el fracaso que supondría materializar en estos momentos una regulación universal en Internet pues, según este autor, la idea parece insostenible a estas alturas de desarrollo legislativo. Afirma que *la idea de legislar globalmente Internet será una utopía durante mucho tiempo. Es muy difícil regular Internet, sobre todo por el problema de la globalización. Las legislaciones de los distintos países o culturas constituyen unos marcos jurídicos basados en unas mentalidades, en unos fondos de pensamiento muy contrapuestos. Estos aspectos son los que constituyen el verdadero handicap para llegar a contar con una ley de Internet a nivel global (...) Hay muchas trabas todavía para que la legislación se aplique porque Internet no tiene fronteras. Ahora es imposible regular Internet, igual dentro de 30 años hay un consenso para llegar a unos acuerdos que permitan un libre mercado absoluto dentro del mundo de las nuevas tecnologías e igual si es posible llegar a un acuerdo, esa regulación en la actualidad constituye una autentica utopía* (5). La misma opinión es compartida por MUÑOZ MACHADO cuando afirma que *la solución más simple es la universalización. Si una nueva ley ha de regir en el mundo entero, que la dicte una autoridad mundial. La armonización implica que exista una única norma a escala regional o universal. Pero ello es imposible. Los Estados no lo permitirán y no es necesario* (6).

Lógicamente, este modelo de regulación exigiría la constitución de una Organización Internacional-Mundial cuya función fuese la de gobernar y legislar, de manera exclusiva y excluyente, la Red de redes. Desde este punto de vista, la Organización Internacional tendría competencia absoluta e ilimitada para tomar cualquier decisión relacionada con Internet. Una Organización similar requiere la participación de la totalidad de los países del globo y el acuerdo general de todos ellos en la construcción y

(5) DE PASERVAL, T., en *El Correo Gallego*, Miércoles 28 de Noviembre de 2001.
(6) MUÑOZ MACHADO, S., entrevista en Ciberp@is semanal, 18 de Enero de 2001, p. 17.

organización de tal entidad, lo cual, de momento, parece imposible. En este sentido POST establece *que es difícil establecer cómo una organización internacional va a gobernar la red y a imponer sus normas a países que no forman parte de ella porque no la han aceptado. En ese caso es muy dudoso el derecho que asiste a esta organización para imponer sus normas. Muchas son las dudas que esta alternativa presenta, por las cuales varios autores rechazan la posibilidad de llevarla a la práctica* (7). Para otros autores, este problema se resolvería desde *el momento en que la Organización Internacional obtenga el acuerdo general sustancial de la mayoría de los países del mundo* (8). Para HICKS el problema de la representatividad mundial de la Organización quedaría solventado mediante la creación de la misma de forma apropiada, es decir, mediante un tratado multilateral en el que participasen un número sustancial de países. *Si creamos una Organización Internacional verdaderamente representativa para tratar de resolver los problemas que han surgido en la red, su contribución a la gobernación del Ciberespacio será importante* (9). Esto es cierto, no obstante, el problema radica en determinar qué consideramos un apoyo sustancial de la mayoría de los países del mundo. En el mundo real unos países cuentan más que otros, por lo que parece presumible que la creación de una Organización Internacional plasme esta realidad del mundo físico. ¿Qué vamos a entender por un número sustancial de países? ¿Daremos por satisfecho este requisito cuando los países ricos manifiesten su apoyo? ¿Olvidaremos nuevamente que Internet es mundial y, por lo tanto, todos los países del mundo deberían tener voz y voto en su regulación y desarrollo?

El mismo autor reconoce que el mayor problema para lograr la participación y el acuerdo unánime es, sin duda alguna, las diferencias ideológicas existentes entre los países. *Pueden tomarse los Estados Unidos y China como ejemplo. Considerando que los Estados Unidos creen en la libertad de expresión, China cree en la regulación de ideas e información. Con estos dos puntos de vista tan dispares parece casi imposible el que se pongan de acuerdo en la creación de una Organización Internacional*

(7) POST, D.G., *Anarchy, State and the Internet: an essay on law-making in cyberspace, 1995, on line:* www.wm.edu/law/publications/jol/articles/post.shtml
(8) HICKS, B.D., *Choice of law issues in cyberspace*, Texas Tech University, Texas, 1996, *on line*: www.geocities.com/athens/Academy/5090
(9) Ibíd.

que regule la red. La Organización Internacional sólo debe fijar las normas mínimas- aun siendo en determinados aspectos de carácter detallista-. No obstante, para HICKS el instrumento ideal para regular en detalle el Ciberespacio sería el conjunto de normas emanadas de un único Organismo Internacional encargado de gobernar la red, puesto que uno de los principales inconvenientes de la opción alternativa, la regulación del Ciberespacio mediante Tratados Internacionales, se encuentra en que éstos no pueden regular los pequeños detalles de Internet al no poder responder y adaptarse a la rápida evolución tecnológica que impone el Ciberespacio. Afirma, *creo que el establecimiento de una Organización Internacional es la respuesta a los problemas de los Tratados Multilaterales. Si podemos crear una Organización Internacional que sea aceptada por la mayoría de Estados en el mundo, ésta puede regular más detalladamente las decisiones que afecten a Internet. Tal organización puede abordar y contestar rápidamente un nuevo problema acuciante, y puede hacer cumplir las reglas porque tiene la autoridad que le han cedido los Estados soberanos* (10).

Obviamente esta opción se enfrenta a grandes dificultades, ya que la elaboración de una legislación única y la creación de un Organismo Internacional-Mundial consensuado se muestran, de momento, como improbables. Además estos inconvenientes aumentan desde el momento en que la falta de normativa mundial sobre determinados aspectos de Internet no es la excepción sino la regla general. Los problemas que se presentan en la red y que, por lo tanto, hay que resolver son mundiales, mientras que los mecanismos de solución están disgregados y descentralizados entre los diferentes países. Hoy por hoy resulta bastante utópico hacer realidad las soluciones que el Ciberespacio está demandando: un marco jurídico y policial mundial. Así las cosas, al menos a corto y medio plazo, el procedimiento alternativo más factible discurre por la vía de progresivos acuerdos entre los distintos Estados en los foros internacionales.

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

De momento, y hasta que la elaboración de una legislación universal para la red y la creación de un Organismo Mundial superen la situación

(10) Ibíd.

utópica actual, la forma más efectiva de regular la red implica el ejercicio de la soberanía compartida por parte de los Estados nacionales, mediante la elaboración de Tratados Internacionales que incidan sobre la ordenación parcial del Ciberespacio. Para muchos autores el Tratado Internacional es el mejor camino a seguir, por lo menos de momento. *El impacto mundial propio de las actividades en Internet y el alcance global de este medio, justifican la búsqueda de la coordinación internacional, habida cuenta también de las limitaciones de los distintos Estados para garantizar la efectividad de ciertas sanciones relativas a las actividades que se desarrollan en el Ciberespacio* (11). En el mismo sentido, afirma FERNÁNDEZ ESTEBAN que un aspecto esencial de la regulación de *Internet (...) es el hecho de que cada vez es más indispensable solucionar los problemas jurídicos a escala mundial. La globalización que implica la sociedad de la información determina la necesidad de reforzar la coordinación internacional para hacer frente a los problemas jurídicos que plantea Internet* (12). La firma de Tratados Internacionales en la actividad reguladora de Red de redes aparece como una solución más realista y sencilla que la legislación universal, sin embargo, también aquí se presentan importantes objeciones.

HICKS reconoce ciertas limitaciones en la labor de regulación de los Tratados Internacionales. Además de la mencionada incapacidad de los Tratados para regular los detalles de la red, establece que *un Tratado Multilateral puede ser apropiado para colocar las reglas más fundamentales del Ciberespacio, como declararlo un espacio separado, similar a alta mar o al espacio exterior. Sin embargo, un Tratado Multilateral no puede convertirse en la herramienta apropiada a utilizar si deseamos colocar las reglas específicas detalladas del Ciberespacio. La razón hay que buscarla en que Internet en sí mismo está cambiando de un modo tan veloz que los mecanismos de modificación del Tratado o Tratados no podrían adaptarse a las nuevas necesidades* (13). Asimismo, LITAN y NISKANEN determinan que *en algunos casos, puede ser necesaria la armonización de las normativas. Sin embargo, en muchas otras ocasiones, puede que alcanzar un consenso no sea ni deseable ni posible, con-*

(11) MIGUEL ASENSIO, P. de, *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2001, p. 24.

(12) FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., "Internet y los derechos fundamentales", en la obra VV.AA. *Internet, una profecía*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 126.

(13) HICKS, B.D., *Choice of law issues in cyberspace*, op. cit.

siderando las claras diferencias que existen entre las actitudes sociales y políticas de los diferentes países y dentro de los Estados que conforman los Estados Unidos. En tales situaciones debe aspirarse a lograr un reconocimiento mutuo, a que las jurisdicciones se comprometan a respetar las normas de los demás (14).

A pesar de los mencionados inconvenientes y objeciones, parece claro que los Estados no pueden aplicar su poder individual sobre la red de modo efectivo, pues debido al carácter global y transnacional del Ciberespacio la eficacia de las medidas nacionales se ve altamente reducida. Por ello, la opción más valida y eficaz que existe en la actualidad, una vez descartada la viabilidad de la legislación universal, conlleva un esfuerzo concertado por parte de los Estados soberanos para actuar conjuntamente y crear un espacio nuevo y global de acción jurídica y policial. *Como declaró el G 8 en su reunión de Washington de diciembre de 1997, es imposible para un país acabar con la delincuencia producida o distribuida por la red, por lo que se recomienda la cooperación internacional para actuar con eficacia en ese terreno* (15). Al hacerlo los países pierden soberanía, ya que se ven obligados a renunciar a una parte de la misma para crear un organismo de soberanía compartida. No obstante, *la soberanía compartida ha sido el precio que han tenido que pagar los Estados para retener, de modo colectivo, algún grado de control político* (16). La dimensión internacional de Internet, combinada con el desafío de la globalización, parece demandar una cooperación internacional adecuada, para evitar que la descentralización de los servidores vacíe de contenido las normativas nacionales. Por lo tanto, condicionada por la necesidad de adaptación al carácter transfronterizo y global de Internet, se refuerza la necesidad de cooperación internacional. La realidad nos muestra que es necesario implementar las legislaciones nacionales con mecanismos de cooperación transnacional para garantizar la efectividad de éstas en el Ciberespacio, aunque sea en grado mínimo. *Los Estados que se rebelen*

(14) LITAN, R. E. & NISKANEN, W. A., *El horizonte digital, manual de directrices para la era digital*, The Brookings Institution & the Cato Institute, Washington D.C., 1998, Traducido por Fundesco, p. 5.

(15) VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A., "Desafíos éticos de las nuevas tecnologías", en *Veracidad y objetividad. Desafíos en la Sociedad de la Información*, Actas 2º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información (2003), Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2004, p. 51.

(16) CASTELLS, M., *La galaxia Internet*, Areté, Barcelona, 2001, p. 203.

contra esta alternativa y decidan no ceder ni un ápice de su soberanía devendrán más frágiles e inseguros en la red. No hay duda de que cuanto más se resiste un Estado a limitar su soberanía a favor de la internacional, más vulnerable se vuelve a los ciberataques (17).

Vemos pues como se refuerza la necesidad de coordinación internacional en el Ciberespacio para superar la inseguridad jurídica existente. No obstante, cuando se analizan los Tratados Internacionales aplicables a determinados ámbitos de la red, observamos que la heterogeneidad de los sistemas jurídicos que coexisten en el mundo suele restringir a determinados círculos de Estados la posibilidad de unificar sus normas de modo vinculante. Si bien la uniformización jurídica en círculos limitados de países suele alcanzar resultados mucho más efectivos, especialmente en el marco de integración política tan intenso como el europeo, el alcance global de Internet justifica también la participación estatal en foros de ámbito mundial.

Efectivamente, en el ámbito de la Unión Europea el desarrollo de la normativa ordenadora de la Red de redes ha empezado hace algún tiempo y parece, no obstante, imparable. A través de la normativa europea se están estableciendo unos criterios mínimos sobre determinados aspectos o problemas existentes en Internet. Así, y tras la reglamentación en el ámbito europeo, los distintos Estados miembros han ido desarrollando normas internas que han servido para adaptar, en el ámbito nacional e interior, las directrices establecidas por las Directivas y demás normas comunitarias. Con ello se ha alcanzado un sistema más o menos homogéneo de regulación y protección de derechos y garantías sobre algunos aspectos específicos de la Red. La Directiva 2000/31/CE relativa a la regulación del comercio electrónico, *que pretende armonizar las disposiciones normativas de los miembros en relación con los servicios de la sociedad de información dentro del mercado interior*, supuso el estreno más contundente de una gran actividad productora de normas. Posteriormente se publicó la Directiva 2001/29/CE *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. Asimismo, tras un largo proceso de tramitación, el 12 de Julio de 2002 se adoptó la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, *relativa al trata-*

(17) Ibíd., p. 204

miento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

La seguridad en la red es una objetivo primordial para la Unión Europea, así nos encontramos, entre otras, con la Resolución del Consejo de 18 de Febrero de 2003 sobre *un enfoque europeo orientado hacia una cultura de seguridad de las redes y de la información*; Decisión n° 1151/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Junio de 2003, que modifica la Decisión n° 276/1999/CE *por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales.* Recientemente se ha aprobado el Reglamento (CE) n° 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de Marzo de 2004, *por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información.* De la misma forma son destacables, entre otras, en el ámbito comunitario, la Directiva 2002/19/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de Marzo, *relativa al acceso a redes de comunicación electrónica y recursos asociados, y a su interconexión*; la Directiva 2002/20/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de Marzo, *relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas,* la Directiva 2002/21/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de Marzo, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*; la Directiva 2002/22/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de Marzo, *relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónica* y la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de Septiembre, *relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*

La Unión Europea, de la misma forma, procedió a incrementar la confianza en Internet a través de la iniciativa eEurope 2002 (18), hoy sustituida por el plan eEurope 2005, mediante los cuales se ha pretendido acrecentar y complementar el marco regulatorio de Internet. Aprobado por el

(18) La iniciativa eEurope fue lanzada el 08 de diciembre de 1999 con la adopción por parte de la Comisión de la Comunicación "eEurope -una sociedad de la Información para todos" (Comisión Europea 1999) El Consejo Europeo respaldó, posteriormente, el Plan de Acción Global eEurope 2002. El Consejo Europeo se fijó como objetivo convertir a Europa en la economía más competitiva y dinámica del mundo y ha fijado las cuestiones relativas a la Sociedad de la Información y a la nueva economía en una de las prioridades de las instituciones comunitarias.

Consejo Europeo en Sevilla en Junio de 2002, eEurope 2005 se inscribe en la estrategia de Lisboa encaminada a convertir a la Unión Europea en una economía basada en el conocimiento, más competitiva y emprendedora, con avances en materia de empleo y de cohesión social, para el 2010 (19).

El plan de acción de 2002 introdujo tres objetivos principales. En primer lugar se pretendía lograr una Internet rápida, barata y segura. Desde la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, el 1 de enero de 1999, las tarifas de las llamadas internacionales y de larga distancia han disminuido considerablemente. Sin embargo, la mayoría de los consumidores acceden a Internet a través de las líneas locales, donde los precios han descendido considerablemente menos, debido a la falta de competencia. Hasta ahora, el mercado, por sí mismo, ha sido relativamente lento a la hora de ofrecer nuevos sistemas de tarifas, como la cuota única o el acceso gratuito. La existencia de precios bajos es especialmente importante para una rápida asimilación del acceso multimedia a Internet de alta velocidad que permiten las nuevas tecnologías, como la xDSL (20), el

(19) Las conclusiones del Consejo Europeo de la Unión celebrado en Lisboa en Marzo de 2000 establecían, como requisitos necesarios para la preparación del paso a una economía competitiva, dinámica y basada en el conocimiento, el que las empresas y los ciudadanos tuvieran acceso a una infraestructura de comunicaciones mundial, barata y con ello a un amplio abanico de servicios. Igualmente se ponía de manifiesto que todo ciudadano debería poseer los conocimientos necesarios para vivir y trabajar en la nueva sociedad de la información, evitando toda exclusión y reforzándose la lucha contra el analfabetismo y restando atención especial a las personas discapacitadas. Se señalaba finalmente que las tecnologías de la información habrían de utilizarse para renovar el desarrollo urbano y regional y fomentar tecnologías seguras para el medio ambiente, siendo esencial para cumplir tales objetivos la creación de condiciones para que prosperasen adecuadamente el comercio electrónico e Internet, exigiendo todo ello planteamientos normativos nuevos y más flexibles en el futuro. Para la consecución de tales objetivos resulta necesario tener en cuenta en primer término la denominada convergencia de los distintos servicios e infraestructuras de telecomunicaciones y medios audiovisuales, en cuanto en particular las posibilidades de interactividad que ofrece Internet están determinando un interés creciente de las empresas audiovisuales para su utilización conjunta con los medios de comunicación; como la televisión. La posible combinación de televisión e Internet está llevando a los distintos operadores a ofrecer servicios de televisión interactiva y de valor añadido con la información que hay en Internet, siendo previsible en un futuro próximo la convergencia entre los PC informáticos y la televisión, que hará de los televisores dispositivos de acceso y proceso de información y a los ordenadores personales instrumentos capaces de integrar todo tipo de información y también de contenidos de televisión.

(20) *X Digital Subscriber Line,* líneas de suscripción digital, tecnología de transmisión que permite que los hilos de cobre convencionales transporten hasta 16 Mbps (megabits por segundo) mediante técnicas de comprensión. Hay diversas modalidades, siendo actualmente la más empleada el ADSL.

cable, la fibra óptica, la televisión digital y las tecnologías de radio. Asimismo, la seguridad en las redes es esencial, las redes seguras y el acceso seguro mediante tarjetas inteligentes son aspectos vitales para crear confianza entre los usuarios en el ámbito del comercio electrónico.

En segundo lugar el plan perseguía realizar una inversión en capital humano y en su formación. En tercer lugar se trabajaba en el estímulo para el uso de Internet (21) mediante la aceleración del comercio electrónico, el desarrollo de la Administración y la sanidad en línea, la elaboración de contenidos digitales exportables a las redes mundiales y el desarrollo de sistemas de transporte inteligentes que solucionen tres problemas básicos del transporte clásico: la saturación, la seguridad y la escasez de nuevos servicios.

Componen este marco regulatorio numerosas iniciativas de la Comisión que afectan a distintos aspectos de la vida de Internet tales como decisiones sobre la liberalización definitiva de las telecomunicaciones, la introducción de un dominio general de alto nivel ".eu", el estímulo de contenidos multimedia europeos y la educación a través de las nuevas tecnologías, la protección de los derechos de propiedad intelectual en la red, la lucha contra la delincuencia en el Ciberespacio, la regulación de los contenidos en Internet, la regulación del comercio electrónico, la protección de datos personales y de la intimidad en las comunicaciones electrónicas, la nueva regulación de la encriptación y la firma electrónica.

Hay tres métodos principales mediante los cuales se planteó el logro de los objetivos de eEurope 2002. En primer lugar mediante la aceleración de la creación de un entorno legislativo adecuado. En el ámbito europeo, se está preparando y discutiendo una amplia gama de propuestas legislativas. E-Europe anunciaba acelerar su aprobación estableciendo plazos fijos para todos los afectados. En segundo lugar, se buscaba apoyar nuevas infraestructuras y servicios en toda Europa. La evolución en este terreno depende principalmente de la financiación del sector privado. Esta actividad puede apoyarse mediante financiación comunitaria, aunque su éxito depende en buena parte de las actuaciones de los Estados miembros. Por último, aplicar el método abierto de coordinación y evaluación comparativa. Este método tiene por objeto asegurar que estas acciones se lleven a cabo de manera eficiente, consigan el efecto deseado y tengan la fuerte incidencia necesaria en todos los Estados miembros.

(21) FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., "Internet y los derechos fundamentales", op. cit., p. 96.

Los logros del mencionado plan, así como los obstáculos que siguen entorpeciendo el pleno desarrollo de la Sociedad de la Información en Europa, son detallados en el Informe final eEurope 2002/Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de Febrero de 2003 (22). El informe establece dos conclusiones significativas. En primer lugar se detecta que la conexión a Internet ha crecido rápidamente. Cuando se lanzó eEurope 2002, pocos podían acceder a Internet. En 2002, más del 90% de las escuelas y empresas están en línea y más de la mitad de los europeos son usuarios habituales. Europa cuenta con la red central de investigación más rápida del mundo. La amplia extensión de las conexiones de alta velocidad en los hogares y las PYMEs será el próximo reto. Aun así, siguen existiendo diferencias significativas entre los Estados miembros en lo que respecta a las conexiones. En segundo lugar, se ha acordado un marco legislativo para las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico. La legislación sobre las telecomunicaciones se ha concebido para reforzar la competencia en el mercado y, en consecuencia, reducir los precios y fomentar la innovación. Los precios han disminuido y la competencia ha aumentado. En cuanto al comercio electrónico, se ha adoptado una serie de Directivas para mejorar la seguridad de transacciones electrónicas, especialmente en el comercio transfronterizo, y para garantizar una adecuada protección del consumidor.

Por su parte, el Plan de Acción eEurope 2005 (23), que continúa con la labor de su predecesor, pretende crear un marco favorable a la inversión privada y a la creación de nuevos puestos de trabajo, impulsar la productividad, modernizar los servicios públicos y ofrecer a todos la posibilidad de participar en la sociedad de la información mundial, logrando una utilización más eficiente de Internet. E-Europe 2005 trata, pues, de fomentar la seguridad de los servicios, aplicaciones y contenidos basados en una infraestructura de banda ancha ampliamente disponible. En el mismo marco nos encontramos con la Decisión n° 2256/2003/CE del Parlamento

(22) COM (2003) 66 final. *On line*: http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0066es01.pdf

(23) Bruselas, 28- Mayo-2002; COM(2002) 263 final.

Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, por la que se adopta un programa plurianual (2003-2005) *para el seguimiento del plan de acción eEurope 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información.*

El citado plan de acción se estructura en dos grupos que se refuerzan mutuamente. Por una parte, pretende fomentar los servicios, aplicaciones y contenidos, incluyendo tanto los servicios públicos en línea como los negocios electrónicos; por otra, aborda la infraestructura de banda ancha subyacente y las cuestiones relativas a la seguridad. El plan incluye cuatro instrumentos independientes, aunque interrelacionados. En primer lugar, medidas políticas encaminadas a revisar y adaptar la legislación a escala nacional y europea, garantizar que la legislación no obstaculice innecesariamente los nuevos servicios, reforzar la competencia y la interoperabilidad, mejorar el acceso a diversas redes y hacer gala de iniciativa política. E-Europe 2005 enumera las áreas en que la política pública puede aportar un valor añadido y, por consiguiente, se centra en un conjunto limitado de acciones en las áreas prioritarias. En segundo lugar, eEurope facilitará el intercambio de experiencias, buenas prácticas y proyectos de demostración, pero permitirá igualmente compartir las enseñanzas extraídas de los fracasos. Se ejecutarán proyectos encaminados a acelerar la instalación de aplicaciones e infraestructuras de vanguardia. En tercer lugar, será posible efectuar un seguimiento de las medidas políticas y reencauzarlas, en su caso, a través de una evaluación comparativa de los progresos realizados en el cumplimiento de los objetivos y de las políticas al servicio de dichos objetivos. Por último, una coordinación general de las políticas existentes permitirá crear sinergias entre las acciones propuestas. Un grupo de dirección se encargará de facilitar una panorámica de la evolución de la política y garantizar un buen intercambio de información entre los responsables nacionales y europeos y el sector privado.

El plan de acción 2005 constituye una propuesta para que los Estados miembros asuman algunos compromisos de amplio alcance. Constituye asimismo una invitación al sector privado para que colabore con la Comisión y los Estados miembros en el logro de los objetivos de eEurope. En él se exponen las iniciativas que la Comisión adoptará o desea adoptar. Considerado globalmente, el plan sienta las bases de un enfoque coordinado de la política europea en relación con la sociedad de la información. De tener éxito, este plan tendrá importantes repercusiones sobre el crecimiento y la productividad, sobre el empleo y la cohesión social en Europa.

Con estos ejemplos europeos se comprueba la viabilidad de la regulación de algunos aspectos o problemas concretos de la red Internet en un número relativamente elevado de países, aunque cultural y jurídicamente homogéneos. La experiencia europea debe servir, al menos, como un punto de partida para una reflexión acerca de la creación, de momento utópica, de una legislación única y global para la Red de las redes. Queda comprobado como la cooperación en el ámbito de la Unión Europea referida a Internet es numerosa y eficaz, no obstante, esta cooperación no se ciñe exclusivamente al mencionado ámbito sino que se desarrolla asimismo, de manera constante, en el ámbito internacional.

Se ha mencionado cómo en Diciembre de 1997, durante una cumbre del G-8 en Washington, se determinó que *es imposible que un país actúe solo, por lo que es necesario tener en cuenta las vías de cooperación internacional* (24). A pesar de ello, no fue hasta la cumbre del G-8 en París en Mayo de 2000, celebrada por iniciativa de Francia y de Japón, cuando las intenciones de este grupo de países se plasmaron en respuestas prácticas contundentes y eficaces. En esta cumbre se estableció que era suficiente la cooperación internacional para regular la red a través de la cooperación de los distintos Estados soberanos. De modo efectivo, ésta fue la primera vez que los representantes de los países afectados abordaron este problema en una instancia multilateral, en la que afloraron las diferencias entre los proyectos de sociedad en red a ambos lados del Atlántico.

El Consejo de Europa pronto secundó esta dirección de cooperación internacional promoviendo una convención contra los crímenes y delitos cometidos a través de la red o contra la red, que quedó plasmada en la primera Convención Internacional sobre el Cibercrimen (25). Este Convenio supone el resultado de cuatro años de trabajo por parte del Consejo de Europa, juntamente con los Estados Unidos, Canadá, Japón y Sudáfrica. Su aprobación estaba programada para Diciembre de 2000, aunque no fue

(24) MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red,* op. cit., p. 153.

(25) El texto íntegro de este Convenio puede ser consultado en la siguiente página *Web:* www.agpd.es

hasta el 23 de Noviembre de 2001 cuando, durante una reunión extraordinaria del Organismo en Budapest, la primera Convención Internacional sobre Cibercrimen quedó abierta a la firma. El Tratado fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 8 de Noviembre de 2001 en Estrasburgo, presentándose a la firma de los Estados en la mencionada conferencia extraordinaria de Budapest. Finalmente esta Convención ha entrado en vigor el día 1 de Julio de 2004, al ser ratificada por cinco países, tres de los cuales tenían que ser Estados miembros del Consejo de Europa (26). Después de más de treinta borradores del Convenio, y de cuatro años de discusiones infructuosas sobre su contenido, resulta interesante que el consenso necesario para su aprobación tuviese lugar inmediatamente después de los actos terroristas del 11 de Septiembre. Hecho que pone de manifiesto el poder y control que los Estados Unidos ejercen sobre el ciberespacio.

Con esta medida se pretende adoptar una política común entre los diferentes países para luchar de forma efectiva contra la ciberdelincuencia, pues según señala el propio preámbulo del mismo, el Convenio tiene como finalidad perseguir y evitar los actos delictivos cometidos contra o con la ayuda de Internet. De este modo, se procura definir una política criminal común a todos los Estados miembros sobre la utilización de las redes de datos y de información electrónica para evitar actividades terroristas o ilegales. Según reveló un miembro de la comisión el *objetivo principal de la convención es impulsar la cooperación internacional de manera que se proteja a la sociedad del cibercrimen* (27).

Según el texto hay cuatro grandes tipos de infracciones que constituyen cibercrimen si se demuestra que son intencionadas:

1- Aquellas que atentan contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de datos y de sistemas.

2- Las infracciones informáticas (fraudes y falsificaciones)

3- Las relacionadas con los contenidos (pornografía infantil, por ejemplo)

(26) Con la intención de promover el cumplimiento del Convenio contra el Cibercrimen, el Consejo de Europa ha celebrado en Estrasburgo, durante los días 15 a 17 de Septiembre de 2004, una conferencia sobre el Cibercrimen en la que han participado 180 políticos de diferentes gobiernos y expertos del sector privado en el ámbito mundial. El principal objetivo de esta conferencia ha sido aunar esfuerzos para la lucha efectiva contra el Cibercrimen.

(27) En www.ciberlex.br (20-Diciembre-2001).

4- Las que se refieren a la propiedad intelectual. En este punto los defensores de la convención consideran esencial su tipificación ya que, afirman, la mayoría de la población sigue viendo *el pirateo informático* y otros delitos electrónicos como una cuestión principalmente moral, sin darse cuenta de los daños materiales y personales asociados.

Asimismo, el Convenio preveía el desarrollo de un protocolo adicional para prohibir la propagación de ideas racistas, antisemitas o xenófobas en la red. Finalmente, el *Protocolo Adicional al convenio sobre Cibercrimen relativo a la ciminalización de actos de racismo y xenofobia cometidos mediante el uso de sistemas de información (Additional protocol to the Convention on Cybercrimen, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature, committed through the use of computer system*) fue adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 7 de Noviembre de 2002 y firmado el día 28 de Enero de 2003 por 11 Estados miembros. El protocolo amplía el ámbito de aplicación del Convenio sobre el Cibercrimen, y contempla la distribución a través de Internet de propaganda racista o xenófoba, al tiempo que establece las medidas necesarias para fomentar la cooperación de los Estados firmantes en la tipificación y persecución de las conductas en sus ordenamientos jurídicos. En cuanto a su contenido, el protocolo establece la definición de lo que se entiende por material racista y xenófobo, considerando como tal cualquier material escrito, imagen u otra representación de ideas o teorías que promueva o incite la discriminación o violencia contra grupos de individuos, basados en la raza, el color, el origen racial o étnico, así como la religión. Además se establecen medidas que deberán adoptar los Estados firmantes en el ámbito nacional y la relación de éstas con el Convenio sobre el Cibercrimen. En concreto, las medidas nacionales a adoptar por cada estado serán las necesarias para perseguir la comisión de conductas que sean racistas o xenófobas.

La introducción de esta materia dentro del Convenio se justifica por el dramático aumento de propaganda racista y xenófoba en la red. *Algunos expertos hablan ya de una comunidad electrónica del odio* (28). Lógicamente, la aplicación de las leyes nacionales contra el racismo y la xenofobia corren la misma suerte que el resto de normas que tratan de

(28) FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., "Internet y los derechos fundamentales", op. cit., p. 114.

regular los contenidos en Internet con carácter y eficacia nacional. En estos casos, como en muchos otros, nos enfrentamos a problemas derivados de la naturaleza global de Internet y de la distinta estrategia seguida por los países para combatir estos trascendentes problemas. Internet se ha convertido en un lugar perfecto para toda clase de grupos organizados que fomentan el odio racial. Estos grupos crean sitios en Internet en nombres de dominios genéricos como ".org" (lo que hace creer que estamos ante organizaciones no gubernamentales ONGs) generando centenares de conexiones internacionales a otras fuentes de información racista y xenófobas. En este tipo de páginas se utiliza todo tipo de estrategias para seducir a futuros miembros de estos grupos, tales como publicación de música con contenido racista, videojuegos de alto contenido antisemita y comercialización de libros, ropa o detalles nazis.

Es indudable que el problema de la delincuencia en la Red es un tema polémico que demanda una actuación firme, de forma conjunta con la participación de la sociedad y del Estado, de cara a su erradicación o, al menos, su disminución. Sin embargo, y pese a su propósito, el Convenio contra la Ciberdelincuencia ha levantado posturas y voces enfrentadas pues, como resulta obvio, a mayor vigilancia de la red, menor es la libertad de que se puede gozar en la misma. Nos encontramos aquí frente al eterno dilema social y jurídico consistente en la elección entre libertad o seguridad. El binomio libertad–seguridad se encuentra presente en todos y cada uno de los problemas sociales a los que tiene que dar respuesta el Derecho. A mayor libertad, menor seguridad; por el contrario, a mayor seguridad, menor es la libertad. La alternativa es obvia y parece que los Estados ya han tomado una decisión, mayor seguridad en detrimento de las libertades de la sociedad, tanto dentro como fuera de la red. El incremento de vigilancia que se lleva a cabo para evitar el cibercrimen, preocupa en gran medida a los defensores de los derechos civiles, que ven peligrar los derechos conseguidos desde hace tiempo de privacidad y libertad en la red, ya que el poder de los Estados se incrementa considerablemente con este acuerdo. No obstante no toda la doctrina ve peligrar los derechos y las libertades de los ciudadanos pues, partiendo de la tesis sostenida por PÉREZ LUÑO, la *seguridad no es la consecuencia de las libertades y derechos fundamentales, sino más bien su presupuesto, y no hay contradicción entre ambas* (29).

Existen otras teorías basadas en la cooperación internacional aplicada al Ciberespacio que se alejan de los clásicos Tratados Internacionales. Una de las más famosas es la que defiende BURK. Para este autor lo más conveniente para regular el Ciberespacio es aplicar al mismo una estructura federalista similar a la existente entre los Estados de los Estados Unidos (30). Para muchos observadores, un marco jurídico internacional podría presentar ciertas ambigüedades, en particular cuando se trata de acordar, en el ámbito internacional, los criterios para juzgar la ilicitud de algunos temas relacionados con concepciones diferentes de la civilización pues la no-homogeneidad ética, así como la falta de criterios universales de licitud o ilicitud entorpecen enormemente la creación de marcos normativos de carácter mundial. Según BURK, en los Estados Unidos, el poder está dividido de manera vertical entre los Estados y el Gobierno Federal, y de manera horizontal entre los distintos Estados. Es esta última división la que puede ser importante en el ámbito del Ciberespacio. La aplicación de la estructura y la cooperación-competitividad del federalismo al Ciberespacio puede manifestarse como la solución más adecuada a la problemática reguladora del mismo.

IV. CONCLUSIÓN

Una vez analizados ambos modelos se observa que tanto la legislación universal como la cooperación internacional superan en efectividad los baldíos intentos de las diferentes legislaciones nacionales de regular la red en exclusiva. La transnacionalidad de la red no puede obviarse y los

(29) Según este autor, *"(...) el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho supuso, entre otras cosas, y no la de menor trascendencia, considerar al orden y la seguridad jurídica como el presupuesto, no la consecuencia, de las libertades y derechos fundamentales. La seguridad deja así de concebirse como un mero apéndice resultante del ejercicio de las libertades individuales, para devenir condición necesaria de un sistema de derechos fundamentales plenamente garantizados. Esta llamada de atención ha potenciado una renovada óptica de encuadre de las relaciones entre seguridad y libertad. Ahora, no tan sólo se ha superado la pretendida contradicción libertad/seguridad, al concebirse la seguridad como garante de la libertad, sino que se tiende a ampliar el ámbito operativo de la seguridad"* PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 47-48.

(30) BURK, D.L., "Federalism in cyberspace", *Connecticut Law Review*, nº 28, 1996, pp. 1889-1920, *on line:* www.temple.edu/lawschool/dpost/burk%20federalism.pdf

Estados nacionales han de rendirse ante esta evidencia, pues cualquier regulación nacional sobre la red puede ser fácilmente soslayada y esquivada con múltiples mecanismos. La imposibilidad actual de elaborar una legislación verdaderamente universal aplicable eficazmente a la totalidad del Ciberespacio presenta, de momento, la opción de la cooperación internacional como la más correcta y viable para superar la inseguridad y el caos regulatorio que presenta la red de redes. La cooperación entre los Estados se evidencia así como necesaria para garantizar la seguridad jurídica en la red, cubriendo la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en ella, la estabilidad del mercado, la vigilancia por el cumplimiento de la normativa y, en su caso, la imposición de sanciones a los transgresores de estas reglas.

Lógicamente, esta cooperación internacional, aun siendo esencial en la regulación de la red, requiere de la participación adicional de otros sujetos creadores de Derecho de modo que el círculo del Derecho en Internet quede completado, garantizando así su eficacia. Por ello, los Estados y las diferentes Organizaciones Internacionales han de contar, asimismo, con la ayuda y la participación de los usuarios y empresas que participan en la red. Todos ellos han de actuar conjuntamente, aunando esfuerzos y aptitudes a fin de lograr el anhelado y necesario equilibrio entre seguridad y libertad en la red.

LA MEDITERRANEIDAD DE BOLIVIA

Hugo LLANOS MANSILLA *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

Antecedentes históricos y Jurídicos.-

Los límites de Chile con Bolivia se encuentran establecidos en el Tratado de Paz y Amistad de 1904. este tratado fue libremente consentido por las partes, luego de transcurrir *más de veinte años del término de la guerra del Pacífico.*

El Presidente de Bolivia, general Ismael Montes, bajo cuyo mandato fue celebrado dicho tratado, lo incluyó en su programa de gobierno: "bajo la base de compensaciones que no sea ilusorias como las de 1895, sino que respondan a posibilidades efectivas de aquel país, así como a necesidades comprobadas del nuestro".. El presidente Montes fue reelegido, debido al fuerte respaldo popular que obtuvo (1).

Dicho tratado zanjó definitivamente la cuestión de límites entre Chile y Bolivia. Al no contemplarse en él, una cláusula de denuncia, ha seguido en vigencia durante cien años. En el tratado se establece el dominio absoluto de Chile sobre los territorios comprendidos entre el paralelo 23° y la desembocadura del río Loa. Chile, por su parte, reconoce a Bolivia el derecho más extenso y completo por su territorio y puertos del Pacífico.

La línea fronteriza terrestre entre ambos países tiene una longitud estimada de 848 kilómetros, delimitada por más de 100 hitos.

¿Cómo se gestó el Tratado de 1904?

---

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público en las Facultades de Derecho de las Universidades Católica y Central de Santiago de Chile.

(1) Ernesto Videla Cifuentes: Situación limítrofe con Bolivia. Publicado, como artículo, en el diario El Mercurio, de Santiago de Chile, con fecha 19 de abril de 2004.

Afirma Conrado Ríos Gallardo (2): En el curso de una conversación particular, el señor Aramayo -se refiere al Ministro de Bolivia en Inglaterra, Félix Avelino Aramayo-, insinuó al señor Puga Borne senador chileno-, la idea de suscribir un Tratado de Paz definitivo entre Chile y Bolivia. El señor Aramayo traía dicha misión especial, lo que es confirmado por el ex Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia, el que señala: "Y aceptó de nuestro gobierno una misión confidencial que debía desdoblarse a su paso por Chile"(3). Lo mismo refiere el Ministro de Relaciones Exteriores chileno (4), lo que indica que fue iniciativa boliviana la negociación con Chile, iniciada en 1902 y que culminó en 1094.

Señala Conrado Ríos Gallardo: "Correspondió al Ministro de Relaciones Exteriores , don Agustín Edwards, acordar en unión del representante de Bolivia, don Alberto Gutiérrez, el texto definitivo del Tratado de Paz y Amistad de 1904, el cual fue aceptado sin discusión por el gobierno de La Paz...Cuando se inició la negociación ...el General Pando estaba próximo a terminar su período presidencial y en el campo político no se divisaba otro candidato de mayor prestigio que el General don Ismael Montes...Pues bien, el General Montes se dirigió a la opinión pública enarbolando como programa de gobierno el Tratado de Paz y Amistad con Chile, mencionando como base esencial del pacto la renuncia definitiva, por parte de Bolivia, a puerto en el Pacífico. Merced a semejante programa, el señor Montes obtuvo en las urnas el triunfo más hermoso que registra la historia política de ese país..." (5)

Sobre el particular, se explaya el representante de Bolivia, don Alberto Gutiérrez : Todos los pueblos de Bolivia pudieron conocer ese programa y pudieron meditar en sus alcances y proyecciones. En vista de ese plan gubernativo, francamente exhibido, los pueblos de Bolivia respondieron en las ánforas de mayo de 1904, con una mayoría de votos de que no existe precedente en la historia de nuestro sufragio libre" (6)

(2) Después de la paz: las relaciones chileno-bolivianas. Imprenta Universitaria, Santiago, 1926, págs. 19 y sigs.

(3) Daniel S. Bustamante: Bolivia, su estructura y sus derechos en el Pacífico, pag. 216.

(4) Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1902.

(5) Obra citada, pág. 24

(6) Citado por Conrado Ríos Gallardo, en obra citada, págs. 24 y 25.

Hay que dejar constancia que el Tratado de Paz y Amistad, que se firmó el 20 de octubre de 1904, fue promulgado en Bolivia recién el 21 de marzo de 1905, esto es, un año cinco meses después. Los debates del tratado fueron públicos, debatidos en el Congreso y en la prensa boliviana. Además, fueron objeto de negociación en dos administraciones de gobierno en Bolivia,

Cuál fue el territorio boliviano, antes de la dominación española? (7)

El perteneció, en la parte sur, al Imperio Incaico, y era llamado Collasuyo. Dicho imperio se extendió a lo largo de una faja costera de más de 4.000 kilómetros, desde el Sur de Colombia al río Maule, en Chile.

En 1544 se crea el Virreinato del Perú. Pero dos años antes, el 20 de noviembre de 1542, España crea la *Real Audiencia de Lima*, quedando incluida en ella, los territorios actuales del Perú, Bolivia y Chile. El Virreinato del Perú, tenía como límite en el Sur, la localidad de Copiapó (27° Sur)

En 1548, el Emperador Carlos V confiere a Pedro de Valdivia, en propiedad, la Gobernación de Chile, cuyas fronteras comenzaban desde Copiapó 27°, al 41° por el Sur y de 100 leguas de ancho, de mar a cordillera.

Se redujo así el límite sur del Virreinato de Lima, al extremo norte del desierto de Atacama

Como consecuencia del descubrimiento de un centro de plata, el Cerro Potosí se crea una nueva audiencia, en la ciudad de La Plata los Charcas. Charcas será el nombre para designar a Bolivia durante el período colonial. Sus limites fueron fijados en 1561: la dicha ciudad de La Plata con más de cien leguas de tierra alrededor por cada parte.

En 1563, el rey Felipe II señaló que la Audiencia de Lima "tenga por límites y distrito todo lo de la provincia de Chile, con los puertos que hay de la dicha Ciudad de Los Reyes hasta las dichas provincias de Chile y los lugares de la costa de ellas"

Chile sostiene, entonces, que "esta clara norma demuestra que la creación de la Audiencia de Charcas no rompió un solo instante la continui-

(7) Según lo señala la Memoria de Prueba de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile de Mirta Candia Ortega: La Mediterraneidad de Bolivia y el Derecho del Mar. Santiago, Chile, 1944, págs. 73 sigs.

dad territorial entre el Perú y Chile, y que siguió ininterrumpidamente imperando desde Paita hasta el término de la costa del Pacífico, la jurisdicción de la Audiencia de Lima. Charcas no conoció así directamente el mar" (8).

La Audiencia de Charcas quedó, para los efectos del uti posidetis de 1810, sin soberanía sobre el litoral del Pacífico, sin perjuicio del tránsito y embarque de mercaderías por los caminos y puertos del Perú o de Chile. No hay una sola cédula o real orden que confunda dicho tráfico comercial con soberanía o jurisdicción (9).

Se invoca como prueba de que Charcas no tenía acceso al mar, la ley de 22 de junio de 1592, que ordenó que el puerto de Arica, perteneciente a la Audiencia de Lima, obedezca las órdenes de Charcas para recibir allí a los desterrados. Además, los centros poblados de Charcas y sus órganos administrativos permanecieron siempre en los Andes

En 1776 se crea el Virreinato del Río de La Plata y se segrega de la Gobernación de Chile, todo el territorio de la Audiencia de Charcas.

El historiador Eyzaguirre afirma: "En ninguno de los documentos virreinales, se da pie a la posibilidad de un acceso al mar de nuevo Virreinato rioplatense, heredero de Charcas" (10). Cita al efecto, documentos de geógrafos, cartógrafos y religiosos que escribieron sobre el tema.

En el desierto de Atacama, Chile ejerce jurisdicción: así, en 1679, el Gobernador Juan Henríquez otorga una merced de tierra. Y, desde 1600, otorga encomiendas sobre dicho territorio.

Además, la Ley 5ª de la Recopilación de Indias señala, al referirse a la Audiencia de Lima: "tenga por distrito la costa que hay desde dicha ciudad hasta el Reino de Chile, exclusivamente.."

No hubo pues solución de continuidad geográfica entre Perú y Chile, ya que ambos países colindaban.

Definiendo los límites del Perú, el Virrey don Francisco Gil de Taboada y Lemos, decía en la Memoria que preparó en 1795 para su sucesor, don

(8) Jaime Eyzaguirre: Chile y Bolivia. Esquema de un proceso diplomático. Ed. Zigzag. Santiago, Chile, 1963, pág. 13.

(9) Francisco Encina: Las relaciones entre Chile y Bolivia. Ed. Nascimento, 1963, pág. 11.

(10) Obra citada, pág. 13.

Ambrosio O'Higgins : "El Perú comprende desde la Ensenada de Tumbes hasta el río Loa...Confina por el sur con el Reino de Chile, de quien lo divide el dilatado desierto de Atacama"(11).

El historiador Francisco Encina agrega: " En los numerosos mapas de los cosmógrafos coloniales, en los informes de los marinos y en las providencias de los Virreyes, invariablemente Chile deslinda con el Perú. No conocemos siquiera uno que le asigne norte con la Audiencia de Charcas, que desde su erección quedó mediterránea" (12).

Y luego señala: "Ni Lecuna, máxima autoridad en la materia, ni yo ni mis ayudantes hemos encontrado en los archivos de Bolivia, del Perú, del Ecuador, de Colombia y de Venezuela, el decreto que le asignaría a Bolivia soberanía sobre parte de la costa del Pacífico" (13).

Bolivia declara su independencia, en 1825. Chile, que atravesaba la anarquía de 1824-1830, que termina en una guerra civil, se había despreocupado, casi por completo, de su extremo norte. Los actos efectivos se soberanía se limitaron a ocupar una caleta en el despoblado de Atacama, a ordenar un censo y a perseguir algunos contrabandos (14).

Andrés Santa Cruz, que había asumido el poder en Bolivia, gestiona, en 1830, ante el gobierno peruano el canje de una franja de terreno que le permitiera salir a Bolivia al mar por Arica. Al fracasar este canje, resuelve por sí transformar la caleta de Cobija, situada en el grado 22,33, en puerto de salida de Bolivia al exterior (15).

La Constitución boliviana de 1842 incluyó dentro del país, "el distrito litoral de Cobija" (16).

Al momento de declarar Chile su independencia, su territorio lindaba por el norte con el río Loa (17). La Constitución Política chilena de 1822, señala que su jurisdicción se extiende "desde el Desierto de Atacama

(11) Obra citada, pág. 12

(12) Id. Pág. 13

(13) Id., pág. 13. Se refiere a una interpretación de la carta de Bolivar a Sucre, de fecha 20 de enero de 1825, que trata de una apertura de puertos y de caminos para el tránsito y el comercio exterior, no de concesión de soberanía.

(14) Id. pág. 21.

(15) Id. pág. 20.

(16) Santiago Benadava: Historia de las Fronteras de Chile. Santiago, 1993, pág. 18.

(17) Jaime Eyzaguirre, obra citada, pág. 15.

hasta el Cabo de Hornos". Igual jurisdicción la establecen las Constituciones de 1823, 1828, 1832 y 1833 (18).

Como heredero de la Capitanía General de Chile, éste ejerció actos de soberanía en el desierto de Atacama, desde 1813. Ordenó efectuar un censo de población en la Caleta de Paposo y, en 1817, se leyó en dicho lugar , el Bando de Proclamación de la Independencia Chilena (19).

Como consecuencia de la dictación por Chile de una ley, de fecha 1° de octubre de 1942, mediante la cual el Estado de Chile declara de propiedad nacional todas las guaneras situadas al sur de la Bahía de Mejillones, y la protesta de Bolivia, seguida por la destrucción efectuada por ésta del fuerte instalado en dicha localidad por Chile, se produce la ocupación chilena de Mejillones, para luego suscribir ambos países el Tratado de 1866, que "pone un término amigable y recíprocamente satisfactorio a la antigua cuestión pendiente entre ellas sobre la fijación de sus respectivos limites territoriales en el desierto de Atacama.." El artículo 1° de este tratado fija en el paralelo 24 de la latitud meridional desde el litoral del Pacífico hasta los limites orientales de Chile, la línea de demarcación de los límites entre Chile y Bolivia, en el desierto de Atacama. (20)

Chile sostenía su soberanía a partir del paralelo 23 de Mejillones, en tanto Bolivia pretendía jurisdicción hasta el paralelo 25.

A la caída del Presidente de Bolivia, Mariano Malgarejo, este país desconoce la vigencia de dicho tratado.

Un nuevo **tratado suscrito en 1874** restableció como limite, el paralelo 24°.

A raíz del diferendo producido entre ambos país, como consecuencia del impuesto boliviano de diez centavos por quintal de salitre exportado por la Compañía de Salitre y Ferrocarril de Antofagasta- compañía chilena- establecido en 1878, por la Asamblea Legislativa de Bolivia, y la exigencia chilena de que fuera derogado, el Encargado de Negocios de Chile, al dar por terminada su gestión ante el Gobierno de La Paz declaró: " Roto el tratado de 5 de agosto de 1874, porque Bolivia no ha dado cumplimiento a las obligaciones en él estipuladas, *renacen para Chile los derechos que legítimamente hacía valer antes del tratado de 1866 sobre el territorio a que este Tratado se refiere*" (21).

(18) Mirta Candia Ortega, Memora citada, pág. 89.
(19) Id.

Chile reivindicaba así, el territorio comprendido entre los paralelos 23° y 24°, al que había renunciado mediante el Tratado de 1866.

Desencadenada la guerra en 1879, y finalizada en 1883, Chile y Bolivia firman un **Pacto de Tregua, en 1884**, que junto con suspender las hostilidades, quedan sujetos a la administración chilena los territorios comprendidos desde el paralelo 23° hasta la desembocadura del río Loa.

En efecto, el artículo 2° de este Pacto de Tegua, estipuló:

La República de Chile, durante la vigencia de esta tregua, continuará gobernando con sujeción al régimen político y administrativo que establece la ley chilena, los territorios comprendidos desde el paralelo 23 hasta la desembocadura del río Loa en el Pacífico..."

Es importante señalar que la paz entre Chile y Perú se consagró mediante la suscripción del Tratado de Paz y Amistad de 1883- Tratado de Ancón-, mediante el cual Perú cede a perpetuidad a Chile la provincia de Tarapacá y queda bajo la administración chilena, por 10 años, las provincias de Taca y Arica, luego de lo cual un plebiscito determinaría el país bajo el cual quedarían estos territorios.

En **1895, Chile y Bolivia suscriben tres tratados** -uno de Paz y Amistad, otro sobre Transferencia de Territorios y otro de Comercio-, y dos protocolos, los cuales no tuvieron vigencia, debido a fuertes exigencias del Congreso boliviano, que imposibilitaron su ratificación (22).

En el Tratado de Paz y Amistad, Bolivia reconoció la soberanía chilena sobre los territorios comprendidos entre la desembocadura del río Loa y el paralelo 23°, que Chile gobernaba en virtud del Pacto de Tegua de 1884.

El Tratado sobre transferencia de Territorio estipuló que si Chile adquiría soberanía permanente sobre los territorios de Tacna y Arica -como consecuencia del plebiscito que tendría lugar según el Tratado de Ancón celebrado con Perú-, " se obliga a transferirlos a la República de Bolivia,

(21) Pía Gricel Ondiz de la Paz: La mediterraneidad de Bolivia: las negociaciones bilaterales de 1950 y 1975 entre Chile y Bolivia. Trabajo de Investigación para el título de Magíster en Estudios Internacionales. Santiago, 2003, pág. 10.
(22) Id., págs. 13 y 14.

en la misma forma y con la misma extensión que lo adquiera" (artículo I).

En compensación, Bolivia pagaría a Chile, la suma de cinco millones de pesos de plata.

El artículo IV de dicho tratado plantea el caso de que Chile no obtuviera el dominio de Tacna y Arica. En este supuesto, Chile se obliga a ceder a Bolivia, la caleta de Vítor hasta la quebrada de Camarones y otra análoga, y al pago de cinco millones de pesos de plata

El diplomático chileno, Urdalicio Figueroa señala que "el Tratado de Transferencia de Territorio venía a dar a Bolivia un amplio litoral en el Pacífico, sin cuestionamiento y reconocido en virtud de un instrumento internacional" (23).

El Congreso chileno aprobó los tres tratados y sus dos Protocolos. Lo mismo hizo el Congreso de Bolivia, pero reservándose el derecho "de pronunciarse sobre si el puerto o zona que ofrezca Chile, en sustitución del puerto de Taca y Arica, reúne o no las condiciones establecidas en las estipulaciones celebradas entre las dos Repúblicas", reserva que Chile estimó inaceptable. Ambos gobiernos dieron así por terminados dichos tratados. (24)

El Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904 (25).

Ya nos hemos referido precedentemente, a como se gestó ese tratado entre Chile y Bolivia.

Diremos que su artículo II establece, que "Por el presente tratado, quedan reconocidas del dominio absoluto y perpetuo de Chile los territorios ocupados por éste en virtud del artículo 2° del Pacto de Tregua de 4 de abril de 1884.." (26).

Bolivia abandona así, sus aspiraciones para obtener una salida al Océano Pacífico, a cambio de cuantiosas compensaciones por parte de

(23) Citado por Gricel Ondíz de la Paz, en obra citad, pág. 5.

(24) Santiago Benadava, obra citada, pág. 27.

(25) Suscrito en Santiago, el 20 de octubre de 1904. El canje de las ratificaciones se efectuó en La Paz, el 1° de marzo de 1905. Publicado en el Diario Oficial de Chile, el 27 de marzo de 1905.

(26) Ver supra, en página 6, dicho artículo 2°.

Chile. Así se obliga a unir el puerto de Arica con el Alto de La Paz *por un ferrocarril cuya construcción efectuará a su costa el Gobierno de Chile* , dentro del plazo de un año, contados desde el día en que esté totalmente terminado....".

El costo de este ferrocarril (27) ascendió a la suma de 4.063.561 libras esterlinas de la época. Chile se comprometió a traspasar , después de 15 años, la sección boliviana, la que se llevó a efecto en 1928, junto a otras obras e instalaciones, todo lo cual se tasó en 835.000 libras esterlinas: edificios, maestranzas, líneas telegráficas y telefónicas, etc.(28)

El artículo III señala que Chile contrae también el *compromiso de pagar las obligaciones en que pudiera incurrir Bolivia por garantías hasta un cinco por ciento sobre capitales que se inviertan en los siguientes ferrocarriles- todos interiores de Bolivia-*: cuyas construcciones podrá emprenderse dentro del plazo de treinta años: Uyuni a Potosí; Oruro a La Paz; Oruro por Cochabamba; de La Paz a la región del Beni y de Potosí, por Sucre y Lagunillas, a Santa Cruz.

Se agrega, que este compromiso " no podrá importar para Chile un desembolso mayor de cien mil libras esterlinas que se fija como máximo de lo que Chile destinará a la construcción de la sección boliviana del ferrocarril de Arica al Alto La Paz, como la de los demás ferrocarriles que se construyan con la garantía del gobierno chileno.

El artículo IV establece que Chile se obliga a entregar al Gobierno de Bolivia la *cantidad de trescientas mil libras esterlinas en dinero efectivo.*

En el artículo V, Chile se obliga a destinar a la cancelación definitiva de los créditos reconocidos por Bolivia por indemnización de ciertas compañías y por el saldo del empréstito levantado en Chile, en el año 1867, *la suma de cuatro millones quinientos mil pesos, oro de dieciocho peniques*, y al pago de otros *dos millones de pesos oro de dieciocho peniques* por la cancelación de ciertos créditos bolivianos.

La renuncia de Bolivia a su expectativa de tener una salida al mar, fue pues, compensada por Chile, con una *indemnización de 5.165.561 libras esterlinas.*

(27) La línea férrea fue totalmente construida por Chile, desde Arica hasta el Alto de La Paz, con 440 kilómetros de extensión: la extensión chilena es de 206 km. Y la boliviana tiene una extensión de 234 km. El ferrocarril de Antofagasta hasta Bolivia tiene una extensión de 931 km.

(28) Gricel Ondiz de la Paz, obra citada, pág. 17.

Chile reconoce a favor de Bolivia y a perpetuidad el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico (29).

Bolivia tendrá el *derecho de constituir agencias aduaneras en los puertos que designe para hacer su comercio.*

Bolivia sólo ha usado los puertos de Antofagasta, y Arica (30), pese a tener dicha libertad de tránsito por otros cuatro puertos: Mejillones, Tocopilla, Iquique y Pisagüa.

Dichas agencias cuidarán de que las mercaderías destinadas en tránsito se carguen y transporten hasta las aduanas de Bolivia en vagones cerrados y sellados con guías que indiquen el número de bultos, peso y marca, número y contenido, que serán canjeadas con tornaguías (31).

En tanto ambos países acuerden un tratado especial de comercio, el intercambio comercial entre ambas Repúblicas se regirá por las reglas de la más estricta igualdad con las aplicadas a las demás naciones, y en ningún caso, se colocará a los productos de cualquiera de las dos Partes en condiciones de inferioridad respecto de las de un tercero. En consecuencia, tanto los productos naturales y manufacturados de Chile como los de Bolivia quedarán sujetos, en su internación y consumo, en uno y otro país, al pago de los impuestos vigentes para los de las demás naciones y los favores y privilegios que cualquiera de las dos Partes otorgare a una tercera, podrán ser exigidos, en igualdad de condiciones para la otra. Las Partes convienen en dar, recíprocamente, en todas las líneas férreas que crucen sus respectivos territorios, a los productos nacionales de uno y otro país, la tarifa que acuerden a la nación más favorecida. (32).

Para colaborar en relación al transporte de su comercio, Chile construyó una carretera de 206 kilómetros, desde Arica hasta la frontera chileno

(29) Acta Adicional al Protocolo sobre Conservación de Hitos Fronterizos. Artículo VI.

(30) En ambos puertos Bolivia tiene un almacén exclusivo cubierto de 3.000 metros. En Arica, tiene un total de 9.752 metros cuadrados de áreas descubiertas y en Antofagasta, de 16.010 metros cuadcrados. La capacidad total del puerto de Arica supera ampliamente su aprovechamiento por Bolivia. Lo mismo ha sucedido con el puerto de Antofagasta. Del millón y medio de toneladas que cada año mueve Bolivia por el Pacífico, Arica sólo maneja el 43%, Antofagasta el 24% e Iquique el 2%. En la zona franca de esta ciudad, los bolivianos son los principales clientes: compraron US$276 millones en 2003. Por otra parte, la brecha entre lo que Chile le vende y le compra a Bolivia es de 10:1.

(31) Id. artículo VII.

boliviana, localidad de Tambo Quemado. Bolivia no ha iniciado la construcción de la carretera en su territorio (33).

Validez del Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904.

Bolivia, a raíz de la guerra del Pacífico, iniciada en 1879, fue vencida en el mes de mayo de 1880; y como lo señalamos más arriba, firmó un Pacto de Tregua, con Chile, en 1884. El Tratado de Paz y Amistad, que se firmó el 20 de octubre de 1904, fue promulgado en Bolivia recién el 21 de marzo de 1905, esto es, *veinticinco años después de su derrota por las armas.*. Además, los debates del tratado fueron públicos, debatidos en el Congreso y en la prensa boliviana y *fueron objeto de negociación en dos administraciones de gobierno en Bolivia.*

No puede argüirse, en consecuencia, que el Tratado de 1904 le fue impuesto a Bolivia, por las armas.

Aún suponiendo que fuera un tratado impuesto por Chile mediante el uso de la fuerza -lo que no es efectivo según lo ya anotado-, los Tratados de Paz, en la fecha en que fue suscrito, 1904, tuvo su plena legitimidad ante el Derecho Internacional.

En efecto, *en 1904, la fuerza no estaba prohibida, como ahora, por el Derecho Internacional.* Al admitirse el derecho a la guerra, se reconocía, asimismo, el título de conquista, al ser un resultado de la admisión, por el Derecho Internacional, del empleo de la fuerza (34). La conquista constituía, así, el medio por excelencia de adquisición territorial.

Para que operara la conquista, se requería la anexión formal del territorio conquistado, poniéndose así término a la guerra.

Como lo señalan dos distinguidos autores peruanos, Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano: "Hace algunas décadas atrás, el empleo de la fuerza por los Estados era considerada un hecho lícito. Así refiere Jiménez de Aréchaga: "La fuerza armada era descrita como un recurso de última instancia que los Estados podían utilizar a su discreción como medio de solucionar controversias o para alcanzar otros fines

(33) Mirta Candia Ortega, obra citada, pág. 178.

(34) Hugo Llanos Mansilla: Teoría y Práctica del Derecho Internacional. Tomo II, Ed. Jurídica, Santiago, Chile, pág. 159.

en apoyo de su diplomacia. Los Estados podían hacerse o declararse la guerra, en la frase de Hall, por una buena razón , por una mala razón o sin razón alguna. La Conferencia de Paz de La Haya, de 1907, estuvo basada en el reconocimiento del *jus ad bellum* y los principales esfuerzos de los participantes estaban dirigidos a obtener acuerdos que regularan las operaciones de las fuerzas armadas y mitigaran los males de la guerra. Las leyes de la guerra constituían, hasta los años veinte de este siglo, la parte más importante del Derecho Internacional" (35).

Sólo el acto de la Sociedad de las Naciones prohibiría, por primera vez, el uso de la fuerza, lo que reafirmaría, en 1928, el Pacto Briand-Kellog.

La situación actual es diametralmente opuesta. El Derecho Internacional, hoy en día, no acepta el derecho de conquista, en que un acuerdo celebrado bajo la amenaza o el uso de la fuerza es nulo, de nulidad absoluta, según el Derecho Internacional.

Es así que la Carta de las Naciones Unidas prohibe el uso de la fuerza. Así, el artículo 2 N° 4, de la Carta, señala lo siguiente: " Para la realización de, los propósitos consignados en el artículo 1°, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios:

4. Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas" Por su parte, la Resolución 2625 (36) (XXV), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de de 1970, "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a la relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", establece lo siguiente: "El principio de que los Estados en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas"

(35) Derecho Internacional Público. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales. Fondo Editorial 2000, 2001, pág. 380.

(36) Ratificada por la Resolución 3314 (XXIX).

Igualmente, es relevante, para este caso, citar las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (37).

Me refiero a los artículos 42 N° 2 , 43 y 62.

Señala el primero, que la terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte, no tendrán lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la Convención de Viena

Por su parte, el artículo 43 establece que es deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometida en virtud del Derecho Internacional, independientemente de ese tratado.

De lo anterior fluye el respeto irrestricto que debe observar todo Estado respecto de las obligaciones contraídas por él, en virtud del tratado.

Ni siquiera en los tratados que establecen fronteras, dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* para dar por terminado el tratado o retirarse de él. (artículo 62 N°2)

Citaremos, al respecto, la reserva que hizo Chile (38) al ratificar la Convención de Viena: 1.- La República de Chile declara su adhesión al principio general de inmutabilidad de los tratados, sin perjuicio del derecho de los Estados de estipular, particularmente, normas que modifiquen principio, por lo cual formula reserva a lo preceptuado en los apartados 1 y 3 del artículo 62, de la Convención, los que considera inaplicables a su respecto.

2.- La República de Chile formula objeción a las reservas que se hayan efectuado, o se efectuaren en el futuro, al apartado 2 del artículo 62 de la Convención"

Además, de acuerdo al principio *pacta sunt servanda*, los tratados obligan a las partes a cumplir lo pactado. Ello está reconocido en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas- "respeto de las obligaciones emanadas de un tratado".

No pueden los Estados unilateralmente modificar las obligaciones contraídas, ya que ello significaría que el tratado quedaría bajo su poder discrecional.

(37) Vigente en ambos países, con reservas formuladas tanto por Chile, como por Bolivia.

(38) El 26 de febrero de 1981. Diario Oficial, de fecha 11 de marzo de 1981.

Con posterioridad a la vigencia del Tratado de 1904, Bolivia recurrió a la Sociedad de las Naciones, en 1920, solicitando la revisión del tratado suscrito con Chile (39).

El 22 de octubre de 1921, una Comisión de Juristas, designada por la Asamblea, presentó su dictamen, que expresó lo siguiente:

"Que tal como ha sido presentada la demanda de Bolivia, es inadmisible, pues la Asamblea de la Sociedad de las Naciones no puede modificar por si misma ningún tratado. La modificación de los tratados es de la sola competencia de los Estados contratantes" (40).

No obstante varios intentos de Bolivia para solicitar la revisión del Tratado de 1904, Chile acepta, en 1937, reglamentar la cláusula pertinente al tránsito señalado en dicho tratado.En 1912, ambos países suscribieron la *Convención de Tráfico Comercial* mediante la cual Chile se obliga a no fiscalizar el contenido de las mercaderías bolivianas en tránsito que ingresan o egresan por puertos chilenos.

Chile garantiza el libre tránsito por su territorio de las mercaderías extranjeras que se desembarquen con destino a Bolivia o que procedan de este país, que se embarquen para el extranjero por todos los puertos mayores.

Señala su artículo II, que dichas mercaderías extranjeras serán conducidas del muelle a la estación del Ferrocarril, para ser transportadas a las aduanas bolivianas en vagones cerrados y sellados y estarán exentas de todo reconocimiento que no sea el exterior, consistente en la confrontación de sus marcas, números y acondicionamiento de los envases exteriores. El reconocimiento será hecho por empleados chilenos y bolivianos, designados por las respectivas Aduanas.

Es así, que la libertad de tránsito fue mantenida por la *Convención de 1937.*

El gobierno de Chile, dice el artículo 1°, de conformidad al artículo 6° del Tratado de Paz y Amistad de 1904, **reconoce y garantiza el más amplio y libre tránsito a través de su territorio y puertos mayores, para las personas y cargas que crucen por su territorio de o para Bolivia.**

(39) Invocó el artículo 19, según el cual la Asamblea de la Sociedad podía recomendar la revisión de los tratados que se hubieren hecho inaplicables o que pusieran en peligro la paz internacional.

(40) Pía Gricel Ondíz de la Paz, obra citada, pág. 21.

El libre tránsito comprende toda clase de cargas y en todo tiempo, sin excepción alguna.

Este régimen fue confirmado, posteriormente, por el *Tratado económico y su Protocolo Complementario, de 1955,* cuyo objetivo fue lograr una mayor complementación económica entre ambos países, mediante la revisión de derechos aduaneros, impuestos, tasas y otras medidas que graven o restrinjan la importación entre ambos países. Asimismo, se contemplaron las facilidades necesarias para permitir la importación de uno de los dos países a través del territorio del otro, de mercaderías originarias de terceros países. El Protocolo complementario amplió las facilidades de construcción de oleoductos *por cualquier puertos chileno.*

Está en vigencia, además, el *Acuerdo relativo al Oleoducto de Yacimientos Petrolíferos Boliviano Sica Sica a Arica,* de 1957, modificado, posteriormente, en 1974. Además, en 1992, ambos gobiernos acordaron que se realizaran trabajos para el uso, en doble vía, de dicho oleducto.

Es así que Chile se comprometió a otorgar a Bolivia todas las facilidades necesarias para construir, en territorio chileno, un oleoducto y a otorgar, gratuitamente, los terrenos fiscales para dicho oleoducto. En Arica, se estableció una estación terminal, con tanques almacenadores.

Tales concesiones chilenas a Bolivia exceden, por cierto, las facilidades que se señalaron en la *Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral,* de 1965, celebrada a instancias de las Naciones Unidas (41).

En 1953, los Ministros de Relaciones Exteriores de Chile y Bolivia, suscribieron la Declaración de Arica, acordando lo siguiente: que toda clase de carga, sin excepción alguna, en tránsito por el territorio chileno, de o para Bolivia, se halla *sujeta a la jurisdicción y competencia exclusiva de las autoridades bolivianas.* Y que cualquiera que sea el recinto en que se deposite la carga se considerará *recinto aduanero boliviano.*

Se agrega, además, que las cuestiones de cualquier naturaleza, suscitadas con relación a esa carga, solo pueden ser *conocidas y resueltas por autoridades bolivianas*, sin que las autoridades administrativas, aduaneras

(41) En 1975, ambos países acordaron un Sistema Integrado de Tránsito, sobre la base de un estudio solicitado a la CEPA, destinado a agilizar la operación portuaria. Se aplica tanto en el puerto de Arica, como en el de Antofagasta.

o judiciales de la República de Chile, *tengan o ejerzan jurisdicción o competencia alguna sobre ella.*

Difícilmente se puede encontrar en la práctica internacional, tal cúmulo de facilidades otorgadas por un país a otro, en materia de tránsito de mercaderías por su territorio.

Luego del fracaso de las negociaciones chileno-bolivianas, de 1950, (42) en las que Chile, bajo la presidente de Gabriel González Videla, contemplaba ceder al Norte de Arica, una faja de terreno del ancho de 10 kilómetros, contigua a la frontera peruana a fin de que Bolivia se comunicara con el Océano Pacífico, y pudiera construir un puerto y Chile, como compensación, aprovecharía las aguas del lago Titicaca para general energía hidroeléctrica, para las provincias chilenas de Tarapacá y Antofagasta me detendré brevemente en otra negociación que pudo tener mejor éxito: me refiero a la cita de Charaña, de 1975, entre los Presidentes Augusto Pinochet, de Chile, y Hugo Banzer, de Bolivia.

Como consecuencia de la reunión de ambos Presidentes, luego de un intercambio de notas, y en el marco de una negociación, Chile contempló ceder a Bolivia la cesión de una franja de territorio al norte de Arica hasta la línea de la Concordia. La cesión comprendería dicho territorio y el territorio marítimo comprendido entre los paralelos de los puntos extremos de la costa que se cedería: mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma submarina.

Se descarta por Chile toda cesión al sur que pueda afectar la continuidad territorial del país.

Chile recibiría, como compensación, una superficie equivalente al área de tierra y mar concedida.

Bolivia autorizaba a Chile a aprovechar la totalidad de las aguas del río Lauca; el territorio cedido por Chile sería declarado zona desmilitarizada; ambos países se comprometían a no ceder los territorios canjeados a una tercera potencia; y Bolivia se comprometía a respetar las servidumbres que Chile estableció a favor del Perú, por el Tratado de Lima, 1929 (43).

(42) Por exceder los límites del presente trabajo, no mencionaré el conflicto chileno-boliviano sobre la utilización de las aguas del río Lauca.

(43) Bolivia aceptó, en términos generales los planteamientos chilenos, aunque se produjo una

La validez de este acuerdo estaba condicionado al acuerdo previo del Perú, según se estipuló en el artículo 1° del Protocolo Complementario del Tratado de 1929, que estipuló lo siguiente: " Los gobiernos de Chile y del Perú **no podrán sin previo acuerdo entre ellos**, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al Tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías, ni podrá, sin ese requisito, construir, a través de ellos, nuevas líneas férreas internacionales"

El Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú propuso al gobierno de Chile, en diciembre de 1975, iniciar conversaciones bilaterales para estudiar el asunto planteado. Hizo luego una nueva proposición al respecto (44), sin pronunciarse sobre la consulta que se le efectuaba. que Chile declinó, en 1976, por considerarla que incidía en materias propias de la exclusiva soberanía chilena y carecer de relación

Dice el historiador Gonzalo Vial, refiriéndose a que "el puerto boliviano" ensombrece los vínculos entre los dos países: "Y desde entonces hasta hoy el conflicto y su nudo han sido siempre los mismos: ese puerto hipotético, o bien rompe nuestra continuidad territorial -lo que es inaceptable para Chile-, o bien incluye terrenos antes peruanos, lo que a su turno, Perú considera inaceptable" (45).

Y agrega: " Tres elementos adicionales han perturbado todavía más la difícil solución. Primero, la volubilidad de la política exterior paceña, la cual, en algunas ocasiones, desestimó todo no lo que fuere derechamente salir al mar, y en otras reconoció como definitiva la mediterraneidad, admitiendo (y hasta recibiendo)distintas compensaciones por ella. Segundo, que en esta materia ningún dirigente boliviano se haya sentido muy obligado a respetar lo dicho, resuelto o acordado por su antecesores. Y tercero, que -justamente por tratarse, para Bolivia, de su identidad nacional-, siempre hayan estado inextricablemente confundidas la mediterraneidad y la compleja política interna de nuestro vecino" (46).

Un dato no menor es que Bolivia nació a la vida independiente con 2.151.264 kilómetros cuadrados. Hoy cuenta con tan solo 1.332.808 kilómetros cuadrados, es decir, ha perdido 818.456 kilómetros cuadrados:

(44) Contemplaba el establecimiento de un área de soberanía compartida, en la provincia de Arica, por Perú, Bolivia y Chile.

(45) Historia de Chile. Volumen I - 1891-1973. Santillana, 1987, pág. 306.

(46) Id.

A Brasil, le cedió 337.836 kilómetros cuadrados;

A Argentina, 157.500 kilómetros cuadrados;

A Perú, 81.950 kilómetros cuadrados;

A Chile, 66.170 kilómetros cuadrados.

A Paraguay le discute 175.000 kilómetros cuadrados (47).

Algunas reflexiones.

Bolivia ha tratado de multilateralizar el problema de su enclaustramiento marítimo, recurriendo, en varias ocasiones a la OEA, sin mayores resultados positivos.

Es así, que la X Asamblea Interamericana, reunida en Washington, en noviembre de 1980, aprobó por consenso, la siguiente Resolución:

"Exhortar a los Estados a los que el problema de acceso al mar de Bolivia concierne directamente para que, a través de las vías correspondientes, inicien un diálogo que permita la solución más satisfactoria"

La mantenida posición antagónica de Bolivia hacia Chile le ha impedido, como habría sido natural en un creciente proceso de integración, obtener mayores dividendos, que recurriendo a foros internacionales. Así, por ejemplo, el Acuerdo de Complementación Económica, de 1993 -ACE 22-, que dispuso la liberación comercial , arancel cero por parte de Chile, para más de 200 productos bolivianos (48), estableció las bases para una creciente y armónica integración entre los dos países (49).

Recientemente, el 14 de mayo, Chile concretó con Paraguay acceso al Pacífico, a través de una zona franca en Antofagasta (50). Esta zona franca permitirá a Paraguay proyectarse hacia el Pacífico por los puertos de Antofagasta y Mejillones. La mediterraneidad paraguaya será suplida con la entrega de franquicias tributarias y aduaneras para sus empresas. Los costos de bodegaje y almacenamiento será pagado íntegramente por

(47) Conrado Ríos Gallardo, obra citada, págs. 283 y 284.

(48) Bolivia concedió liberaciones arancelarias para alrededor de 115 productos bolivianos.

(49) Incluso Chile proyectaba profundizar lo acordado en este Acuerdo, lo que se ha visto obstaculizado por la reciente beligerante posición boliviana con motivo del cumplimiento, en el año 2004, de los cien años de celebrado el Convenio de 1904.

(50) Tiene su origen en un tratado que fue ratificado por el Congreso, en 1970. En realidad Paraguay está conectado al mar por la hidrovía internacional de los ríos Paraguay y Paraná.

Chile. En 1700 metros cuadrados, dicho país podrá recibir y despachar las mercaderías que salen e ingresan a su territorio. Podrá dejarlas almacenadas hasta por 180 días, plazo que podrá ser extendibles a otros 90 días , lo que permitirá a Paraguay consolidar una mayor presencia comercial hacia el Pacífico Las franquicias otorgadas por Chile podrán ser ampliadas también al puerto de Mejillones.

El caso paraguayo constituye un buen ejemplo como, a través de tranquilas negociaciones, los países obtienen mejores beneficios que a través de una estéril confrontación. Así, por ejemplo, el reciente convenio suscrito entre Bolivia y Argentina, de suministro de gas boliviano, y la cláusula mediante la cual se le impide a Argentina traspasar parte alguna de dicho gas a Chile, constituye un claro retroceso en las relaciones cordiales que deben mantener dos pueblos para que, mediante negociaciones, se logre una solución armoniosa al problema marítimo boliviano, que contemple también, como es natural, los intereses chilenos. Bolivia suspendió relaciones diplomáticas con Chile, en 1978, pese al deseo manifestado por este país de reanudarlas sin condiciones. Bolivia, sin embargo, exige, como paso previo para normalizar las relaciones, las que se mantienen sólo a nivel consular, la disposición de Chile de darle una salida soberana al mar. Pero, para ello, el país altiplánico debe estar consciente que cualquiera solución a su mediterraneidad pasa también, por el consentimiento favorable del Perú, conforme lo hemos examinado, al tratar las negociaciones de 1975. Este consentimiento es difícil obtenerlo, toda vez que una cesión territorial provocaría una solución de continuidad entre los territorios peruano y chileno-Tacna y Arica, impidiendo así el tránsito entre estas dos ciudades-, y constituiría, para Perú, el término de su pretensión de revisar la fronteriza marítima con Chile, fijada por el **Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima**, de fecha 4 de diciembre de 1954, suscrito por Chile, Ecuador y Perú, al interponerse la proyección marítima boliviana al obtener su deseado acceso territorial al Océano Pacífico.

Por lo anteriormente expuesto, se deberían buscar soluciones alternativas a la cesión territorial, tales como una vía elevada para Bolivia sobre el territorio chileno, o peruana, sobre el territorio cedido a Bolivia por Chile, o cesiones territoriales compartidas por Chile y Perú, etc.

Bolivia ha abierto, recientemente, otro frente de antagonismo con el gobierno chileno, al manifestar su disconformidad con la privatización del puerto de Arica, impulsada por La Moneda.

Al respecto, ha argüido que dicha privatización violará, de alguna manera, el tratado de 1904 .

Es así, que el canciller boliviano, Juan Ignacio Siles ha expresado lo siguiente: "Nuestro país considera que la concesión del puerto de Arica de alguna manera viola el tratado de 1904. Por lo tanto, hemos hecho una petición de que se paralice este proceso" (51).

Bolivia teme que la transferencia de Arica significará también la transferencia de la responsabilidad del Estado chileno con Bolivia, temor no apoyado, hasta ahora, en ninguna circunstancia objetiva que pueda exhibir La Paz para respaldar su argumentación.

Otro punto que ha alterado las buenas relaciones entre ambos países lo constituye la prohibición que Bolivia ha incluido en un convenio de compra y venta de gas a la Argentina,-suscrito en el mes de abril del 2004, en virtud del cual el primero le vendió al segundo, 4 millones de metros cúbicos diarios de gas para paliar la crisis energética de la nación trasandina-, para que ésta, a su vez, lo suministre a Chile. Luego que Argentina racionó la entrega de gas a Chile, -violando así el protocolo de integración energética que Chile y Argentina firmaron en 1995, bajo el argumento de que sería incompatible con su derecho interno- infringiendo así, abiertamente, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969-, impidiéndole a sus productores de gas natural exportar más combustible a nuestro país que el enviado en el año 2003, para posteriormente disminuir, en el mes de junio de 2004, de 7.3 millones de metros cúbicos diarios a sólo 4.1 millones de metros cúbicos su entrega de gas diario a nuestro país, Bolivia ha amenazado a Argentina con la revisión del convenio suscrito entre ambas naciones, temiendo que parte del gas que le suministra, sea desviado a Chile. Así lo ha advertido el Ministro de Hidrocarburos de Bolivia, Guillermo Torres (52).

Tales conductas bolivianas, en extremo inamistosas con nuestro país, sólo ha impedido la reanudación del diálogo bilateral entre ambos países

(51) Diario El Mercurio de Santiago, de 19 de junio de 2004.
(52) Id.

para ahondar el proceso de integración iniciado auspiciosamente varios años atrás.

En todo caso, la liberalidad chilena en materia de libre tránsito concedido a Bolivia, no puede desconocerse y deja abierta la interrogante de si la solución de los problemas económicos argüidos por Bolivia pasa, necesariamente, por su derecho a tener plena soberanía sobre la franja territorial a que aspira, con posterioridad al Tratado suscrito, libremente, en 1904.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ESTADOS FEDERALES

Alejandro MONTIEL ARGÜELLO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

El campo de las relaciones internacionales ha estado tradicionalmente reservado, en los Estados Federales, al Gobierno Central y sólo por excepción las Constituciones de algunos de esos Estados aceptan que sus entidades componentes puedan celebrar convenios con dos países sobre algunos temas específicos, cumpliendo determinados requisitos: Tal es el caso de los Estados de los Estados Unidos, los Cantones Suizos y los Länder alemanes.

Mas el campo de relaciones internacionales se ha ampliado considerablemente en la época contemporánea y materias que antes eran consideradas como de carácter interno y por lo tanto susceptibles de haberse dejado su jurisdicción a las entidades competentes, son ahora parte de las relaciones internaciconales. Esto ha venido a crear el problema de que el Gobierno Central, a quien corresponden esas relaciones, no pueda cumplir los compromisos que contraiga internacionalmente cuando se trate de materias cuya jurisdicción ha quedado a sus entidades competentes. Más difícil aún es el problema cuando la materia corresponde a esas entidades en una forma parcial, pues en tal caso es necesario deslindar su competencia con la del Gobierno Central.

En el caso de los derechos humanos, su protección era considerada como cuestión de carácter interno y no es sino en los últimos años que ha pasado a ser materia de carácter internacional y el problema se presentó por primera vez en 1919 cuando se creó la Organización Internacional del Trabajo y se agudizó a partir de 1945 cuando se aprobó la Carta de las Naciones Unidas cuyo artículo 56 dispone que los Miembros se comprometen a tomar medidas para la realización de los propósitos de la Organización, uno de los cuales es el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En los Estados Unidos las primeras reformas a la Constitución garantizan algunos derechos humanos fundamentales, pero gran parte de su regulación, lo mismo que la garantía de los derechos humanos económicos y sociales, ha quedado en manos de los Estados componentes de la Federación.

El proyecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue elaborado por la Comisión de Derechos Humanos y la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en las deliberaciones sobre él varios Estados Federales; y en especial los Estados Unidos, trataron de que contuviera una cláusula que eximiera a esos Estados de responsabilidad por los actos de sus autoridades componentes en materias que no estén bajo la jurisdicción del Gobierno Central.

Esa iniciativa no prosperó y el Pacto suscrito el 16 de diciembre de 1966 contiene el artículo 50 que dice:

"Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados Federales, sin limitación ni excepción alguna".

Cuando los Estados Unidos ratificaron ese Pacto en 1992 no hicieron reserva respecto al artículo 50 sino un entendimiento en los siguientes términos:

"Los Estados Unidos entienden que esta Convención será implementada por el Gobierno Federal hasta donde él ejerce jurisdicción legislativa y judicial sobre las materias a que se aplica, y en otro caso por los Gobiernos estatales y locales. Hasta donde los Gobiernos estatales y locales ejercen jurisdicción sobre tales materias, el Gobierno Federal tomará las medidas apropiadas del Sistema Federal con el fin de que las autoridades competentes de los Gobiernos estatales y locales puedan tomar las medidas apropiadas para el cumplimiento de la Convención".

El entendimiento de los Estados Unidos impone al Gobierno Federal la obligación de tomar las medidas apropiadas para que las autoridades estatales o locales cumplan el Pacto, pero el cumplimiento de esa obligación no exime a los Estados Unidos de la responsabilidad que asumieron de acuerdo con el artículo 50 arriba citado. En otras palabras, aun cuando el Gobierno Federal tome la medidas indicadas, los Estados Unidos son responsables internacionalmente en caso de incumplimiento del Pacto. Se trata, de una obligación de resultado.

En la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 1 al 22 de noviembre de 1969 se comenzó a discutir un Anteproyecto de Convención preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Al presentarse el problema de los Estados Federales, los Estados Unidos consiguieron la inserción de un artículo que vino a ser el artículo 28 de la Convención y dice:

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de los estados competentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención".

La Delegación de los Estados Unidos a la citada Confederación, en el informe que presentó al Departamento de Estado dijo lo siguiente:

"... La presente Convención... no obliga al Gobierno de los Estados Unidos a ejercer jurisdicción con respecto a materias sobre los cuales no podría ejercer autoridad a falta de la Convención. Los Estados Unidos están simplemente obligados a tomar medidas adecuadas a fin de que les permitan cumplir con esta Convención. Las medidas podrían ser, por ejemplo, consistir en recomendaciones a los Estados. La determinación de cuáles medidas son adecuadas es una cuestión de competencia interna. La Convención no requiere la adopción de medidas legislativas para incluir dentro del ámbito federal tales materias..." (1)

De acuerdo con esa interpretación, los Estados Federales sólo serían responsables internacionalmente por el cumplimiento de la Convención en materias sobre las cuales el Gobierno Central tiene jurisprudencia o cuando no toman las disposiciones para el cumplimiento por parte de las autoridades estatales o locales.

(1) T.L.M.: 710, 733 (1970).

Hay una gran diferencia con el caso previsto en el Artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pues conforme a éste la responsabilidad existe si esas autoridades no han cumplido las obligaciones que él impone, sea que el Gobierno Central haya tomado o no medidas para ese cumplimiento.

Ciertamente la confusa redacción del Artículo 28 se presta a esa interpretación, pero ella no es segura, pues también puede interpretarse que éste impone una obligación de resultado al Gobierno Central, a pesar de que en el Pacto de San José no existe una disposición similar al Artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los Estados Federales latinoamericanos aceptan que no hay materias de derechos humanos en que sus Gobiernos Centrales no tengan autoridad y por lo tanto son responsables del incumplimiento por parte de autoridades estatales o locales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido una sola vez de la interpretación del Artículo 28, en el caso Garrido y Bagorria contra la República de Argentina, y dijo:

"46. El Artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado Federal, en el cual la competencia en Derechos Humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte de ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado Federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del estoppel. En cuanto a las "dificultades" invocadas por el Estado en la audiencia del 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia constante y que no ha variado hasta ahora, el Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional". (Cfr. La Pradelle Politis, Recueil arbitrages internationarux, Paris, 1954, Vol III p. 6785; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7, VI, 1929. En el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, V.N. *Reports of International Arbitral Awards* Vol. V, p. 536). (2)

(2) Sentencia del 27 de agosto de 1998.

El razonamiento de la Corte se basa en dos argumentos, el primero aplicable a los Estados federales en que la competencia en materia de derechos humanos corresponda al Gobierno Central y el segundo que sería aplicable a todos los Estados federales.

Aunque en el momento presente no hay señales de que un Estado federal vaya a ratificar el Pacto de San José, para evitar todo problema podría ser conveniente la reforma de su artículo 28 para dejar establecido sin lugar a dudas que el Estado federal es responsable de las obligaciones que impone el Pacto, sea que la competencia en materia de derechos humanos corresponda al Gobierno Central o a los Gobiernos de las entidades que lo componen.

13 de junio de 2003

HACIA UNA NUEVA TALASOPOLÍTICA EN EL ATLÁNTICO SUR. EL MAR PRESENCIAL ARGENTINO, LAS ISLAS ATLÁNTICAS USURPADAS POR GRAN BRETAÑA Y UN FUTURO MAR PRESENCIAL DEL MERCOSUR Y DE TODA AMÉRICA

Alfredo RIZZO ROMANO*
Miembro del I.H.L.A.D.I.

En el Apéndice XIV (págs 757 a 860) de mi obra "Derecho Internacional Público", 3a. edición, Plus Ultra, 1994, bajo el Título: "La continuidad del Territorio Nacional y la eliminación del paralelo 60° S (parte de él) como límite Norte de la Antártida Argentina", se reproduce una vieja tesis mía de hace casi tres décadas inspirada en la obra del jurista americano Wolfgang FRIEDMANN: "El futuro de los mares" y en la apropiación de un enorme espacio marítimo por parte de la República de Chile, desde sus costas y por 300 millas alrededor de la isla de Pascua, a 3200 Kms de las mismas; así como en las consecuencias del Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, que criticamos en dicha obra (págs. 913 y sgtes.), y la actual posición del Reino Unido posterior al conflicto del Atlántico Sur, sobre todo en lo que hace a la captura de millones de toneladas de pesca por esa y terceras potencias y la actual prosperidad económica de nuestras Malvinas y demás islas del Atlántico Sur que nos fueron usurpadas, que nos aleja cada día más de una justa solución en el contencioso que mantenemos con el Reino Unido desde 1833.

En primer lugar, explicaremos -someramente- los antecedentes jurídico-administrativos de la denominada "Teoría del Sector", aplicables en las tierras y aguas polares del Norte y Sur.

El 20 de febrero de 1907 el entonces senador franco-canadiense Pascal POIRIER, anunció ante el Parlamento de Ottawa, conforme los linea-

* Académico de Número de la AAAI

mientos fijados por el Club Náutico de Nueva York, en su reunión de 1906, la delimitación del sector ártico canadiense, aproximadamente entre sus puntos extremos de longitud O Gr Este y Oeste los meridianos 60° y 141° O Gr. hasta el Polo Norte, lo que se concretó por un acto administrativo del año 1925.

La Argentina, siguiendo esa teoría, después que lo hizo la antigua URSS (hoy Rusia) en 1926, que al igual que Canadá y luego Dinamarca (Groenlandia) y Noruega, no fijaron ningún paralelo como límite Sur sus respectivos sectores; poco menos de dos décadas después, estableció que los meridianos 25° O.Gr (Islas Sandwich del Sur) y 74° O.Gr Cerro Bertrand, Pcia. de Santa Cruz) hasta el Polo Norte, y el paralelo 60° Sur, eran el límite de nuestro Sector Antártico.

Después de la ocupación de las islas Órcadas del Sur en 1904, el 10 de Junio de 1906 el entonces Ministro Plenipotenciario argentino en Chile, Lorenzo ANADÓN, instruido por nuestra cancillería, protestó contra el Decreto 260 del 27/2/1906, publicado sólo en Abril de igual año, por el cual el gobierno trasandino pretendía ejercer jurisdicción sobre las islas Diego Ramírez, las Islas Shetlands del Sur y otras tierras antárticas, otorgando concesiones a Enrique FABRY y Domingo de TORO HERRERA, interpretando correctamente, que el art. 3° del Tratado de Límites del 23/7/1881, modificado y aclarado por el Protocolo del 1/5/1893, limitaba al Cabo de Hornos, y no más al Sur, la jurisdicción territorial chilena, mediante la frase: "...hasta el Cabo de Hornos".

Fue así como esta protesta motivó la propuesta chilena de delimitar fronteras con la Argentina en la Antártida, mediante un "Tratado Complementario de Demarcación de Límites" (1906), que descubrí en 1960, al estudiar los papeles del Dr. Victorino de la Plaza en el Archivo General de la Nación para mi tesis doctoral y mencioné en la Primera edición de mi libro "La cuestión de límites con Chile en la zona de Beagle" (Rawson, Chubut, Instituto de Estudios Superiores, 1967, pág. 50). Legajo Sección Documentación Donada, Archivo del Dr. Victorino de la Plaza. Relaciones Exteriores, Chile, 1907, 1916 y sin fecha, Sala 7, piso 5, Cuerpo 4, Anaquel 5, n° 8, folios 3/5, investigado por quien les habla por primera vez.

En su art. 2° expresaba: "Ambos Gobiernos, directamente interesados en evitar cuestiones con motivo de la ocupación efectiva de las islas y

continente de la Antártida Americana, han acordado trazar el límite divisorio en esa zona por una línea que pasando entre las islas Clarence y las Órcadas del Sur, va a la punta de más al Norte que desprende el Monte Bransfield y sigue por el continente en una situación intermedia a las dos costas. Las tierras e islas situadas al Oriente de esa línea pertenecerán a la República Argentina, y a Chile las situadas al Occidente. La expresada línea divisoria es la que aparece en el Plano que acompaña este convenio..." (Idem, segunda edición Edit. Pleamar, Buenos Aires 1968, páginas 132/134, "Derecho Internacional Público", 3a edición, Plus Ultra, Bs. As., 1994, pág. 858).

El 14 de septiembre de 1927 la Dirección General de Correos y Telégrafos de la Argentina, mediante nota n° 14/9 de ese año, suscripta por el Jefe del Servicio Internacional, comunicó a la Unión Postal Universal, que la jurisdicción territorial argentina se extendía de facto y de iure, a las Islas Órcadas del Sur y Tierras Polares no delimitadas.

En 1934, durante el 10° Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en El Cairo, así como en la Conferencia Ballenera de Londres (1937) y en la Reserva formulada por la República Argentina, en la Declaración d e Panamá (1939), Segunda Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; así como en notas de protesta al Embajador Británico (11/9/1940), chileno (12/11/1940) y al Gobierno de los Estados Unidos de América (9/3/1940), con motivo de la colaboración argentina a la Expedición del Almirante Byrd, el Gobierno Argentino mencionó sus derechos sobre el territorio antártico, aunque sin delimitar su sector.

Ya alrededor de medio siglo antes (1894), nuestro Gobierno, ante el pedido del ciudadano Luis NEUMAYER, para cazar focas y lobos marinos en la península antártica, previo dictamen del Jefe del Estado Mayor de la Armada, Almirante León de SOLIER, por Resolución del Presidente de la República Teniente General ROCA (29/12/1894) estableció nuestros derechos sobre las regiones antárticas (Confr. Luis BENENCIA en el Tercer Congreso de Historia Argentina y Regional, Academia Nacional de la Historia, Comodoro Rivadavia, enero de 1973).

La cartografía del Instituto Geográfico Militar (I.G.M.), a partir del año 1940, registra los actuales meridianos 25° y 74° O.Gr. y el paralelo 60° S, pero un Memorandum de nuestra Cancillería al Embajador

Británico, del 15/2/1943, habla de los meridianos 68° 34' O.Gr. (Antiguo límite con Chile en la Tierra del Fuego desde 1881 hasta 1893, reemplazado por el actual 68° 36' 38,5" O. Gr., mediante el Protocolo Adicional y Aclaratorio del 1° de mayo de 1893, Ley 3042) y 25° O. Gr.

Como se advierte, se trata de un mero error material de algún despistado funcionario del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

La Comisión Nacional del Antártico, mediante la Comunicación n° 4 del 12 de marzo de 1947, rectificó esta notoria falla diplomática.

La Ley 14.408 del año 1953, en su artículo 1° inciso c) constituyó la nueva Provincia Patagonia, "...limitada al Norte por el paralelo 45°, al Este por el Océano Atlántico; al Oeste por la línea divisoria con la República de Chile, y al Sur por el Polo, comprendidas las Tierra del Fuego, Islas del Sur atlántico y Sector Antártico Argentino".

El Decreto-Ley 2181/57 ratificado por ley 14.467, restableció el Territorio Nacional (hoy Provincia) de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aludiendo al paralelo 60° S como límite marítimo de nuestro Sector Antártico.

A diferencia de las delimitaciones rusa, canadiense y chilena (inter alia) la Argentina puso -con la valla del paralelo 60° Sur- una incomprensible discontinuidad en su patrimonio territorial y marítimo.

Chile fue más coherente con la posición de los países del hemisferio Norte, pués el Decreto Supremo 1747 del 6/11/1940, que reconoció como antecedente el informe de la Comisión Especial creada por Resolución del Ministro de Relaciones Exteriores del 7/9/1939 y del 6/11/1940, no estableció paralelo alguno como límite norte de sus pretensiones antárticas, delimitándolas arbitrariamente, pués Chile -por el escaso ancho de su territorio - no estableció los puntos extremos Este y Oeste del mismo, sino los meridianos 90° O.Gr., por las islas de Juan Fernández sobre el Pacífico y 53° O.Gr., nada menos que por el meridiano de Tordesillas delimitando las tierras españolas y portuguesas, a fines del siglo XV.

En mi obra "Derecho Internacional Público" antes mencionada (página 859) establecí las "Razones jurídicas de Geopolítica y de Política Internacional, que justifican la eliminación casi total del paralelo 60° S como delimitatorio de soberanía en la Antártida", y la "No incidencia del Tratado de Washington (1959) sobre este continente".

Desde la Cátedra, en distintas conferencias a partir de la pronunciada hace casi un cuarto de siglo en el Paraninfo de la Universidad de la República (Montevideo) por invitación de nuestro entonces Embajador Dr. de la Plaza y de las autoridades de la misma,así como la reciente (jueves 16 de octubre del 2003) en la Escuela Superior de Guerra, en publicaciones como la señalada "ut supra" y las del diario "La Opinión" de Buenos Aires, ediciones del 8/7/1977 y 5/8/1977, etcétera; vengo sosteniendo la imperiosa necesidad de eliminar gran parte del límite Norte de nuestras pertenencias antárticas (paralelo 60° S), salvo en el tramo de menos de 7 grados geográficos, que corre entre los meridianos 74° O Gr y el del Cabo de Hornos 67° 16' 3" O. Gr., fijado de común acuerdo con Chile, hasta el paralelo 58° S, que reconoce a la Argentina más de 100 kms. sobre el Océano Pacífico, tornándolo un país biocéanico, merced a la mediación de la Santa Sede (1978).

Si este meridiano del Cabo de Hornos, -que la comunidad científica internacional considera como límite entre los Océanos Atlántico y Pacífico, así como los Cabos de Agujas (en portugués Agulhas) entre el primero y el Índico, y el de Londonderry en Tasmania, entre este último y el Pacífico, como lo demuestro en el Capítulo VI de mi tesis doctoral: "La cuestión de límites con Chile en la zona del Canal de Beagle" (videre segunda edición, Pleamar, Buenos Aires, 1968, páginas 169 a 180)- y concede a la Argentina libre ingreso a las aguas del Pacífico, se prolongase sólo dos grados hacia el Sur, hasta el paralelo 60°, y desde la intersección de dicho meridiano 67° 16' 3" O, hasta el meridiano de las islas Sandwich del Sur, 25° O, se eliminase dicho paralelo 60° S, como ya lo hizo Chile hace 63 años; existiría una verdadera continuidad entre los territorios argentinos americano y antártico, y se habría adoptado -en forma correcta- la verdadera teoría del sector, en auge desde casi una centuria.

Por su parte el meridiano 25° O de las mencionadas islas o -si se quiere- el meridiano 21° 12' O de las 200 millas hacia el Este de las Sandwich, deberá prolongarse hacia el Norte hasta su intersección con el paralelo del punto más austral del límite lateral marítimo con la República Oriental del Uruguay (paralelo 37° 30' o 37° 32' S y longitud 55° 23' O gr) conforme surge del artículo 78 del Tratado del Río de la Plata y su límite lateral

marítimo (Videre mis críticas a este acuerdo en la Tercera Edición de mi "Derecho Internacional Público", Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, páginas 913 a 941, "in speciem" comentarios a los artículos 70 y 71).

Desde la intersección del paralelo 37° 32° S con los meridianos 25° o 21° 12° O. Gr, en dos puntos factibles de balizamiento, que denominé Almirante Brown I (37° 32' S y 25° O Gr) y Almirante Brown II (37° 32' S y 21° 12' O Gr), se cerrará un inmenso espacio de cerca de 15.000.000 kms2 de aguas estratégicas y con grandes riquezas vegetales, animales y minerales, que rodearan íntegramente las pretensas aguas proclamadas unilateralmente y con la firme protesta argentina, alrededor de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, fuente de inmensas regalías pesqueras para los isleños, producidas por embarcaciones rusas, coreanas, japonesas, españolas y de otras naciones.

De esta manera, en forma similar a la realizada por Chile, mediante la ley 18.892, con escasa protestas internacionales, que reivindicó también como MAR PRESENCIAL (tésis del ex Comandante en Jefe de su Armada, Almirante Jorge Martínez Busch) una extensión aún mayor del Pacífico Sur (19.967.337 kms.2), hasta 300 millas alrededor de la isla de Pascua, a 3200 kms de sus costas americanas, partiendo del límite lateral marítimo con el Perú en el paralelo 18° 20' 8" S., envolviendo a esta posesión polinésica de Chile, adquirida por ocupación del comandante de marina Policarpio de Toro Hurtado en 1888, despues de la denominada "guerra del Pacífico" contra Bolivia y el Perú; y siguiendo hacia el Polo Sur por el meridiano 116° O.Gr., próximo a la denominada "Dorsal de Chile", excediendo en 26° el meridiano 90° O.Gr., fijado más de medio siglo antes por el Decreto Supremo 1747 del 6 de noviembre de 1940, apoyando esta tesitura de nuestros vecinos trasandinos e invitando al Uruguay y al Brasil a continuar -hasta la altura de su límite lateral con Guyana- con tesituras similares, en defensa de nuestros derechos de pesca y extracción de productos vegetales y minerales, se conformará un enorme espacio Pacífico-Atlántico del MERCOSUR. (Entidad de la que Chile por ahora es asociado), que podrá ser adoptado por todos los Estados marítimos de América (Incluyendo –desde luego- a Canadá y los Estados Unidos), con un zona común y distribución equitativa en el caso del Caribe y una justa distribución de los beneficios en el supuesto de naciones mediterráneas como Bolivia y Paraguay.

Ya que hemos citado al Almirante chileno Jorge Martínez Busch (confrontar sus obras: "El Mar Presencial, actualidad y desafíos del futuro", Santiago, 2 de mayo de 1991; "La Oceanopolítica en el desarrollo de Chile", Santiago, 21 de mayo de 1993; y "Oceanopolítica", idem, 1993); también debemos mencionar autorizadas fuentes peruanas, que se refieren a un "Mar Peruvianus" y un "Mar de Grau" (así denominado por el héroe naval de tal nacionalidad), así como un "Mare Clausum español" en el Pacífico, concebido como proyección de los dos primitivos Virreinatos del México o Nueva España y el Perú, desde los cuales partieron expediciones navales que determinaron la ocupación de las Islas Filipinas (por el Almirante Legazpi), Nueva Guinea (1545, por Iñigo Ortiz de Retes, a través de México; y –ya desde el Perú- la de Alvaro de Mendaña (1567-1569), con referencia a las Islas Salomón, así como la decisión del Virrey del Perú García Hurtado de Mendoza, determinando que el 16 de abril de 1595, Alvaro de Mendaña partiera con las fragatas San Jerónimo y Santa Isabel a poblar estas islas y descubriera el 21 de julio de 1595 las Islas Marquesas (así denominadas por la Marquesa de Mendoza esposa del Virrey), y la famosa hazaña de la mujer del comandante hispano, muerto durante la expedición, doña Isabel Barreto de Mendaña, que condujo a Filipinas a los expedicionarios hispano-peruanos, y allí fue recibida como "Gobernadora de los Mares del Sur".

A ello agregaremos que un antiguo colaborador de Mendaña (Pedro Fernández de Quirós) fue autorizado en 1598 para continuar con estos descubrimientos y –junto a su compañero Torres- se bautizó con este último nombre al estrecho entre Nueva Guinea y Australia (1605-1606).

Poseo en mi biblioteca dos raros ejemplares de la "Historia del descubrimiento de las Regiones Austriales (sic) hecho por el General Pedro Fernández de Quirós", publicada por Don Justo Zaragoza, en dos tomos, Madrid imprenta de Manuel G. Hernández, San Miguel 23, bajo, años 1876 (el tomo primero) y 1880 (el tomo segundo), donde se relatan las hazañas de este General o Almirante de los Mares del Sur (Océano Pacífico) que por una verdadera casualidad no conquistó para España el continente Australiano.

También el Virrey del Perú Amat, con expediciones a las islas de Pascua y Galápagos, tuvo una destacada visión talasopolítica (videre del escritor peruano Fernando Altuve-Febres Lores: "El Perú y la

Oceanopolítica", Lima, octubre de 1998 y la bibliografía que allí se cita en páginas 44 a 49 y 81 a 84).

Este espacio que podrá denominarse MAR PRESENCIAL ATLÁNTICO Y ANTÁRTICO ARGENTINO o -si se quiere- MAR DE RESGUARDO PATRIMONIAL ARGENTINO, que al igual de lo actuado en Chile, podrá establecerse jurídicamente mediante un simple agregado a la Ley Nacional de Pesca, legislando que en estos límites la regulación de esta actividad extractiva quedará reservada a la República Argentina, ante la depredación de sus especies marítimas, que podrá aplicar multas a las embarcaciones de terceros países (con excepción del MERCOSUR según cuotas pactadas con sus integrantes) que ingresen en dicho espacio.

Con ello se terminará la depredación de nuestros mares y la explotación intensiva y abusiva de la riqueza en pesca de estos caladeros, por cánones otorgados por las autoridades usurpadoras británicas, y es más que seguro que el Reino Unido se verá constreñido a negociar la entrega futura de estos territorios a su legítimo dueño.

En el XVIII° Congreso Ordinario del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), realizado en Santiago de Chile y Viña del Mar, durante el mes de septiembre de 1994, el Contraalmirante (Auditor General de la Armada de este país), Mario DUVAUCHELLE RODRIGUEZ, disertó (6/9/1994) sobre "La propuesta del Mar Presencial, su vinculación con la Convención del Mar, sus perpectivas y una evolución de sus actuales resultados en el mundo académico", dejando aclarado que en nada se hería el principio de libre navegación, sobrevuelo aéreo y libertad de los mares y sólo se protegía la pesca nacional de los depredadores internacionales.

Esta "disertatio" mereció mi particular aprobación y una posterior contestación del entonces Embajador español y miembro del IHLADI, Dr. José Antonio de ITURRIAGA BARBERÁN (Confrontar "Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional", Tomo 12, Madrid, 1995, páginas 187/202 y 470 Contraalmirante Duvauchelle y 389 a 439 Dr. Iturriaga).

Entre las páginas 412 a 439 Iturriaga criticó esta teoría mencionando los trabajos de Jane GILLAND DALTON: "De Chilean Mar Presencial: A Harmless Concept or a Dangerous Precedent?", publicados en "The

International Journal of Marine and Coastal Law", 8 (3), 1993, página 397; y Thomas A. CLINGAN jr.: "Mar Presencial (The Presencial Sea): Deja vu All Over Again?. A Responce to Francisco ORREGO VICUÑA", en "Ocean Development and Internacional Law"; 24 (1), 1993, pág. 94, donde el segundo afirma que esta enorme extensión de casi 20 millones de kms.2, según el cálculo de la primera "...constituye la mayor zona de influencia o hegemonía existente...", a lo que el embajador español añade, equivocadamente (ver la delimitación del Tratado Interamericano o TIAR, así como la Convención sobre búsqueda y rescate de aeronaves) que "...desde la Bula Inter Coetera del Papa Alejandro VI", jamás existió una atribución tan grande de aguas, para terminar afirmando que confía en que "...la teoría del Mar Presencial se quede en el ámbito del 'dicho' y no pase al del 'hecho' consumado"; sumándose así a la crítica de Jane G. DALTON, al considerar que "...el concepto del Mar Presencial ofrece un precedente muy perturbador..."

Cabe destacar que el querido colega ITURRIAGA BARBERÁN, destacado jurista de origen vasco-español, está defendiendo los intereses pesqueros de su Patria, como ya ocurrió en lo concerniente a la pesca del bacalao en aguas fuera de las 200 millas del Canadá y próximas a Groenlandia, donde una embarcación española fue capturada hace una década por un buque de la Real Policía Montada del Canadá y severamente multada, sin que la Comunidad Europea interviniese con éxito.

Todo este sistema de Mares Presenciales podrá extenderse a la totalidad de los países americanos como ya se anunció.

Como adelanté anteriormente y ahora puntualizo, este "Mar Presencial" hoy constituye el contenido de leyes chilenas como la 19.080 del 6/9/1991, y la posterior n° 19.300.

Debemos recapacitar que a estas embarcaciones se las ponga en la necesidad de acordar previamente con nuestras autoridades de pesca y no merodear con verdaderas ciudades flotantes a partir de la milla 200, saqueando así nuestras riquezas marítimas.

Las razones que abonan nuestra propuesta con una antigüedad de casi tres décadas son, "inter alia" las siguientes:

Mientras Chile, al igual que los países del Artico, presentan -con la teoría del sector- una total continuidad entre sus territorios continentales americano, europeo y asiático y sus dominios polares, la Argentina, con

la fijación del paralelo 60 Sur, admite un inmenso "mare liberum", en el Atlántico Sur y Pasaje de Drake o Mar de Hoces, marcando una evidente discontinuidad entre su territorio americano patagónico y el antártico.

Los acuerdos limítrofes con Chile de hace unos 25 años, acercan el límite lateral marítimo entre ambos Estados por el meridiano del Cabo de Hornos y hasta los 58° Sur de latitud, reconociéndose así nuestros respectivos países como los más australes del continente y cercanos a la Antártida.

La evidencia histórica a partir de múltiples experiencia (Prusia Oriental, Bangladesh, etc.), demuestra que todo Estado, separado por tierras o aguas de otro u otros Estados o libres, tiende a perder la porción dividida más débil, en beneficio del o los vecinos más poderosos (así Alemania perdió Prusia en manos de Polonia y Rusia y Paquistán su porción Sur dividida por territorio indio, que si bien se independizó como Bangladesh, hoy se encuentra bajo la influencia de la República India, etc).

La posición estratégica del Drake o Pasaje de Hoces, como vínculo entre el Atlántico y el Pacífico, es -tal vez- mayor que la de los restantes comunicadores norteños, el canal de Beagle y el Estrecho de Magallanes, sobre todo en caso de conflictos navales.

Las riquezas en hidrocarburos, módulos minerales sumergidos, krill, caza y pesca en general, revisten significativo valor.

Un balizamiento y/o cualquier tipo de señalización del meridiano del Cabo de Hornos, como límite marítimo Sur con Chile y como demarcador de los Océanos Atlántico y Pacífico, no solo hasta el punto más austral en la intersección del meridiano 67° 16' 3" O. Gr. y el paralelo 58° S, sino hasta el mismo paralelo 60° S, servirá para le debido resguardo de nuestros derechos.

También se asegurará la continuidad de nuestros territorios americanos y antárticos.

El Tratado de Washington (1959) ratificado en 1961 por la Argentina, en manera alguna prohíbe esta nueva delimitación de espacios marítimos.

A efectos administrativos, esta enorme extensión marítima atlántica vecina a la dorsal atlántica e Islas Tristán da Cunha, podrá ser dependiente de la Provincia de la Tierra del Fuego con excepción de los espacios

marítimos de las restantes Provincias atlánticas, Santa Cruz, Chubut, Río Negro y Buenos Aires.

Una ley del Congreso deberá dictarse a tales efectos.

Claro está que este proyecto fue concebido para una futura Argentina que cuente con Fuerzas Armadas dotadas de los elementos indispensables para su cometido, pues -como sostuvo el ex Canciller Argentino Dr. Estanislao Zeballos, a comienzos del siglo XX, en su libro "Diplomacia Desarmada"- sin la ayuda de estas Instituciones, toda negociación queda condenada a un posible fracaso.

De materializarse, los depredadores extranjeros de los mares contiguos a nuestras islas Malvinas, Sandwich y Georgias del Sur, se verán obligados, al igual que quienes pescan a partir de la milla 201, a abonar fuertes sumas al Estado Argentino, y el "negocio Malvinas" dejará de ser tal, junto a su "milagro económico", acercándose así, mediante este accionar una solución a nuestros justos reclamos.

Por último, debemos recordar que en la actualidad naciones insulares mucho más pequeñas y menos poderosas, reivindican enormes espacios marítimos, ante el consenso universal (Confr. "Gran Atlas de la Argentina y del Mundo", publicado por el diario "La Nación", Bs. As., 2003, folios 192/193) donde se advierten las enormes demarcaciones de espacios maritimos a partir de pequeños territorios insulares de Micronesia, Islas Carolinas, Pascua, Nueva Guinea, Melanesia, Polinesia, Islas Salomón, Vanuatu, Nueva Caledonia, Fiji o Fidji, Walles y Futuna, Tuvalu, Kiribati, Tokelau, Samoa Americana, Islas Marshall, Islas Cook, Polinesia Francesa, Islas Pitcairn, etc (páginas. 196/197), precisamente para evitar estas depredaciones.

El ejemplo de Chile, un país que jamás ha claudicado de su soberanía y llevó su bandera hasta la isla de Pascua en la Polinesia, desde 1888 (por obra del marino Policarpio de TORO HURTADO), y de su "Mar Presencial", proclamado hace tres décadas, nos debe servir como indicador de un camino a seguir, antes que otras potencias nos ganen de mano.

La obra del norteamericano Wolfgang FRIEDMANN "El futuro de los mares", de hace poco más de tres décadas, afirmado que los Estados con litoral al mar, después de dividirse con otros Estados, hasta el último centímetro cuadrado de las tierras, harán lo mismo con todos los mares del mundo, resultó profética y esta tesis nuestra tiende a su concreción.

REALIDAD Y LEGALIDAD EN LA NORMALIZACIÓN DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA: ANTE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DEL NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

(Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)

José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE
Asociado del I.H.L.A.D.I. (1)

SUMARIO:

1.- Algunos antecedentes remotos y próximos.

2.- Presencia de extranjeros en España: realidad estadística y política normativa.

3.- La normalización en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea: visión comparada.

4.- La práctica administrativa en el proceso de normalización.

5.- Consideraciones finales.

---

(1) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

1. Algunos antecedentes remotos y próximos.

Escribía en el último cuarto del siglo XIX Emilio Bravo que por más que la emigración reconozca diferentes causas ésta, "sin embargo, puede ser voluntaria, para buscar trabajo o fortuna, o forzosa, para huir de persecuciones" (2). Y la afirmación sigue siendo válida cuando se cumple el primer lustro del siglo XXI. Por lo que a España se refiere nuestro país, como otros, ha vivido, según las épocas y las circunstancias, la inmigración y la emigración. En cuanto a la primera puede decirse que la presencia del trabajador extranjero en España es muy antigua, así, el siglo XVIII, particularmente bajo el reinado de Carlos III, fue una época de recepción de trabajadores extranjeros que se asentaron en nuestro suelo atraídos por la política de repoblación, o de modernización de la industria. De los diversos oficios que profesaron en diferentes lugares del territorio español, y del trato aquí recibido, se ocupó detenidamente en una amplísima obra Eugenio Larruga y Boneta (3), pudiéndose hacer al respecto dos afirmaciones: la primera, que la industria española en esa época funciona en su mayor parte gracias a la presencia del trabajador extranjero, y la segunda, que el trato a éste, tanto en las normas generales internas, ya particulares o locales, como en las convencionales, en modo alguno es inferior al establecido por el Derecho de gentes de la época sino que más bien lo supera situándose así España entre los Estados más acogedores. Por el contrario en la segunda mitad del siglo XIX se asistía al "espectáculo triste de la muchedumbre de españoles que dejan desiertas las provincias del Norte, para ir a las Repúblicas americanas, o las de Levante para avecindarse en los pueblos de la Argelia" (4), lo que fue objeto de regularización por cinco Reales Órdenes (16 de septiembre de 1853, 7 de septiembre de 1856, 31 de diciembre de 1857, 12 de enero de 1865 y 30 de enero de 1873). Por otra parte, la posibilidad de llegada a España de "grupos o cuerpos de emigrados" estaba presente en el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 fijando los derechos de extranjería. En el primer tercio del siglo XX España volvió a ser país de emigración por la

(2) E. BRAVO: *Derecho internacional privado vigente en España,* tomo III, Madrid, 1886, p. 61.

(3) E. LARRUGA Y BONETA: *Memorias políticas y económicas sobre los frutos, comercio, fábricas y minas de España, con inclusión de los Reales Decretos, Órdenes, Cédulas, Aranceles y Ordenanzas expedidas para su gobierno y fomento,* 45 vols., Madrid, 1787-1800.

(4) E. BRAVO: *op. cit., in eod. loc.*

necesidad de muchos españoles de ensanchar los horizontes allende el Atlántico (famoso se hizo, y ha pervivido, el dicho de "hacer las Américas" como sinónimo de hacer fortuna), o como consecuencia de la guerra civil (1936-1939). Una emigración, esta última, política, en la que se repetía la historia del siglo XIX cuando a consecuencia de las sangrientas y repetidas discordias guerras civiles que se sucedieron numerosos españoles buscaron refugio en Francia, en Inglaterra y en Portugal que recibió la gran emigración de 1846.

Nuevamente a mediados del siglo XX la emigración española se dirigió a países europeos (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Suiza) e incluso a Australia, y la propia Constitución Española de 1978 tiene en cuenta la existencia de los españoles emigrantes (5).

En cuanto a la presencia en España de extranjeros, a comienzos de la década de los ochenta del pasado siglo la legislación de extranjería estaba no sólo dispersa sino que resultaba, en algunos aspectos, completamente obsoleta. La afirmación del ministro de Estado, Manuel Bertrán de Lis, en la Exposición de Motivos del citado Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, según la cual las reglas de extranjería estaban "esparcidas entre nuestros Códigos, Cédulas y Reglamentos...", seguía en realidad siendo válida, pues, con independencia de que en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, se estableciesen unas reglas sobre el régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio español, todavía en la década de los años sesenta del pasado siglo la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaraba aún vigentes ciertos preceptos del mencionado Real Decreto de 1852.

A partir del art. 13 de la Constitución Española de 1978 se hace necesaria una nueva normativa de extranjería que concrete su alcance, lo que plasmó en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (6), la cual, por vez primera desde el repetido Real Decreto de 1852, como señala su Preámbulo, regula con pretensión de generalidad los principios informantes de la situación de extranjería, y cuyo Reglamento de ejecución se aprueba inicialmente por

(5) Así el art. 42 dice: "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno".

(6) Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 1985 (en adelante BOE).

el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. El aumento de flujos migratorios durante los siguientes tres lustros evidenció la insuficiencia de aquel texto legal y llevó al legislador a promulgar una nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (7), la cual quedó profundamente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (8), al haberse detectado durante el año de vigencia de aquélla "aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma", como señala de entrada su Exposición de Motivos, entre los que estaba, en opinión del Ministerio del Interior, el denominado *efecto llamada*, que se pretendía eliminar. A su vez una nueva reforma se produjo con la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Esta nueva normativa de extranjería siguió quedando desarrollada por el citado Reglamento de 1996, hasta ahora en que ha entrado en vigor del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (9), cuya disposición transitoria tercera prevé un proceso de normalización de extranjeros en situación irregular, proceso que desarrolla la Orden de la Presidencia 140/2005, de 2 de febrero (10).

Naturalmente las disposiciones citadas son las básicas, pero no las únicas que conforman el actual Derecho español de extranjería, que sigue estando disperso aunque probablemente eso sea lo técnicamente correcto ante la pluralidad de sectores y planos que hacen muy difícil una codificación global, lo que se desprende de la sola cita, sin ánimo de exhaustividad, de las principales disposiciones legales vigentes en España que afectan a los ciudadanos extranjeros, entre las que pueden mencionarse además de las procedentes de fuente internacional (como el Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992 (con las modificacionbes de Amsterdam (1997) y Niza (2001)); la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado; el ya citado Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, y el Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de la Unión Europea), las siguientes de fuente

(7) BOE de 12 de enero de 2000.
(8) BOE de 23 de diciembre de 2000.
(9) BOE de 7 de enero de 2005.
(10) BOE de 3 de febrero de 2005.

interna: Constitución Española de 1978; Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo; la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación; Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección de desempleo y mejora de la ocupabilidad; Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo; Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo; Real Decreto 203/1995, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la citada de Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada; Ley 36/2002, de 8 de octubre, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad; Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior; Real Decreto 104/1988, de 29 de enero, sobre homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación no universitaria; Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos modificado por el Real Decreto 4/1999, de 8 de enero; Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada; Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, que desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos; Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, que regula las normas sobre anticipación de la edad de jubilación; Real Decreto 433/2002, de 10 de mayo, por el que se prorroga la vigencia de las disposiciones transitorias del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, etc.

Y esta es la actual situación normativa española que se ve afectada por la enorme corriente migratoria de grupos nacionales muy diversos, que huyendo de persecuciones, conflictos armados y profundas crisis económicas en los que sus respectivos países se hallan inmersos, se ha dirigido, en muchísimas ocasiones con riesgo de pérdida de la propia vida y resultado trágico, lo que desgraciadamente sucede a menudo, a la Unión Europea a la que se considera un nuevo mundo en el que esos amplios sectores de población, constituidos por las capas más desfavorecidas (11) confían en encontrar una existencia digna para el individuo y su familia a efectos de superar la cuestión misma de subsistencia personal cuyo nivel se halla, en la mayoría de los casos, muy por debajo del mínimo que reclaman las más elementales normas sobre Derechos humanos.

Desde hace décadas el fenómeno migratorio se ha dejado sentir particularmente en ciertos Estados miembros de la Unión Europea, así Francia cuenta hoy con una numerosa población marroquí y argelina, lo que ha dado ya lugar a problemas de integración por el choque de culturas y a la necesidad de una reglamentación (p. ej. con motivo del uso del velo por las mujeres de religión musulmana en las escuelas), con sorpresa y desbordamiento, a veces, de las autoridades como ocurrió, en febrero de 2001, con la llegada a las costas francesas de un millar de refugiados kurdos a bordo del buque de bandera camboyana *"East Sea"*; igualmente ocurre en Alemania con una importante presencia turca que en ocasiones ha desencadenado graves explosiones de violencia racista y xenófoba, de las que, por cierto, España no ha estado exenta pues también graves sucesos tuvieron lugar, en febrero de 2000, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente en la localidad de El Ejido, perteneciente a la provincia de Almería.

La incesante llegada de extranjeros, con creciente aceleración indicando todo que va a continuar así en los próximos años, que pretenden acceder, consiguiéndolo en muchísimas ocasiones, a territorio español de modo irregular desde 1985 fecha de ingreso de España en la actual Unión

(11) "Nuestra Hispanoamérica del dolor..." como certeramente lo ha definido el escritor chileno C. FRANZ, en su artículo *Los nietos oscuros*, vid. diario EL PAÍS, del lunes 28 de febrero de 2005, p. 15, al advertir que de los casi 800.000 extranjeros empadronados en la Comunidad Autónoma de Madrid, el 70% trabaja fundamentalmente en la provisión de servicios a españoles de la tercera edad.

Europea, y con un alarmante incremento progresivo a partir de 1998 (12), ha planteado desde entonces un serio y grave problema de amplias dimensiones frente al cual el propio legislador, como se ha indicado, ante un proceso de tal magnitud se ha encontrado desbordado, al convertirse en manifiestamente insuficientes e ineficaces las reglas reguladoras del sector normativo que conocemos como Derecho de extranjería, dándose además la circunstancia de que al pretender una solución para tal situación las normas que se han sucedido, de cara a la regularización de inmigrantes que se hallan ilegalmente en territorio español, en vez de servir de dique paralizador del flujo migratorio, por el contrario han continuado produciendo el consabido *efecto llamada*, con lo que el problema, que representa para el Estado tan grandísimo reto, lejos de resolverse persiste.

2. Presencia de extranjeros en España: realidad estadística y política normativa.

¿Cuál es la realidad en España al comienzo de 2005?. Nuestro país, Estado miembro de la Unión Europea, y del "Espacio Schengen", es conforme al art. 1° del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, frontera exterior de la Unión Europea y de acuerdo al mismo es "Extranjero: Toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas". Por lo tanto, la "normalización de extranjeros" que comienza el 7 de febrero de 2005 hasta el 7 de mayo siguiente, y que es el séptimo proceso de regularización desde 1991, afecta exclusivamente a aquellos extranjeros que no son nacionales de los Estados de la Unión Europea, es decir, que no poseen la "ciudadanía de la

(12) Según el Instituto Nacional de Estadística (INE) la población española alcanza en el padrón municipal, a 1 de enero de 2005, la cifra de 43.975.400 habitantes, de los cuales 3.691.500 eran extranjeros, de los que 2.054.453 son *residentes legales*, según el Observatorio Permanente de la Inmigración, lo que significa que el 8,4% de la población española es extranjera, cuando a comienzos de 2004 eran tres millones, es decir, un 7%. A lo largo de 2004 la cifra de habitantes se incrementó en unas 770.000 personas, de las que 657.000 eran extranjeros que se dieron de alta en el padrón municipal. La evolución en ascenso del número de extranjeros empadronados en los últimos siete años es indiscutible pudiendo, siempre con la reserva del dato aproximativo, establecerse las siguientes cifras: 1998 (637.085), 1999 (748.964), 2000 (923.879), 2001 (1.370.657), 2002 (1.977.944), 2003 (2.664.168), 2004 (3.500.000). En términos generales puede, pues, decirse que los extranjeros han pasado de representar del 2,3 % de la población española a 1 de enero de 2000, el 3,3% a comienzos de 2001 y el 4,7 % a fines de ese año; el 6,2 % en 2002, el 7,1% en 2003, y el 8% en 2004 y principios de 2005.

Unión", empleando la terminología del art. I-10.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (13). Si se tienen en cuenta las cifras de extranjeros en España al 1 de enero de 2004, se advierte que extranjeros empadronados había 3.050.000 y 1.977.000 provistos de tarjeta de residencia, lo que significa que existe casi un millón de irregulares, si bien algunos serán europeos comunitarios, no obstante la cifra es, como se ve, muy alta pues además no hay constancia de la cifra de extranjeros que se hallan en España sin estar empadronados. Teniendo en cuenta que la inmigración en España presenta un flujo de mayor intensidad y rapidez en comparación con otros Estados europeos, puede señalarse que la presencia más numerosa es de nacionales ecuatorianos, a los que siguen marroquíes, colombianos y rumanos.

Cuatro meses antes de la apertura del actual proceso de normalización, es decir al 30 de septiembre de 2004, el número de extranjeros, pertenecientes a Estados no europeos, provistos de tarjeta de residencia en vigor puede desglosarse así: 1) nacionalidades de Estados iberoamericanos 599.343, destacando los de los Estados suramericanos de Ecuador (202.294), Colombia (128.367) y Perú (64.969); 2) nacionalidades de Estados de América del Norte 16.693, en concreto de nacionalidad canadiense (1.432) y estadounidense (15.261); 3) nacionalidades de Estados africanos 471.285, destacando de Marruecos (365.846), Argelia (26.316) y Senegal (18.035); 4) nacionalidades de Estados asiáticos 133.147, destacando los de China (66.486) y Filipinas (17.314). En cuanto a nacionales de Estados europeos no comunitarios la cifra asciende a 153.174, destacando Rumanía (72.569), Bulgaria (29.571) y Ucrania (26.754). Por último, se hallan en España con tarjeta de residencia en vigor, conforme a la legislación española para los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea, 478.478 extranjeros, destacando el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte (121.107), Alemania (69.223) e Italia (69.055) (14).

(13) Art. I-10.1. "Ciudadanía de la Unión. 1. Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla"; tratado que difícilmente entrará en vigor al haber sido rechazado por referéndum en Francia y Holanda.

(14) Datos obtenidos de la Administración General del Estado y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Para una visión completa y pormenorizada puede verse: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Observatorio Permanente de la Inmigración: *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, Madrid, 2004.

3. La normalización en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea: una visión comparada.

La presente normalización que nuevamente España decide ahora en virtud de la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (15), desarrollada por la Orden de la Presidencia 140/2005, de 2 de febrero (16), no ha pasado inadvertida para los restantes Estados miembros de la Unión Europea, como puso de relieve el diario británico *"Financial Times"* del 3 de febrero de 2005, al considerar que en realidad se trata de la mayor "amnistía" de estas características que se ha producido en Europa hasta el momento. Por ello en el Consejo informal celebrado en Luxemburgo la última semana de febrero los ministros de Interior de algunos Estados como Holanda y Alemania manifestaron su desacuerdo con tal medida de normalización porque ella no es algo que afecte exclusivamente a España sino que tiene repercusión evidente en sus países, debiendo tenerse en consideración que en el año 2004 España concentró justamente la mitad de migración neta en todo el territorio de la Unión Europea, y ahora se calcula una normalización que puede ascender a una cifra entre 800.000 y 1.000.000 de inmigrantes (17).

¿Cuál es la regulación que los Estados miembros de la Unión Europea tienen establecida frente al fenómeno de la inmigración masiva? La respuesta es que las legislaciones varían entre la dureza extrema de Gran Bretaña y la citada normativa española tan abierta y generosa como veremos más adelante, por lo que la Unión Europea en su conjunto ha tomado conciencia de que es preciso buscar un equilibrio en el marco de una política de inmigración realista y que debe ser adoptada desde una base común.

Alemania tras la presión ejercida por determinados sectores parece inclinarse a la necesidad de un conocimiento hablado y escrito de la len-

(15) BOE núm. 6 del viernes 7 de enero de 2005.

(16) BOE núm. 29 del jueves 3 de febrero de 2005.

(17) Por ello la página web del citado rotativo británico del 4 de febrero de 2005, a cargo de L. CRAWFORD, hacía referencia a la noticia publicada el día anterior bajo el título: "Spain´s illegal immigrants amnesty alarms Europe".

gua alemana para que el extranjero pueda acceder a la nacionalidad, y tal camino tiene ya un punto de inicio con la jusrisprudencia del Tribunal Superior de Renania, según la cual un inmigrante ha de saber leer y entender el contenido de un periódico para poder obtener el permiso de residencia.

Bélgica se debate entre conceder o no a los inmigrantes no europeos la posibilidad de que puedan participar en las elecciones municipales, apreciándose, en todo caso, un aumento de presión política hacia un control mayor del acceso a su territorio de extranjeros no europeos.

Francia se manifiesta contraria a las normalizaciones masivas de inmigrantes que se hallan en su territorio en situación ilegal. En líneas generales la regularización de un extranjero en Francia con residencia ilegal puede obtenerse bien por matrimonio con un nacional francés, o bien cuando pruebe que ha residido en situación ilegal desde hace más de diez años, pudiendo el Gobierno considerar cada petición que estime como un caso "excepcional". A título de ejemplo, y a efectos de comparación con España, Francia en 2004 llevó a cabo una normalización de 23.000 inmigrantes, cuando el cálculo de entrada anual en el país de extranjeros de modo ilegal se sitúa entre 150.000 y los 200.000, lo que ha llevado a determinados sectores, como por ejemplo, a la UMP presidida por Nicolas Sarkozy, a propugnar la adopción de medidas políticas tendentes a una inmigración selectiva.

Holanda, en particular a partir de noviembre de 2004, ha iniciado una política de integración forzosa y deportaciones masivas de extranjeros carentes de documentación, debiendo, quien desee su normalización, demostrar su inequívoca y explícita voluntad de integración en la forma de vida y costumbres holandesas, incluído el estudio y conocimiento de la lengua holandesa.

Italia ha fijado para 2005 el número de 160.000 permisos de residencia para inmigrantes, reservando un cincuenta por ciento de aquéllos para nacionales de Estados del Este europeo recientemente incorporados a la Unión Europea, que todavía no poseen libre circulación. En todo caso la regularización de los inmigrantes que se hallaban en territorio italiano y la expulsión de los que se detienen accediendo irregularmente a su territorio aparece como una política no del todo desacertada, aun cuando los inmigrantes en situación irregular constituyen hoy la sexta parte del total, estimándose que su número se sitúa en torno a los 500.000.

En fin, Gran Bretaña ha adoptado una legislación muy severa. En efecto, el Gobierno laborista de Blair ha establecido un sistema de puntos a efectos de la admisión de inmigrantes, en el cual se articula sobre cuatro grupos en función de las características de cada emigrante. Así, aparecen: a) los altamente cualificados (como financieros, expertos, ingenieros, médicos), los cuales pueden acceder al territorio sin necesidad de estar en posesión de una oferta de trabajo; b) los cualificados que deben de contar previamente con una oferta de trabajo que no ha sido cubierta por un trabajador ciudadano de la Unión Europea (administrativos con experiencia, enfermeras, profesores y resto de profesiones liberales); c) los de baja cualificación, cuyo número depende de las necesidades de los diversos sectores económicos y que han de abandonar el país obligatoriamente una vez finalizado su contrato de trabajo; y, por último, d) los extranjeros cuya presencia en el país no supone una competencia en el mercado laboral (como estudiantes, personal de compañías multinacionales, o deportistas, sobre todo futbolistas). Únicamente los inmigrantes pertenecientes a los grupos a) y b) pueden optar a una residencia permanente en el Reino Unido, y después de cinco años en su territorio, siendo obligatorio someterse a un examen de conocimientos generales sobre el país y de la lengua inglesa.

4. La práctica administrativa en el proceso de normalización.

De la Orden de Presidencia 140/2005, de 2 de febrero, que desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización de extranjeros previsto en el citado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, dos planos son fundamentalmente los destacables: A) Los requisitos para poder acogerse el proceso, y B) La documentación que ha de acompañarse a la solicitud. En cuanto a los primeros dicha Orden en su Apartado Segundo determina como primer requisito: "Que el trabajador extranjero figure empadronado en un municipio español con al menos seis meses de anterioridad al 7 de febrero de 2005" y habrá de presentar "asimismo un pasaporte, título de viaje o cédula de inscripción que acredite su presencia continuada en territorio español desde una fecha anterior a la del empadronamiento", fijando el Apartado Cuarto 1 "el plazo de tres meses desde el 7 de febrero de 2005" para la presentación de las solicitudes de

normalización, por consiguiente el día 7 de mayo de 2005 es la fecha límite para acreditar el cumplimiento de los requisitos, entre los que es fundamental la prueba de que el extranjero solicitante se hallaba en España antes del 7 de agosto de 2004.

El citado Apartado Segundo sigue fijando los demás requisitos que, sintetizando, son los siguientes: 1) existencia de un contrato de trabajo firmado entre empresario y trabajador, en el que aquél ha de comprometerse a mantener la relación laboral por un período mínimo de seis meses, regla extensiva a los contratos de trabajo a tiempo parcial con determinadas precisiones; 2) inscripción de las empresas empleadoras en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias; 3) ajuste de las condiciones del contrato de trabajo a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad; 4) carencia de antecedentes penales del extranjero "tanto en España como en los países en los que hubiera residido en los cinco años anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento jurídico español"; y 5) que el trabajador extranjero no tenga prohibida su entrada en España, salvo que ella se derive exclusivamente de una resolución no ejecutada, dictada por infracciones de estancia y/o trabajo irregular.

En cuanto a la segunda exigencia, el Apartado Sexto señala los documentos que han de acompañarse a la solicitud para los casos en los que sujeto legitimado para la presentación de ésta es el empresario, y para aquellos casos en los que lo está el trabajador extranjero (solamente cuando se trate de trabajo doméstico de carácter parcial o discontinuo). Siendo sustancialmente, salvo detalles, los mismos se resumen los que han de aportar los empresarios, que son los siguientes: 1) tarjeta de identidad de extranjero si el empresario es extranjero no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, exigiéndose que esté en vigor, junto al número de identificación fiscal (NIF), documento de identidad o pasaporte nacional válido y vigente si el empresario extranjero es nacional de uno de aquéllos Estados; 2) CIF y documento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social; 3) copia completa del pasaporte o documento de viaje, o cédula de inscripción vigente del trabajador extranjero; 4) certificación de empadronamiento del extranjero en un padrón municipal español anterior al 8 de agosto de 2004; 5) contrato de trabajo firmado por ambas partes contratantes (18); 6) "certificado de antecedentes penales del trabajador extranjero expedido por las Autoridades del país o países de residencia de éste en los últimos cinco años, que deberá serle facilitado por el trabajador extranjero, en su caso traducido al castellano o a la lengua cooficial en los casos previstos en el artículo 36 de la Ley 30/1992, y previamente legalizado por la Misión diplomática u Oficina consular de su país de origen en España, salvo en los casos en que dicho certificado haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor signatario del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre eliminación del requisito de la legalización de documentos públicos extranjeros"; 7) en su caso, titulación debidamente homologada del trabajador extranjero; 8) declaración del empresario de no hallarse incurso en ninguno de los supuestos de denegación de una solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, señalados en el nuevo Reglamento de extranjería.

Esto dicho, y resultando requisito *sine qua non* el certificado de empadronamiento, se constata cuando faltan tres semanas para la expiración del plazo que el número de 800.000 extranjeros que se preveía, como cifra mínima, que obtendrían la normalización ni siquiera llega a la mitad de esa los extranjeros que han presentado la solicitud, ya que muchos de ellos, aun cuando se hallaban en España antes del 7 de agosto de 2004, no estaban empadronados por variados motivos, en particular por temor a su localización por la policía y subsiguiente expulsión, o porque los Ayuntamientos denegaron su solicitud de empadronamiento. En concreto, el desarrollo del proceso normalizador no está resultando totalmente satisfactorio al acercarse la fecha límite de finalización del plazo (19); en efecto, hasta el 21 de abril de 2005 los empresarios habían presentado 434.701 solicitudes de normalización (20), ocupando el primer lugar Madrid con

(18) Los extranjeros que cuenten con un contrato de trabajo no precisan estar en posesión del certificado de penales ni del de empadronamiento, el cual suele entregarse en el momento, sino que basta con que se presente el resguardo de la solicitud de estos.

(19) El presente trabajo ha sido escrito en abril de 2005, por tanto en pleno proceso de normalización y antes de finalizar el plazo fijado para éste.

(20) De las 1.814 solicitudes diarias, recibidas en las oficinas de recepción de documentos durante la primera semana del comienzo del plazo de normalización, se ha pasado a 13.007 solicitudes diarias al 21 de abril de 2005, es decir, a dieciséis días de la expiración del plazo establecido.

121.597 solicitudes (21), lejos del previsto número de 800.000, y sobre todo si se tiene en cuenta que a principios de 2005 solamente en la Comunidad Autónoma de Madrid había en torno a los 800.000 extranjeros empadronados, lo que supone en dicha Comunidad algo más del 13% de su población.

Todo esto ha llevado al Gobierno a prescindir de una interpretación restrictiva de las normas y a inclinarse por una interpretación extensiva de las mismas en cuanto a la documentación probatoria de hallarse el extranjero en España antes de la fecha ya indicada, a "flexibilizar la interpretación de algunos requisitos" en palabras del ministro de Trabajo y Asuntos Sociales (22), que en realidad se traduce en una ampliación de la relación de documentos aptos para dicha prueba; en consecuencia, y a efectos de aplicación uniforme por las autoridades administrativas, la Comisión de Empadronamiento en cuyo seno están representados el Instituto Nacional de Estadística (INE), el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP),

(21) La media diaria de solicitudes presentadas entre el 11 y el 15 de abril de 2005, ha sido de 10.837. Al 21 de abril de 2005 por nacionalidades las solicitudes presentadas fueron: Ecuador 11.242; Rumanía 66.892; Marruecos 48.903; Colombia 43.460; Bolivia 25.846; Bulgaria 16.609; Argentina 15.039; Ucrania 14.296; Uruguay 7.080; Pakistán 6.325; China 5.576; Senegal 4.223 y Venezuela 4.194. Hasta la indicada fecha solamente había sido rechazado el 1,25% de las solicitudes presentadas, en tanto que un 1,67% se hallaban pendientes de presentación de algún certificado. A la Comunidad de Madrid, con la cifra de solicitudes presentadas señalada arriba, le siguen por Comunidades Autónomas las de Cataluña con 89.335, Comunidad Valenciana con 66.094, Andalucía con 39.356 y Murcia con 28.413. Las Ciudad Autónoma de Ceuta con 13 solicitudes y la de Melilla con 14, dos de las cuales han sido rechazadas son las últimas en la lista. Por provincias, teniendo en cuenta que algunas son Comunidad Autónoma uniprovincial, se han presentado la siguientes solicitudes: menos de 1.000 en Ávila (797), Badajoz (849), Cáceres (726), León (595), Lugo (437), Ourense (372), Palencia (232), Salamanca (582), Soria (528), Teruel (688) y Zamora (173); las siguientes han recibido de 1.001 a 5.000 solicitudes: A Coruña (1.280), Álava (1.048), Albacete (1.870), Asturias (1.696), Burgos (1.903), Cádiz (1.460), Cantabria (1.060), Ciudad Real (3.396), Córdoba (2.065), Cuenca (2.006), Granada (4.162), Guadalajara (1.824), Guipúzcoa (2.207), Huelva (3.668), Huesca (2.362), Jaén (1.504), La Rioja (4.881), Lleida (3.203), Segovia (1.043), Sevilla (2.973); de 5.001 a 25.000 han sido presentadas en: Almería (12.940), Baleares (13.911), Castellón (9.772), Girona (11.055), Las Palmas (8.311), Málaga (10.584), Navarra (6.447), Santa Cruz de Tenerife (6.032), Tarragona (8.946), Toledo (5.608), Zaragoza (8.861) y Vizcaya (5.284); de 25.001 a 75.000 solicitudes fueron presentadas en: Alicante (28.378), Barcelona (66.131), Murcia (28.413) y Valencia (27.944); en fin, más de 75.000 lo han sido en la provincia de Madrid. De ellas un 12,83 % solicitan para trabajo discontinuo en hogar, el 20,11% para hogar con familia y el 67,05% para otros diversos regímenes laborales. Los grupos nacionales con mayor número de expedientes los forman los ecuatorianos con el 26,38%, seguidos de los rumanos con el 15,86%, marroquíes con el 11,60% y colombianos con el 10,31%. La fuente de estos datos es el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

(22) Diario "El Mundo", sábado 16 de abril de 2005, p. 18.

y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) decidió el 14 de abril de 2005, por unanimidad, la lista de documentos aptos para la citada prueba de estancia en territorio español, de modo que los afectados puedan acogerse al empadronamiento por omisión o retroactivo, una fórmula que está admitida en la ley española desde 1997 y que para el proceso de normalización fue considerada oportuna el 11 de abril de 2005 por la Mesa de Diálogo Social compuesta por representaciones gubernamentales, empresariales y sindicales. En consecuencia, la presidencia del INE remitió una circular a los Ayuntamientos en la que se determina que si el extranjero no se hallare inscrito en el padrón municipal "se le podrá inscribir desde la fecha en que se acredite la residencia continuada en el municipio, mediante resolución expresada y motivada del alcalde, aportando documentos públicos fehacientes que, según el acuerdo antes mencionado, son los siete siguientes: 1) Notificación de resoluciones derivadas de la normativa de extranjería emitidas por el Ministerio del Interior (es decir, órdenes de expulsión); 2) Copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, debidamente registrada en el municipio; 3) Tarjeta sanitaria de un servicio público de salud en la que conste la fecha del alta o, en su caso, certificación en la que conste la fecha de antigüedad del alta; 4) Copia de la solicitud de escolarización de menores, debidamente registrada; 5) Copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los servicios sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales; 6) Documento de alta laboral o certificado de la misma expedido por la Seguridad Social (lo que afecta especialmente a extranjeros que han pasado a la situación de irregularidad sobrevenida); y 7) Copia de la solicitud de asilo debidamente registrada (23).

Tales documentos, como se observa, son documentos emitidos exclusivamente por una Administración española y no tienen valor los emitidos por entidades privadas españolas (como entidades bancarias) o por consulados extranjeros. La razón de ello es que se pretende una certeza, tras

(23) Esta relación documental, publicada en el BOE, elimina toda duda en cuanto a qué documento se considera válido como elemento probatorio, quedando cualesquiera otros sin eficacia. Algunos de los documentos presentados por inmigrantes, que fueron lógicamente rechazados, pueden calificarse de pintorescos: billetes de viajes en Metro de hace varios años, ejemplares de periódicos con diversas fechas de edición y facturas de compra de electrodomésticos.

la correspondiente comprobación por la autoridad ministerial, en cuanto a la estancia del extranjero en España antes del 7 de agosto de 2004 que, como se ha dicho, es la fecha límite para la posibilidad de acogimiento al actual proceso normalizador. Por lo demás tales documentos probatorios han de ser originales, o bien copias debidamente compulsadas, en los que el solicitante quede identificado y se refieran a actos producidos antes del 8 de agosto de 2004. En virtud del artículo 57.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo los alcaldes podrán modificar la fecha de inscripción en el padrón municipal; dicho precepto dice que: "Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia de acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

El trabajador extranjero que se acoja al sistema de empadronamiento por omisión deberá personarse en los Ayuntamientos provisto de pasaporte en vigor y un documento que justifique su domicilio (24) (contrato de alquiler, declaración jurada del propietario arrendador, recibos de consumo de agua o electricidad). En el documento la fecha que figurará habrá de corresponder a la solicitud de alta y no se hará con carácter retroactivo, si bien en el certificado de empadronamiento se incluirá una referencia a los documentos acreditativos de la estancia en España del extranjero con anterioridad al 8 de agosto de 2004, todo lo cual será valorado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a efectos de comprobar la veracidad de tal documentación, ya que el Ayuntamiento correspondiente solamente se habrá de limitar a hacer constar en el certificado de empadronamiento que el extranjero ha aportado al menos un documento probatorio, de los antes mencionados, de su presencia en España antes de la fecha citada de 8 de agosto de 2004.

No obstante la flexibilización acordada, con lo que el Gobierno espera que puedan acogerse el proceso de normalización bastantes decenas de miles de extranjeros más, lo cierto es que a juicio del Instituto Nacional de Estadística (INE) no parece que vayan a ser muchos más, si se tiene en

(24) En alguna población española se ha comprobado que hasta un centenar de inmigrantes señalaban como su domicilio habitual la misma vivienda...

cuenta que en el año 2004 se inscribieron en torno a los 600.000 inmigrantes.

5.- Consideraciones finales.

El problema de la inmigración, que desde hace años se está sintiendo con la natural inquietud en España, solamente podrá ser objeto de una solución cuando la normalización de los extranjeros en España llegue a un nivel satisfactorio, que requerirá la adopción de varias medidas como son la eliminación de políticas que fomenten el denominado *efecto llamada*, la decisión de qué hacer con los extranjeros que se hallen en España y que queden sin normalizar en este último proceso, pues hay que tener en cuenta que en muchísimos casos su nacionalidad es desconocida, lo que hace ineficaz la solución de la devolución y de la expulsión puesto que van a ser rechazados en las fronteras hacia cuyos Estados se remitan, siendo esto posible en la práctica, con seguridad, sólo en los casos de llegada a España por vía aérea. Tampoco puede soslayarse el dato de la diferencia entre del número de extranjeros que se hallan sobre suelo español y el número de los que consigan la normalización, que desde luego es muy considerable. De otra parte, es necesario un efectivo control de acceso al territorio español, lo que está lejos de conseguirse si se toman en consideración los datos que afloran no ya sobre las llegadas diariamente de nacionales procedentes de Estados africanos a las costas de las islas Canarias, a las ciudades de Ceuta y Melilla y a las costas peninsulares del sur, sino sobre la *invasión* silenciosa de ciudadanos procedentes del Este extracomunitario la cual comenzó en torno a 2002 a través de la frontera pirenáica, y ha ido aumentando de modo alarmante. En efecto, si al principio de ese año las autoridades fronterizas españolas devolvían a Francia a 600 inmigrantes de nacionalidad rumana y búlgara, en 2005 la cifra ha aumentado a 1.500, calculándose que entran unos 3.500 a la semana, lo que supone una media de 500 diarios, a los que han se añadirse otros 500 que consiguen atravesar la frontera por puntos de muy difícil vigilancia. En concreto, cada fin de semana suelen llegar a la frontera hispano-francesa una treintena de autobuses repletos de falsos turistas, muchos de los cuales, que nunca han pisado territorio español, exhiben el certificado de empadronamiento en ayuntamientos españoles desde 2002 y 2003, cuando la realidad jurídica es que el documento de empadronamiento no tiene

validez alguna en la frontera. Esta realidad demuestra que la senda jurídica (25) iniciada hace años ha quedado bloqueada; así, por ejemplo, España y Rumanía concertaron en 2002 el Acuerdo para la regulación y ordenación de flujos migratorios, pero ello no ha sido útil para que los empresarios españoles puedan conseguir con eficacia mano de obra en Rumanía.

En fin, la situación se ha intentado controlar, sin resultados muy efectivos, a través de medidas internacionales conjuntas como la *"Operación Ulises"* en la que las fronteras españolas se vigilaron por contingentes de España, Reino Unido, Francia, Italia y Portugal, o la más reciente *"Operación Guanarteme"* iniciada en enero de 2005 y cuyo peso recae sobre España y Portugal, dado que otros Estados de la Unión Europea como Alemania, Francia, Chipre y Grecia participan únicamente como observadores. Sin embargo, los miembros de la Unión Europea plantean sus reticencias en cuestiones que afectan a los Estados miembros en concreto, así en el Consejo de Justicia e Interior de la Unión Europea el ministro alemán del Interior, ante la afirmación de su colega español según el cual España es una frontera sur de la Unión Europea que soporta una fuerte presión migratoria por parte del norte de África y el África subsahariana (26), manifestó que el control de las fronteras exteriores es

(25) En relación con los Estados iberoamericanos con los que España mantiene tratados de doble nacionalidad, o de nacionalidad, debe recordarse que la realidad inmigratoria actual en nada se parece a la que existía en los años en que fueron celebrados por lo que ha sido necesario proceder, salvo en el caso del tratado con Chile (24 de mayo de 1958), a una modificación de todos ellos, es decir: con Perú (16 de mayo de 1959), modificado por Protocolo de 8 de noviembre de 2000; Paraguay (25 de junio de 1959), modificado por Protocolo de 8 de noviembre de 2000; Nicaragua (25 de junio de 1961) modificado por Protocolo de 28 de enero de 1999; Guatemala (28 de julio de 1961) modificado por Protocolo de 19 de noviembre de 1999; Bolivia (12 de octubre de 1961) modificado por Protocolo de 18 de octubre de 2000; Ecuador (4 de marzo de 1964) modificado por Protocolo de 25 de agosto de 1995; Costa Rica (8 de junio de 1964) modificado por Protocolo del 12 de noviembre de 1998; Honduras (15 de junio de 1966) modificado por Protocolo de 12 de noviembre de 2002; República Dominicana (15 de marzo de 1968) modificado por Protocolo de 2 de octubre de 2002; República Argentina (14 de abril de 1969) modificado por Protocolo de 3 de marzo de 2001. Igualmente el convenio de nacionalidad con Colombia (27 de junio de 1979) fue modificado por Protocolo de 14 de septiembre de 1998.

(26) A lo que hay que añadir la presión migratoria procedente, en particular, de Iberoamérica frente a la cual el propio Tribunal Supremo mantiene una doctrina reiterada, aunque en consonancia con las normas de pertinente aplicación, en cuanto a la facilidad de entrada en territorio español en calidad de "turista" que en gran número de personas se transforma después en residente ilegal, es decir, fuera de los supuestos legales previstos por la denominada Ley de Extranjería y su Reglamento. En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en

una competencia nacional y que, por tanto, Alemania no estaba dispuesta a contemplar esta dimensión, ni otras como la integración o repatriación de extranjeros inmigrantes, con cargo al presupuesto de la Comunidad.

Esta síntesis panorámica, a muy grandes trazos, por exigencia del espacio editorial, del problema enunciado en el rótulo de estas páginas revela que cada vez es más precisa una acción conjunta de la Unión Europea, de un esfuerzo común, con la adopción de políticas sobre controles en las fronteras, de asilo y de inmigración cuyos principios clave están previstos en los artículos III-265 a III-268 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,* firmado en Roma el viernes 29 de octubre de 2004, por los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea. Pero dada la situación en que éste se halla sólo cabe esperar.

reciente sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor magistrado don Rafael Fernández Valverde, niega que los extranjeros deban justificar "en todo caso" su visita a España, pues "lo que las normas imponen a los viajeros... es manifestar un motivo lícito de entrada y justificar documentalmente la verosimilitud de tal motivo; pero en el bien entendido sentido de que esta exigencia... en modo alguno es exigible en todo caso, sino sólo "en su caso", esto es, en "caso de duda" sobre el motivo que previamente se ha manifestado"; a ello se añade que "ni siquiera la conocida situación, socialmente contrastable, del flujo migratorio de los ciudadanos de dicho país (se trataba de un ciudadano de nacionalidad ecuatoriana) hacia España, con la finalidad de establecerse laboralmente en el país, puede ser entendida como un elemento determinante de esa sospecha generalizada...", por lo tanto no puede deducirse "una sospecha fundada sobre la inverosimilitud del destino turístico manifestado por él: la frustrada reserva hotelera y el desconocimiento de los concretos lugares o destinos a visitar no pueden constituir... el soporte de la mencionada sospecha de inverosimilitud", porque "no puede considerarse inusual o anormal un viaje de turismo carente de programación, en el que los lugares sucesivos a visitar y de hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse"; en consecuencia el ciudadano ecuatoriano en cuestión tiene el derecho "a entrar y permanecer en España por el tiempo previsto", que era el de 10 días según sus manifestaciones a las autoridades policiales

VISIÓN COMPARATIVA DEL MARCO REGULATORIO DE LA ADOPCIÓN DENTRO DEL ÁMBITO DEL MERCOSUR

Amalia URIONDO DE MARTINOLI
Asociada del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO:

I. PRECISIONES PREVIAS.

II. DISTINTOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN: Argentina: Ley 24.779; Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente; Brasil: Estatuto del Niño y del Adolescente; Chile: Ley Nº 19.620; Paraguay: Ley Nº 1136; Uruguay: Código del Niño y Ley 10.674.- Visión comparativa:

a) Forma de constituirla;

b) Requisitos;

c) Tribunal competente;

d) Procedimiento;

e) Registro;

f) Inscripción;

g) Nulidad.

III. DIVERGENCIAS LEGISLATIVAS:

a) Adopción internacional;

b) Prohibición de adoptar descendientes;

c) Impedimento temporal del tutor;

d) Adopción conjunta por personas convivientes;

e) Organizaciones internacionales intermediarias;

f) Tribunal competente;

g) Los padres partes en el juicio;

h) Audiencia del menor.

i) Privacidad de la audiencia de adopción.

IV. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA.

"Que el niño....salve al hombre.
Salve, por la poesía, la belleza,
la armonía de su patria, a su patria.
Lo demás le será dado al niño y al
hombre por añadidura. Así sea."
Juan Ramón Jiménez

I. PRECISIONES PREVIAS

1. El 26 de marzo de 1991 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firman el Tratado de Asunción y toman la decisión de constituir un Mercado Común, el que debía estar conformado el 31 de dicembre de 1994 bajo la denominación de Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Este grado de integración implica "...la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países..", incluyéndose entre los compromisos asumidos por los Estados Parte, el de "armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración"(art. 1). Dentro de su estructura institucional, la Comisión Parlamentaria Conjunta (1) es el órgano -sin potestad decisoria (2)- encargado de realizar los estudios para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, aprobar los proyectos correspondientes, y otras normas de Derecho de la Integración. Dicha función la atribuye su reglamento interno, y la confirma el Protocolo de Ouro Preto de 12 de diciembre de 1994 (art. 25).

(1) De acuerdo a lo dispuesto por el Protocolo de Ouro Preto la CPC es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Parte (art. 22). Su primer Reglamento de 6 de diciembre de 1991 fijó la cantidad de sesenta y cuatro miembros, correspondiendo a cada Estado Parte designar dieciséis representantes del Poder Legislativo, sin que los Reglamentos posteriores –25 de junio de 1996 y 13 de diciembre de 1997- variaran su composición. A tal efecto, Argentina dictó la Ley 24.109 (B.O. 5/8/1992) que determina la creación de una Comisión Bicameral del Mercosur en el ámbito del Congreso Nacional, la cual estará integrada por ocho senadores y ocho diputados elegidos por sus respectivos cuerpos (art. 1).

(2) El art. 21 del Protocolo de Ouro Preto sólo confirió capacidad decisoria a tres órganos: el Consejo Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CMC).

Los Estados del Mercosur abordan el proceso con marcado tinte aperturista, acorde a la doctrina del regionalismo abierto, que defiende los principios de no discriminación, de libre comercio, y de orientación hacia el exterior de los acuerdos regionales. Esta tendencia, se puede apreciar en el tratado fundacional al establecer que, el mismo estará abierto a la adhesión de los países miembros de la ALADI, después de cinco años de su vigencia. No obstante, serán admitidas antes del plazo referido las solicitudes de los países que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional (art. 20) (3). Es así que, durante el curso del año 1996 los cuatro miembros del Mercosur suscribieron sendos Acuerdos de Complementación Económica con los gobiernos de Chile -25 de junio - y de Bolivia - 17 de diciembre- que se inscribieron en la Secretaría de la ALADI como ACE N° 35 y ACE N° 36, respectivamente. La finalidad es crear una zona de libre comercio en un plazo máximo de diez años a través de la expansión y diversificación del intercambio comercial, de la eliminación de las restricciones arancelarias y no-arancelarias que afectan el comercio recíproco (art. 1).

Los acuerdos celebrados bajo el amparo del Tratado de Montevideo de 1980 y de la Resolución N° 2 del Consejo de Ministros de ALADI tienen, entre otros, el propósito de profundizar las relaciones económicas y comerciales, mediante un paulatino crecimiento de intercambios exteriores, impulsando el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros. De allí que, sus correspondientes títulos XII y XIV estén dirigidos a consolidar la integración física, pues los Estados signatarios se comprometen a facilitar "el tránsito de personas y la circulación de bienes, así como promover el comercio entre las partes contratantes y en dirección a terceros mercados" (arts.32 y 34) (4). Se advierte, entonces, que los obje-

(3) BASALDÚA, Ricardo Xavier estima que el art. 20 del Tratado de Asunción ha sido modificado por el "Acuerdo Parcial de Complementación Económica" N° 18 -que es la forma en que se registró en la ALADI el Tratado constitutivo del Mercado Común del Sur- cuyo art. 15 expresa: "El presente Acuerdo estará abierto a la adhesión, previa negociación, de los restantes miembros de la ALADI..." sin reproducir la limitación de cinco años que expresa la disposición del Tratado; Mercosur y Derecho de la integración, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p.556.

(4) La administración y evaluación de los Acuerdos estará a cargo de una Comisión Administradora integrada por el Grupo Mercado Común del Mercosur y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, este último a través de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON (art.46). En el Acuerdo firmado con Bolivia, la Secretaría Nacional de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto es la que integra la Comisión (art. 39).

tivos van más allá que el de constituir obligaciones recíprocas entre los países, dado que las disposiciones aluden en numerosas oportunidades a los particulares. En ese sentido, conviene recordar que el Preámbulo del Tratado de Asunción reafirma la voluntad política de lograr una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos.

2. Progresivamente los países del bloque y asociados fueron ampliando el tejido vinculante alrededor de los particulares. A mero título ilustrativo, cabe citar los intrumentos aprobados con la intención de establecer un método alternativo de resolución de las controversias, de implementar mecanismos que permitan el efectivo acceso a la justicia, y de facilitar el tránsito por sus respectivos territorios, flexibilizando las exigencias formales de los documentos administrativos.

A fin de cubrir el silencio normativo anterior (5), se firmó el acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (CMC/DEC N° 4/98), que instauró un sistema para solucionar los conflictos que puedan surgir de contratos comerciales internacionales concluidos entre personas físicas o jurídicas de derecho privado (6). Por otro lado, se promueve e intensifica la

(5) El sistema provisorio de solución de controversias establecido por el Tratado de Asunción (Anexo 3), fue modificado el 17 de diciembre de 1991 por el Protocolo de Brasilia y el 17 de diciembre de 1994 por el Protocolo de Ouro Preto. Años más tarde se elaboró el Reglamento del Protocolo de Brasilia (19 de diciembre de 1998 -Decisión Consejo Mercado Común N°17/98), en todas estas modificaciones se diseñaron las etapas que debe recorrer un particular para reclamar contra un Estado Parte del Mercosur: a) formalizar el reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común (GMC) donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios; b) dicha Sección, previa consulta con el particular afectado, tiene dos opciones a seguir: entablar contacto directo con la Sección Nacional del GMC del EP al cual se le atribuye la violación; o elevar el reclamo ante el GMC; c) si éste admite la queja, convoca a un grupo de expertos que debe dictaminar sobre la materia debatida en un plazo de treinta días; y d) si a juicio de los expertos no correspondiere el reclamo, depende del Estado Parte que lo efectuó decidir si acudirá al procedimiento arbitral. Ello significa que las personas físicas y jurídicas requieren de la representación estatal para hacer uso del procedimiento de solución de controversias. Con la finalidad de perfeccionar el sistema, el 18 de febrero de 2002 se aprobó "Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur", el que entró en vigor el 1 de enero de 2004 y fue reglamentado dentro de los sesenta días de su entrada en vigencia. Si bien es cierto que se introducen modificaciones al procedimiento establecido para el reclamo de los particulares, también es cierto que se mantiene el protagonismo exclusivo y decisivo de los Estados en detrimento de los mismos. En efecto, continúa la legitimación indirecta, ya que será la Sección Nacional del GMC la encargada de admitir las reclamaciones (Cap. XI).

(6) Argentina aprobó el Acuerdo por Ley 25.223 (B.O. 5/1/2000), sobre su contenido puede verse, entre otros: ALBORNOZ, Jorge, "El arbitraje en el Derecho internacional privado y en el Mercosur", Anuario Argentino de Derecho Internacional N° IX, 1999, p. 51-91; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur", Boletín del

cooperación jurisdiccional por medio del acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita (CMC/DEC N° 50/00) (7), que tiene en su mira amparar a los más necesitados. A tal efecto, se prevén mecanismos dirigidos a facilitarles el acceso a la jurisdicción en el territorio de los otros Estados para la defensa de sus derechos e intereses, reconociéndoles los beneficios de litigar sin gastos y las instancias de asistencia jurídica gratuita en igualdad de condiciones con los propios nacionales, ciudadanos, y residentes habituales.

En orden a eliminar gradualmente los trámites de entrada, salida, y estadía en los Estados Partes y Asociados, en la reunión de Ministros del Interior se alcanzó un acuerdo sobre Exención de Traducciones de Documentos Administrativos para Efectos de Inmigración (CMC/DEC N° 45/00), en virtud del cual se dispensa a los nacionales de cualquier país de la exigencia de traducción del pasaporte, cédula de identidad, testimonios de partidas o certificados de nacimiento y de matrimonio, así como del certificado de ausencia de antecedentes penales. De esa forma los miembros del MERCOSUR, junto a las repúblicas vecinas, reafirman el deseo de acordar soluciones jurídicas comunes tendientes a fortalecer el proceso emprendido.

Años atrás iniciamos el camino de la integración regional en Latinoamérica, hoy se hace necesario profundizar la conjunción dotando al sistema de bases económicas, políticas, culturales y jurídicas más sólidas. Desde esta perspectiva, considero que el proceso requiere la coordinación o armonización de las legislaciones nacionales vigentes, no sólo en las materias económicas y comerciales que han propiciado llevar adelante estos proyectos, sino también en aquéllas, que contemplan a la persona humana en su individualidad, como en sus relaciones vivenciales. En efecto, la libre circulación de las personas en el espacio integrado, manifiesta una creciente internacionalización de las relaciones familiares pues las pone en contacto con los distintos sistemas normativos estatales que confluyen en la regulación de las instituciones jurídicas: capacidad, matri-

Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 23, Rosario, 1998, p. 17-22; NOOT TAQUELA, M.B./ARGERICH, G., "Contribución de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial -CIAC-OEA- para el funcionamiento de los acuerdos de arbitraje del Mercosur", Revista de Derecho del Mercosur, Año 2, N° 6, diciembre de 1998, p. 195- 201; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, Solución de controversias, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 108-142.

(7) Ver el texto en Revista de Derecho del Mercosur, Año 5, N° 1, febrero de 2001, p. 111.

monio, filiación, patria potestad, separación y divorcio, alimentos, sucesión, etc.

Sin ignorar el marco fundamentalmente económico que impone la integración, centraremos nuestros comentarios en la problemática de la filiación adoptiva y, de forma especial, en la adopción de niños procedentes del extranjero.

Iniciaremos su tratamiento con el análisis de las soluciones contenidas en los ordenamientos de los países vinculados con mayor y menor intensidad al Mercosur, desarrollando los siguientes aspectos sustantivos y adjetivos: forma de constituirla; requisitos; tribunal competente; procedimiento; registro; inscripción; y nulidad. Seguidamente, marcaremos las cuestiones en las que se agudiza la divergencia legislativa en orden a dilucidar cuál es la vía más conveniente para limar esas asimetrías. En tal sentido, la propuesta se dirige a resolver la alternativa entre la armonización o la unificación del régimen de la adopción en el Mercosur.

II. DISTINTOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA ADOPCIÓN. VISIÓN COMPARATIVA.

1. Argentina: Ley 24.779 (B.O. 1/4/97)

3. Al momento de decidir nuestro país incorporar a los tratados, convenciones y declaraciones sobre Derechos Humanos a la Constitución Nacional - que desde 1994 comparten con ésta, su misma jerarquía (8)- fue modificando la legislación interna, o la fue adaptando por vía interpretativa para hacer efectivos los derechos allí reconocidos, que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter que inciden en la regulación de la institución familiar y social de la nación.

(8) Los tratados mencionados son los siguientes: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Con posterioridad a la reforma constitucional, la Ley 24.820 (EDLA, 1997-I-173) es la primera que se sanciona con las mayorías calificadas – aprobación por el Congreso y el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara- otorgándole rango constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Asimismo, en el año 2003 adquirió igual jerarquía la Convención Interamericana sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (BO, 23/2003).

Al año siguiente de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, se sancionó la ley 23.264 (B.O., 23/10/85), la cual introduce reformas sustanciales a las disposiciones del Código Civil atinentes a la filiación y al régimen de la patria potestad. En consonancia con los principios enunciados en los instrumentos internacionales mencionados, el nuevo art. 240 de dicho régimen, declara que la filiación puede tener lugar por naturaleza, o por adopción, reconociéndole iguales efectos jurídicos a ambas. A su vez, mediante la Ley 24.779 (BO, 1/4/97), se incorporó al mismo estatuto, el régimen de adopción de menores no emancipados, en el cual coexisten dos tipos de adopción: la simple y la plena (9). Si bien la primera confiere al adoptado la posición de hijo biológico, no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia de sangre del adoptante (art. 329). Tampoco se extinguen los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado, con excepción de la patria potestad (art. 331).

La adopción plena en cambio, concede al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. Determina una total equiparación a la situación jurídica de hijo biológico, y es irrevocable. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, desaparecen los lazos de parentesco con los integrantes de ésta, y todos sus efectos jurídicos, subsistiendo sólo los impedimentos matrimoniales (art. 323).

a) Forma de constituirla

4. La adopción se otorga siempre por sentencia judicial, a instancia del adoptante, y tendrá efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda (art. 322). De acuerdo al sistema legal vigente, el proceso de la adopción se desarrolla en dos etapas: una previa, en donde el juez otorga

(9) Puede consultarse el régimen de adopción establecido por la Ley 24. 779: ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., La adopción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; BELLUSCIO, Augusto C., Ley de adopción 24.779, Adenda del Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1997; FANZOLATO, Eduardo, La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998; LLOVERAS, Nora, Nuevo régimen de adopción, Depalma, Buenos Aires, 1998; MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, entre otros.

la guarda por un período que no podrá ser inferior a seis meses ni mayor de un año; y otra posterior, en la que se tramita el juicio de adopción propiamente dicho (art. 316) (10).

b) Requisitos

5. Puede ser adoptante toda persona capaz, cualquiera fuese su estado civil, siempre que reúna la edad mínima exigida (treinta años cumplidos) salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados, o los que aún no habiendo transcurrido ese término se encontrasen en la imposibilidad de tener hijos (arts. 315 y 321, inc. d). Junto a ello, se exige acreditar medios de vida y cualidades morales y personales que aseguren que la adopción es conveniente para el menor. Asimismo, quien pretenda adoptar, deberá probar de manera fehaciente e indubitable una residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda (art. 315).

Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, a menos que los adoptantes sean cónyuges, requiriéndose también que exista una diferencia de edad de dieciocho años o más con el adoptado (art. 312). La facultad que tiene el tutor para iniciar el juicio de guarda y adopción del pupilo o pupila, está condicionada a la finalización de las obligaciones emergentes de la tutela (art. 319).

En lo atinente al adoptado, es preciso que se trate de menores de edad no emancipados; huérfanos de padre y madre; que no tengan filiación acreditada; que se encuentren institucionalizados, y que sus padres se hubieren desentendido totalmente de ellos durante un año, o cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente, manifiesto, continuo, y que esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Asimismo, cuando los padres del menor hubiesen sido privados de la

(10) El Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado que se encuentra en estado parlamentario (elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración designada por las Res. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 191/02 y 144/02 e integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo Leopoldo Fermé, Rafael Manóvil, Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli, Beatriz Pallarés, María Blanca Noodt Taquela, Alicia Perugini Zanetti, Inés Weinberg de Roca, Horacio Piombo y Julio Rivera), regula la validez de la adopción por el derecho del domicilio del adoptado (art. 116, segundo párrafo).

patria potestad; o que hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción (arts. 311 y 325) (11).

Puede adoptarse a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente, pero todas las adopciones deben ser del mismo tipo (art. 313).

c) Tribunal competente

6. La demanda de adopción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, o del lugar donde se otorgó la guarda (art. 321, inc. a). Para otorgar la guarda será competente el juez o tribunal del domicilio del menor, o del lugar donde se comprobó el abandono del mismo (art. 316) (12). En el juicio de adopción son partes el o los adoptantes, y el Ministerio de Menores (art. 321, inc. b).

d) Procedimiento

7. Se ha otorgado al juez o tribunal la facultad de disponer de todos los medios de prueba o informaciones que estime conveniente para resolver en función del interés del menor. En consecuencia, podrá fijar audiencias para oir al adoptado y a toda persona que pueda proporcionar elementos de juicio que estime conveniente en beneficio del mismo (art. 321, inc. c). Entre las personas que el juez tiene la potestad de convocar para escuchar su opinión, se incluyen a los descendientes del adoptante, quienes serán asistidos por el asesor de menores si correspondiere (art. 314).

Habida cuenta que la adopción debe estar presidida por el interés superior del niño, se establece como regla del juicio de adopción la valoración de las condiciones que deben reunir el o los adoptantes, es decir, los medios de vida y las cualidades morales y personales que ostenten, a las cuales se añade la diferencia de dieciocho años de edad entre el adoptante y adoptado (art. 321, inc. d).

(11) El art. 116 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado regula las condiciones personales de adoptante y adoptado por los derechos de sus respectivos domicilios. "Si no se pudiera determinar el domicilio del adoptado se aplica, en cuanto le concierne, el derecho de su residencia habitual".

(12) El art. 38 del citado Proyecto atribuye competencia a "los tribunales del domicilio de la persona de cuya adopción se trate y subsidiariamente los de su residencia habitual o los del lugar donde se otorgó la guarda...".

e) Registro

8. El art. 2 de la ley 24.779 dispone que: "las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios". Al tratarse de una norma de carácter procesal -en un país federal como el nuestro- en donde "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal" (arts. 75 inc. 12, 121 y 126), la organización y reglamentación de los registros es una facultad reservada a aquéllas (13).

Así por ejemplo en la provincia de Buenos Aires, se creó el "Registro Central de Adopción", cuya organización corresponde al ámbito del poder judicial (Subsecretaría del Patronato de Menores de la Suprema Corte de Justicia y Secretaría de la Procuración General). Se prevé que dicho registro deberá recabar, entre otros datos: a) la lista de postulantes inscriptos en los juzgados de menores de dicha Provincia; b) la nómina de los menores tutelados que se encuentren en situación de adoptabilidad; y c) la nómina de menores "...a cuyo respecto se hubiera impetrado la adopción por ante juzgados civiles y/o tribunales de familia a efectos de posibilitarles ejercer oportunamente el derecho a conocer su identidad de origen" (14).

El 30 de mayo de 2001 se publicó en el boletín oficial de la provincia de Córdoba N° 102, el Decreto N° 1085, ordenando el cumplimiento, la protocolización, y la publicación de la ley provincial N° 8922 que crea el Registro Único de Adopciones, con asiento en la ciudad de Córdoba. La formación, mantenimiento, y actualización del registro depende del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia. Se dispone la registración de los menores de edad que se encuentren en estado de adoptabilidad, de los menores que han sido otorgados en guarda con fines de adopción, y de la lista única de pretensos adoptantes. Cabe aclarar que las inscripciones efectuadas en el libro de aspirantes mantendrán su vigencia durante el término de un año, contado desde la notificación de la aceptación, a cuyo término deberán presentarse los inscriptos ante la delegación del registro que

(13) La discusión parlamentaria sobre la constitucionalidad del artículo, puede verse en el Diario de Sesiones del Senado, 28/11/96. Intervención del senador Branda, p.185 y ss.

(14) El Registro fue organizado por medio de la Acordada 2269/88, la cual fue modificada por el Acuerdo N° 2707 del 4/6/1996, ver al respecto NIETO, Roberto, "El Registro único de aspirantes: ¿Hacia la administrativización de la adopción?; ED, 29 de abril de 1998.

receptó la solicitud a los efectos de su ratificación. Con la finalidad de posibilitar al adoptado conocer su realidad biológica, en consonancia con el art. 328 del CCiv., el registro deberá confeccionar además, un archivo con las copias de las resoluciones de adopción que cada juzgado realice.

Si bien el juez competente está compelido a respetar el orden de prioridad de los aspirantes isncriptos, podrá apartarse de dicho orden de preferencia con carácter restrictivo y valorando el interés del menor cuando se tratare: a) de hermanos; b) de niños con capacidades especiales; c) de la guarda solicitada por miembros de la familia del niño u otro vínculo de afinidad; d) de respetar la identidad cultural del niño; e) de los padres que en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el Juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia; y f) de lo más conveniente para el interés superior del niño.

Es decir, aunque se permite alterar el orden cronológico de la lista de inscriptos, lo que suscita dudas es si la inscripción en el registro de aspirantes a la adopción en las jurisdicciones donde esté reglamentado, constituye una condición indispensable para habilitar la solicitud de adopción. La respuesta al interrogante lo brinda la práctica jurisprudencial, ya que interpretó el texto legal bajo el prisma del interés superior del niño, otorgándole al registro de adoptantes su justo alcance en orden a impedir que la falta de inscripción se erija en un obstáculo insalvable para solicitar la guarda con fines de adopción.

La situación de conflicto se planteó respecto a un menor que, a los pocos días de nacer, fue entregado por su madre y abuela –representante necesaria- a un matrimonio que le proporcionó cuidados y contención afectiva durante nueve meses. El pedido de guarda con fines de adopción interpuesto por los guardadores, fue rechazado por la juez de menores de la ciudad de Corrientes, atendiendo a su falta de anotación en el registro de aspirantes de adopción (aprobado por la Acordada N° 20 del año 1994 del Superior Tribunal de Justicia), a la vez que dispuso la colocación del menor en un hogar de niños abandonados.

La línea argumental de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, marca la tensión que presenta el caso en dos aspectos fundamentales: hacer prevalecer la decisión de la madre biológica, o privilegiar la lista de pretensos adoptantes. La disyuntiva fue resuelta a favor de la primera opción, pues si la madre tiene facultad para dar su hijo en adopción, con

mayor razón puede elegir las personas que actuarán como guardadores preadoptivos. Al revocar el fallo y ordenar la inmediata restitución del menor a los accionantes, el tribunal pone de manifiesto que la inscripción en el registro no es integrativa de los requisitos exigidos para ser guardador, sin perjuicio de que la Justicia examine la conveniencia de tal decisión, considerando el interés superior del menor (15).

En ese sentido se orienta también la sentencia de la CNCiv., en la que se destaca que la inscripción previa del menor y de los postulantes en el registro único de aspirantes, que organiza el art. 2 de la ley 24.779, "no podía convertirse en un requisito indispensable que, en definitiva, terminara perjudicando al bien de la menor". El decisorio versa en sus aspectos centrales, en la situación de una niña que inmediatamente después del alumbramiento, fue derivada por orden judicial a un régimen de amas externas, donde permaneció hasta llegar la causa a segunda instancia, contando ya con seis meses de edad. El caso requería la instrumentación de un trámite abreviado, tendiente a la pronta acreditación de las condiciones de idoneidad de la postulante, y a la verificación de las circunstancias ambientales que la misma ofrecía a esos fines. La sala A resolvió entonces, revocar el pronunciamiento de primera instancia, en virtud del cual se había denegado el pedido de guarda preadoptiva interpuesto con anterioridad al nacimiento de la niña, por la falta de inscripción de la solicitante (16).

f) Inscripción

9. La sentencia que declara un nuevo estado de familia del menor, deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 338). La disposición es parca en su contenido, no proporciona mayores detalles respecto a la forma en que debe procederse a cumplir dicho acto. La registración de la existencia y condición jurídica de las personas físicas se relaciona con el Decreto-ley 8204/63 (B.O.3/10/63), que ordena la remisión al registro de todas las resoluciones judiciales que

(15) CApel. CC Corrientes, sala 3, febrero 13-2001, "A., L.J. s/situación", con nota de MOLINA, Alejandro C. "La guarda para adopción- El dolor de los niños sin familia y las deficiencias de los servicios del Estado-Algunas pautas para mejorar las cosas"; ED, 4/5/2001.

(16) CNCiv., sala A, 1998/05/12, "R.,Y", con nota a fallo de Abel M. Fleitas Ortiz de Rosas, "Condiciones sustanciales y prioridades en el otorgamiento de la guarda preadoptiva"; LL, 2000-D-351.

den origen, alteren, o modifiquen su estado civil, para su pertinente inscripción (art. 66).

g) Nulidad

10. El Código Civil distingue entre los supuestos de nulidad absoluta y relativa. Así, adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a los preceptos referentes a los siguientes aspectos: a) la edad del adoptado –21 años-; b) la diferencia de dieciocho años de edad entre adoptante y adoptado; c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor derivado de la comisión de un delito del cual hubiere sido víctima él mismo y/o sus padres; d) la adopción simultánea por más de una persona que no sean cónyuges; e) la adopción de descendientes; y f) la adopción entre hermanos o medio hermanos (art. 337, incs. a - f).

La nulidad absoluta "...puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto...", quedando su invocación abierta a todos los que tengan interés en hacerlo (art. 1047). Por ende están legitimados para peticionar la nulidad absoluta el adoptado, sus padres biológicos, otros familiares de sangre, parientes del adoptante, los terceros que tuvieren un interés legítimo, y el Ministero Público.

La nulidad de la adopción será relativa si se ha obtenido en violación a las disposiciones que establecen: a) la edad mínima del adoptante –treinta años-; y b) por vicios en el consentimiento -error, dolo o violencia- (art. 337, inc. 2,). Entre las causas de nulidad relativa se agrega el caso de la adopción del pupilo o pupila por el tutor, cuando no se hayan aprobado las cuentas de la tutela (art. 319).

Tienen legitimación procesal para solicitar la nulidad relativa, las personas que han expresado un consentimiento viciado, por ejemplo: el adoptante, el adoptado mayor de edad, o los padres biológicos del menor (17).

(17) El mencionado Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado establece que "...Para la anulación o revocación de la adopción son competentes los tribunales que la hubieren otorgado" (art. 38).

2. Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente. Ley N° 2026 de 27 de octubre de 1999

11. La nueva legislación (18) derogó las disposiciones del Código del Menor (Ley N° 1403 de 18 de diciembre de 1992), aunque mantiene su objetivo de establecer y regular el régimen de prevención, protección, y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño, niña, o adolescente, con el fin de asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia (art. 1).

A la vez que individualiza a los destinatarios de la normativa, introduce su calificación: se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años; mientras que será adolescente, desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos. Si bien los sujetos de protección son los anteriormente mencionados, excepcionalmente sus disposiciones se aplicarán a personas entre los dieciocho y veintiún años de edad, en los casos expresamente señalados por ley (art. 2).

Desaparece la figura de la adopción simple, por cuanto se define la adopción como una institución jurídica mediante la cual, se atribuye la calidad de hijo del adoptante al que lo es naturalmente de otras personas, y se asigna al vínculo establecido el carácter de irrevocable. Al adoptado se le concede el estado de hijo nacido de la unión matrimonial de los adoptantes, quedando extinguidos los vínculos con la familia de origen, con excepción de los impedimentos matrimoniales por razón de consanguinidad. Se prevé además, que la muerte de los adoptantes no restablece los vínculos, ni la autoridad de los padres biológicos. (arts. 57- 59).

El Código define y regula separadamente la adopción nacional, de la internacional. Esta última se configura, cuando los solicitantes son de nacionalidad extranjera, y residen en el exterior, o si siendo de nacionalidad boliviana, tienen domicilio o residencia habitual fuera del país, y el sujeto de la adopción es de nacionalidad boliviana radicado en el país. Es una medida excepcional, pues sólo procederá en atención al interés del niño, niña, o adolescente, y cuando se hayan agotado todos los medios para proporcionarle un hogar sustituto en territorio nacional. Junto a las disposiciones de fuente interna, se declaran aplicables las contenidas en instrumentos internacionales referidos a la materia, que hayan sido ratifi-

(18) El Código entró en vigencia el 23 de junio de 2000.

cados por Bolivia (arts. 84-86). Las normas sobre la adopción internacional rigen también a los extranjeros residentes en el país con una permanencia menor de dos años (art. 93).

La existencia de convenios vigentes entre este Estado y el de residencia de los adoptantes, constituye una condición indispensable para que proceda la adopción, designándose en los mismos la autoridad central encargada de realizar la tramitación y el seguimiento correspondiente. Dicha autoridad, realizará sus actuaciones directamente, o por medio de organismos debidamente acreditados en cada uno de los Estados contratantes. La información sobre tal designación, el ámbito de sus funciones, así como el nombre y dirección de los organismos acreditados y de sus representantes en Bolivia, deberán ser comunicados oficialmente al Estado receptor por medio de la autoridad central correspondiente (art. 87).

a) Forma de constituirla

12. La adopción solamente será concedida mediante sentencia dictada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, cuando se comprueben verdaderos beneficios para el adoptado y se funde en motivos legítimos (art. 63).

b) Requisitos

13. El sujeto de la adopción debe ser menor de dieciocho años, a la fecha de presentar la solicitud, salvo que ya estuviera bajo la guarda o tutela de los adoptantes. A la edad, se añade como requisito la resolución judicial que establezca la extinción de la autoridad de los padres, la acreditación de su orfandad, y la inexistencia de vínculos familiares (art. 62).

A los solicitantes extranjeros se les exige:

- Certificado que acredite la celebración del matrimonio antes del nacimiento del adoptado;

- Certificados de nacimiento de los cónyuges que aseguren tener más de veinticinco años y quince años mayores que el adoptado;

- Tener un máximo de cincuenta años de edad;

- Certificados médicos que justifiquen que los adoptantes gozan de buena salud física y mental; si el Juez de la Niñez y Adolescencia lo considera necesario podrá disponer su homologación por profesionales nacionales;

- Certificado otorgado por autoridad competente del país de origen que demuestre solvencia económica;

- Informe psicosocial elaborado en el país de residencia;

- Certificación de haber recibido preparación para padres adoptivos;

- Pasaportes actualizados;

- Certificados del país del solicitante que demuestren no tener antecedentes policiales ni judiciales;

- Certificado de idoneidad otorgado por las autoridades competentes del país de residensia de los solicitantes; y

- Autorización para el trámite de ingreso del adoptado al país de residencia de los solicitantes.

Todos los documentos otorgados en el exterior, deberán ser autenticados y traducidos al castellano, por orden de autoridad competente del país de residencia de los adoptantes, y se presentarán debidamente legalizados por la representación boliviana correspondiente (art. 91).

Podrán solicitar conjuntamente la adopción, las parejas que mantengan una unión conyugal libre o de hecho de manera estable, siempre que tuvieren residencia en Bolivia. Previamente deberán demostrar esta situación en proceso sumario, el cual se tramita ante el Juez Instructor de Familia (art. 80).

c) Tribunal competente

14. El Código atribuye competencia, al Juez de la Niñez y Adolescencia para conocer y decidir sobre las solicitudes de adopción nacional e internacional, de acuerdo con sus disposiciones y con las contenidas en la ley de Organización Judicial. Asimismo, se enuncian los requisitos exigidos para desempeñar dicho cargo: ser boliviano y ciudadano en ejercicio; poseer el título de abogado en Provisión Nacional; haber ejercido la profesión con crédito, ética, y moralidad por lo menos seis años, o la judicatura por cuatro años; no estar comprendido en los casos de exclusión o incompatibilidad establecidos por la citada ley u otras disposiciones vigentes; no tener antecedentes de incumplimiento de deberes familiares; y haber realizado cursos de especialización en derecho de familia, de la niñez y la adolescencia, o en derechos humanos.

El domicilio de los padres o de las personas responsables del menor, es el criterio utilizado para determinar la competencia territorial. De manera subsidiaria, se acude a la residencia donde se encuentre el niño, niña, o adolescente, ante la falta de sus padres o personas responsables (arts. 265, 266, 267 y 269).

d) Procedimiento

15. El Capítulo dedicado al procedimiento, desarrolla en forma detallada las etapas que se deben cumplir para arribar a la sentencia:

a) Acto preparatorio de la demanda: solicitud de adopción de un niño, niña, o adolescente boliviano, por parte de un ciudadano extranjero o nacional residente en el exterior, en la que será posible especificar el sexo y la edad aproximada del menor a adoptarse. La acción deberá ser presentada a través del responsable acreditado por la autoridad central del país de residencia de los solicitantes. Este funcionario, es el encargado de elevar dicha solicitud al Juez de la Niñez y Adolescencia. Bajo ningún concepto el Juez podrá aceptar las solicitudes introducidas en forma directa, al margen de lo establecido por el Código. El responsable acreditado acompañará a los adoptantes en todo el proceso (arts. 88 y 297).

b) Demanda y admisión: la demanda se interpone ante el Juez del domicilio del adoptado, exponiendo los motivos y cumpliendo los requisitos legales. En caso de que se trate de niño, niña, o adolescente sujeto a autoridad de uno o de ambos padres, será preciso adjuntar en forma escrita el consentimiento de éstos para la adopción. Previa a la admisión de la demanda, el Juez remite la documentación al Ministerio Público para que en el plazo de cuarenta y ocho horas emita su dictamen.

Si se tratare de un menor con filiación conocida, y/o que se encuentren en hogar sustituto, el magistrado ordenará a la entidad técnica correspondiente la elevación de los informes específicos, en un plazo no mayor de cinco días. Con el requerimiento del Fiscal, y previo informe técnico u homologación de los mismos por el equipo enterdisciplinario del juzgado (19), se admitirá la demanda y se procederá a la apertura a prueba por

(19) El Equipo Interdisciplinario está compuesto básicamente por un trabajador social y un psicólogo. Este Equipo mantendrá su autonomía respecto a otros similares que puedan funcionar en entidades estatales, nacionales o departamentales. El Consejo de la Judicatura proveerá recursos para su funcionamiento (art. 271).

un plazo de treinta días, señalándose día y hora para la audiencia de asignación (art. 298).

c) Audiencia de asignación: durante el curso de la audiencia, se dará lectura al informe que contenga datos sobre las condiciones para la adopción, evolución personal y familiar, historia médica, y las referidas a las necesidades particulares del niño, niña, o adolescente. De no existir objeción por parte de los futuros padres adoptivos, el juez efectuará la asignación del menor, revelará su identidad, y los autorizará a visitarlo en la entidad de acogimiento u hogar donde se encuentre. Asimismo, solicitará a esta entidad que realice el seguimiento de visitas por un lapso de tres días, y eleve el respectivo informe. Ante la objeción debidamente fundamentada de los solicitantes, el juez, previo dictamen fiscal, asignará por única vez a otro niño, niña, o adolescente, y procederá a lo señalado anteriormente. De no existir fundamentos válidos, dispondrá la inhabilitación permanente de los solicitantes a todos los efectos de adopción en el territorio nacional (art. 299).

d) Audiencia de entrega y período preadoptivo: una vez que el juez recibe el informe favorable de seguimiento, y luego de escuchar personalmente al menor en los términos previstos por el Código, fijará audiencia en el plazo de veinticuatro horas para conferir la guarda provisional, en calidad de período preadoptivo de convivencia con el o los adoptantes, por el tiempo que la autoridad judicial determine, observándose las peculiaridades de cada caso.

En el supuesto de adopción por extranjeros y bolivianos residentes o domiciliados fuera del país, la etapa de convivencia deberá ser cumplida en el territorio nacional por un tiempo no menor a quince días. En la misma resolución en la que se autoriza el período preadoptivo, la autoridad judicial ordenará a la entidad técnica o al equipo interdisciplinario realizar el seguimiento de la convivencia de otorgar la adopción, y presentar informe a los tres días de vencido este período (arts. 65 y 300).

e) Asentimiento y ratificación: cumplido el término probatorio, el juez fijará audiencia, a la que deberá asistir el fiscal, los representantes acreditados de la entidad técnica correspondiente, y los solicitantes, a efectos de receptar el asentimiento y la ratificación de quienes deban otorgarlos.

Acorde a los principios proclamados por la Convención sobre los Derechos del Niño, el magistrado deberá tener en cuenta las opiniones del

menor, en función de su edad y madurez. En todos los casos, escuchará a los adolescentes, y recabará la opinión del responsable de la entidad que tuviera a su cargo la guarda del niño, niña, o adolescente, por ser adoptado.

Con la finalidad de asegurar que las personas cuyo consentimiento sea requerido para la adopción, lo concedan libremente, sin que medie presión, promesa de pago, ni compensación, en la audiencia se les deberá informar y prevenir sobre las consecuencias jurídicas, sociales, y psicológicas de la medida, dejando en el expediente constancia escrita en acta. El juez a petición fiscal, o de oficio, puede disponer las diligencias y esclarecimientos que crea oportunos.

Se exige que el consentimiento conste por escrito, y que sea ratificado verbalmente durante la audiencia judicial, ante la presencia del Ministerio Público. Cuando se trate de uno o de ambos progenitores, el visto bueno debe ser otorgado después del nacimiento del hijo, sancionándose con nulidad el prestado con anterioridad a esa fecha. La entidad técnica gubernamental correspondiente, tendrá que verificar además que, la autorización no haya sido revocada, y que se acredite de manera contundente el vínculo familiar que une al niño, niña, o adolescente por ser adoptado, con la persona que otorgue su consentimiento (arts. 60, 62 y 301).

f) Sentencia: deberá pronunciarse dentro del plazo de tres días, previa notificación y dictamen fiscal. En la misma, se ordenará el seguimiento post-adoptivo, el que será efectuado por la autoridad nacional y los organismos acreditados para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales. Para cumplir el cometido, la entidad responsable está obligada a remitir cada seis meses durante dos años, los informes respectivos -vgr. adaptación psico-social, cultural, y estado de salud - al juez, y a la instancia técnica gubernamental (20) señalada en la resolución, sin

(20) Las instancias técnicas gubernamentales son dependencias administrativas y ejecutoras de la Prefectura de cada Departamento para el área de la niñez y la adolescencia. Se le atribuyen las siguientes facultades: establecer prioridades departamentales con relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes para su presentación a la Comisión de la Niñez y Adolescencia de los Consejos Departamentales Prefecturales; ejecutar políticas de atención del área de la niñez y adolescencia en el Departamento; brindar el sistema de protección y atención requerido para el cumplimiento de las medidas de protección social y las medidas socio educativas, de acuerdo con lo dispuesto por el presente Código; proporcionar un servicio técnico de preparación y seguimiento post-adoptivo para adopciones nacionales e internacionales; llevar registro, acreditación y seguimiento de las entidades públicas y privadas de atención a la niñez y adolescencia; suscribir convenios con instituciones privadas para la delegación de funciones de acuerdo con el presente Código; promover los mecanismos para la capacitación y seguimiento de las familias sustitutas (arts. 179 y 180).

perjuicio de que la autoridad competente de Bolivia, realice las acciones de control y seguimiento que estime convenientes.

Los informes deberán ser legalizados en la representación diplomática y/o consular boliviana que esté acreditada en el país de residencia de los adoptantes. Corresponde al secretario, que integra el Juzgado de la Niñez y Adolescencia, controlar el plazo otorgado para los informes de seguimiento, cuyo vencimiento presentará de oficio al juez. Tratándose de una adopción internacional, en la misma decisión se autorizará el egreso del menor al país de residencia de los adoptantes (arts. 89, 270 y 302).

El proceso judicial no podrá exceder los treinta días. El plazo se inicia cuando se admite la demanda, finalizando con el dictado de la sentencia. A los ciudadanos extranjeros o bolivianos residentes en el exterior, se les exige estar presentes desde la primera audiencia señalada por el juez, hasta la fecha de la resolución defintiva (arts. 64 y 90).

El Código, además de regular casuísticamente el procedimiento, actúa efectivamente los principios que en él se establecen, tales como: oralidad, sin excepción alguna; especialidad en materia de niñez y adolescencia de los órganos encargados de la aplicación y ejecución de sus disposiciones; y celeridad, a través del cumplimiento estricto de los términos procesales (art. 215).

e) Registro

16. El registro de las personas que se encuentren en estado de adaptabilidad, estará a cargo de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia (21), en donde se hará constar la edad, sexo, condiciones de salud, y antecedentes de vida, así como la respectiva resolución sobre la extinción o inexistencia de la autoridad de los padres. Llevarán también un registro de todas las adopciones concedidas, tanto nacionales como internacionales, al igual que las Instancias Técnicas correspondientes (arts. 76, 77 y 269).

f) Inscripción

17. En la sentencia que conceda la adopción, el juez ordenará la inscripción del adoptado en el Registro Civil, como hijo de los adoptantes.

(21) El personal de los juzgados está constituido por el Juez de la Niñez y Adolescencia, por un secretario abogado, un auxiliar, un oficial de diligencias y un Equipo Interdisciplinario de apoyo y asesoramiento, conformado de acuerdo con el presente Código (art. 268).

En el certificado de nacimiento no se indicarán los antecedentes de la inscripción. La libreta de familia y los certificados que se expidan, mencionarán al hijo como nacido de los adoptantes. La partida antigua será cancelada mediante nota marginal, y no podrá otorgarse ningún certificado sobre ésta.

La nueva partida sólo referirá la parte resolutiva de la sentencia judicial, sin consignar otros detalles, y el expediente será archivado y puesto en seguridad (arts.72, 73 y 302).

g) Nulidad

18. Queda terminantemente prohibido, bajo sanción de nulidad, que en los trámites de la adopción, los padres biológicos, los responsables, y los adoptantes, actúen mediante poder u otro instrumento de delegación, salvo en las actuaciones preparatorias para la adopción internacional, antes de la primera audiencia (art. 70).

3. Brasil: Estatuto del Niño y del Adolescente. Nuevo Código Civil: Ley N° 10.406 de 10 de enero de 2002

19. La Constitución de la República Federativa de Brasil de 5 de octubre de 1988, incluye en materia de derechos fundamentales de la persona humana - y en lo que denomina "Del orden social" (Título VIII) - el capítulo VII dedicado a la familia, al niño, al adolescente, y al anciano. De manera expresa declara que, la familia es la base de la sociedad, y que es objeto de especial protección por parte del Estado. A tal efecto, a la par del matrimonio, se reconoce y asimila a la unión estable entre el hombre y la mujer, como entidad familiar, quedando también comprendida dentro de esa categoría la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes (art. 226).

El artículo siguiente, prevé la regulación de la adopción por el poder público mediante una ley, la que determinará los casos y las condiciones de su ejercicio por parte de los extranjeros, agregando a renglón seguido que: "los hijos, habidos o no dentro de la relación matrimonial, o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones, prohibiéndose cualquier diferencia discriminatoria relativa a la filiación" (num.5 y 6)

Por su parte, la Ley N° 8069 de 13 de julio de 1990, bajo el título del "Estatuto del Niño y del Adolescente", dispone la protección integral de

los niños - hasta los doce años de edad- y del adolescente -persona entre doce y dieciocho años de edad (arts 1 y 2), admitiendo sólo la adopción plena, a la que le atribuye el carácter de irrevocable (art. 48), pues aunque fallezca el adoptante, la patria potestad no retrovierte a los padres biológicos (art. 49). El menor se integra así, como hijo a la familia del adoptante, desvinculándoselo definitivamente de sus padres biológicos, salvo lo relativo a los impedimentos matrimoniales (art. 41). EI art. 1626 del Nuevo Código Civil añade un parágrafo único, disponiendo que si uno de los cónyuges o concubinos adopta el hijo del otro, se mantienen los vínculos de filiación entre el adoptado y el cónyuge o concubino del adoptante y los respectivos parientes.

La colocación de un menor en una familia sustituta extranjera, constituye una medida excepcional, solamente admisible bajo la modalidad de adopción (art. 31). La Ley N° 10. 406 expresa que la adopción peticionada por un extranjero obedecerá a los casos y condiciones que fueren establecidos en ley.

a) Forma de constituirla

20. El procedimiento será siempre tramitado ante autoridad judicial, y la sentencia es constitutiva de filiación (art. 47). Por su lado, el Código Civil establece que la adopción de mayores de dieciocho años dependerá, igualmente, de asistencia efectiva del Poder Público y de sentencia constitutiva (art. 1623, parágrafo único).

b) Requisitos

21. El adoptante debe reunir las siguientes condiciones: edad mínima dieciocho años, independientemente del estado civil, ya que se admite las adopciones por concubinos, por los divorciados y separados judicialmente, siempre que la guarda previa hubiera comenzado durante la convivencia familiar. En caso de que adopten matrimonios o concubinos, basta con que uno solo de los integrantes de la pareja haya cumplido la edad requerida. Debe haber una diferencia de edad con el adoptado de dieciséis años (art. 42; CCiv. arts. 1618, 1619 y 1622). El tutor o curador están impedidos de adoptar a sus pupilos, hasta tanto no se hayan saldado las cuentas de la administración (art. 44; CCiv. art.1620).

En cuanto a las exigencias establecidas para el adoptado, la ley prohibe la adopción de mayores de dieciocho años, excepto que el menor se hubiere hallado bajo la guarda o tutela de los adoptantes antes de cumplir esa edad (art. 40).

c) Tribunal competente

22. Será el Juez de la Infancia y de la Juventud el que conocerá de los pedidos de adopción y sus incidentes, cuya competencia será determinada por el domicilio de los padres o responsables del niño o del adolescente; y a falta de éstos, por el del lugar donde el menor se encontrare (arts. 147 y 148).

d) Procedimiento

23. La adopción debe proporcionar amparo moral y material al menor, basarse en motivos legítimos, y estar precedida por una etapa de convivencia con el niño o adolescente, dentro del plazo que fijará el juez, de acuerdo a las peculiaridades de cada caso (art. 46). Se puede dispensar el cumplimiento de este último requisito, cuando se tratare de un menor de un año de edad, o si, cualquiera fuere su edad, ya se encontrare en compañía del adoptante durante el tiempo suficiente para poder evaluar la conveniencia de la adopción. Al prescribir que la adopción será precedida por un período de convivencia en el territorio brasilero - de quince días como mínimo para el niño de hasta dos años de edad, y de no menos de treinta días cuando el niño fuese mayor de esa edad - se contempla el caso de una adopción peticionada por un extranjero residente o domiciliado fuera del país (art. 46, inc. 2).

Entre las personas que necesariamente deben prestar su consentimiento en el proceso, se mencionan a los padres o al representante legal del menor, y al adoptado mayor de doce años (art. 45; CCiv. art. 1621). La legislación civil prevé además, los supuestos en los que será dispensado el consentimiento del representante legal del menor: si se probara que se trata de un menor expósito, o de un menor cuyos padres sean desconocidos, estén desaparecidos o hayan sido destituídos del poder familiar, sin nombramiento de tutor, o de un huérfano que no haya sido reclamado por cualquier pariente por más de un año (art. 1624).

Los extranjeros que pretendan adoptar niños brasileños, están obligados a garantizar, mediante documento expedido por la autoridad competente de su respectivo domicilio, que están debidamente habilitados para ello por las leyes de su país, y tendrán también la carga de adjuntar el estudio psicosocial elaborado por una agencia especializada y acreditada en su país de origen.

La autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Público, podrá exigir la presentación del texto de la legislación extranjera, con la prueba de su vigencia. Toda la documentación proveniente del exterior deberá tener la autenticación consular requerida por los tratados o convenciones internacionales, siendo necesario añadir la traducción correspondiente efectuada por un traductor público juramentado. No se permitirá la salida del niño del territorio nacional, antes de ser otorgada su adopción (art. 51). Asimismo, se dispone que la adopción internacional, podrá estar condicionada a la realización de estudios previos, y a la habilitación de una comisión estadual judiciaria de adopción para instruir el proceso adoptivo (art. 52).

e) Registro

24. La autoridad judicial mantendrá en cada comarca o jurisdicción dos registros: uno, de menores y adolescentes en condiciones de ser adoptados; el otro, de las personas interesadas en adoptar (art. 50). La habilitación para la inscripción se dará después de consultar a los órganos técnicos del juzgado, con previa vista al Ministerio Público. No será concedida la inscripción, si el interesado no satisface los requisitos legales, o si se verifica cualquiera de los supuestos previstos en el art. 29 (art. 50). Las hipótesis mencionadas en este artículo, tienen por objeto revelar la incompatibilidad con la naturaleza de la medida, o demostrar que no se trata del ambiente familiar adecuado.

En tanto que el registro centralizado de extranjeros que pretenden adoptar, será llevado por la comisión estadual judiciaria de adopción (art. 52, parágrafo único).

f) Inscripción

25. El mandato judicial será archivado, y cancela el registro original del adoptado, sin admitir planteos sobre el origen del acto en las partidas del Registro Civil (art.47).

g) Nulidad

26. La subsección IV del Estatuto del Niño y Adolescente que regula la adopción, carece de disposiciones que contemplen las causales susceptibles de ocasionar la nulidad del vínculo adoptivo, razón por la cual, será posible recurrir a las reglas generales previstas en el Código Civil (Capítulo V, arts. 145 y ss). Ahora bien, habida cuenta que compete al Ministerio Público oficiar en todos los procedimentos de competencia de la Justicia de la Infancia y Juventud, el mismo Estatuto establece que la falta de intervención del mismo, acarrea la nulidad del acto, la que será declarada de oficio por el juez a requerimiento de cualquier interesado (arts. 201, ap.III y 204).

4. Chile: Ley N° 19.620 (Diario Oficial de 5 de agosto de 1999)

27. La Constitución Política de la República, declara en su art. 1° inc. 2, que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"; y más adelante, agrega que "es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...".

Si bien el Código Civil de Andrés Bello privilegió claramente la filiación matrimonial, la sanción de sucesivas leyes mejoró notablemente la condición del vástago natural, hasta terminar definitivamente con toda discriminación entre los hijos. Actualmente, todos los menores, provengan de filiación matrimonial o no matrimonial, gozan de los mismos derechos (22).

El Código Civil (23), en el título VII "De la Filiación", establece que "la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva"(art. 179, 2° párr.). Esta legislación, es la que actualmente lleva el número 19.620, cuyo art. 47 determina que, entrará en vigor, simultáneamente con la Ley 19.585 (que modifica el C. Civil en lo relativo a la filiación), hecho que se produjo el 27 de octubre de 1999.

---

(22) RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 20.

(23) Edición oficial aprobada por Decreto N° 803 de 29 de agosto de 2000 del Ministerio de Justicia.

El nuevo régimen sobre filiación adoptiva, al derogar la legislación anterior, es decir, las leyes 7.613 de 21 de octubre de 1943 y 18.703 de 10 de mayo de 1988, introdujo una disposición transitoria (art. 45). Ese artículo reguló de forma expresa la situación de quienes a la fecha de entrada en vigor, tenían la calidad de adoptante y adoptado, conforme a los textos citados, los que "continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria".

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la normativa. En consecuencia, el menor pierde sus vínculos de filiación de origen, salvo los impedimentos para contraer matrimonio (arts. 1 y 37).

a) Forma de constituirla

28. La adopción se constituye por sentencia judicial, dictada en un procedimiento no contencioso, en el cual no se admite oposición y, cuando corresponda, deberá sujetarse a las convenciones internacionales que regulen la institución y que se encuentren ratificados por Chile (arts. 23, párrf. 2 y 29).

b) Requisitos

29. La ley distingue entre adoptantes residentes en Chile, y no residentes en el país, sean nacionales o extranjeros (Título III- párr. tercero, arts. 29 y siguientes). En este último caso, sólo pueden recibir en adopción: a) los cónyuges que tengan dos o más años de matrimonio; b) que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos, por el Servicio Nacional de Menores u organismo acreditado ante éste; c) que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta; y d) con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado.

Quedan impedidas de adoptar las personas solteras o viudas, por cuanto esa posibilidad queda reservada a los chilenos con residencia permanente en el país, salvo que se tratare del viudo o viuda de un matrimonio que en vida, hubiere iniciado la tramitación correspondiente (arts. 6, 22 y 31).

La adopción por personas no residentes, sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en el país interesados en adoptar al menor. No obstante, la normativa establece una importante excepción, pues "si median razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor" - que el juez expondrá fundadamente en la misma resolución - se admite acoger "a tramitación la solicitud de adopción de un menor presentada por un matrimonio no residente en Chile, aun cuando también estén interesadas en adoptarlo personas con residencia permanente en el país".

Sólo se permite la adopción de menores de dieciocho años de edad, en determinadas situaciones: a) menor cuyos padres no se encuentren capacitados, o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él, y que hubieren manifestado ante el juez competente su voluntad de entregarlo en adopción; b) menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes; y c) menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente (art. 8). El límite de edad previsto, está relacionado con la mayoría de edad, que se alcanza a los mismos años, tal como lo dispone el art. 1 de la Ley N° 19.221 (Diario Oficial N° 34.579, de 1 de junio de 1993).

El juez que conoce de la adopción, tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si se tratare de un "menor adulto", será necesario contar con su consentimiento, que deberá manifestarlo expresamente ante el magistrado durante el respectivo procedimiento, previo a la adopción (art. 3). La definición de menor adulto, la proporciona el título preliminar del Código Civil, que adjudica esa calidad a la persona que ha dejado de ser impúber, es decir, al varón que ha cumplido catorce años y a la mujer que ha cumplido doce años (art. 26).

c) Tribunal competente

30. Para determinar la competencia, el texto legal emplea distintos criterios, según que la adopción sea solicitada por personas residentes en el país, o en el extranjero. En el primer caso, será competente el Juez de Letras de Menores del domicilio de los adoptantes (art. 23); en el segundo, tendrá competencia el mismo tribunal, aunque de la circunscripción correspondiente al domicilio del menor, o el de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34).

d) Procedimiento

31. Los matrimonios interesados en la adopción deberán presentar junto a su solicitud, diversos documentos autenticados, autorizados, legalizados, según corresponda, y traducidos al castellano:

- Certificados de nacimiento y matrimonio de los solicitantes;

- Copia íntegra de la inscripción de nacimiento de la persona que se pretende adoptar;

- Copia autorizada de la resolución judicial que declara que el menor puede ser adoptado;

- Certificado expedido por el cónsul chileno de profesión u honorario, en que conste que los solicitantes cumplen con los requisitos para adoptar según la ley de su país de residencia o, en su defecto, otro instrumento idóneo que permita al tribunal formarse esa convicción;

- Certificado de la autoridad de inmigración del país de residencia de los solicitantes en que consten los requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar en el mismo;

- Certificado autorizado por el organismo gubernamental competente del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere o, en caso contrario, otro instrumento idóneo para formar la convicción del tribunal, en que conste la legislación vigente en aquel país en relación con la adopción así como acerca de la adquisición y pérdida de la nacionalidad del futuro adoptado;

- Informe social favorable emitido por el organismo gebernamental o privado acreditado que corresponda del país de residencia de los solicitantes, si lo hubiere, o en su defecto, otros antecedentes que acrediten esta materia a satisfacción del tribunal;

- Certificados que comprueben, a satisfacción del tribunal, la salud física, mental, y psicológica de los solicitantes, otorgados por profesionales competentes del país de residencia de los solicitantes;

- Antecedentes que demuestren la capacidad económica de los solicitantes;

- Fotografías recientes de los solicitantes;

- Tres cartas de honorabilidad de los solicitantes, otorgadas por autoridades o personas relevantes de la comunidad en su país de residencia (art. 32).

Si no se presentaren estos antecedentes, el tribunal no acogerá a tramitación la solicitud (art. 33). Los solicitantes deberán comparecer personalmente ante el juez cuando éste lo estime necesario, lo que deberá ocurrir por lo menos una vez en el curso del proceso. Mientras se tramita el procedimiento de adopción, el menor podrá quedar al cuidado de uno de los solicitantes, pero no podrá salir del país sin la autorización del tribunal (art. 35) (24).

e) Registro

32. El Servicio Nacional de Menores, debe llevar dos registros: uno, de las personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquéllas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; el segundo, de los menores suceptibles de ser adoptados (art. 5).

La ley garantiza la reserva de todas las tramitaciones judiciales y administrativas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción no hayan manifestado lo contrario (art. 28). El incumplimiento del deber de reserva por parte del funcionario público, se sanciona severamente (arts. 39 y 40).

f) Inscripción

33. La sentencia que acoja la adopción, ordenará a los órganos correspondientes el envío de la ficha individual del adoptado, y de cualquier otro antecedente que permita su identificación. También dispondrá que se remita el expediente a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado, como hijo de los adoptantes. El pedido de inscripción, podrá ser formulado por los mismos adoptantes o por un tercero a su nombre.

A diferencia de los otros ordenamientos analizados, la disposición detalla la forma en que la sentencia debe disponer la correspondiente inscripción: al contemplar la adopción de dos o más menores, y señalar la diferencia de edad que debe existir entre ellos -doscientos setenta días- prescribe respetar el plazo referido, aun cuando la diferencia entre las

(24) Puede consultarse RAMOS PAZOS, René, Derecho de Familia, Tomo II, ob. cit., p. 457 y ss.

fechas de nacimiento fuere inferior, aplicando la misma regla para el caso del o los adoptados y los hijos de los adoptantes.

A mayor abundamiento establece que, "si la diferencia de edad entre los adoptados, o entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, de modo que aparezcan nacidos en el mismo día". Asimismo incorpora una novedosa solución, en el supuesto de que el menor haya nacido antes del matrimonio de los adoptantes, pues prevé que "el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha del nacimiento, una que concilie la edad que aparente el menor con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes".

Determinada la fecha, se cancela la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad (art. 26).

g) Nulidad

34. La única causal que hace procedente la nulidad de la adopción, es la obtenida por medios ilícitos o fraudulentos. El adoptado, por sí o por curador especial, podrá pedir la nulidad ante el Juez de Letras con jurisdicción sobre el territorio en el cual se tramitó la liberalidad (art. 38).

5. Paraguay: Ley Nº 1136 "De adopciones" de 22 de octubre de 1997

35. La Constitución de 20 de junio de 1992, reconoce a toda persona humana el derecho a la vida, garantizando su protección desde la concepción (Parte I- "De las Declaraciones Fundamentales, de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías", art. 4). En sintonía con los tratados sobre derechos humanos, afirma que "la familia es el fundamento de la sociedad", y que se promoverá y garantizará su protección integral. Dentro de esta categoría, se incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes (art. 49). De igual modo, establece el deber jurídico de asegurar al niño su desarrollo armónico e integral, que estará a cargo de la familia, de la sociedad, y del Estado. De forma expresa se declara la igualdad de los hijos ante la ley, prohibiéndose cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales. La Carta Magna también manifiesta que, en caso de conflicto, los derechos del niño tienen carácter prevaleciente (arts. 53 y 54).

La Ley Nº 1136 sólo admite la adopción plena, indivisible e irrevocable, confiriendo al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, y otorgándole los mismos derechos y obligaciones que a los hijos biológicos. Se lo desvincula definitivamente de la familia de origen, salvo lo referido a los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consanguinidad (art. 3).

Permite igualmente, la adopción por personas residentes en el extranjero, cuyo otorgamiento será excepcional y en forma subsidiaria a la adopción nacional, ya que se prefiere a nacionales o extranjeros con radicación definitiva en el país (arts. 6). El carácter subsidiario que la ley le otorga a la adopción internacional, se reitera en otras disposiciones: una de ellas es la que impone al juez la obligación de confirmar la ausencia de familias nacionales, aptas para adoptar al niño declarado en estado de adopción; y la otra, es la que delega al Centro de Adopciones la búsqueda de familias nacionales, debiendo justificar por escrito pormenorizado, cuando no las encuentre (art. 27 y 35).

El texto legal dedica el capítulo V a la adopción internacional, entendiendo por tal, la efectuada por personas residentes en el exterior, a favor de niños y adolescentes domiciliados en Paraguay, aunque esta posibilidad queda reservada a los países ratificantes de la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (art. 25).

El artículo siguiente consagra para el niño adoptado por personas residentes en el extranjero, iguales derechos a los otorgados por la legislación de ese país. Asimismo tendrá derecho a entrar y salir permanentemente en el Estado de recepción de la adopción internacional.

a) Forma de constituirla

36. La adopción plena se alcanza solamente a través de un procedimiento judicial, y se otorgará por sentencia definitiva, la que no podrá ser revocada una vez que cause ejecutoria (art. 51). Como la sentencia que resuelve la adopción puede ser apelable ante la Cámara de Apelación en lo Tutelar del Menor, se considerará que causa ejecutoria, cuando haya sido dictada a los cinco días de vencido el plazo de tres días otorgados al fiscal del menor, al defensor del niño, y al adoptante, por su orden, para que se pronuncien sobre el expediente (arts. 48, 49 y 50).

b) Requisitos

37. Pueden ser adoptantes personas de uno u otro sexo, independientemente de su estado civil, otorgándose preferencia en igualdad de condiciones a los matrimonios, a las uniones de hecho, y a las mujeres. Esta disposición se vincula con la que establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges con tres años de matrimonio, o dos personas de sexo diferente convivientes durante cuatro años o más (arts. 8 y 10). Interesa subrayar que la Constitución Nacional de 1992, otorga a las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio y que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, efectos similares al matrimonio (art. 51).

En cuanto a la edad de los adoptantes, se fija un límite mínimo -25 años- y uno máximo -50 años- en estos casos, se reconoce como excepción la convivencia previa con el adoptable de por lo menos un año de duración. Se requiere además, que los adoptantes tengan una diferencia no menor de veinticinco años, ni mayor de cincuenta años. De tratarse de una pareja, la diferencia se computa respecto a la persona más joven (art. 11).

No pueden adoptar las personas que padezcan enfermedades infectocontagiosas, trastornos sicóticos o deficiencia mental, ni las que hayan sido condenadas o estén procesadas por delitos cometidos contra un niño (art. 14). Tampoco lo puede hacer el tutor respecto a su pupila o pupilo, mientras se halle en ejercicio de la tutela, y hasta la aprobación judicial de las cuentas de su administración (art. 15).

Con referencia a la persona del adoptado, debe tratarse de un niño o adolescente que reúna las siguientes condiciones: a) ser huérfano de padre y madre; b) hijo de padres desconocidos; c) hijo de padres biológicos que haya sido declarado en estado de adopción; d) hijo de uno de los cónyuges o conviviente que haya prestado su consentimiento; y e) que se encuentre por más de dos años acogido bajo tutela o guarda del adoptante, previo consentimiento de los padres biológicos o declaración judicial de estado de adopción, según el caso (art. 7).

c) Tribunal competente

38. Los juzgados tutelares del domicilio del niño o adolescente, serán competentes para resolver los procesos de adopción, en los que actuarán

como partes: el niño, su defensor, el o los adoptantes, el fiscal del menor, y los padres biológicos, en caso de adopción por su cónyuge o compañero de hecho (arts. 38 y 39).

d) Procedimiento

39. Las solicitudes de adopción deberán ser acompañadas de los documentos e informaciones sobre las condiciones personales, antecedentes judiciales, familiares, sociales, y medios de vida del o los adoptantes (art. 34). Cuando se trate de solicitudes de adopciones internacionales, sólo podrán presentarse en la sede central del Centro de Adopciones de la capital, a través de las autoridades centrales del país de los padres adoptantes. Mientras que las solicitudes de adopción nacional se presentarán ante el juzgado de turno, el cual dará traslado de éstas a dicho Centro (art. 33).

El citado organismo es la autoridad administrativa central en materia de adopciones, el que estará a cargo de un Director General y de un Consejo Directivo compuesto de cinco miembros, asesorado por un equipo técnico multidisciplinario (25), quienes elevarán las propuestas de adopción y dictaminarán sobre las mismas a los juzgados competentes.

Entre otras funciones, al Centro le compete: analizar las solicitudes de adopción internacional y emitir los informes correspondientes; plantear al juez competente la propuesta de adopción debidamente fundada, que servirá como inicio para el juicio de adopción; realizar el seguimiento de las adopciones en el exterior, a través de las autoridades centrales de los países de recepción y de sus organismos acreditados, con los cuales, establecerá una comunicación permanente y brindará información pertinente referente a legislaciones, estadísticas, y otras de carácter específico y general; tomar las medidas necesarias para impedir el beneficio económico indebido en casos de adopción, y para prevenir el secuestro, venta, y comercio de niños; velar por el cumplimiento de los convenios y acuer-

(25) El Director General debe ser de nacionalidad paraguaya, graduado universitario con más de cinco años de experiencia en trabajos de protección a la infancia y de reconocida idoneidad profesional.. Integran el Consejo Directivo: el Director del Centro de Adopciones y los representantes del Sistema Nacional de la infancia y adolescencia, de la Secretaría de la Mujer, del Ministerio Público y de organismos no gubernamentales. Para ser miembro del Consejo se requiere idoneidad y experiencia de por lo menos tres años en trabajos de protección a la infancia. Componen el Departamento Técnico los siguientes profesionales: dos abogados, dos psicólogos, un médico pediatra y cuatro trabajadores sociales (art. 30).

dos internacionales relacionados con la adopción y los derechos del niño, que hubieren sido ratificados por Paraguay. (arts. 28, 29, 30 y 32).

40. La ley distingue entre un procedimiento administrativo, y otro judicial. El primero corre a cargo del Centro de Adopciones, que deberá reglamentar: a) las condiciones y requisitos para el acompañamiento en el período de mantenimiento del vínculo familiar, el que durará cuarenta y cinco días o más según criterio del Juez; b) la verificación de la identidad del niño y su historia de vida; c) la localización de sus padres biológicos y familiares; d) los documentos e informes que deberán integrar el legajo de los adoptantes y el de los niños declarados en estado de adopción; y e) las condiciones en que debe realizarse el procedimiento a utilizar con relación a los niños y a los padres adoptantes, antes de la presentación de la propuesta de adopción al juez (art. 36).

El procedimiento judicial comprende dos fases independientes: un proceso previo, en el que se declara al niño en estado de adopción, remitiéndose copia de la declaración al Centro de Adopciones, junto con la documentación e información pertinente (arts. 23 y 37).

La segunda fase, esto es, el juicio de adopción propiamente dicho, se inicia con la pretensión de los adoptantes, y la propuesta de adopción presentada por el Centro de Adopciones, corriéndosele vista de las actuaciones al agente fiscal de menores y al defensor del niño. Una vez aceptada la propuesta, el juez fija audiencia para oir a los adoptantes, en donde se hará constar los siguientes aspectos: la identidad de los mismos; la aptitud para ser adoptantes y el cumplimiento de los requisitos de idoneidad exigidos; que hayan tenido acceso a todos los antecedentes conocidos del niño, y a cualquier otra información que hace a su identidad e historia personal; que han contado con asesoramiento sobre las implicancias y las responsabilidades de la adopción, antes de prestar su consentimiento; y que, fueron informados sobre el seguimiento del que serán objeto en los tres años posteriores a la adopción (art. 40).

En el caso de las adopciones nacionales, corresponde al Centro de Adopciones realizar el seguimiento, en tanto que son las autoridades centrales de los respectivos países de recepción, las encargadas de realizarlo en las adopciones internacionales (art. 47).

El juez oirá al niño en audiencia, debiendo cerciorarse respecto a: su identidad, origen, e historia personal y de sus antecesores; que se ha cumplido el período de mantenimiento del vínculo familiar; que estén correcta y detalladamente descriptas- según las posibilidades - las informaciones del niño, y de sus antecesores en sus aspectos físicos, médicos, y psíquicos; que su opinión haya sido y sea tenida en cuenta según su madurez; y que al prestar su consentimiento, cuando sea mayor de doce años, cuente con asesoramiento adecuado, libre de presiones, y compensaciones de clase alguna (art. 41).

Luego de verificar que los padres biológicos, el niño mayor de doce años de edad, y los adoptantes, han prestado en debida forma su consentimiento para la adopción, el juez dispondrá la guarda provisoria del posible adoptado, por un período no menor de treinta días, con los adoptantes propuestos (arts. 18 y 43). Es preciso aclarar que el consentimiento de los padres biológicos, sólo es recabado en dos situaciones: cuando el adoptable es hijo del cónyuge o conviviente del adoptante, o cuando el niño lleva más de dos años acogido bajo la tutela o guarda del adoptante.

El departamento técnico del Centro de Adopciones, elevará un informe al juez después de haber evaluado el proceso de adaptación, quien dará por concluido el período de convivencia si el informe fuera favorable, o revocará el otorgamiento de la guarda provisoria en caso contrario (art. 44).

e) Registro

41. La ley atribuye al Centro de Adopciones, la función de llevar el registro actualizado sobre los niños declarados en estado de adopción, y el de las adopciones nacionales e internacionales (art. 29, incs. 6 y 11).

f) Inscripción

42. La adopción será inscripta como nacimiento, a cuyo efecto se remitirá un oficio judicial al Registro Civil, al cual se adjuntará testimonio de la parte dispositiva de la sentencia definitiva. Salvo que lo soliciten el adoptado mayor de dieciocho años de edad, o los padres adoptantes, sólo por orden judicial se podrá expedir copia de esta partida original, con su nota al margen (art. 52).

g) Nulidad

43. Son causales de nulidad de la adopción, la de que los adoptantes no hayan prestado su consentimiento en forma personal ante el juez compe-

tente; y por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el capítulo referido al mantenimiento del vínculo familiar del menor con la familia nuclear o ampliada (arts. 20 y 24). Tienen legitimidad procesal para incoar la nulidad de la adopción ante el juzgado en lo tutelar en un juicio específico, el adoptado, la madre o el padre biológicos, con la condición de que la demanda sea interpuesta como máximo dentro de los tres años siguientes a la fecha de inscripción en el registro de adopción (arts. 53 y 54).

6. Uruguay: Código del Niño. Ley 9.342 de 6 de abril de 1934 Legitimación adoptiva. Ley 10.674 de 20 de noviembre de 1945

44. La Constitución de 1967 -con la incorporación de las reformas perfeccionadas en 1989 y 1994- coincide con las leyes fundamentales anteriormente mencionadas, al destacar aspectos proteccionistas por parte del Estado frente a la familia, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad (art. 40). De igual modo, elimina la discriminación entre los hijos habidos fuera del matrimonio y los nacidos en él, estableciendo la igualdad de los padres en el cuidado y educación de los mismos (arts. 41 y 42).

Son dos los ordenamientos legislativos que regulan la filiación adoptiva: la adopción prevista en el Código Civil, con las reformas introducidas por el Código del Niño (Ley 9.342 de 6 de abril de 1934, Capítulo XIII); y la legitimación adoptiva establecida por la ley 10.674 de 20 de noviembre de 1945, con las sucesivas modificaciones (26). Es decir, existe más de una modalidad de adopción, la simple y la plena.

La legitimación adoptiva o adopción plena será siempre otorgada por los jueces, es constitutiva del estado civil, el adoptado es considerado a todos los efectos como un hijo legítimo nacido del matrimonio, y es irrevocable (arts. 4 y 3, Ley 10.674). Mientras que la adopción simple, debe ser hecha necesariamente por escritura pública; aceptada por el adoptando mayor de dieciocho años de edad, o por los representantes legales del adoptado menor de esa edad o incapaz. Ésta sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado, quien sigue perteneciendo a su

(26) Ley 10.783 del 18/9/46; Ley 12.486 de 26/12/57; Ley 14.759 de 28/12/77; y Ley 16.108 de 4/4/90.

familia de origen, donde conserva todos sus derechos; resultando revocable en determinadas circunstancias (C. del Niño, arts. 166, 168, 171 y 172).

La adopción reglamentada por este Código no impide la legitimación adoptiva posterior.

a) Forma de constituirla

45. La adopción plena se obtiene a través de un proceso judicial, que culmina en una sentencia. Sólo se otorgará por justos motivos, y siempre que resulte conveniente para el menor. Es preciso que los adoptantes hubieran tenido al menor bajo su guarda o tenencia por el término no inferior a un año (art. 1, Ley 14.759). En tanto, se ha visto que la adopción simple debe ser hecha necesariamente por escritura pública, previa autorización del Consejo del Niño -actualmente el Instituto Nacional del Menor (27)- y tiene que ser aceptada por el adoptado o sus representantes legales (art. 169 C. del Niño).

b) Requisitos

46. Se autoriza a legitimar adoptivamente bajo los siguientes supuestos: a) los cónyuges con cinco años de matrimonio, mayores de treinta años, y que cuenten con quince años más que el menor; b) por motivo fundado y expreso, se establecen excepciones a la diferencia de edad; y a la edad mínima de uno o de los dos legitimantes, si no mediare oposición del Ministerio Público; c) el viudo o viuda, siempre que la guarda o tenencia del menor hubiese comenzado antes del fallecimiento del otro cónyuge; y d) los esposos divorciados, en este caso es preciso que medie la conformidad de ambos, y que la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio y se completara después de la disolución del vínculo legal (art. 1, Ley 10.674 con la redacción del Decreto-ley 14.759).

Según el Código del Niño, toda persona capaz puede ser adoptante, cualquiera fuese su estado civil, si tiene como mínimo treinta años de edad y una diferencia de veinte años respecto del adoptado. Si es tutor de aquél a quien se quiere adoptar, es preciso que se hayan aprobado judicialmente las cuentas de la tutela (arts. 156 y 157). Sólo los cónyuges podrán adoptar conjuntamente, y se prescinde del consentimiento del

(27) Conforme art. 1 de la Ley 15.977.

otro, cuando éste estuviere impedido de manifestar su voluntad, o cuando exista sentencia de separación entre los esposos (art. 158). El adoptante no debe ser el padre o la madre natural del adoptado (art. 160).

Podrán ser legitimados adoptivamente: a) los menores abandonados, huérfanos de padre y madre; b) pupilos del Estado, cuyo abandono supere los tres años; c) hijos de padres desconocidos, e incluso el hijo natural reconocido por uno de los legitimantes. No se autoriza la legitimación adoptiva cuando el beneficiario fuere mayor de edad (art. 1, Ley 14.759) Es preciso tener en cuenta que, a partir de 1995, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (art. 3, ley 16.719). En el régimen de la adopción simple, pueden ser adoptados tanto los menores de edad como los mayores, siempre que tengan veinte años menos que el adoptante (art. 156).

c) Tribunal competente

47. La legitimación adoptiva sólo podrá ser dispuesta por el Juzgado Letrado de Familia en Montevideo, o por los juzgados que tengan sus funciones en los demás departamentos. En el proceso actuarán como partes, los solicitantes y el Ministerio Público (art. 2).

d) Procedimiento

48. La legitimación adoptiva se tramita por vía de un proceso de jurisdicción voluntaria, mediante juicio sumario. Los solicitantes formularán su petición por escrito y ofrecerán la prueba pertinente. La condición de menor abandonado se acredita por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad de los padres biológicos. El juez diligenciará las pruebas ofrecidas, y decretará las que estime conveniente, pudiendo interrogar a los solicitantes conjunta o separadamente, y al menor, de forma que no revele su situación. Se fija el plazo fatal de diez días para correr traslado al Ministerio Público, quien podrá, para mejor proveer, pedir las ampliaciones que creyere oportuno.

El juez resolverá por sentencia, autorizando a legitimar adoptivamente al menor o rechazando la pretensión. Su fallo será recurrible libremente ante el tribunal de apelaciones de familia correspondiente, cuya sentencia hará cosa juzgada. En el supuesto de la legitimación simultánea de dos o más menores, no será obstáculo la circunstancia de que mediase

menos de 180 días entre los respectivos nacimientos. El juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno, de modo que no se viole el plazo mínimo fijado para ser considerados concebidos durante el matrimonio (art. 2).

49. El Código del Niño impide a los escribanos labrar la escritura de la adopción, sin la previa autorización del Consejo del Niño – actualmente el Instituto Nacional del Menor (28)- instrumento en el que se deberá acreditar la idoneidad moral, la capacidad del adoptante, y que éste ha tenido durante dos años bajo su protección y cuidado al adoptado (art. 169).

Es preciso que presten su consentimiento: a) el adoptado mayor de dieciocho años o los representantes legales del adoptado menor de esa edad o incapaz; b) los dos padres, cuando se trata de la adopción de un menor de edad, siendo suficiente el consentimiento del otro, si uno ha muerto o está impedido de manifestar su voluntad o ha sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad (art. 161 y art. 11, Ley 10.783); y c) el otro cónyuge, si el que adopta es uno solo o cuando exista sentencia de separación de cuerpos entre los esposos (art. 158).

e) Inscripción

50. Concedida la adopción plena, el Juez ordenará la inscripción del adoptado como hijo legítimo de los adoptantes en el Registro de Estado Civil, en la forma prescripta para las inscripciones fuera de término. Se realizará la anotación pertinente en la Libreta de Matrimonio, de manera idéntica a la de los hijos legítimos. En el acta de inscripción correspondiente no se hará mención alguna del juicio, y deberá hacerse constar al margen del acta de nacimiento primitiva del menor la caducidad de sus vínculos de filiación anterior. El expediente cesa de ser secreto ante los impedimentos para contraer matrimonio, derivados de la filiación consanguínea, dada la subsistencia de los mismos (art.3).

Por su lado, el Código del Niño prescribe la inscripción de la escritura dentro de los treinta días contados desde su otorgamiento, y su anotación marginal en la partida de nacimiento en un libro especial que llevará al efecto la Dirección del Registro de Estado Civil (art. 170).

---

(28) Conforme art. 1 de la Ley 15.977.

f) Nulidad

51. La ley sobre legitimación adoptiva, carece de una disposición que señale de modo expreso las causales de nulidad, por lo que corresponderá aplicar los principios generales que establece el Código Civil en el Libro Cuarto "De las obligaciones"; título III: "De los modos de extinguirse las obligaciones"; y capítulo VII: "De la anulación o declaración de nulidad" (arts. 1559 y ss.).

El Código del Niño exige que el consentimiento para la adopción se formalice en escritura pública (art. 169), en consecuencia, su omisión acarrearía la nulidad absoluta del acto conforme al art. 1560 del Código Civil (29).

III. DIVERGENCIAS LEGISLATIVAS

52. Después de recorrer las disposiciones legales de los Estados miembros, así como las de los primeros paises asociados al Mercosur, nos detendremos a subrayar las diferencias más sobresalientes que existen entre ellas, en orden a determinar si estas diferencias, a nuestro entender, ameritarían tomar la iniciativa de emprender el proceso de armonización en la materia, en aras a lograr una mayor integración jurídica en el plano del derecho de familia.

a) Adopción internacional

53. Regulan esta figura jurídica, la mayoría de los ordenamientos legislativos: el el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (Sub-Sección II, arts. 84-93); el Estatuto del Niño y Adolescente y el Nuevo Código Civil de Brasil (arts. 31, 46, inc. 2, 51, 52 y 1629, respectivamente); Ley chilena N° 19.620 (Párrafo Tercero, arts. 29 a 37); y la Ley "De adopciones" de Paraguay N° 1136 (arts.6, 25, 26 y 27). Si bien la Ley de Legitimación Adoptiva de Uruguay N° 10.674, no contiene en su normativa una previsión especial sobre la adopción internacional, no existen

(29) TERRA CORBO, D., incluye además como causal de nulidad absoluta el incumplimiento del requisito que prohibe al escribano autorizar la escritura sin la previa autorización del Consejo del Niño (art. 160); trabajo publicado con MORAES DE REAL DE AZÚA, L "Adopción y legitimación adoptiva en el Derecho Internacional Privado, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo 1990, p. 28.

impedimentos legales para hacerlo, y así lo demuestra la práctica jurisprudencial (30).

Entre las legislaciones que regulan esta figura jurídica, la única que contiene una solución respecto a la nacionalidad del adoptado es el Código de Bolivia, al disponer que los menores de ese país adoptados por extranjeros conservan su nacionalidad de origen, sin perjuicio de adquirir la de los adoptantes (art. 92).

Sólo queda fuera de este marco la República Argentina, pues prácticamente impide embozadamente la adopción internacional, al exigir el Código Civil la residencia permanente de los futuros adoptantes en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda (art. 315), requisito casi imposible de efectivizar en los hechos.

A la toma de posición en el ámbito interno, se agrega la conducta internacional, ya que es preciso recordar la reserva interpuesta a la disposición que aborda el tema de la adopción internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21) (31), así como la ausencia de ratificación de la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, y de la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

b) Prohibición de adoptar descendientes

54. El Código Civil argentino prohibe a los ascendientes adoptar a sus descendientes, y a un hermano adoptar a sus hermanos o medios herma-

(30) Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera -30 de abril de 1985- "J.C.D.R.C. y otra. Legitimación adoptiva. Ficha C/156/84": un matrimonio uruguayo legitima adoptivamente conforme a la legislación nacional a una menor nacida en la ciudad de Livramento (Río Grande Do Sul. República Federativa de Brasil), quien es hija natural de B.E.M. y padre desconocido. Al fallecer la madre a los dos días del nacimiento de la niña, los tíos se hicieron cargo de ella y tramitaron la guarda correspondiente ante las autoridades brasileras. Si bien no se trata estrictamente de una adopción internacional, sino del problema de doble filiación derivada de la inscripción de la menor en otro Estado del cual no es natural a consecuencia de su legitimación y la subsistencia de su anterior inscripción en el Registro de Estado Civil de Brasil, de la lectura de la decisión y del comentario del Dr. Didier Opertti Badán no se advierte que la legislación de Uruguay asuma una postura contraria a la adopción internacional. Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Jurisprudencia anotada, v.3, citados en Revista Uruguaya de Derecho internacional privado, Año II, N° 2, octubre 1997, p. 105.

(31) Al ratificar la Convención nuestro país hizo expresa reserva a los incisos b),c),D) y e) del art. 21 y "manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamentecon un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internaciona, afin de impedir su tráafico y venta" (art. 2 de la Ley 23.849, B.O.22/10/90).

nos (art.315, incs.b y c). Así también lo expresa el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, que impide la adopción por los ascendientes y hermanos del adoptando, aunque omite mencionar a los medios hermanos (art. 42, inc. 1).

Una política legislativa diferente se advierte en las leyes de Paraguay y Uruguay, porque carecen de una restricción similar.

En cuanto a Chile, los requisitos de edad – mayores de 25 y menores de 60- y las exigencias de diferencia de edad con el menor - tener 20 años o más- no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado (art. 20). En el supuesto que hubiere varios interesados solteros o viudos que reúnan similares condiciones, el tribunal preferirá a quien sea pariente consanguíneo del menor (art. 21).

Mientras, el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, establece la siguiente prohibición: los ascendientes y hermanos mayores de edad de un menor que haya sido adoptado por terceras personas, no podrán ser adoptantes de otros niños (art. 66).

c) Impedimento temporal del tutor

55. Las legislaciones de Argentina (art. 319), Paraguay (art. 15) y Uruguay (art. 157, C. del Niño) prohiben la adopción del tutor hasta que le hayan sido aprobadas judicialmente las cuentas del cargo, añadiendo Brasil a la persona del curador (art. 44; CCiv., art. 1620). Distinta es la reglamentación de Bolivia y Chile, ya que no incluyeron una norma que se refiera a este impedimento temporal del tutor.

d) Adopción conjunta por personas convivientes

56. En Argentina nadie puede ser adoptado simultáneamente por dos personas, a menos que sean cónyuges (art.312), recogiendo igual solución las legislaciones de Chile (art. 31) y Uruguay (art. 158 Código del Niño y art. 1, Ley 14.759). En cambio Paraguay, permite la adopción por dos personas de sexo diferente convivientes durante cuatro años o más (arts. 8 y 10), recordemos que su Constitución le atribuye a las uniones de hecho sin impedimentos legales, efectos similares al matrimonio, siempre que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad (art. 51). Brasil también la admite, sin fijar plazo alguno de convivencia, no obstante a la exigencia de dieciocho años de edad, se agrega la comprobación de la estabilidad de la familia (art. 42, inc. 2; CCiv. art. 1618). El Código de

Bolivia, por su parte, obliga a las parejas que mantengan una unión conyugal libre o de hecho de manera estable, a demostrar previamente su unión conyugal en proceso sumario seguido ante el Juez Instructor de Familia (arts. 68 y 80).

e) Organizaciones internacionales intermediarias

57. Los que pretendan adoptar niños brasileños, están obligados a verificar mediante documento expedido por la autoridad competente de su país, que están habilitados para adoptar, siendo necesario también adjuntar el estudio psicosocial elaborado por una agencia especializada y acreditada en su respectivo domicilio (Estatuto del Niño y del Adolescente, art. 51.1).

Para la tramitación de la adopción internacional, el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, exige la constitución de una Autoridad Central que realizará sus actuaciones directamente o por medio de organismos debidamente acreditados. Los extranjeros y bolivianos radicados en el exterior, que deseen adoptar un menor, presentarán su solicitud de adopción a través de representantes de dichos organismos, quienes la elevarán al Juez de la Niñez y Adolescencia, rechazándose las tramitaciones particulares (arts. 87 y 88).

Con las solicitudes de adopción de los matrimonios no residentes en Chile, la ley manda que se acompañe el informe social favorable emitido por el organismo gubernamental o privado acreditado que corresponda al país donde residan, que incluyan los antecedentes de salud física, mental y psicológica de los solicitantes, extendidos por profesionales competentes del país de su residencia (art. 32).

Entre las funciones que la ley paraguaya atribuye al Centro de Adopciones, figura la de realizar el seguimiento de las adopciones en el exterior, a través de las autoridades centrales de los países de recepción y sus organismos acreditados, así como la de establecer con las autoridades y organismos citados una comunicación permanente (art. 29, incs. 12 y 14).

f) Tribunal competente

58. Argentina: la demanda de adopción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, o del lugar donde se otorgó la guar-

da (art. 321, inc. a). Para otorgar la guarda, será competente el juez o tribunal del domicilio del menor o del lugar donde se comprobó el abandono del mismo (art. 316)

Bolivia: la solicitud de adopción será presentada ante el Juez de la Niñez y Adolescencia, cuya competencia se determina por el domicilio de los padres o responsables; o por la residencia donde se encuentre el niño, niña, o adolescente, a falta de los padres o responsables (art. 267).

Brasil: el Juez de la Infancia y de la Juventud, será competente para conocer de los pedidos de adopción y sus incidentes, cuya competencia será determinada por el domicilio de los padres o responsables del niño o del adolescente; y a falta de éstos, el del lugar donde el menor se encontrare (arts. 147 y 148).

Chile: se establecen distintos foros según se trate de la adopción por personas residentes en el país, o en el extranjero. En el primer caso, será competente el Juez de Letras de Menores del domicilio de los adoptantes (art. 23); el otro supuesto ofrece otra alternativa, pues permite optar entre el Juez de Letras de Menores correspondiente al domicilio del menor, o el de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre (art. 34).

Paraguay: determina la competencia sin establecer la diferencia, como lo hace la legislación chilena, entre las adopciones solicitadas por personas residentes en el país o en el exterior, previendo solamente un foro: el Juzgado Tutelar del domicilio del menor o adolescente (art. 38).

Uruguay: La legitimación adoptiva sólo podrá ser dispuesta por el Juzgado Letrado de Familia en Montevideo, o por los Juzgados que tengan sus funciones en los demás departamentos (art. 2).

La lectura de las disposiciones nos permiten advertir que no existe uniformidad en la elección de los criterios atributivos de jurisdicción, pues éstos varían entre el del domicilio de los adoptantes; el de los padres; el del menor; el de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre; el del lugar donde el menor se encontrare; y el del lugar donde se otorgó la guarda.

g) Los padres partes en el juicio

59. El Código Civil argentino no prevé en el juicio de adopción la intervención de los padres biológicos del menor (art. 321, inc. b), sin embargo, ellos deberán ser citados por el juez en el plazo de sesenta días

posteriores al nacimiento, a fin de que presten su consentimiento para otorgar la guarda preadoptiva del hijo (art. 317, inc. a).

La ley uruguaya establece que el juez, a solicitud del Ministerio Público, del Consejo del Menor, o de un particular, una vez constatado el abandono y previa citación paterna, declara al menor en estado de abandono, con lo cual se tiene por configurada la causal contemplada en la ley de fondo para privar a los padres de la patria potestad (C.Civ., art. 285). El menor queda en condiciones de ser adoptado plenamente, y los padres de sangre excluídos del juicio de adopción.

La ley paraguaya considera como partes del proceso a los padres biológicos del niño o adolescente, quienes deben prestar su consentimiento para la adopción, pero solamente cuando se trate de adopción por su cónyuge o compañero de hecho (arts. 39, inc. e y 18).

Por el contrario, la ley chilena otorga el plazo de diez días hábiles contados desde la fecha de la notificación, a los ascendientes y consanguíneos de grado más próximo del menor, para comparecer ante el tribunal y exponer lo conveniente a los intereses de aquél (arts.14 y 15). Así también, la legislación brasileña expresa que, la adopción depende del consentimiento de los padres o del representante legal del adoptando, con excepción de los menores expósitos, de un menor cuyos padres sean desconocidos, estén desaparecidos, o si hubieran sido privados de la patria potestad, o de un huérfano que no haya sido reclamado por cualquier pariente por más de un año (art. 45; CCiv., art. 1624).

El Código boliviano sanciona con nulidad los trámites de la adopción, en la actuación de los padres biológicos mediante poder u otro instrumento de delegación, salvo en aquéllas preparatorias para adopción internacional, antes de la primera audiencia. Asimismo requiere que las personas cuyo consentimiento sea requerido para la adopción, lo otorguen por escrito y lo ratifiquen verbalmente en audiencia ante el Juez de la Niñez y Adolescencia, en presencia del Ministerio Público (arts.60 y 70).

h) Audiencia del menor

En las legislaciones que establecen la intervención del menor, se advierten diferencias muy marcadas.

El Código Civil argentino siempre emplea una fórmula facultativa, tanto en el juicio de adopción al expresar "si el juez lo juzga conveniente

de acuerdo a la edad del menor, y a su situación personal, lo oirá personalmente conforme al derecho que lo asiste..." (art. 321, inc. c), como al referirse a los descendientes del adoptante, quienes "podrán ser oídos por el juez con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere" (arts. 321, inc.c y 314). De esta forma, se reitera la postura tomada años anteriores, porque al regular el ejercicio de la patria potestad, y frente al desacuerdo entre el padre y la madre, la posiblidad de escuchar al menor está prevista como una facultad judicial, en lugar de reglamentarla como un derecho del niño (art. 264, ter.; t.o por ley 23.264).

En tanto, la Ley de Paraguay transforma esa facultad en un imperativo para el Juez, pues siempre deberá tener en cuenta la opinión del niño respecto de la adopción, la cual será valorada sobre la base de su desarrollo y madurez cuando fuese menor de doce años de edad. Se incluye, además, al adolescente de doce años, entre las personas que deben prestar su consentimiento para la adopción ante el juez competente (arts. 18 y 19).

Por igual sendero se encaminan los siguientes ordenamientos jurídicos: la legislación de Brasil, menciona al menor de doce años junto a las personas - padres o representantes legales- que deben prestar su consentimiento (art. 45; CCiv., art. 1621); el Código de Bolivia distingue entre el niño y el adolescente, respecto al primero, el Juez tomará en consideración su opinión, según la edad y madurez, pero en todos los casos escuchará a los adolescentes (arts. 62 y 301); y la Ley chilena, obliga al tribunal que conoce de la adopción, a tener en cuenta las opiniones del menor en función de su edad y madurez. Si se tratare de un menor adulto, será necesario contar con su consentimiento que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo de la adopción (art. 3). Por su lado, en el título preliminar del C.Civil (32), apartado 5 "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes", se llama menor adulto al que ha dejado de ser impúber, es decir, el varón que ha cumplido catorce años, y a la mujer que ha cumplido doce años (art. 26).

El C.Civ. uruguayo, con las modificaciones introducidas por el Código del Niño, requiere el consentimiento expreso del adoptando mayor de dieciocho años (Ley 9.342 de 6/4/1934, art. 164), al tiempo que para la legitimación adoptiva, el juez podrá interrogar al menor de forma que no revele su situación (art. 2).

(32) Edición oficial aprobada por Decreto Nº 803 de 29 de agosto de 2000 del Ministerio de Justicia.

No debe dejar de señalarse que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza (7 y 8 de diciembre del año 2000), además de resaltar que los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, establece que "podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial..." (art. 24) (33).

Tampoco debe olvidarse que este derecho fundamental ya estaba consagrado en la Convención dedicada a los niños, que exhorta a los Estados Partes a garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar libremente su opinión en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Se toma en consideración la edad y madurez del menor, en tanto que a los efectos de materializar dicha intervención, la norma prevé su participación directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (art. 12) (34).

i) Privacidad de la audiencia de adopción

61. Protege la privacidad de la audiencia el Código Civil argentino, a la vez que dispone que el expediente será reservado y secreto, permitiendo que sea examinado solamente por las partes, sus letrados, sus apoderados, y los peritos intervinientes. A renglón seguido agrega, que el tribunal no podrá entregar o remitir los autos, y que salvo requerimiento fun-

(33) Ver el análisis del documento en ALONSO GARCÍA, Ricardo "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", Rev. de Derecho Administrativo, Año 12, Nº 33/35, p. 67 y ss; "Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en La encrucijada Constitucional de la Unión Europea, CIVITAS, Madrid, 2002, p. 151/181.

(34) En el caso sobre restitución internacional de una menor caratulado "Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela", la CSJN destaca que no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña, pues este acto se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados. De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña "psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta", que atraviesa por un estado de "confusión afectiva...por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres". Los exámenes psicológicos y el resguardo del interés superior del menor, son los fundamentos por los cuales se decide – por mayoría- evitarle a Daniela el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (Consid. 20). ED, 164-21.

dado de otro magistrado, expedirá testimonios de sus constancias (art. 321, incs. f y g). De modo similar, la ley paraguaya declara la reserva de todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales. Pese a que manifiesta que sólo se podrá expedir testimonio o copia por solicitud de los adoptantes o del adoptado mayor de edad, autoriza al adoptado que no haya alcanzado la mayoría de edad, a tener acceso a la información mediante apoderado o asistido por el defensor del niño (art. 55).

La Ley de Uruguay sobre legitimación adoptiva, no sólo expresa que "la tramitación será reservada en absoluto" sino también anuncia responsabilidad penal y civil para el funcionario que viole dicho deber. Asimismo, faculta al juzgado a denegar la exhibición, entrega, o agregación del expediente, en trámite o archivado, y obliga a destruir la ficha individual y el expediente cuando se trate de un menor pupilo del Estado (art. 6). En el mismo sentido se pronuncia el Código del Menor de Bolivia, al prohibir la exhibición del expediente a persona extraña, y el otorgamiento de testimonio o certificado de las piezas en él insertas, sin mandato judicial y a solicitud de parte interesada, con anuencia del Ministerio Público, prescribiendo sanciones civiles y penales a la violación de la reserva (art. 72).

Por otro lado se orienta la legislación de Chile. La reserva de las tramitaciones judiciales y administrativas y la guarda de documentos a que de lugar la adopción, está limitada a que los solicitantes en la demanda de adopción no hayan manifestado lo contrario. De presentarse el supuesto, en la sentencia se dejará constancia de ello. Las certificaciones que los solicitantes pidan al tribunal durante la tramitación del proceso, a fin de impetrar derechos que les corresponda o realizar actuaciones en beneficio del menor que tienen bajo su cuidado personal, no desvirtúan el requisito de la reserva (art. 28).

IV. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

62. Se desprende del examen comparativo del marco regulatorio de la adopción que rige en la región, la existencia de diferencias tanto en las normas de índole procesal como sustancial. A mi juicio, paralelamente asoma la conveniencia de atenuar esas disparidades entre las disposiciones de orden interno, para profundizar la integración regional. En el Derecho internacional, la armonización legislativa puede llevarse a cabo

mediante una ley uniforme, o bien a través de una convención internacional. En el primer caso, los Estados acuerdan incorporar dicha ley uniforme a sus ordenamientos nacionales; en tanto que en la segunda modalidad, el propio texto del convenio es la ley uniforme que deberá ser incorporada a los derechos nacionales, respetando las pautas mínimas fijadas en la convención (35).

A nivel internacional, la filiación adoptiva revela escasos antecedentes de la mencionada ley uniforme, pues ha de recordarse que esa función la cumple la Convención Europea en materia de adopción de niños de 24 de abril de 1967, que sienta entre los Estados miembros del Consejo de Europa, definiciones materiales uniformes y un régimen jurídico común dirigido a armonizar las legislaciones nacionales (36). En cambio, los desarrollos convencionales realizados bajo la órbita de la OEA (37), y de la Conferencia de La Haya (38), responden a otras políticas legislativas, ya que la primera convención prioriza el método conflictualista, en tanto que la segunda fija normas materiales mínimas para concretar todo proyecto de adopción.

Tal como lo proclama Naciones Unidas, la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales emerge en los países con alto índice de natalidad e insuficiente desarrollo económico, como la herramienta idónea para lograr el apoyo jurídico necesario frente a la salida de sus menores fuera del territorio con motivo de la adopción, cuando no sea factible solucionar esa situación de desamparo en su lugar de origen.

---

(35) BASSO, Maristela, "Armonización del derecho de los paises del Mercosur", Revista de Derecho del Mercosur, Año 4, Nº 6, diciembre de 2000, p. 120.

(36) La Convención ha sido ratificada por Austria, Dinamarca, Irlanda, Italia, Malta, Noruega, Suecia y Reino Unido.

(37) Convención Interamericana sobre "Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores" firmada en La Paz en 1984. De acuerdo al Sistema Interamericano de Información Jurídica de la OEA, depositaron el instrumento de ratificación: Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá.

(38) Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre la "Protección de Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional". Entre los países iberoamericanos que la ratificaron figuran: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Son también partes del convenio: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Burkina Faso, Burundi, Bulgaria, Canadá, China, Chipre, Dinamarca, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Holanda, India, Irlanda del Norte, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mauricio, Moldova, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia y Suiza.

Si evaluamos la conducta de los Estados bajo este prisma, comprobaremos que sólo Argentina se mantiene ajena al impulso convencional, dejando de lado el instrumento internacional dedicado a los derechos del niño de 1989, que se encuentra vigente en todos los países de la región. Así, cabe mencionar a Bolivia y a Paraguay que admiten la adopción internacional únicamente respecto a los países ratificantes de la Convención de La Haya; a Uruguay que también la ratificó; a Brasil y a Chile que se han incorporado tanto al convenio mencionado como a la Convención Interamericana.

63. A la luz de las consideraciones precedentes, estimamos que los países que se comprometieron a desdibujar, con mayor o menor éxito las fronteras económicas, puedan en un tiempo no tan distante avanzar paulatinamente en el camino de la integración jurídica. De esa manera será posible cumplir con el sueño del filósofo uruguayo José Enrique Rodó sobre América: "Yo creí siempre que en la América nuestra no era posible hablar de muchas patrias, sino de una patria grande y única; yo creí siempre que si es alta la idea de la patria, expresión de todo lo que hay de más hondo en la sensibilidad del hombre: amor de la tierra, poesía del recuerdo, arrobamientos de gloria, esperanzas de inmortalidad, en América, más que en ninguna otra parte, cabe, sin desnaturalizar esa idea, magnificarla, dilatarla; depurarla de lo que tiene de estrecho y negativo y sublimarla por la propia virtud de lo que encierra de afirmativo y fecundo: cabe levantar sobre la patria nacional, la Patria americana, y acelerar el día en que los niños de hoy, los hombres del futuro, preguntados cuál es el nombre de su patria, no contesten con el nombre del Brasil, ni con el nombre de Chile, ni con el nombre de Méjico, porque contesten con el nombre de América. Toda política internacional americana que no se oriente en dirección a ese porvenir y no se ajuste a la preparación de esa armonía, será una política varia y descarriada" (39).

(39) Cita de PEREIRA DE BORJA, Sérgio Augusto, "La lucha por la unión latino americana (De Colombéia pasando por el pacto ABC, hasta el Mercosur)", Revista del Derecho del Mercosur, Año 4, N° 6, diciembre de 2000, p.115)

LA GLOBALIZACIÓN Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Francisco VILLAGRÁN KRAMER*
Asociado del I.H.L.A.D.I.

INTRODUCCIÓN

Los efectos y los acontecimientos que siguieron al colapso de los sistemas socialistas en la ex Unión Soviética y en Europa del Este a fines de la década de los ochenta del siglo XX, a la par de haberle abierto "de par en par" las puertas en el ámbito internacional a la globalización, esta última también ha puesto de relieve la importancia y utilidad en el terreno jurídico del Derecho comparado y de la universalidad del Derecho Internacional.

Situados en terrenos de la globalización y en particular en el de la universalidad del Derecho Internacional conviene puntualizar, para efectos introductorios las dimensiones claves de la globalización siguiendo para ello al economista inglés, Victor Bulmes-Thomas, quien precisó la siguientes dimensiones :

En primer lugar, como dimensión tradicional; la liberación comercial de mercancías; en segundo término, el comercio de los servicios; luego la liberación de los flujos de capital; en cuarto lugar, la inversión extranjera directa por compañías multinacionales y transnacionales; en quinto lugar, el sistema de normas básicas para la solución de conflictos en el comercio de bienes y servicios y un sistema obligatorio de arbitraje. En sexto lugar, el régimen de normas sobre patentes y propiedad intelectual; luego, en séptimo lugar la libertad de movimiento de la mano de obra

* Dr. en Derecho, Universidad de Ginebra. Ex miembro del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión de Derecho Internacional de NN UU.

como complemento del comercio de los servicios y por último, la dimensión global del medio ambiente (1).

Puede verse que el acento está puesto en la dimensión económica y comercial de la globalización por lo que el complemento jurídico resulta ser la dimensión universal del Derecho Internacional aplicable. según sea la óptica jurídica, en distintos regímenes- Así, en los países anglosajones predomina una posición orientada a la política al considerar los regímenes internacionales como la serie de principios, normas, reglas y procedimientos para adoptar decisiones implícitas o explícitas en materia de las expectativas de los actores que convergen en determinada área de la relaciones internacionales(2). Por su parte, la mayoría de internacionalistas europeos y latinoamericanos consideran como elementos de los regímenes internacionales las normas convencionales y generales , incluyendo los usos y las practicas comerciales, los principios de distinta índole, las decisiones de los órganos internacionales facultados para crear derecho secundario y resolver, con efectos y alcances obligatorios o declarativos, los conflictos entre Estados miembros de una organización internacional o entre organizaciones internacionales o Estados y empresas privadas, estatales o mixtas y desde luego, como fuente secundarias, la doctrina

Es evidente que, para los Estados y para las empresas, la práctica de los Estados no es lo suficientemente dinámica como para asegurar, en los ámbitos internacional e interno la universalidad de los distintos regímenes internacionales que la globalización demanda-.

De ahí la preferencia entre los Estados y las personas y las empresas por asegurar, en primer lugar, la universalidad del Derecho Internacional convencional; luego, la aplicación de las reglas consuetudinarias que tienen carácter universal, dejándole al tiempo la sedimentación de los usos y prácticas que después devendrán reglas consuetudinarias.

---

(1) En el Prólogo de la obra de Alfredo Guerra Borges, *Globalización e Integración Latinoamericana* (U. Rafael Landívar). México, Siglo Veintiuno, 2002. Véase, asimismo, la descripción que en su ponencia al XXIII Congreso del IHLADI, hace el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo (" Globalización, pluralidad cultural y Derecho Internacional de la familia").

(2) José E. Alvarez, "Symposium: The Boundaries of the WTO", *The American Journal of Internacional Law*; Vol 1, pp. 10 y 11.Véase, asimismo, sobre las posiciones instrumentalistas y positivistas la ponencia del Dr. Francisco Orreglo Vicuña al XXIII Congreso del IHLADI (" Creación del Derecho Internacional en una sociedad global. ¿Importa todavía el consentimiento?")

La universalidad no se logra simultáneamente en todos los regímenes que hoy existen sino, básicamente, en aquellos a los que los Estados asignan o reconocen prioridad o que la dinámica o las necesidades fundamentales de acción inmediata impulsan. De esta manera se acentúan los requerimientos a medida que los Estados y las personas o las empresas estatales, privadas o mixtas consideran que los regímenes internacionales que les interesan o a los que asignan prioridad, demandan crear, en unos casos, normas adicionales o complementarias y, en otros, derecho secundario o reglamentario. Asimismo, pueden existir lagunas que es menester colmar o bien presentarse casos y situaciones en las que la insuficiencia, el silencio la oscuridad y las contradicciones normativas se pueden resolver acudiendo ora a los Principios Generales del Derecho, ora a los Principios Fundamentales del Derecho Internacional o bien, a principios *especiales* establecidos por los Estados en cónclaves internacionales.

Centramos, pues, nuestro análisis en los Principios Generales del Derecho y en los Principios Fundamentales del Derecho Internacional así como, en los principios *especiales* de regímenes internacionales, como la propiedad intelectual, el comercio internacional y el medio ambiente enmarcados en estructuras internacionales entre las que no sólo existe conexión o entrelazamiento normativo sino también se aplican *nuevos principios* o principios *especiales* establecidos por los Estados en resoluciones, acuerdos y convenciones internacionales.

Por lo que a los Principios Generales y Fundamentales se refiere debemos recordar que, aparte de las reglas convencionales y consuetudinarias el Estatuto de la CIJ enuncia en el art. 38 que los tribunales internacionales también pueden aplicar los "Principios Generales del Derecho" y, por su lado, las cortes mundiales y los tribunales arbitrales se refieren a ellos como principios comunes en los diversos sistemas legales internos y mencionan, asimismo, los principios del Derecho Internacional, sin precisar si se trata de los principios generales del Derecho a que se refiere el art. 38 del Estatuto de la C.I.J. o a otra clase de Principios.

El art. 2 de la Carta de la O.N.U. enuncia los *"Principios fundamentales de Derecho Internacional"* que la Asamblea General de la ONU reiteró y desarrolló en 1970 en la Declaración de la Asamblea General sobre los " Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta

de las Naciones Unidas." (Resolución 2625 XXV) y, por su lado, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional que se creó en Roma en 1998 precisa en sus arts. 22 y 33 los *"principios generales del Derecho Penal Internacional"* que ese tribunal deberá tener presente.

Debemos mencionar, asimismo, que antes que concluyera el siglo XX se enunciaron en importantes conferencias internacionales sobre la protección y conservación del medio ambiente (Estocolmo 1972 y Rio de Janeiro, 1992) diversos principios; entre otros, los de *prevención, precaución, resonsabilidad internacional por daños al medio ambiente y quien contamina paga*, al igual que nuevos principios, y por su parte, que la International Law Association también se empeña por precisar los principios que rigen las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (Sesiones de Taiwan 1998 y Londres 2000)

Aún más, en América Latina también se identifican ciertos principios como *principios de Derecho Internacional Americano* ; entre otros, las variantes *de facto* y *de jure* del *uti possidetis,* el principio de no intervención adoptado en Montevideo en 1933 y el de *desarrollo equilibrado* en la integración centroamericana y latinoamericana.

Como puede apreciarse existen distintas clases de *principios* y también *numerosos principios* que es menester distinguir en un mundo cambiante en el que los conflictos ya no son entre el este y el oeste ni entre el sur y el norte, sino dentro un sistema económico político predominante caracterizado por su tendencia a la globalización. En consecuencia, a la par de los Principios Generales del Derecho de *viejo cuño* y de los principios de Derecho Internacional que se enunciaron y acordaron en la Carta de la ONU en 1945, hoy contamos con *nuevos principios* en diferentes campos, enunciados y acordados por los Estados en conclaves internacionales, tema que, por su importancia, examinamos al analizar los principios del Derecho Internacional Ambiental. Se impone, pues, *desbrozar* el panorama global en el que jueces y abogados nos sumergimos, revisando sumariamente los principios *clásicos* y los *nuevos* principios, sin omitir, desde luego, los principios *emergentes*.

PRIMERA PARTE: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como se sabe, prevalece en el ámbito internacional la tesis de que en el caso de estos principios se trata de elementos normativos comunes en los distintos sistemas legales, trayéndose a cuenta que algunos se originaron en el Derecho Romano y nos llegaron a través de los glosadores Bartolo de Sasso Ferrato y Baldo. Otros, son legado del Derecho Canónico, y por ende, posteriores a los del Derecho Romano, (1294-1303), como puede apreciarse en *"De Regulis Iuris"* del Papa Bonifacio VIII y, otros más se originaron en los sistemas del *Common Law* y del Derecho germánico así como, aun cuando son menos conocidos, están los principios de Derecho en los sistemas hindú, chino y japonés, invocados por sus Cortes Nacionales.

Lo importante es distinguir los principios que, en esencia, son comunes tanto en los grandes sistemas jurídicos del mundo como en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y que, para evitar situaciones de *non liquet* -al no existir reglas convencionales o consuetudinarias aplicables al caso concreto-, los tribunales internacionales y nacionales aplican dichos elementos normativos En otros términos, ante lagunas o silencios en las normas convencionales y consuetudinarias aplicables, los jueces nacionales e internacionales integran el Derecho trayendo a cuenta los Principios Generales del Derecho que corresponden al caso concreto que fallan. Asimismo, los Estados integrantes de un órgano internacional los invocan y aplican ,a fin de resolver controversias entre Estados miembros o incorporan a los cuerpos legales que adoptan para asegurar la correcto y efectiva aplicación de las normas convencionales del respectivo régimen internacional. La aplicación tanto de Principios Generales del Derecho como los principios del Derecho Mercantil por Paneles y por el Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, entre otros el *estopell* a fin de subsanar silencios o insuficiencias en el esquema normativo de la OMC, ilustra el tema. (3).

---

(3) Véase entre otros: H. Lauterpacht, *The Functions of Law in the International Community*, Oxford, 1933; Charles Rousseau, *Principes de Droit International*, Paris, 1944 ; Bing Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunal*, Londres, 1953; Paul Guggenheim, *Traité de Droit Interantional Public*, tomo I, Geneve, 1953 pp 149-156. D Degan, *Sources of Law*, Martinus Nijhoff Pub. Holanda, 1997.

Desde luego, existen principios internacionales que figuran en tratados internacionales. Por ejemplo, como principios fundamentales del Derecho Internacional en el art. 2 de la Carta de la O.N.U y, como principios comunes en los distintos sistemas jurídicos. en tratados de Derecho Internacional Privado. De ahí que lo importante para muchos internacionalistas no sea el texto en el que figuran dichos principios, sino su naturaleza de principios universales o cuasi universales en los sistemas legales del mundo (4).

Esa solución fue la que los Estados encontraron en Roma al formular el tratado por el que se creó el Tribunal Penal Internacional esclareciendo que a falta de normas convencionales, de principios y reglas de Derecho Internacional, incluyendo los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados conforme al art. 21 del Estatuto del T.P.I. el Tribunal aplicará los principios generales derivados por la Corte de las leyes nacionales de los sistemas legales del mundo (5).

Los principios generales del Derecho en la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina sobre el tema no es abundante por lo que es útil acentuar la naturaleza de los principios generales del Derecho en el ámbito internacional y su función, teniendo presente que para algunos internacionalistas se trata de una fuente autónoma del Derecho Internacional en tanto que para otros, es supletoria. De ahí la conveniencia de traer a cuen-

(4) Véase, por ejemplo, los estudios publicados en la década de los años 40 (S. XX) de Charles Rousseau, *op. cit.* T.I. Hildebrando Accioly, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1945; Max Sorensen, *Les Sources de Droit International*, Copenhague, 1946, y, *Oppenheim´s International Law* vol I, Londres, 7ª ed. 1948. Luego, en la década de los años 50: Paul Guggenheim, *op. Cit.* Tomo I.. y Bin Cheng, *op. cit.* Entre los estudios posteriores: Michel Virally, " Fuentes del Derecho Internacional", en *Manual de Derecho Internacional Público*, Max Sorensen (Ed.), edición en ingles 1968 y en castellano, México, Fondo de Cultura, 1973 ; Bodham T. Halajczuk, y María Teresa del R. Moya Dominguez, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1978 (pp.47-52.); y, entre los mas recientes estudios, Hanna Bokor Szwegó, " Les Principes Géneraux du Droit" en Bedjaoui, Ed. *Droit International Public*, Vol I. Paris, Pedone, 1991; Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit International Public*, Paris, 4ª ed. 1999; Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Publico*, Tomo I, Cap. 4, 10 ed. Madrid, Tecnos, 1994 y, V. D. Degan, *Sources of International Law*, (cap. II) La Haya, 1997

(5) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1996 p. 63

ta el punto de vista del ex Asesor Jurídico de la Cancillería española y profesor en la Universidad Complutense de Madrid, Dr. José A. Pastor Ridruejo quien resume la razón de ser y la naturaleza de estos principios en el ámbito del Derecho Internacional en los siguientes términos:

> *"constituyen en realidad un fondo normativo común a los derechos internos e internacional. Pero como aquellos- los derechos internos- están en una fase mas adelantada de desarrollo que el Derecho Internacional, el sentido general de la transposición de los principios es siempre el mismo. Se trata de principios formulados antes en los derechos internos y que luego, cuando surgen problemas y necesidades similares en el Derecho Internacional, son aplicados en éste."* (6)

Desde luego, como lo puntualizara Paul Guggenheim en la Universidad de Ginebra no existe en el Derecho Internacional recepción *in toto* de dichos principios dado que los órganos judiciales y los tribunales arbitrales no pueden aplicar sino un numero restringido de ellos, por lo que, por razones de política jurídica son particularmente adecuados a ser recibidos en el Derecho de Gentes. (7)

Por su lado, el internacionalista mexicano, Alfonso Gómez Robledo explica en el " nuevo mundo" la naturaleza de estos principios diciendo que:

> *"tienen la función de ampliar el poder del juez internacional, ya que el recurso a dicha fuente (que no designan sino los principios comunes a los sistemas jurídicos internos) le permite al Juez, con frecuencia presumir la existencia de un deber jurídico en lugar del ejercicio de una facultad discrecional. Se puede considerar que esta fuente es eminentemente jurisdiccional ya que le permite al juez dirimir todas las controversias que le son sometidas, restringiendo así el papel de la equidad."*

Luego, agrega que:

(6) *op. cit. Supra No 3.* pp. 149-166.

(7) *Temas Selectos de Derecho Internacional* México, UNAM, 1994, pp. 174, 175

"Los principios generales del Derecho no designan, como ya dijimos, otra cosa sino reglas de Derecho interno que se encuentran previstas en los órdenes nacionales." (7 bis)

Por último, conviene distinguir los principios de Derecho que figuran en las legislaciones nacionales por haberlos incorporado los legisladores a los sistemas legales internos . Así, en el siglo XIX las codificaciones del Derecho Civil y Penal y de los Derechos procesales incorporaron, en muchos países americanos como principios, algunos que entonces existían como tales y, otros, como reglas consuetudinarias y nuevas reglas. En Guatemala, por ejemplo, el Código Civil de 1877 incorporó como *"Principios Generales de las Obligaciones"* que nacen del consentimiento presunto, los principios

"que cada uno quiere lo que le sea útil; que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro; que el que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias; que el hombre debe responder de los perjuicios que cause no sólo por hecho propio sino también, por su descuido o imprudencias.

Se aprecia que lo que varía es la redacción más no la sustancia. De esta suerte, el principio del enriquecimiento indebido o enriquecimiento ilícito se enunciaba como *máxima* en un rico castellano y hoy es admisible y aplicable por los tribunales internacionales en cualquiera de sus formas, en tanto éste identifique con claridad su contenido.

Algo similar ocurre en el ámbito internacional al incorporarse a un tratado internacional ya sea el enunciado de un derecho o de una obligación internacional o bien, de un principio general del Derecho, con lo que el término *principio* permanece pero, en esencia jurídica este, sin perder su naturaleza de " principio general del Derecho" se transforma , para las partes en el tratado en regla de derecho convencional, regla que los Estados partes en el tratado pueden considerar entre ellos como fundamental, a la par que como regla convencional también puede cristalizar con el tiempo en regla de Derecho Internacional general. Aplicamos analógicamente el criterio de la CIJ en los casos de los Rehenes en Teheran (Estados Unidos vs Irán, Recueil 1989) y en el de Nicaragua vs EE. UU, (Recueil, 1986) al esclarecer que iguales normas pueden al mismo tiempo ser convencionales y consuetudinarias o transformarse las normas

convencionales en normas generales, conforme al art. 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En cuanto a la jurisprudencia y a los precedentes adoptados por órganos internacionales, recordamos que los tribunales y los órganos internacionales aplican, en primer lugar, las normas convencionales que vinculan a las partes y si estas fueren insuficientes, aplican las normas de Derecho Internacional general o consuetudinario que corresponde y, en caso de insuficiencia de unas y otras integran el Derecho aplicando los principios generales del Derecho. Al hacerlo, hacen valiosas contribuciones deslindando los principios generales de derecho sustantivo; por ejemplo: el principio de la buena fe; el conocido principio *ex injuria jus non oritur*-; los principios *lex posterior derogat priori,* y *error iuris nocet*; y los de naturaleza o de oportunidad procesal , entre otros, la aquiescencia, el *estopell* o la preclusión , la prescripción liberatoria-; *el abuso del derecho*; el principio de la efectividad, *"Ut res magit valeat quam pereat"*-. y los bien conocidos principios *rebus sic stantibus* y *uti possidetis juris.* De la misma manera han depurado conocidos principios, como *"Allegans contraria non est audiendus", "forum prorrogatum", "res judicata ", "jura novit curia" "infra" y "ultra petita"; "Nemo judex in causa sua* (*o Nemo debet esse judex in propria sua causa*) y, en materia de nulidad de laudos arbitrales, el principio de *Audiatur et altera pars.* Lo peculiar es que los tribunales internacionales y nacionales sigan citando estos principios y las máximas del Derecho Romano en latín, incluyendo, en los sistemas del *Common Law.*

En el terreno del Derecho Penal Internacional los tribunales internacionales también han afirmado los conocidos principios *" nullum crimen sine poena lege, aut dedere, aut judicare y ne bis in idem,* para sólo citar algunos que al aplicarlos, simplifican la tarea de jueces y abogados.

Por último, en el campo del Derecho Internacional del Medio Ambiente los tribunales internacionales vienen aplicado el bien conocido principio general *"Sic utere tuo ut alienum non laedas"* .

La CIJ ha sido parca en identificar como principios Generales del Derecho los que invoca, por lo que recordamos que en su Dictamen Consultivo en el Asunto de " Namibia" señaló que:

"el principio general del derecho conforme al cual hay que presumir que la facultad de poner fin a un mandato o a cualquier convención, como consecuencia de una violación del mismo, existe de una manera inherente aún cuando no haya sido expresado." (I.C.J. Reports 1971, p. 48.)

Aún cuando los principios citados no se han consolidado en un texto único traemos a cuenta los importantes esfuerzos de sistematización que algunos internacionalistas han hecho. Entre ellos, el profesor francés, Charles Rousseau, quien examinó laudos arbitrales y fallos de las dos Cortes -de Arbitraje y Permanente de Justicia Internacional- identificando los principios que, hasta 1944 habían invocado esos tribunales. Degan, así mismo identificó los principios que las dos Cortes mundiales invocaron en sus fallos hasta 1996 y, los profesores franceses Quoc Dinc, Dallier y Pellet hicieron por su lado una síntesis de los principios generales del Derecho invocados y aplicados por las Cortes mundiales. en la edición de su obra de *"Droit International Public"* (editada en Francia en 1999). (7 bis.) En consecuencia, podemos decir que la labor de jueces y abogados se simplifica teniendo presente, ora el carácter sustantivo, ora el procesal de los principios que considera invocables. (8)

(7 bis) Bing Cheng ensayó un código de principios generales del Derecho *op. cit.*, p. 397. Por su parte, Rousseau, identificó los principios que en materia de Derecho contractual aplicaron los tribunales internacionales; en particular, los que se relacionan con el nacimiento y la ejecución de las obligaciones, incluyendo los intereses moratorios, el abuso del derecho, los derechos adquiridos y la cesión y transmisión de derechos. Así mismo, en el terreno de la inejecución de obligaciones la prescripción liberatoria y, los principios relacionados con las obligaciones delictuales y cuasi delictuales. Por aparte, también identificó los principios que en materia de procedimiento internacional aplicaron los tribunales, entre ellos, los de *forum prorrogatum, res judicata, nemo judex in re sua y el de la competence de la competence,* La labor de Degan puede consultarse en la obra citada, lo mismo que la de los profesores franceses Dinc, Daillier y Pellet en *Droit International Public*, Paris, 1999.) Por lo demás, los principios invocados por los tribunales internacionales pueden encontrarse en los índices anuales de las recopilaciones de fallos y dictámenes de la CI.J. y de los laudos arbitrales que edita la O.N.U

(8) Para los principios en materia de controversias territoriales y fronterizas, véase, entre otros: Surya P. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, Martinus Nijhoff Pub. Holanda, 1997 y en el área marítima , Prosper Weil, *The Law of Martime Delimitations-Reflections*, Cambridge, 1989 y la obra del Research Center Center for Intgernational Law, *International Boundary Cases. The Continental Shelf;* Cambridge, 1982.

Los Principios del Derecho Internacional

Dada la importancia que para los tribunales internacionales y nacionales tienen los Principios del Derecho Internacional conviene tener presente la diferencia básica que existe entre los Principios Generales del Derecho y los Principios de Derecho Internacional. De inmediato señalamos que los primeros son invocables y aplicables en aquellas situaciones en las que es menester integrar el Derecho, en tanto que los llamados principios del Derecho Internacional, por figurar en tratados internacionales o por haber alcanzado categoría de reglas consuetudinarias son aplicables directamente en las instancias internacionales.

Si bien es cierto que las Cortes mundiales basan o apoyan sus fallos en estos principios, tomándolos, incluso, como pautas de conducta internacional, también lo es que las Cortes, en unos casos los puntualizan, en tanto que en otros los invocan e identifican y, en otros más, los traen a cuenta como normas que pueden aplicar en el caso que examinan. Así, por ejemplo, en el célebre caso de las *"Factorias Chorzow"* la Corte Permanente de Justicia Internacional invocó, como fundamento de su fallo que

" Es principio del Derecho Internacional así como una concepción general de Derecho que el incumplimiento de un compromiso impone la obligación de repararlo en forma adecuada".

Acto seguido añadió:

" la reparación debe en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito, y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiere cometido." (Serie A. No 47, p.47)

Como puede verse, la Corte, optó por utilizar el concepto *"Principio de Derecho Internacional"* con lo que para muchos distinguió los principios del Derecho Internacional- como sinónimo de reglas de Derecho Internacional - y los Principios Generales del Derecho .

También conviene tener presente que en el caso " *Lotus"* (Francia vs. Turquía) refiriéndose la Corte Permanente de Justicia Internacional a los principios del Derecho Internacional, señaló que estos sólo pueden iden-

tificar *principios vigentes entre Estados independientes*, o sea, principios que sólo pueden establecerse como normas internacionales consuetudinarias por métodos inductivos. (CPJI. Serie A No 10) En tal virtud, la Comisión de Derecho Internacional de N.N.UU. no confrontó ningún problema al recoger, para efectos de codificación de las reglas del Derecho Internacional general en materia de responsabilidad internacional del Estado, la *"regla de Chorzow"*. (9)

Por otra parte, en lo que concierne a la jerarquía de los principios del Derecho Internacional es útil recordar que el término fue acuñado originalmente por jueces internacionales y, luego, usado en la doctrina del Derecho Internacional generando discusión entre Asesores Jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores y entre internacionalistas.

Entre los primeros fallos en los que se empleó el término " Principios fundamentales del Derecho de Gentes" está el laudo arbitral pronunciado el 23 de octubre de 1909 en el caso *"Grisbadarna"* entre Noruega y Suecia, aún cuando, cabe decir que el tribunal arbitral se refirió, asimismo, a los *" principios de derecho en vigor en anteriores épocas, señalando que el "principio de la línea media"* no encontraba, *" en el siglo XVII apoyo suficiente en el derecho de gentes"* y, en cuanto al *"principio del thalweg del canal mas profundo"*, no se encontraba establecido en los documentos invocados a este efecto. (10)

Por su parte, la Corte Permanente de J. I. esclareció en 1927 el tema en su sentencia en el caso" Lotus" (Francia vs. Turquía) al expresar:

> *"Ahora, la Corte considera que las palabras " principios de derecho internacional," no pueden, según su uso corriente, significar otra cosa que el Derecho Internacional tan cual está en vigor entre todas las naciones que forman parte de la comunidad de Estados. Esta interpretación se encuentra subrayada por el contexto del artículo mismo que dice que los principios del derecho internacional determinan, entre las partes contratantes, las competencias judiciales - no sólo criminales sino civiles -, salvo la única excepción establecida en el art. 16. De nuevo, el preámbulo de la convención expresa que las Altas Partes Contratantes están deseosas de alcanzar un arreglo de acuerdo con el " derecho internacional moderno", y el art. 28 del Tratado de Paz de Lausana, al cual se encuentra anexada la convención en cuestión, decreta la completa abolición "en todo respecto", de las capitulaciones. En estas circunstancias es imposible, salvo en virtud de un texto preciso, interpretar el termino "principios de Derecho Internacional", sino como significando los principios en vigor entre todas las naciones independientes y que, aplican al mismo título a todas las partes contratantes". (Serie A No 10 pp.16-17)*

(9) Barbosa, Julio. *Derecho Internacional Público,* Buenos Aires, Zavala, 1999, p.384.
(10) ONU, *Reports of I. A. A.*, Tomo XI pp 159-160.)

Añadiremos que buena parte de la doctrina aceptó la explicación de la Corte, pese a que se hizo necesario depurar sus elementos. El primero, que los principios del Derecho Internacional constituyen normas internacionales de conducta entre los Estados independientes. Luego, que se aplican por igual a todas las partes contratantes. Finalmente, que se trata de principios de Derecho Internacional general o consuetudinario, por lo que, para su vigencia, no es indispensable que figuren en un tratado internacional.

A la altura de 1945 la terminología había cobrado carta de naturaleza. Así, en el art. 1°. inciso 1° de la Carta de las Naciones Unidas, al acordarse entre los signatarios los *Propósitos Fundamentales de las NN.UU.* consignaron que entre estos estaría mantener: la paz y la seguridad internacionales, previniendo y eliminando las amenazas a la paz, suprimiendo los actos de agresión, otros quebrantamientos de la paz y logrando, por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias internacionales.

Luego, en el inciso 2° se precisaron los principios de igualdad de derechos entre las naciones y el de libre determinación de los pueblos para de allí establecer en el artículo 2° de la Carta, los siguientes principios:

1°. La igualdad soberana de todos los Estados; 2°. El cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales; 3° El arreglo pacifico de controversias internacionales; 4°. Abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de los Estados en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las NN.UU.

A la luz de lo expuesto se infiere que los términos " principios de Derecho Internacional" y "reglas de Derecho Internacional" son equivalentes. Así al menos lo estableció la CIJ en el caso de la *"Delimitación marítima en la región del Golfo de Maine"* (Canadá vs Estados EE.UU.) al pronunciarse sobre este punto y decir:

> *" La asociación de los términos " reglas" y " principios" no se trata en opinión de la Cámara que de una expresión doble usada para enunciar la misma idea, desde que, en este contexto, se entiende manifiestamente por principios, los principios de derecho, es decir, también incluye las reglas del Derecho Internacional para las cuales el uso del término" principios" puede justificarse en razón de su carácter más general y más fundamental." (CIJ. Reports, 1984 , pp.288-290.).*

Los principios fundamentales del Derecho internacional según la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En un extraordinario y valioso esfuerzo la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1970, en Resolución No. 2625 (XXV) una importante *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.* En ella se identifican los siguientes siete principios de Derecho Internacional considerados fundamentales.

1. *Que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.*

2 *Que los Estados arreglaran sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.*

3. *Que los Estados tienen la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta.*

4. *La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta.*

5. *El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.*

6. *El principio de la igualdad soberana de Estados y*

7. *El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.*

Lo importante es que, aparte que los anteriores principios figuren en la Carta de NN UU -. por lo que tienen naturaleza convencional y también alcanzaron, según lo señaló la CIJ en su fallo de 1986 en el caso de "Nicaragua vrs. EE. UU" naturaleza consuetudinaria. (Reports 1986) Algunos, como el principio de no intervención ya había sido invocado y aplicado por la Corte en el caso del "Estrecho de Corfú" (C.I.J. Reports 1949). Otros, en cambio, fueron enunciados, primero, en la Declaración a que nos referimos y, luego, aplicados por la CIJ como Derecho Internacional general en 1986 en el caso entre Nicaragua y EE. UU. Ciertamente podría hablarse de transmutación o, al menos de mutación.

Tratándose de la prohibición del uso de la fuerza la Declaración de 1970 deja sentado que la prohibición es aplicable no sólo en el caso de represalias armadas, sino, también en aquellas situaciones en las que un gobierno arma y envía fuerzas irregulares o grupos o bandas armadas a otro Estado o presta ayuda y apoyo a los grupos armados por otros Estados. En esos casos, en la Declaración se les califica de *agresión indirecta.* En efecto, se puntualizó que todo Estado:

> *" tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado. Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza".*

También se proclama que una guerra de agresión *" constituye un crimen contra la paz, que con arreglo al Derecho Internacional entraña res-*

ponsabilidad." Ello, al decir de Jiménez de Aréchaga, representa una codificación de los precedentes establecidos por las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y del Lejano Oriente (1945) y por los fallos de esos tribunales. Acto seguido agregó:

> *"Ella supone una previa definición de la agresión, a la que se llegó finalmente en la Resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974."* (11).

Si bien, al referirse a las reglas contenidas en los Acuerdos de Londres de 1945 y en los fallos de los tribunales de guerra de Nuremberg y Tokio, Jiménez de Aréchaga usa el término " codificación" , lo importante es el proceso de mutación o de transformación por el que pueden atravesar los preceptos que enuncian o contienen principios fundamentales. Ciertamente, las resoluciones y declaraciones de los órganos internacionales que desarrollan normas contenidas en un tratado constitucional y enuncian como principios, elementos normativos, estos únicamente tienen, al enunciarse, carácter y alcances declarativos.

Sin embargo, conviene recordar que en el transcurso del tiempo estos *" principios"* pueden cobrar naturaleza de reglas consuetudinarias por lo que, de cobrar ese carácter, son susceptibles de codificación Sobre esa base, podría argumentarse que la codificación de las preceptos que , primero, figuraron en los Acuerdos de Londres de 1945 y en los fallos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio relativos al enjuiciamiento de criminales de guerra tuvo lugar en 1946 al reputárseles por la Asamblea General de la ONU Derecho Internacional positivo. En consecuencia, puede argumentarse que dichos preceptos ya existían como reglas codificadas al adoptárseles en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional suscrito en Roma, Italia, en 1998.

Por aparte, la Declaración que comentamos deja sentado que no se reconoce más el Derecho de Conquista al consignar que *" No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o del uso de la fuerza"*. Sea que se trate o no de no reconocérsele efectos al uso de la fuerza en contravención a lo dispuesto en la Carta de la ONU, el principio es de gran importancia.

(11) "El Derecho Internacional contemporáneo", Madrid, Tecnos, 1980, .115-116

Otro factor normativo a destacar son las reglas de interpretación acordadas por los Estados en la Declaración de 1970. En efecto, en lo que respecta a su interpretación y aplicación, los principios que se enuncian en la Declaración que venimos analizando están interrelacionados y deben interpretarse en el contexto. Desde luego, nada de lo enunciado debe interpretarse en forma contraria a lo dispuesto en la Carta de la ONU, o en perjuicio de los derechos y deberes de los Estados Miembros

Por último, creemos que, asimismo, es útil mencionar que los anteriores Principios de Derecho Internacional pueden ser objeto de subsiguiente desarrollo, como en efecto aconteció con el principio de que todos los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, al desarrollárseles en la Declaración de Manila del 15 de noviembre de 1982.

Aparte de reiterar dicha Declaración el deber de los Estados de resolver las controversias por medios pacíficos, también reiteró *el principio de la libre determinación de los medios,"* (de solución de controversias) de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de Naciones Unidas y con los *principios de la justicia y el Derecho Internacional ". (Declaración de Manila, 1, 3.).* Al hacerlo, esclareció el contenido del art. 33 de la Carta de la O.N.U. en materia de solución de controversias internacionales en cuanto a que el orden en que figuran los medios de solución pacífica de las controversias internacionales no es mandatorio puesto que existe la libertad de escogencia entre dichos medios.

La terminología empleada en la *" Declaración de Manila"* también lleva a recordar la aclaración que la CIJ hizo en su fallo de 1984 en relación a la equivalencia entre *" reglas"* y *" principios* (caso del Golfo de Maine' Canadá vrs EE.UU, *supra*).

Los Principios generales del Derecho Penal Internacional

A reserva de que anteriormente nos referimos a algunos Principios Generales del Derecho Penal , creemos que es útil volver sobre el tema en atención a que en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma en 1998, las Delegaciones de los Estados pusieron singular empeño en precisar dichos principios.

En efecto, en el art. 21 se puntualizó el derecho aplicable por el tribunal, consignando que aplicará, en primer lugar, el Estatuto, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y de prueba. En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los *principios* y normas del Derecho internacional aplicables, incluidos *los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados*. Luego se indica en el Estatuto que:

> *"En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente estatuto ni con el de Derecho Internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos."*

Aún cuando la redacción del precepto genera discusión, sobre todo al indicar que se incluye "el Derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción" y luego, se refiere a "esos principios", el Estatuto establece el orden de aplicación de las distintas normas y principios. Algo más, esclarece que en el caso de los " principios" aplicables por el Tribunal se trata de los principios comunes en los distintos sistemas de Derecho Interno. A continuación el Estatuto identifica los siguientes Principios Generales de Derecho Penal.

art. 22, *Nullum crimen sine lege;*
art. 23, *nulla poena sine lege*;
art. 24, el principio de no retroactividad *ratione personae*;
art. 25, el principio de la responsabilidad criminal individual;
art. 26, el principio de exclusión de la jurisdicción penal sobre personas menores de diez y ocho años;
art. 27, el principio de irrelevancia de la capacidad oficial;
art. 28, el principio de la responsabilidad penal de los comandantes y otros superiores;
art. 29, el principio de la no aplicación de la prescripción;
art. 30. el principio de los elementos mentales;
art. 31. los principios de la exclusión sobre exclusión de responsabilidad penal;

art. 32, los principios del error de hecho y del error de derecho; y,
art. 33, el principio aplicable el caso de obediencia de órdenes superiores y de prescripciones de ley.

Al examinar los anteriores Principios desde la perspectiva de la globalización y, por ende, de la universalidad de los regímenes especiales de Derecho Penal no podemos dejar de mencionar el extraordinario desarrollo que ha tenido y tiene el Derecho Penal Internacional y, en particular, los efectos que, en los ámbitos internos e internacional producen las normas imperativas o de *jus cogens* y ciertos principios generales en materia de extradición, como *aut dedere y aut judicare- si no extraditas, juzga* – y los principios de legalidad y *ne bis in idem*, este último en sus variantes estadounense (*double jeorpardy*. doble riesgo penal) y continental.

Y lo traemos a cuenta porque en la Conferencia de Derecho Criminal: *¿ Quo Vadis ?* que se celebró en Siracusa, Italia, del 28 de noviembre al 4 de diciembre del 2002 se examinaron, por una parte, los valores, las políticas y las metas del Derecho Penal en la *"Era de la globalización"* y, por la otra, la armonización de los Principios del Derecho Penal que se aplican en los órdenes jurídicos internos y los que aplicará el Tribunal Penal Internacional; en especial, los principios de Legalidad y *Ne bis in idem*. (12)

En cuanto a la globalización y a la universalidad de regímenes especiales del Derecho Penal Internacional, la Conferencia examinó tanto la vía de la armonización de procedimientos como la aplicación de las reglas de *jus cogens* en materia de crímenes internacionales al igual que la norma consuetudinaria – para unos y principio- para otros- *aut dedere aut judicare*, poniéndose de relieve el efecto positivo que en las esferas internas e internacional viene produciendo su aplicación y los efectos adversos que la tesis de la soberanía nacional aún produce en terrenos de la su aplicación universal. También son importante los efectos de la globalización en el campo penal al motivar a los Estados a crear, por vía convencional, a la par de los crímenes internacionales los crímenes transna-

(12) V. Cherif Bassiouni, "International Criminal Law in the Age of Globalization" y Alfredo Etcheberry, "The Principles of Legality and Non bis in Idem", ambos en *International Criminal Law, ¿Quo vadis?*. Nouvelles Etudes Pénales, Association Internationale de Droit Pénal, No 19, 2004.

cionales estableciendo en la Convención de Palermo del año 2000 y en sus tres protocolos nuevas figuras delictivas, con el agregado de que en dichos protocolos se previó un entralazamiento normativo con la convención de Palermo.

Las máximas del Derecho Romano

Si bien los principios generales del Derecho suelen identificarse de la misma manera como figuran, ora como preceptos del Derecho Romano, ora como reglas de derecho interno, conviene esclarecer la naturaleza jurídica que actualmente tienen las máximas del Derecho Romano, frecuentemente invocadas o citadas por abogados y por jueces en foros nacionales e internacionales. Ciertamente, dichas máximas ilustran situaciones jurídicas; incluso, imperativos y postulados jurídicos y cuando se está o no en Derecho o se puede o no demandar justicia.

Traemos a cuenta estas máximas no como fuentes de Derecho ni como reglas de Derecho vigente- lo que no puede excluirse- sino porque con marcada frecuencia árbitros y jueces internacionales , sin precisar si es el caso de integrar el derecho porque están ante una laguna o un silencio en la ley o, simplemente porque ilustra o confirma una regla convencional o consuetudinaria vigente o no vigente, traen a cuenta principios generales del Derecho en su versión latina y, de la misma manera, invocan o citan máximas romas.

Entre otros, podemos citar, *arbitrer nihil extra compromissun facere potest; interest reipublicae ut sit finis litium; nemo debet bix vexari pro una et eadem, causa; Nemo debet bix vexari pro uno et eodem delicto; Ut res magit valeat quam pereat; Audi alteram partem; Judicum non debet essere illusorium. Suum effectum habere debet; Lex Vera atque princepts ed vetandum.* (13)

Desde luego, máximas como *Presumptium juris tantum* y *presumptium jure et de jure* ilustran la naturaleza de la presunción y si ésta admite o no evidencia en contrario. En tal virtud, si la máxima corresponde a una presunción admisible ésta, bien puede identificarse en la forma como figuraba en el Derecho Romano y como tal ser admisible.

En todo caso, las máximas sirven, en unos casos, de apoyo al argumento o a la razón legal que se invoca o bien ilustran la manera como el tribunal deberá resolverla. Salvo casos muy especiales, *per se*, no son reglas de Derecho Internacional. Pueden, desde luego, corresponder a preceptos del Derecho Romano o del viejo Derecho Español y, en tanto que Derecho creado por los jueces, del *Common Law.*

(13) Véase, al efecto los índices de las recopilaciones de sentencias y dictámenes de las Cortes Mundiales en los que figuran las máximas citadas por los jueces o por autores que las citan y que, a su vez, son invocadas ante o por las Cortes

SEGUNDA PARTE: LOS PRINCIPIOS EMERGENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Introducción

A medida que se intensifican las relaciones internacionales y las transnacionales surgen, crecen y se complican los problemas y las dificultades tanto entre Estados como en el interior de los Estados, afectando, incluso, en el caso de estos últimos, a otros Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. De ahí los esfuerzos de algunos Estados y de algunas organizaciones internacionales por establecer, en unos casos, regulaciones y regímenes internacionales restrictivos y prohibitivos , y en otros, por lograr acuerdos en áreas sensitivas emergiendo en el curso de esos procesos nuevos postulados jurídicos y *nuevos principios.*

Se trata, pues, de un proceso de emergencia y cristalización o consolidación de nuevos factores jurídicos que se califican o denominan *principios.* Tal es el caso, entre otros, del Derecho de las Organizaciones Internacionales en general y las particulares del Comercio internacional y de Propiedad Intelectual y en el campo del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Los principios del Derecho de las Organizaciones Internacionales

Teniendo presente que en las organizaciones internacionales se aplican sus tratados constitutivos y el derecho secundario creado por sus órganos, sus Estados miembros y sus órganos pueden, asimismo, invocar y aplicar tanto los Principios Generales del Derecho como los Principios del Derecho Internacional. De la misma manera y, como sujetos del Derecho

Internacional pueden invocar ante otros sujetos, estos principios. Desde luego, las normas constitucionales y el derecho secundario creado por los Estados miembros o por sus órganos, rigen entre ellos lo mismo que entre Estados miembros y no miembros cuando dichas normas cobran naturaleza general o consuetudinaria.

Se plantea la interrogante sí, por las características de las organizaciones internacionales no deberían más bien precisarse principios propios de dichas organizaciones, reconociéndoles categoría de principios a los que han venido emergiendo en el curso del tiempo. Por otra parte, ha surgido, así mismo, la interrogante de si estos principios son principios comunes a y entre las organizaciones internacionales o principios propios de una determinada organización. La ONU, la OMC o la OIT por ejemplo. Lo uno no excluye lo otro, aún cuando ello lleva a catalogar estos principios en un caso, como *generales* y en otros, como *particulares*.

Desde luego, también puede sostenerse que los principios que usualmente se invocan en las organizaciones internacionales y entre los Estados y las organizaciones internacionales son , en unos casos, conocidas reglas de Derecho Internacional general o convencional; en otros, principios como el principio de legalidad, o el de abuso del Derecho, el exceso o desviación del poder, -según sea el caso- y ,en otros más, principios emergentes como el de *transpariencia* en los actos de las organizaciones internacionales.

La International Law Assotiation le ha consagrado atención al tema en sus sesiones de Taipei (1998) y Londres (2000) poniendo de relieve en el curso de las discusiones que, en efecto, se trata, en unos casos, de principios que ya han sido aceptados como principios de Derecho Internacional; en otros, de prácticas propias de los órganos internacionales; y, en otros más, de principios emergentes. (14)

La Organización Mundial del Comercio

Entre las organizaciones internacionales establecidas a fin de que sus Estados miembros cumplan los compromisos que figuran en los tratados

(14) Véase los Informes de la *International Law Association*, London Conference, 2000. Sesiones de Taipei (1998) y de Londres (2000). Este último preparado con esmero por el internacionalista británico, Frank Borman.

e impulsen la globalización del comercio internacional, está la Organización Mundial del Comercio- OMC- sucesora del Acuerdo General de Tarifas y Comercio, mas conocido como GATT y creada en 1994. Lo importante, para efectos de la globalización del comercio internacional es la estructura normativa que se estableció y que comprende, en primer término, el esquema de derecho convencional en el que figura no sólo su tratado constitutivo sino también los tratados y acuerdos internacionales anexos al tratado constitucional así como otros tratados y acuerdos interrelacionados con el tratado constitucional. En segundo lugar, el Derecho Internacional general o consuetudinario que, en razón de la materia de que se trate, es aplicable. Luego, están los precedentes y laudos arbitrales dictados por los Paneles y el Cuerpo de Apelación establecidos en el tratado constitucional y las publicaciones de los más calificados autores y especialistas en el tema de que se trate. (15)

En cuanto a los principios generales del Derecho, destacaremos que son invocables y aplicables tanto por la organización como por sus órganos, distinguiendo entre los principios de carácter sustantivo, entre ellos los principios del Derecho Mercantil de la buena fe y de la verdad sabida y los de carácter procesal, como el *estopell* al que antes nos refiriéramos.

Asimismo, cobra importancia en el plano internacional e interno de los Estados la creación por los órganos y por acuerdo entre los Estados miembros de lo que conocemos como "Derecho secundario" o derecho reglamentario de los tratados constitucionales dentro del que, algunos estudiosos también en razón de su naturaleza sitúan los precedentes y los laudos o decisiones arbitrales-

Si bien el art. 38 del Estatuto de la CIJ sitúa la jurisprudencia y la doctrina como fuentes secundarias, lo cierto es que los Estados miembros de una organización internacional pueden asignarle o reconocerle a las deci-

(15) Véase al respecto, David Palmeter y Petro Mavroidis, "The WTO Legal System and the Sources of Law", en *AJIL*. Vol 92 No. 3, 1998 pp. 398 y sigs. Sobre el estatus de los precedentes, el Comentario Editorial de John H. Jackson, "Internacional Law Status of WTO dispute Settlement Reports – Obligation to comply or option to buy out", en *AJIL*, Vol 98, No 1, 1998 pp, y Richard H. Steinberg, "Judicial Law Making at the WTO-Discursive Constitutional and Political Constraints". en *AJIL*, Vol 98, No 2, pp. 247 y sigs.; sobre sanciones en la OMC, los planteamientos de Steve Charnovits,. "Rethinking WTO sanctions", en *AJIL*, Vol 95, No 4, 2001 pp. 792 y sigs. y sobre los límites y factores vinculantes en la OMC, los estudios publicados en el *AJIL*, vol 96, No3, 2002.

siones de los órganos que resuelven un conflicto o una controversia entre Estados miembros o entre un órgano y uno o más Estados, jerarquía superior a la de fuente secundaria de Derecho aplicable. Tal es el caso de los precedentes y de los fallos arbitrales en el marco de la OMC, dentro de los cuales figuran, asimismo, los precedentes de la institución predecesora- el GATT- (16).

La importancia de examinar los precedentes, incluyendo los del GATT y las decisiones de los Estados cumpliendo o ejecutando las decisiones del GATT y de los órganos de la OMC, es que permite distinguir tanto las reglas convencionales y generales aplicadas en esos casos como los diferentes principios que se invocaron o examinaron incluyendo el proceso de sedimentación o consolidación de *nuevos principios* en el campo del comercio internacional y en el esquema de entrelazamientos entre la normativa comercial, y los regímenes internacionales de propiedad intelectual, medio ambiente. derecho de los trabajadores .y sobre movilidad de servicios y de capitales.

El entrelazamiento normativo entre sistemas legales

El entrelazamiento normativo entre el sistema legal de la OMC y otros sistemas o regímenes legales cobra singular importancia en terrenos de la globalización. En este sentido, el entrelazamiento normativo constituye un mecanismo efectivo de la globalización. Como tal ha lugar a invocar y aplicar y reglas convencionales y consuetudinarias que corresponden a otros sistemas o regímenes las que, por supuesto, deben tener relación y congruencia con las reglas de la OMC.

De la misma manera, se pueden aplicar los Principios Generales del Derecho y los Principios del Derecho Internacional, incluyendo los *principios especiales* que las partes han reconocido o aceptado o que los órganos consideran que ya existen como principios. La decisión, desde luego, corresponde al órgano que puede aplicarlos.

(16) Sobre el tema pueden verse los estudios de Jackson y de Steinberg, *supra* No. 15. Asimismo, los *Dispute Settlement Reports* editados anualmente por la World Trade Organisation, (Cambridge U. Press) Asimismo, sobre el GATT y el Medio Ambiente véase el estudio de Elena Conde Pérez, " El Comercio Internacional y el Medio Ambiente", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Computense de Madrid*, No. 85, Madrid, España, Asimismo, Augusto Valenzuela Herrera, "El Derecho del Trabajo en la Globalización de la Economía," *Revista* No. 47 *del Colegio de Abogados de Guatemala*, Julio-Diciembre, 2003. Guatemala.

Los principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente

Si bien el comercio internacional pareciere ser por ahora el factor más dinámico de la globalización no puede desconocerse que la interrelación o entrelazamiento normativo que también la impulsa no ha sido, hasta ahora general sino selectivo, dado que los órganos aplican, por un lado, los Principios Generales del Derecho y los Principios Fundamentales del Derecho Internacional y, por el otro, el entrelazamiento normativo entre el régimen de comercio y otros regímenes como el de la propiedad intelectual, el laboral y el medio ambiente es específico y selectivo Lo confirma el desarrollo que, por ejemplo, tienen los *nuevos principios* del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

La dinámica internacional revela la evolución de las instituciones y la rapidez o la lentitud con que ocurre. De esta suerte, se puede ver cómo emergen y cristalizan, incluso en períodos cortos, normas consuetudinarias y, cómo, también, las normas convencionales se convierten en normas consuetudinarias. De la misma manera , los principios generales del Derecho pueden transformarse en reglas de Derecho Internacional y los compromisos entre los Estados que constan en tratados, declaraciones y resoluciones aprobadas en conferencias y cónclaves mundiales o regionales pueden tener carácter declarativo y no obstante designarse principios de determinada rama del Derecho internacional.

En consecuencia, fue importante para el desarrollo más acelerado del Derecho Internacional del Medio Ambiente que en la Conferencia de Estocolmo de 1972 se enunciaran, a la par de reglas de Derecho Internacional general otras pautas normativas y conceptos jurídicos que luego quedaron encapsulados en la llamada *"Declaración de Estocolmo"* como *"principios del medio ambiente"*

Desde entonces progresivamente se ha venido ampliando el esquema de principios hasta llegar a la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 en la que se consideraron consolidados, como principios, muchas reglas de D.I. general que en esta materia existen, así como, otros elementos y con-

ceptos, entre ellos, el llamado *principio de principios* (no 21) el *principio del desarrollo sostenible* que pareciere que hubiere cobrado jerarquía internacional a raíz del informe de la Comisión Brutland de 1987. Lo peculiar al respecto es que en su sentencia en el caso entre Slovakia vs Hungria (1997) la CIJ no compartió la tesis de que el desarrollo sostenible sea un principio de derecho sino más bien, lo reputó *"concepto"*. (Reports, 1997 par .141 p.78) La distinción es, pues, jurídicamente importante.

Se impone, pues, deslindar los campos esclareciendo cuales principios son aplicables como "Principios de Derecho internacional"; cuales otros como " Principios Generales del Derecho " y, cuales otros son simplemente conceptos y postulados propios de protección y conservación del medio ambiente, por lo que carecen de consistencia jurídica y de la categoría de Principios Generales de Derecho, lo que no les quita su carácter de principios emergentes y, tampoco su naturaleza de normas convencionales, cuando figuran en uno o más tratados internacionales.

El asunto es importante por cuanto de hacerse el planteamiento ante una jurisdicción nacional o internacional a fin de instrumentar un compromiso internacional o asegurar la aplicación de reglas de derecho internacional general en el ámbito interno de uno o más Estados, dichas jurisdicciones analizarán los planteamientos y sus alcances no sólo con rigor sino usando claros y sólidos parámetros de Derecho Internacional contemporáneo. (17)

Desde luego, en las Declaraciones de Estocolmo, de Rio de Janeiro y en otras, así como en diferentes tratados y convenciones sobre el medio ambiente figuran diversos *Principios Generales*, por lo que es pertinente recordar que los contenidos en otros tratados son aplicables entre los Estados partes, tanto porque figuran en dichos instrumentos como por su naturaleza intrínseca. Luego, los que son Principios Generales del Derecho son aplicables de manera subsidiaria; es decir, en ausencia de reglas de naturaleza convencional o consuetudinaria en tanto que los enunciados en Declaraciones y los que no figuran en tratados internacionales vigentes ni tienen naturaleza consuetudinaria tienen el mismo valor que las Declaraciones y Resoluciones que los contienen.

(17) V. P.S. Rao " Environment as a Common Heritage of Mankind. A policy Perspective" en *International Law on the eve of the Twenty First Century*, United Nations, New York, 1997 pp. 201-217 y nuestro estudio " El Derecho Internacional del Medio Ambiente en su aplicación más allá del *Soft Law*", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Montevideo, 1999. OEA. Washington DC, 2000

El asunto lo ilustra el bien conocido principio general del Derecho " *sic utero tuo ut alienum non laedas-* (usa tus bienes de manera que no causen daños a los bienes ajenos) aplicado tanto por tribunales nacionales como por tribunales internacionales (Casos de la *Trail Smelter-* EE.UU. y Canada y Caso del *Estrecho de CORFU,* UK vs Albania, CIJ) y, el llamado principio del *" desarrollo sostenible"* que figuró, primero, en el Informe de la Comisión Brutland de 1987 sobre *"Nuestro Futuro"* y que diez años más tarde fue incorporado a la Declaración de Río aún cuando la CIJ no le reconoció carácter de principio general sino de *concepto.*

Refiriéndose a algunas de las nuevas normas del Derecho del Medio Ambiente la Corte expresó que dichas

> *" normas deben ser tomadas en consideración dándoseles a los nuevos standards peso apropiado, no sólo cuando los Estados contemplan nuevas actividades sino, también, cuando prosiguen con actividades iniciadas en el pasado. La necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente es aptamente expresada en el concepto de desarrollo sostenible".(C.I.J. ,Recueil, par 140 p. 78 transcripción en francés de las dos líneas.)*

Sabido es que la Corte actúa con *abundante cautela* y que, en sus apreciaciones y calificaciones jurídicas distingue con precisión las reglas del Derecho Internacional general y las reglas convencionales así como los Principios Generales del Derecho. En tal virtud, su apreciación de que el desarrollo sostenible - o *desarrollo durable*, como se le denomina en francés- no es un principio general de Derecho sino un concepto jurídico que debe ser tomado en cuenta a fin de deslindar y diferenciar los principios generales de los que, bajo el término "principio", figuran en Declaraciones y en tratados internacionales.

A lo antes expuesto debemos añadir que instituciones como la International Law Association consideran que debe continuar analizándose el tema a fin de precisar cuales son o podrían ser los principios que, dentro del concepto (de principio) del desarrollo sostenible vienen emergiendo, sedimentando, cristalizando y consolidando. (18)

(18) Véase International Law Association London Conference (2000), Committee on Sustainable Development. Draft Fourth Reports, Londres, 2000. p 22 y nuestro estudio en cita *supra* No 17.

Por supuesto, no puede desconocerse que en este y otros campos emergen nuevos principios del Derecho Internacional, lo que ciertamente puede acontecer dado que ni las relaciones entre Estados ni entre Estados y particulares se mantienen estáticas y tampoco el Derecho Internacional. Precisamente, el Derecho del Medio Ambiente es una de las ramas más dinámicas y cuyo desarrollo lo evidencia el elevado número de convenciones internacionales (más de mil) que se han adoptado en respuesta a los complejos problemas que generan las actividades y el *dejar hacer y dejar pasar* de los Estados y de los particulares.

Los principios Generales del Derecho y el Derecho Internacional del Medio Ambiente

De inmediato señalamos que algunos Principios Generales del Derecho también se reputan principios del Derecho del Medio Ambiente. Tal es, por ejemplo, el caso de los principios *..sic utero tuo ut alienum non laedas-, prevención y precaución y debida diligencia.* (19) Por aparte, están los deberes que el Derecho Internacional general impone a los Estados. Lo importante en el marco de la globalización es distinguir los principios Generales del Derecho que pueden invocarse y aplicarse como tales, y aquellos otros principios del Medio Ambiente que no tienen carácter de " principios generales del Derecho" para luego conjugar ambos con los deberes internacionales de los Estados a fin de hacerle frente, con y por medios jurídicos, a las situaciones que genera o produce el status de derecho suave (*sotf law*) de muchos textos convencionales que padecen de ese *mal.*

l. Los criterios doctrinarios.

No es nuestro propósito extendernos en el tratamiento teórico de los principios del medio ambiente, sino ilustrar su espectro trayendo a cuenta criterios de especialistas de reconocida autoridad. Así, por ejemplo, el profesor Alexander Kiss considera que la conferencia de Estocolmo de

(19) Zlata Drnas de Clément, " Los principios de prevención y precaución en materia de Derecho Ambiental en los sistemas internacional e Interamericano", en *Jornadas de Derecho Internacional,* Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, OEA, Washington DC. 2001

1972 marca un hito histórico -jurídico en terrenos de la protección y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales, incluyendo en materia de la responsabilidad de los Estados por los daños transfronterizos causados a otros Estados y o a su medio ambiente. De esta suerte, distingue, en primer término, las reglas proclamadas en Estocolmo en 1972, - el derecho al medio ambiente, el deber de evaluación, la responsabilidad por daños al medio ambiente- y luego, las reglas que los Estados han formulado después de Estocolmo, y que, a su criterio, confirman su carácter de reglas emergentes. Por último pone énfasis en lo que considera importantes principios: los de *precaución* y de *notificación de situaciones criticas.* (20)

Por su parte, Maurice Kamto sostiene que existen *nuevos principios* entre ellos: los que se desprenden de la convención de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y de la Conferencia de Rio de 1992 e identifica como tales el *principio de la gestión ecológicamente racional, y eficaz, el principio de la anticipación y de la prevención, el principio de la precaución, el principio de la participación, el principio de la interdependencia entre el medio ambiente y el desarrollo,* así como que el Derecho del Medio Ambiente incluye los derechos a la información y a la participación de las personas. (21)

Asimismo, el internacionalista hindú y ex presidente de la Comisión de Derecho Internacional de las NN.UU., Pemmaraju Sreenivasa Rao en su estudio sobre "Environment as a common heritage of mankind: a policy perspective" refiriéndose a los " más importantes principios que ahora están comprendidos dentro del Derecho del Medio Ambiente" identifica los siguientes:

1.*El principio de integración del medio ambiente y el desarrollo, 2. El principio de preocupación común (o common concer); 3. El principio de responsabilidad común pero diferenciada; 4. El principio de cooperación y de interrelación global; 5. El principio de precaución; 6. El principio de prevención de daños al medio ambiente; 7. El principio de equidad*

(20) *Revue Juridique de l' environnement* 1993. No l. y 1996 Nos. 1 y 2.

(21) *RJE,* 1993, No l. Asimismo, el interesante estudio sobre los principios del medio ambiente y las clasificaciones de los principios que hace el Profesor francés, Jean Marc Lavieille en su obra *Droit International de L'Environnement.* Paris, Elipses, 1998,

inter e intra generacional;y, 8. El principio de que quien contamina, paga. (22)

Acto seguido añade que muchos de los principios que se reputan principios del Derecho Internacional del medio ambiente no lo son en estricto derecho sino que, más bien se trata de *" broad policy postulates"*, o bien, de *"principios de soft law"* que no vinculan a los Estados pero que si contribuyen a proveer *lineamientos de política*. Lo mismo dice, ocurre con el concepto de desarrollo sostenible que requiere evaluación crítica.

Puede verse que el problema fundamental que se confronta en el Derecho Internacional del Medio Ambiente no es si los principios especiales son iguales o equivalentes a los Principios Generales del Derecho-*the general principles of Law*- e incluso, si tienen o no naturaleza de principios generales, sino de si se trata de algo más que de conceptos, indicadores, o de pautas o guías, dado que no se vienen estableciendo por la doctrina sino que figuran en un vasto y complejo contexto convencional establecido por Estados soberanos en el ejercicio de sus derechos. Sobre todo, porque no se trata de *recomendaciones* que entre si se hacen los Estados ni de ukases.

Es evidente que los internacionalistas estamos frente a un nuevo fenómeno en la esfera internacional que aún no logra acomodo dentro de la tradicional estructura normativa del Derecho Internacional. Desde luego, desde el punto de vista formal se trata de disposiciones que figuran en tratados internacionales, lo que *per se* restringe o limita su ámbito de validez. Pero, no es lo formal lo que hoy interesa precisar, sino lo substancial. Y es acá, donde los esfuerzos de quienes con autoridad manejan la teoría, tropiezan con la rigidez de los conceptos tradicionales del Derecho.

El fenómeno no es nuevo. Se conoció al formularse el concepto del *tratado marco* o *tratado cuadro;* así también el de la *supranacionalidad* como concepto contrapuesto al de las relaciones interestatuales. La audacia de los países latinoamericanos al ampliar la extensión de sus mares territoriales y sus derechos como Estados ribereños hasta doscientas millas marinas, a fin de explorar y explotar los recursos renovables y no renovables en y de sus plataformas continentales y luego, en las aguas

(22) Rao, *op. cit. Supra* No 17.

suprayacentes hasta doscientas millas asimismo, sorprendió y desconcertó a unos y desorientó a otros, al grado que se hizo necesario convocar a un gran foro mundial para hacerle frente a los nuevos avances de los Estados que en el mar generaron los países latino americanos a fin de precisar la naturaleza internacional de esos nuevos espacios marítimos.

A lo anterior añadiremos que la dinámica del proceso de descolonización que cobró ímpetu a raíz de la Resolución No 1514 de la Asamblea General no sólo abrió una *"Caja de Pandora"*, beneficiando a los pueblos sometidos al colonialismo sino, que le dio nueva dimensión a conceptos que figuraban en la Carta de las Naciones Unidas, y que luego se convirtieron en principios. El más sobresaliente: el *principio de autodeterminación de los pueblos*, que no sólo se aceptó como principio en 1945 por razones geopolíticas , sino que con el tiempo se le cita, incluso, como principio o regla de *jus cogens*. (23)

En buena medida puede decirse que la discusión sobre los principios especiales del medio ambiente se orienta mejor una vez se precisan los que se vienen proponiendo como tales. De ahí que consideremos pertinente traer a cuenta los que, en primer término identifica el internacionalista hindú, Rao:

1. *El principio de igualdad soberana entre los Estados;*
2. *El principio quien contamina, paga;*
3. *El principio de precaución;*
4. *El principio de la Responsabilidad internacional;*
5. *El principio del desarrollo sostenible:*
6. *El principio de la equidad inter e intra generacional;*
7. *El principio del razonable y equitativo uso de los recursos naturales;*
8. *El principio de cooperación;*
9. *El principio de negociación de buena fe para resolver situaciones y controversias;.*
10. *El principio de igualdad de acceso ante la justicia en caso a de daños y de no discriminación entre nacionales y nacionales y extranjeros;*

(23) V. Yoram Distein, " Self Determination Revisited" y Allain Pellet, « Quel avenir pour le droit des peoples a disposer d"eux- memes" ambos en *Liber Amicorum* E. Jiménez de Aréchaga, Montevideo, 1994.

11. *El principio de integración del medio ambiente y el Desarrollo;*

12. *El principio de precaución;*

13. *El principio de preocupación común o global ;*

14. *El principio de incrementar el valor y de proteger, reducir y controlar lo efectos adversos sobre el medio ambiente;*

15. *El principio de responsabilidad común pero diferenciada;*

16. *El principio de la asociación común y de la cooperación que lleva al deber de la cooperación internacional, al de inter cambiar información, notficar y consultar con y a los Estados potencialmente afectados. tomando en cuenta que estos principios deben enraizarse, para ser aplicables, en la reciprocidad y en el interés de conservar y proteger el medio* ambiente;

17. *El principio de prevenir daños al medio ambiente. Principio 21 de Estocolmo y 2 de Rio de Janeiro;*

18. *El principio de que ningún Estado debe causarse daño a otro y otros o a sus ciudadanos y a sus recursos pese a su derecho de explotar sus recursos en su propio territorio;*

19. *El principio de notificación y asistencia mutua que se han desarrollado en el contexto, primero, de los cursos internacionales de aguas y luego en el contexto de los accidentes resultantes de radiación atómica.* (24)

Se colige que según sea el área del Derecho Internacional, así han venido surgiendo nuevos elementos normativos, los que, a medida que los Estados incorporan a tratados internacionales que celebran, se consolidan como normas convencionales bajo el término de " Principios". En otros, al incorporarlos los Estados a las Declaraciones Conjuntas que formulan o que se adoptan en el curso de conferencias internacionales, se consolidan con categoría de principios. Lo revelador es que muchos de estos " principios" los originan científicos o bien adquirieron relevancia científica en cónclaves académicos y jurídicos.

(24) Rao, *op. cit., supra* No 17 y , para un listado desde la perspectiva académica véase el interesante estudio sobre del profesor Lavieille, *op.cit., supra* No 21.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XII. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 2003, 294 págs.

La importante labor científica desarrollada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, que preside la Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, tiene como principales manifestaciones la celebración periódica de sus Congresos, en los que se debaten ponencias sobre Derecho internacional público; Derecho internacional privado; Relaciones Internacionales; Derecho de la integración; documentación, metodología y enseñanza; y derechos humanos; y la publicación de su Anuario, dirigido por el Dr. Ernesto J. Rey Caro, que en esta ocasión incluye los estudios doctrinales de Julio BARBOZA: "Contramedidas en la reciente codificación de la responsabilidad de los Estados. Fronteras con la legítima defensa y el estado de necesidad"; Antonio MARTÍNEZ PUÑAL: "El Mercosur y la Unión Europea ante la construcción de una asociación interrregional"; Zlata DRNAS DE CLÉMENT: "Los recursos compartidos entre los Estados y el Derecho Internacional"; y Gladys SABIA DE BARBERIS: "La protección del medio ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia".

La sección doctrinal se completa con otra de contenido documental en la que María Alejandra STICCA enumera, debidamente sistematizados, los convenios internacionales por los que se comprometió la República Argentina en el período que va desde el 1 de noviembre de 2001 al 31 de agosto de 2003, con la correspondiente referencia a la fecha de sanción, promulgación y publicación de las respectivas leyes internas por las que fueron aprobados. Esta relación concluye con un apartado relativo a otras interesantes disposiciones legales sobre temas de Derecho internacional público adoptadas por la República Argentina, casi todas ellas con el objeto de dar cumplimiento a las medidas impuestas por las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el objeto de mantener o restablecer la seguridad internacional en distintos conflictos, como el de Afganistán, Sierra Leona, Somalia o Liberia.

Por último, el presente volumen se cierra, tal y como ocurría con sus predecesores, con una extensa sección bibliográfica que contiene recensiones de numerosas y variadas novedades editoriales aparecidas entre 2001 y 2003, de la que destaca la importante presencia de obras publicadas en España.

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XIII. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 2004, 283 págs.

A la estructura del *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, habitualmente organizado en tres secciones: doctrina, legislación y recensiones, se suma en esta ocasión otro apartado que incorpora sendas notas necrológicas.

La mencionada sección doctrinal está configurada en el presente número por los estudios elaborados por Lilian CASTILLO: "Algunos aspectos ambientales en el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo"; Waldemar HUMMER y Markus FRISCHHUT: "Diferentes concepciones de la protección de los derechos humanos en la integración europea y latinoamericana. La «Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos» (2002)"; Mario J.A. OYARZÁBAL: "Los actos de estado civil en el Derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentinos"; Araceli MANGAS MARTÍN: "Integración, soberanía y globalización: Reflexiones"; José Alejandro CONSIGLI: "La intervención humanitaria a la luz del Derecho internacional actual"; y Ernesto J. REY CARO: "Reforzamiento institucional del Mercosur: El Tribunal Permanente de Revisión".

En cuanto a la reseña de la actividad convencional argentina, que de nuevo está a cargo de María Alejandra STICCA, en este volumen se da noticia de la legislación nacional promulgada entre el 1 de septiembre de 2003 y el 31 de julio de 2004 para la aprobación de distintos tratados internacionales, así como de las medidas internas adoptadas mediante los correspondientes Decretos de 1 de marzo de 2004 para hacer efectivas las resoluciones 1478 (2003), 1493 (2003), 1171 (1998) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, relativas a la situación en Liberia, la República Democrática del Congo y Sierra Leona, respectivamente.

Además, tal y como hemos anticipado, el presente volumen del Anuario cumple con el penoso cometido de incorporar sendas notas necrológicas en memoria del Dr. Santiago Benadava, antiguo miembro chileno del IHLADI, y del profesor francés Daniel Bardonnet, escritas ambas por Julio A. BARBERIS.

Como colofón se incluyen unos comentarios bibliográficos, la mayoría de ellos firmados por la Dra. Graciela R. Salas, acerca de algunas publicaciones sobre Derecho internacional público, Derecho internacional privado, Derecho de la integración y Relaciones Internacionales, recientemente aparecidas.

Anuario de Derecho Internacional. Vol. XIX. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 2003, 728 págs.

Atento siempre a los sucesos más relevantes que nos depara la actualidad internacional, el Anuario de la Universidad de Navarra ha incluido en la sección doctrinal de este volumen un apartado dedicado al análisis y valoración jurídica, desde la perspectiva del Derecho internacional y del Derecho constitucional español, de la invasión de Iraq en 2003 por tropas extranjeras y el consiguiente derrocamiento de los gobernantes entonces en el poder, así como de la participación de España en tales acontecimientos. Este apartado está integrado por los trabajos de Mauricio ARCARI: "L'Intervention armée contre l'Iraq et la question de l'autorisation du Conseil de Sécurité"; Romualdo BERMEJO GARCÍA: "El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Iraq y las Naciones Unidas"; Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: "La «contaminación» de Naciones Unidas o las resoluciones 1483 y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad"; y Carlos RUIZ MIGUEL: "Análisis constitucional de la posición española en la II Guerra de Iraq".

Además de estas aportaciones monográficas, se incorporan también a la sección doctrinal del Anuario los heterogéneos estudios elaborados por Antonio BLANC ALTEMIR: "El Tribunal especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho internacional humanitario"; José Luis DE CASTRO RUANO: "La política euromediterránea: entre la asociación y la nueva vecindad de la Europa ampliada"; Juan Francisco ESCUDERO ESPINOSA: "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma"; Natalia OCHOA RUIZ: "Las cláusulas compromisorias de las Convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: ¿Un mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos?"; y Pilar POZO SERRANO: "Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional".

Junto a las mencionadas contribuciones, que aparecen en la sección doctrinal, también se da cabida en este volumen a las notas de M. Amparo ALCOCEBA GALLEGO: "La ilicitud internacional de los *Acuerdos Antídoto* celebrados por Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI"; Gabriella CITRONI: "Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; y Consuelo RAMÓN CHORNET: "El Derecho Internacional ante las reivindicaciones de las minorías lingüísticas. Algunas aportaciones recientes".

En cuanto a los comentarios de jurisprudencia incluidos en la sección dedicada al estudio de decisiones judiciales de distintos tribunales internos o internacionales, en esta ocasión han sido elaborados por Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS: "Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Avena y Otros Nacionales Mejicanos (Méjico vs. Estados Unidos)*"; Mª Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ: "Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del *Refah Partisi y otros contra Turquía*: Legítima disolución de un partido político"; y J. Ramón PÉREZ SALOM y Mª José CERVELL HORTAL: "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público". Así pues, se analizan tanto dos sentencias de tribunales internacionales, como hasta veinte decisiones de los más importantes órganos judiciales españoles: el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, organizadas en cinco categorías temáticas.

Por último, fiel a su estructura habitual, este número se cierra con una sección sobre documentación, compuesta principalmente por las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas entre septiembre de 2002 y septiembre de 2003, debidamente ordenadas y sistematizadas; para terminar con las recensiones de algunas novedades bibliográficas aparecidas a lo largo de esos dos años.

Anuario de Derecho Internacional. Vol. XX. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Pamplona, 2004, 792 págs.

Los trabajos que configuran la sección doctrinal del presente volumen del Anuario de la Universidad de Navarra han sido redactados por Maurizio ARCARI: "Remarques occasionelles sur les contradictions de l'action du Conseil de Sécurité dans le domaine des droit de l'homme"; Antonio BLANC ALTEMIR: "El acuerdo de asociación entre la Unión Europea y Chile: algo más que un tratado de libre comercio"; Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: "El sistema institucional de la Unión Europea en el Tratado que establece una Constitución par Europa 2004"; Isabel LIROLA DELGADO y Magdalena Mª MARTÍN MARTÍNEZ: "La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea"; Laura PINESCHI: "Non-compliance mechanisms and the proposed center for the prevention and management of environmental disputes"; Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ: "Soberanía y administración de territorios"; Pablo ZAPATERO: "Coherencia y coordinación en «Bretton Woods»".

A ellos hay que añadir las "Notas" publicadas por Mª Dolores BOLLO AROCENA: "La adopción de las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) o el bloqueo preventivo de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad delas Naciones Unidas"; Javier JORDÁN: "El terrorismo y la transformación de la guerra. Consideraciones sobre la lucha global de Al Qaida"; y Trinidad LÁZARO CALVO: "Naturaleza Jurídica de los anexos facultativos a los tratados ambientales";

Especialmente nutrida resulta en esta ocasión la sección sobre jurisprudencia, dedicada al comentario de decisiones de tribunales internacionales o nacionales especialmente relevantes por su interés o trascendencia, pues en ella se incluyen los puntos de vista de distintos autores sobre la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004. Se trata en concreto de Péter KOVÁCS: "Rather judgement than opinion? Or can we speak about a third type judicial procedure before the International Court of Justice? (Note under the advisory opinion of the International Court of Justice delivered about the «Wall » built on Palestinian Territory"; Mª Eugenia LÓPEZ-JACOISTE: "Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva sobre el muro de Israel: la solución está en Ramallah y Gaza y no en La Haya ni en Manhattan"; y Pilar POZO SERRANO: "La opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado: problemas de competencia y oportunidad judicial". Tales comentarios se complementan, bajo el enunciado genérico de "Otros Estudios", con sendos análisis sobre la práctica de determinados órganos –de distinta naturaleza jurídica y ámbito de actuación– en la aplicación de las normas internacionales, elaborados por Natalia OCHOA RUIZ: "La jurisprudencia del Comité de las Naciones Unidas contra la tortura"; y José Roberto PÉREZ SALOM y María José CERVERA HORTAL, quienes se encargan de nuevo de recopilar, sistematizar y comentar algunas importantes "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público".

El volumen concluye con una anexo documental en el que se transcriben las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, clasificadas por orden alfabético atendiendo al conflicto al que pretenden dar respuesta, y con la recensión de lagunas interesantes novedades editoriales.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto y VENTURA ROBLES, Manuel E.: *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. ACNUR. San José, 2003, 321 págs.

Fruto de la colaboración entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que se materializó formalmente en el convenio celebrado por ambas instituciones el 14 de junio de 2000, ve la luz esta publicación, en la que se incluyen dos estudios doctrinales cuya autoridad científica viene determinada por los amplios conocimientos académicos y la experiencia práctica acumulada por los autores en el ejercicio de su actividad profesional.

El primero de ellos trata sobre "El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional" y recoge la intervención del Dr. Cançado Trindade, Presidente de la Corte de San José, en el Curso de Derecho Internacional que organizó el Comité Jurídico Interamericano en su 28ª sesión anual. En él analiza los avances que supone la mencionada reforma en orden al reconocimiento de subjetividad internacional a favor del individuo. Con tal fin se exponen los antecedentes de la misma y los informes en los que se basó, quedando patente el protagonismo que en dicho proceso le correspondió al autor, como consecuencia de su cargo; para continuar pasando revista a los tres Reglamentos con los que había contado la Corte hasta el año 2000: el original, de 1980, y los adoptados en 1991 y 1996. Tras esa ineludible perspectiva histórica, el análisis se centra en el alcance de los cambios introducidos por el nuevo Reglamento y, al hilo de los mismos, en la condición de como titular de derechos emanados del ordenamiento internacional reconocida a los individuos y el fortalecimiento de la capacidad procesal internacional del ser humano bajo la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero el del Dr. Cançado va más lejos al formular propuestas de futuro, como la relativa a la reforma de la mencionada Convención para reforzar el mecanismo de protección de los derechos en ella establecido, reforma que en un futuro debería permitir, tal y como ocurre ya en el sistema del Consejo de Europa, que los propios ciudadanos puedan presentar demandas contra los Estados ante la Corte.

Por su parte, el segundo de los trabajos recopilados en este libro es obra del Dr. Ventura Robles, entonces Secretario y en la actualidad Juez de la Corte, quien bajo el título de "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente", repasa su naturaleza, funciones y competencias; su evolución institucional y funcional, en la que fija tres etapas (las que van de 1979 a 1986, de 1986 a 1993 y de 1994 a 2001), que compara entre sí a la vista

de datos estadísticos tan relevantes como el número de casos que le han sido sometidos, las sentencias dictadas, las medidas provisionales adoptadas y las opiniones consultivas emitidas en cada una de ellas, el presupuesto anual con que ha venido contando, el personal a su servicio y el número de sesiones que ha celebrado cada año. Acto seguido, el Dr. Ventura Robles expone algunos de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia de la Corte, tanto desde el punto de vista sustantivo como en lo que se refiere a las cuestiones procesales (fijándose en aspectos tales como la ampliación del concepto de víctima; la improcedencia de la retirada del reconocimiento de la competencia de la Corte con efecto inmediato; la declaración por la Corte de la invalidez de un procedimiento judicial interno, ordenando, en consecuencia, que se repita el juicio para que en él se respeten debidamente las reglas procesales; la declaración de ineficacia de una ley interna de amnistía) y comenta la práctica seguida en la adopción de medidas provisionales y el ejercicio de su actividad consultiva. En cuanto a los cambios más importantes que el nuevo Reglamento de la Corte adoptado en el año 2000 introdujo en el procedimiento judicial sustanciado ante la misma, el autor destaca los que tienen que ver con la participación autónoma de la víctima en todas las fases del proceso (art. 23), la inclusión en el escrito de demanda de las pretensiones sobre reparaciones y costas (art. 33), y determinadas prescripciones acerca de las excepciones preliminares (art. 36) la presentación de las pruebas (art. 43) y la contestación de la demanda (art. 37). Al igual que el Dr. Cançado Trindade, el Dr. Ventura Robles concluye su trabajo aludiendo a las perspectivas de reforma de la Convención de San José de 1969, con vistas a mejorar y reforzar el mecanismo de protección de los derechos humanos en ella previsto.

Además, en la extensa e interesante parte documental, se reproduce el texto del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000 y se transcriben, por orden cronológico, la presentación que, bajo el título de "Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", realizó el Dr. Cançado el 19 de abril de 2002 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos; su intervención ante el pleno de la Asamblea General de la OEA en Barbados, el 4 de junio de 2002; y su disertación ante el Consejo Permanente de la Organización sobre "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", que tuvo lugar en Washington, D.C., el 16 de octubre de 2002.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo: *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea.* Universidad Iberoamericana. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003, 237 págs.

La importancia de las transacciones comerciales internacionales en un mundo tan interdependiente y económicamente globalizado como el actual es tan obvia que no necesita ser destacada. De ahí el interés de una obra centrada en la dimensión multilateral de las mismas como la que nos presenta el profesor Cruz Miramontes, pues constituye un útil instrumento para una primera toma de contacto con las organizaciones internacionales que cuentan con competencia en la materia en las que participa o con las que se relaciona México, así como para el conocimiento de los acuerdos celebrados en 1997 entre dicho Estado y la Unión Europea.

En particular, el capítulo primero se refiere al Acuerdo General sobre Aranceles y comercio (GATT) y, sobre todo, a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a la Organización par ala Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), de las que se analiza su creación y funcionamiento, con especial mención de la posición de México respecto de ambas. Por su parte, el capítulo segundo aborda algunas cuestiones particulares especial interés, como son las prácticas comerciales desleales, las normas que las combaten o las salvaguardas autorizadas para proteger a los productores nacionales y las leyes de competencia que garantizan la libertad del tráfico comercial.

En otro orden de cosas, el capítulo tercero se dedica al análisis de algunos procesos de integración regional europea, con especial referencia a la creación y la evolución de las Comunidades Europeas desde sus orígenes hasta la Unión Europea y su posterior desarrollo como consecuencia de la adopción de los tratados de Amsterdam (1997) y Niza (2001); para continuar en al capítulo cuarto con el análisis de las relaciones entre Europa y México a través de los acuerdos celebrados entre ambas partes desde 1975, comenzando con el estudio de los vínculos jurídicos y económicos tradicionales existentes entre ellas y centrándose a continuación en el examen particular del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, de 8 de diciembre de 1997, respecto del cual se hace especial hincapié en el balance de los resultados derivados del mismo en los distintos ámbitos de interés común, como son los productos industriales, los productos agrícolas, las reglas de origen, las reglas de comercio, los servicios financieros, las inversiones y pagos relacionados, las reglas de competencia, la propiedad intelectual, las salvaguardas, las cláusulas de escasez, las prácticas desleales y la solución de controversias.

Por último, el capítulo quinto cierra esta monografía con un análisis de las reacciones suscitadas en los Estados Unidos por las repercusiones que para dicho país pudiera tener el Acuerdo México-Unión Europea, completado con las previsiones acerca del futuro de México en el ámbito del comercio mundial.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*. Vols. 34-35 (julio 2001-junio 2002). San José de Costa Rica, 570, págs.

Al igual que ocurría con los dos volúmenes que le precedieron –de cuya publicación se dio noticia en el último *Anuario*, págs. 606-609– en esta entrega de la *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* figuran dos números de esta colección (que empezó su andadura en 1985, es decir, hace ahora 20 años), por lo que, dada la periodicidad semestral de la misma, su edición cubre el período de tiempo correspondiente a un año completo. Además, continuando una práctica iniciada precisamente en esos volúmenes anteriores, que ha tenido continuidad en el subsiguiente –reseñado a continuación–, el presente tomo tiene carácter monográfico, puesto que recoge tanto ponencias de profesores como trabajos de investigación elaborados por participantes en el Curso Interdisciplinario que el IIDH dedicó en 2001 al estudio del derecho a la participación política, entendido como la facultad que disfruta la ciudadanía para "elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes". Junto a ellos se incluyen algunos estudios sobre la materia preparados por consultores externos que colaboran con el Instituto.

Todas estas contribuciones están estructuradas en cuatro apartados, el primero de los cuales se refiere a aspectos generales y fundamentales del problema, como los que abordan José Enrique MOLINA VEGA y Carmen PÉREZ BARALT: "Participación política y derechos humanos"; José THOMPSON: "Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina"; Adriana MURILLO RUIN: "Participación política en la democracia actual: crisis de los paradigmas modernos y búsqueda de alternativas"; o José de Jesús OROZCO: "La participación política frente a los sistemas de justicia: de lo constitucional a lo electoral"

En el segundo apartado, titulado "Participación política y sociedad civil" se recogen los trabajos de Liliana GIORGIS: "La problemática del ejercicio pleno

de la ciudadanía en situaciones de marginación, desempleo y pobreza. Necesidad de una democratización de la democracia para garantizar la efectiva participación política de todos"; Milena PETTERS MELO: "A concretização-efectividade dos direitos sociais, economicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a ciudadania no Brasil"; y Marisol LÓPEZ MÉNDEZ: "Para empezar el siglo XXII. Un diagnóstico sobre la participación política de la sociedad civil en México", cuyo denominador común consiste en que todos ellos analizan la cuestión de la participación política en relación con el sujeto activo de la misma: la ciudadanía.

La participación política en situaciones especiales y la de los grupos marginados presenta características peculiares y plantea problemas añadidos a algunos de los cuales se refieren los artículos incluidos en la tercera sección, que están firmados por Fredy PRECIADO: "Restricciones a la democracia local en municipios con presencia de grupos alzados en armas en Colombia"; Tathiana FLORES ACUÑA: "Derecho Internacional Humanitario: ¿teoría o realidad? Algunos resultados regionales del ejercicio de la diplomacia humanitaria"; José Antonio ÁLVAREZ MELGAR: "El monopolio de los partidos políticos y los derechos de los pueblos indígenas de Bolivia". Giselle MOLONA SUBIRÓS: "El sistema axiológico de la CEDAW como parámetro de control constitucional en la formulación e implementación de leyes y políticas públicas"; y Rosa María POSA GUINEA: "Análisis de la participación política de lesbianas y gays en Paraguay".

Por último, bajo el enunciado "Partidos políticos, financiación y verificación electoral" se publican las aportaciones de Jorge Mario: GARCÍA LAGUARDIA: "Dinero y política: la cuadratura del círculo de la democracia en América Latina"; y Rafael RONCAGLIOLO: "observación electoral, balance y perspectivas".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*. Vol. 36, (julio-diciembre, 2002). San José de Costa Rica, 364, págs.

Para el segundo semestre del año 2002, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos nos presenta un nuevo número de su Revista, que en esta ocasión está especializado en el examen de la situación en la que se encuentra la educación sobre los derechos humanos, pues este fue el tema sobre el que trató el XX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el

Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José de Costa Rica del 27 de julio al 2 de agosto de 2002. Sin embargo, este volumen, dentro de su uniformidad temática, presenta una importante variedad de cuestiones analizadas y enfoques para su estudio. Así, agrupados en una sección relativa a la protección nacional e internacional de los derechos humanos, encontramos los trabajos de Katarina TOMASEVSKI: "Contenido y vigencia del derecho a la educación"; Indira BASTOS MARRUL: "O fortalecimiento da indivisibilidade dos dereitos humanos no sistema interamericano: efetiva garantía para o dereito à educação"; Leonor C. LÓPEZ VEGA: "Mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres en el sistema interamericano"; y Jessica SANDBERG: "Human rights in Sweden".

Una segunda sección, integrada por los trabajos de Juan Carlos TEDESKO: "La educación en el marco del nuevo capitalismo"; Alma BACCINO DE PÉREZ ABELLA: "Educación en derecho internacional humanitario"; y Aida Margarita: FLORES DÍAZ: "Estado y sociedad civil como actores principales en la educación en derechos humanos: el caso de México", se refiere al contexto social latinoamericano de la educación en derechos humanos.

Por su parte, el apartado sobre "Educación en derechos humanos en grupos en situación de vulnerabilidad", recoge las aportaciones de Janice MARSHALL: "Educación, refugiados y personas desplazadas"; Eleonor FAUR: "Derechos humanos y género: desafíos para la educación en la Argentina contemporánea"; Silvia LARUMBE CANALEJO: "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo"; y Francisco José SCARFÓ: "El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos".

Además, en una obra de estas características no podía faltar, por último, algún estudio referido a los aspectos teóricos y metodológicos de la educación en derechos humanos, ámbito éste perfectamente cubierto por las aportaciones de Abraham MAGENDZO K.: "Derechos humanos y curriculum escolar"; y Rosa María MÚJICA: "La metodología de la educación en derechos humanos".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*. Vol. 37, (enero-junio, 2003). San José de Costa Rica, 373 págs.

Las contribuciones que configuran el presente número de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos se agrupan en tres secciones, la

primera de las cuales, que trata de los desarrollos en materia de acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos, incluye dos informes titulados "Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" y "El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", que el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembro del IHLADI, Antonio A. CANÇADO TRINDADE, presentó ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, el 19 de abril de 2002, y ante el propio Consejo, el 16 de octubre del mismo año, respectivamente.

Tras ellos, las dos siguientes secciones de la Revista continúan la labor a la que esta publicación se consagró desde sus orígenes, consistente en el estudio y divulgación de los instrumentos y mecanismos instaurados para la protección y la promoción de los derechos humanos en el ámbito interamericano, para su mejor conocimiento, y el fomento de la discusión sobre las cuestiones mas relevantes relativas a dicha temática, con la vista siempre puesta en su progreso y mejora. Esta es, sin duda, la finalidad que inspira los trabajos presentados por Rolando E. GIALDINO: "Obligaciones del estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales"; y Ana SALADO OSUNA: "Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos peruanos", en la sección de "Doctrina"; o los elaborados por Lorena GONZÁLEZ VOLIO: "The Institution of the Ombudsman. The Latin American experience"; Steven E. HENDRIX: "«Centros de Justicia» guatemaltecos: la piedra angular para avanzar en la trasparencia, eficiencia debido proceso y acceso a la justicia"; y Sergio Fernando MORALES ALVARADO: "Censura y derechos humanos. Reflexión histórico-jurídica sobre el derecho a la comunicación en Guatemala", que configuran el apartado sobre "Temas en derechos humanos".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*. Vol. 38, (julio-diciembre, 2003). San José de Costa Rica, 461 págs.

El quinto de los volúmenes que la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha dedicado íntegramente al análisis de una cuestión monográfica, siguiendo una práctica iniciada en 1999 y sólo interrumpida en el número 37, recoge una serie de trabajos cuyo denominador común consiste en el estudio en todo ellos de cuestiones relacionadas con la justicia y la seguridad, eje temático sobre el que giró el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, celebrado en San José de Costa Rica del 23 de junio al 4 de julio de 2003.

Tales trabajos se organizan en tres apartados, sobre la base de un criterio temático, en virtud del cual el primero de ellos se refiere a los problemas de la "Aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno: casos de América Latina", incluyendo los estudios de Guido IBARGÜEN BURGOS: "Derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano"; Mariano R. LA ROSA "Fundamentos, objetivos y proyecciones de la Corte Penal Internacional"; y Carlos R. CONSTENLA: "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina".

Por su parte, en el segundo apartado se recogen cuatro aportaciones referidas a la "Seguridad, justicia y política en los países latinoamericanos", preparadas por Elena Laura MARIANI: "El fenómeno delictivo en Buenos Aires: seguridad ciudadana y rol de la policía"; Lorena Isabel SÁNCHEZ: "El Ecuador frente al Plan Colombia: Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana"; Horacio ESBER: "La represión del delito y su funcionalidad con el paradigma económico político y social"; y María ALTOLAGUIRRE LARRAONDO: "Seguridad ciudadana en el hemisferio".

Para terminar, la última sección se dedica al análisis del problema referente a la "Seguridad y derechos humanos de grupos en condición de vulnerabilidad", respecto del que exponen su punto de vista Marcia CANARIO DE OLIVEIRA GOMES: "Tortura e segurança publica no brasil"; Wellinton PEREIRA DA SILVA: "Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploraçao sexual comercial e a segurança social"; Emilio GARCÍA MÉNDEZ: La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía"; y Juan Carlos MURILLO GONZÁLEZ: "Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados".

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.): *Iniciación a la práctica en Dèrecho internacional y Derecho comunitario Europeo*. Universidad de Alcalá. Marcial Pons. Madrid. 2003. 676 págs.

Teniendo en cuenta el objetivo que persiguen y la función formativa que desempeñan los estudios universitarios, un aspecto fundamental de cualquier área

de conocimiento ha de ser la preparación de los estudiantes para la aplicación en la práctica de los conocimientos teóricos adquiridos en las aulas, sin la cual la actividad académica carecería de sentido, salvo para quienes cuya única pretensión al matricularse sea la de ampliar su bagaje cultural. Ello es especialmente cierto en la carrera de Derecho, y no sólo para las disciplinas a las que de forma más habitual dedican su quehacer profesional los alumnos que se licencian en las Facultades, sino también respecto de otras que, como el Derecho internacional público y el Derecho comunitario, han permanecido tradicionalmente en gran medida al margen del interés forense, al menos en España, situación que sin embargo está cambiando aceleradamente como consecuencia de diversos factores, todos ellos relacionados con la mayor relevancia de las cuestiones internacionales en el ámbito interno y su creciente repercusión no sólo en los intereses de los Estados, sino también los de los ciudadanos.

A esta realidad, y a las exigencias docentes que de ella se derivan, viene a dar respuesta la obra colectiva dirigida y editada por el Dr. Jiménez Piernas, cuyo objetivo principal consiste en servir como instrumento de apoyo a las enseñanzas prácticas que se impartan en dichas asignaturas, en la que, tras una introducción a cargo de Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Sobre la práctica en Derecho Internacional y Comunitario: los datos de su evolución histórica y las tareas del jurista en la realidad actual", las contribuciones de los distintos autores se organizan en cinco Partes, la primera de las cuales, referida a la práctica en tribunales internacionales, está compuesta por los trabajos de Philippe COUVREUR: "El Secretario de la Corte Internacional de Justicia: Estatuto y funciones"; Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN: "Los países pequeños y en vías de desarrollo ante la Corte Internacional de Justicia: algunos problemas prácticos"; Santiago QUESADA POLO: "La presentación de la demanda ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos"; e Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ: "El individuo y la jurisdicción internacional: estudio práctico del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU)".

En cuanto a la Parte II, que trata acerca de la práctica en organizaciones internacionales, incluye los trabajos de Juan Antonio YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA: "Apuntes sobre la diplomacia multilateral"; Alfred Maurice de ZAYAS: "Desarrollo jurisprudencial del Comité de Derechos Humanos en aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Visión práctica"; y Carlos VILLÁN DURÁN: "El funcionamiento de los mecanismos extraconvencionales de protección internacional de los derechos humanos".

A continuación, la Parte III, relativa a la práctica en la Unión Europea consta de las aportaciones elaboradas por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y

Fernando CASTILLO DE LA TORRE: "El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"; Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER: "La función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"; Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ "Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas"; Manuel DÍEZ DE VELASCO VALLEJO: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional español: Aspectos comparativos"; y Rafael PELLICER ZAMORA: "Aspectos que caracterizan al proceso de decisión en la UE y, en particular, la presencia de la sociedad civil".

Seguidamente, la Parte IV, dedicada a la práctica nacional en la aplicación del Derecho internacional, incorpora las colaboraciones de José Manuel LACLETA MUÑOZ: "La función diplomática y consular"; Aurelio PÉREZ GIRALDA: "La asesoría jurídica internacional de Gobiernos desde la función pública"; y Antonio REMIRO BROTÓNS: "La asesoría jurídica internacional de Gobiernos *desde fuera*".

Por último, la Parte V, que recoge los estudios de Carlos JIMÉNEZ PIERNAS: "La práctica internacional y sus medios de prueba (guía breve para abogados jóvenes)"; y Björn ARP: "*Navigare neccesse est*: la Red al servicio de comunitaristas e iusinternacionalistas", resulta especialmente útil e interesante al analizar algunas herramientas técnicas de ayuda para quienes se dedican profesionalmente al ejercicio del Derecho internacional.

Para su mejor y más fácil manejo, la obra se complementa con un índice de jurisprudencia, otro onomástico y un tercero analítico; y a la misma se adjunta, en formato CD-Rom, una selección de útiles e interesantes documentos e impresos relacionados con la práctica ante distintos órganos de la Unión Europea, el Consejo de Europa, las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, los tribunales internacionales y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, confeccionada por el profesor Björn ARP.

LÓPEZ CONTRERAS, Carlos: *Misión en La Haya*. Editorial Iberoamericana. Tegucigalpa, 2004. 624 págs.

El 10 de septiembre de 2002 la entonces Ministra de Relaciones Exteriores de El Salvador presentó ante la Corte Internacional de Justicia una solicitud de revisión de la sentencia que una Sala Especial del Tribunal había dictado diez años antes para resolver la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima

que enfrentó a dicho Estado contra Honduras, actuando Nicaragua como interviniente, con la pretensión de que la misma fuera modificada en la parte relativa al sector del río Goascorán. En el consiguiente procedimiento judicial, que culminaría con la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2003, Honduras nombró como agente para que le representara ante la Corte al embajador López Contreras, autor de la presente obra en la que expone su punto de vista respecto del objeto de la disputa, describe al detalle los entresijos del mencionado proceso judicial y relata la experiencia profesional y personal que para él supuso la participación en el mismo encabezando el equipo de juristas que defendió los intereses hondureños.

Con tal fin, tras la correspondiente introducción, el autor analiza el trasfondo histórico-político en el que se gestó la demanda salvadoreña, para referirse a continuación al contenido de la misma, respecto del que se muestra crítico, y al motivo por el que la solicitud de revisión se limitó al sector del Goascarán, ilustrando sus comentarios con la descripción del procedimiento de revisión tal y como está regulado en el Estatuto y el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Concluye esta primera parte de la obra con una referencia al resultado de la evaluación preliminar de la demanda de revisión por parte de los consultores internacionales y los asesores nacionales a quienes se solicitó opinión al respecto.

En los capítulos subsiguientes, el embajador López Contreras da noticia de las gestiones llevadas a cabo para configurar el equipo hondureño encargado de defender el caso oponiéndose a la demanda de El Salvador, desde la acreditación del agente y el coagente hasta la integración del equipo internacional, y detalla los distintos pasos seguidos en la tramitación del asunto ante la Corte, entre ellos la decisión acerca de la composición de la Sala que debería resolverlo y la fijación del plazo para que Honduras presentara sus observaciones escritas, cuyo contenido y aspectos más relevantes son convenientemente glosados.

Acto seguido, el autor dedica varios capítulos a comentar la controvertida cuestión de la presentación de nuevos documentos por parte de El Salvador una vez cerrada la fase escrita, que fue aceptada por la Corte en aplicación del artículo 56 se su Reglamento y no por la vía del artículo 98.4 del mismo, si bien solamente se admitieron ocho documentos de los propuestos, relativos todos ellos al proceso de demarcación de la frontera delimitada mediante la sentencia de 1992.

Por lo que se refiere al desarrollo de la fase oral, en los cinco capítulos relativos a esta cuestión no sólo se da cuenta de las intervenciones de los representantes de las partes en cada una de las dos rondas en las que disfrutaron del turno de palabra, sino también de como eran reflejadas por los numerosos medios de

comunicación hondureños y salvadoreños que cubrieron desde la Haya la información sobre el procedimiento.

Siguiendo la secuencia cronológica de los acontecimientos, el relato de los hechos concluye con la crónica del acto de lectura de la sentencia, cuyo texto se reproduce íntegramente, y de las consiguientes celebraciones organizadas en Honduras, si bien el libro se complementa con una extensa y interesante sección documental y un índice onomástico.

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa: *Manual de Derecho Internacional Público*. Ediar. Buenos Aires, 2004. 529 págs.

Tras haber publicado tres ediciones de la obra *Derecho Internacional Público,* cuya primera versión elaboró en 1972 conjuntamente con el Dr. Bohdan Tadeo Halajczuk, la Dra. Moya Domínguez presenta ahora este *Manual* de su autoría concebido con una finalidad claramente docente, en el que replantea y actualiza los contenidos para adaptarlos al nuevo escenario de la comunidad internacional, surgido como consecuencia de la superación de la bipolaridad entre las grandes potencias que marcó la segunda mitad del siglo pasado y caracterizado por los efectos que en la misma ha causado el fenómeno de la globalización.

Partiendo de tales premisas, la obra se estructura en dos partes, cuyo contenido viene determinado por la distinción entre el Derecho internacional general y el Derecho internacional institucional. En la primera de ellas, tras una introducción de carácter metodológico en la que se anticipan las pautas que se van a seguir al respecto, decantándose por una aproximación trialista, en la que se analizan las normas, los valores y las realidades desde un punto de vista analítico, axiológico y sociológico, se incluyen tres Títulos, el primero de los cuales está dedicado a la definición del Derecho internacional público, poniendo de relieve sus características particulares; a sus relaciones con los ordenamientos internos, con especial referencia al Derecho constitucional argentino; y a los procesos que dan lugar a la formación de sus normas, incluyendo las fuentes controvertidas y los medios auxiliares para la determinación de su contenido. Por su parte, el Título II se refiere a los sujetos del Derecho internacional, empleando a tal efecto una concepción muy amplia de la subjetividad, entendida como capacidad para ser destinatario de derechos y obligaciones, que abarca junto a los Estados y las asociaciones interestatales, a algunas entidades no estatales e, incluso, otras

de carácter privado. No obstante, como no podría ser de otra forma, el estudio se centra fundamentalmente en el Estado; sus derechos; sus competencias sobre los espacios terrestres, fluviales, marítimos, aéreos y ultraterrestres; las autoridades que lo representan en el ámbito internacional y la responsabilidad en que incurre por el incumplimiento de las obligaciones internacionales o por las consecuencias perjudiciales de algunos de sus actos que no están prohibidos por el Derecho internacional. Por último, el Título III de esta primera parte trata acerca de la posición del individuo ante el Derecho internacional, tanto desde el punto de vista de la protección de sus derechos fundamentales, como desde la perspectiva de su responsabilidad penal ante jurisdicciones extranjeras o internacionales.

En cuanto a la segunda parte del Manual, relativa a lo que la autora denomina el Derecho internacional institucional, está integrada tanto por los epígrafes dedicados a las organizaciones internacionales, en los que se incluye el estudio específico de las Naciones Unidas y de otros organismos de carácter regional, con especial atención para los del continente americano, como por los capítulos sobre la solución pacífica de las controversias internacionales, la aplicación coactiva del Derecho internacional, el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas y las operaciones de mantenimiento de la paz, las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, el Derecho de la guerra y el Derecho internacional humanitario. Además, en el último Título se incorporan las referencias correspondientes a algunos nuevos ámbitos materiales regulados por las normas internacionales como consecuencia de la expansión sus contenidos, tal y como es el caso del Derecho internacional del desarrollo, el Derecho del comercio internacional, el Derecho internacional del medio ambiente, los procesos regionales de integración, las reglas jurídicas sobre la deuda externa y los desarrollos normativos en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados.

NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis: *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Sujetos del Derecho Internacional. Volumen II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. Fondo Editorial. Lima, 2002. 521 págs.

Con este nuevo volumen, que constituye la segunda parte del publicado en el año 2001 sobre el estatuto jurídico internacional del Estado, los autores completan el Tomo II de su Manual de Derecho Internacional Público, dedicado al estudio de los sujetos de ese ordenamiento. En esta ocasión, la parte sustancial del

contenido de la obra se refiere a las organizaciones internacionales. Tales páginas se abren con una exposición de la teoría general de estas organizaciones, en la que, tras fijar el concepto de las mismas y exponer cuales son sus elementos constitutivos y sus características definitorias, se da cuenta de su evolución histórica y se analizan las reglas relativas a la admisión y pérdida de la condición de miembro, ya sea como consecuencia de la retirada, la expulsión o la extinción del Estado; sus competencias; su estructura institucional; sus medios humanos; los sistemas previstos para la adopción de sus decisiones; sus inmunidades y privilegios; su capacidad para celebrar tratados; su subjetividad internacional; la protección de sus funcionarios y agentes; su responsabilidad internacional; su financiación y mantenimiento económico; su sede; su disolución y su sucesión en el caso de que esto ocurra.

Una vez efectuada esta introducción al régimen jurídico de las organizaciones internacionales en general, se procede al examen de algunas de ellas en particular, para lo cual se las organiza dividiéndolas en grupos, el primero de los cuales está configurado por aquéllas que están abiertas a la participación de todos los Estados, con especial referencia a las Naciones Unidas y sus organismos especializados, para cuyo estudio se reproduce el mismo esquema, basado en la referencia a sus antecedentes, fines, miembros y estructura institucional. Por su parte, el análisis de las organizaciones internacionales de carácter regional, que responde con carácter general a la misma estructura y contenidos, incluye a la Organización de Estados Americanos, el Banco Interamericano de Desarrollo, La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la Organización de la Unidad Africana y la Liga Árabe, echándose en falta, sin embargo, la inclusión del Consejo de Europa, que cuenta en su haber con importantes logros, entre los que destaca el haber instaurado el sistema internacional de protección institucionalizada de los derechos humanos fundamentales más avanzado y vanguardista de todos los que ha conocido la comunidad internacional. Por otra parte, de esta categoría se han excluido las organizaciones internacionales de integración regional, que conforman una apartado específico en el que se incluyen la Unión Europea, la Comunidad Andina, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Mercosur.

Pero si la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales, a la vista de los poderes conferidos por sus respectivos tratados constitutivos, es generalmente reconocida, más discutible resulta afirmar la misma condición respecto de otras entidades o, incluso, de personas o grupos de personas, tal y como hacen los autores al partir de un concepto extremadamente amplio de dicha subjetividad, entendiendo que disfruta de la misma "toda persona física o jurídica que sea titular de derechos u obligaciones establecidos por una norma jurídica internacional" (*Derecho Internacional Público*. Tomo II, volumen I, p. 27).

Como consecuencia de ello, entre los sujetos del Derecho internacional incluidos en este volumen se encuentra la persona humana, de la que se analizan la atribución a la misma de derechos y obligaciones por parte del ordenamiento internacional y, en especial, los desarrollos en materia de responsabilidad penal internacional en la que pueden incurrir los individuos por la violación de algunas de éstas, así como los mecanismos universales o regionales previstos para la protección de aquellos, con especial referencia al sistema interamericano establecido por el Pacto de San José. Igualmente se hace referencia a la protección de los derechos humanos en situaciones particulares como son las que dan lugar al asilo político o las que sufren los refugiados y las víctimas de la esclavitud, la trata de seres humanos, el tráfico de estupefacientes o la piratería. Este capítulo, relativo a las personas privadas como sujetos del Derecho internacional, se cierra con el examen del estatuto jurídico internacional de las empresas transnacionales y al régimen de los contratos que celebran.

Por último, la parte final de este volumen se dedica al estudio de la personalidad internacional de los grupos beligerantes y los movimientos de liberación nacional, para terminar con una referencia a lo que los autores denominan "otros sujetos del Derecho internacional", tales como la Autoridad internacional de los Fondos Marinos, que bien podía haber sido incluida en el apartado relativo a las organizaciones internacionales de ámbito potencialmente universal, la Iglesia Católica y la Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja, los pueblos, los establecimientos públicos internacionales y las organizaciones no gubernamentales.

NOVAK, Fabián (coord.): *Derecho internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales (IDEI). Fondo Editorial. Lima, 2003, 559 págs.

La incansable actividad editorial del Dr. Novak no se limita a su prolífica producción literaria en el ámbito del Derecho internacional público –en solitario o junto a destacados compañeros–, de cuyos resultados venimos dando noticia en los últimos volúmenes de este *Anuario*, sino que va más allá y comprende, como en el caso que nos ocupa, la siempre difícil coordinación de una obra colectiva, en la que también participa como autor.

En esta ocasión, un nutrido grupo de profesores peruanos, fundamentalmente de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la colaboración de expertos vinculados a la Cruz Roja internacional, al Ministerio de Relaciones Exteriores o al de Defensa, han elaborado este manual de Derecho internacional humanitario, disciplina por desgracia de gran actualidad.

La obra se divide en tres partes bien diferenciadas, a la vista de la temática abordada en cada una de ellas, aunque no haya sido expresa y formalmente estructurada de tal modo. La primera de ellas, de carácter introductorio, que resulta muy oportuna dada su utilidad para situarnos ante el objeto de estudio, comprende las aportaciones de Sandra NAMIBAS: "Antecedentes, origen y evolución histórica del Derecho Internacional Humanitario"; Juan HERNÁNDEZ: "Definición y ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario"; José Luis MINÍ y Julia Yovana CORI: "Funciones, principios y fuentes del Derecho Internacional Humanitario"; Juan José RUDA: "El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"; y Gabriel Pablo VALLADARES: "El comité Internacional de la Cruz Roja y el Derecho Internacional Humanitario".

La segunda parte es la dedicada al estudio crítico de las disposiciones establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 para la protección de quienes hayan resultado heridos, enfermos, náufragos o prisioneros como consecuencia de los combates, así como de la población civil, tanto en los conflictos armados internos e internacionales. A tal objetivo respondes las contribuciones de Fabián NOVAK: "El Derecho Internacional Humanitario en caso de conflicto armado internacional"; Godofredo TORREBLANCA: "El Derecho Internacional Humanitario en caso de conflicto armado no internacional"; Vilma BALMACEDA y Denisse ROUILLON: "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en situaciones de disturbios interiores y de tensiones internas", quienes repiten con un segundo estudio sobre "El Derecho Internacional Humanitario y la protección a los refugiados y desplazados internos".

Por último, la tercera parte de la obra estaría configurada por aquellos trabajos en los que se da cuenta de diversos e importantes progresos alcanzados en la materia, que se caracterizan porque al aumentar el catálogo de bienes protegidos, restringir el uso de determinadas armas, establecer dispositivos para la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario o castigar directa e individualmente a sus infractores, suponen una mayor garantía de eficacia de las mismas. Es el caso de los estudios elaborados por Fernando PARDO: "La protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado"; Carolina LOAYZA: "Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales y no convencionales"; Marisela SILVA: "Mecanismos de control para la efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario"; Elvira

MÉNDEZ: "La responsabilidad internacional del Estado y del individuo por incumplimiento del Derecho Internacional Humanitario"; y Patricio RUBIO: "Las medidas colectivas adoptadas por las Naciones Unidas destinadas a mantener la paz y la seguridad internacionales: Las Operaciones de mantenimiento de la Paz y las crisis humanitarias". La obra termina con la mirada al futuro que supone el trabajo de Manuel DÁVILA: "Los nuevos retos del Derecho Internacional Humanitario".

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio: *Lecciones de Derecho humanitario bélico.* Ministerio de Defensa. Madrid, 2003, 230 págs.

El interés del autor de las presentes *Lecciones* por los asuntos castrenses y, en particular, por el estudio y divulgación de las normas internacionales que regulan el comportamiento de las fuerzas armadas y el desarrollo de las operaciones militares durante los conflictos bélicos, protegiendo a quienes participan o pueden verse afectados por los combates, no es nuevo, sino que, teniendo su origen en el breve pero intenso periodo en el que prestó servicio de armas en las filas del ejército español, le ha acompañado a lo largo de toda su carrera académica. Tal interés ya se materializó bibliográficamente en 2002 cuando, junto con el oficial del ejército chileno y profesor de Historia Militar y Estrategia, Arturo Contreras Polgatti, preparó una recopilación de *Textos Básicos del Derecho Humanitario Bélico*, publicada por el Ministerio de Defensa Nacional de Chile en colaboración con la Academia de Estudios Políticos y Estratégicos, en la que se recogen los instrumentos legales internacionales más relevantes sobre la materia, de modo que la presente obra viene a completar y desarrollar a aquélla mediante el análisis crítico de dicha normativa.

Así, de las diez lecciones en las que se estructura este manual, la primera contiene una referencia a las normas del Derecho humanitario bélico en las que se centra el estudio –fundamentalmente los Convenios de La Haya (1899 y 1907) y los de Ginebra (1949) con sus Protocolos (1977)– para pasar a renglón seguido al estudio de las mismas, que se organiza en función del criterio más lógico: el que atiende a las distintas categorías de personas y bienes protegidos. De este modo, en la lección segunda se precisa el concepto jurídico de combatiente en función de los requisitos que ha de cumplir quien participe en las hostilidades para ser considerado como tal y, en consecuencia, beneficiarse de los derechos correspondientes y de la protección estipulada. Por su parte, en la lección tercera se describe y analiza el estatuto jurídico de los combatientes que resulten heridos, caigan enfermos o sufran las consecuencias de un naufragio, en el caso de la guerra naval, así como del personal sanitario y religioso y de los vehículos y medios de transporte médicos; mientras que la lección cuarta se refiere al trato debido a los prisioneros de guerra, sus derechos y obligaciones, haciendo hincapié en las normas jurídicas que regulan la organización de los campos en los que son recluidos y las condiciones de vida en los mismos. Además, como no podía ser de otra forma, se concede una especial atención a las páginas que conforman la lección quinta, relativa al estatuto jurídico y las normas protectoras de la población civil en caso de conflicto armado, tanto en lo que se refiere a su distinción de los combatientes y a la conducción de los ataques para que no les afecten, como a su amparo y salvaguardia cuando se encuentren en territorio ocupado militarmente. Esta lección reviste especial interés e importancia si tenemos en cuenta que la población civil, dada su indefensión, resulta especialmente vulnerable a los efectos de los combates, pues, a pesar de no ser objetivo militar, con frecuencia se convierte en víctimas de los mismos, bien por accidente, bien como consecuencia de los excesos cometidos por las tropas, bien porque no se tomen las medidas necesarias para evitarlo o bien porque se lancen ataques deliberados contra ella como forma de conseguir ventajas en el enfrentamiento armado. Por último, la lección sexta trata acerca de las normas que tienen por objeto la protección contra los efectos de los conflictos armados, no de una determinada categoría de personas, sino de los bienes culturales y el medio ambiente.

En otro orden de cosas, las tres lecciones siguientes se refieren a distintos mecanismos de diferente naturaleza instaurados con la finalidad de lograr, en la medida de lo posible, la aplicación eficaz de las normas de Derecho internacional humanitario. Así, la lección séptima se destaca la labor llevada al efecto por el movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, los principios en los que se inspira y su estructura y organización; la lección octava analiza el papel que desempeñan en este ámbito los tres tribunales penales internacionales que funcionan en la actualidad: el Tribunal para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda y la Corte Penal Internacional; mientras que la lección novena reconoce la labor realizada por las operaciones de paz y seguridad mundiales aprobadas en las últimas décadas por las Naciones Unidas, sin cerrar los ojos, no obstante, ante los muchos problemas y dificultades que con frecuencia se encuentran para cumplir su cometido.

Para terminar, en la lección décima se lleva a cabo un examen específico de las normas contenidos en el segundo de los Protocolos de 1977 aplicable a la protección de las víctimas de los conflictos armados que no tengan carácter internacional.

SALVADOR CRESPO, Iñigo: *Derecho internacional penal. Estudios en Perspectiva*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2003, 465 pags.

A pesar de que esta obra reúne tres trabajos de muy variada naturaleza y extensión que, además, han sido elaborados en distintos momentos y con diferentes propósitos, la recopilación de los mismos en un solo volumen da lugar a un resultado final armonioso y homogéneo gracias al elemento integrador que supone la temática compartida por todos ellos y a la filosofía jurídica y vital que ha inspirado a su autor al redactarlos. Efectivamente, estos tres estudios tienen en común el que se centran en el análisis de algunos importantes progresos logrados por la comunidad internacional en los últimos años en el desarrollo de la responsabilidad penal internacional, mediante la codificación de normas jurídicas que tipifican determinadas conductas especialmente odiosas y la instauración de órganos jurisdiccionales para juzgarlas y castigarlas, con el objeto de evitar la impunidad de los individuos que cometan crímenes tan execrables.

Así, el primero de trabajos, titulado "Delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad", es también el de mayor extensión y enjundia, lo que se explica si tenemos en cuenta que su origen se encuentra en la tesis doctoral sobre el mismo tema defendida por el autor en la Facultad de Jurisprudencia de Pontificia Universidad Católica del Ecuador en 1987 que le valió acceder al máximo grado académico. En él, tras una introducción general al concepto y las características del Derecho internacional penal y una primera aproximación histórica a la jurisdicción penal internacional, que luego desarrolla y profundiza en los otros dos estudios, la atención se centra en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, respecto del que se analizan tanto cuestiones generales relativas a la responsabilidad internacional del individuo, como, en particular, la configuración de cada uno de los crímenes en él previstos.

Por su parte, el segundo de los trabajos recopilados, titulado "De Nuremberg a Roma. El largo periplo de la Corte Penal Internacional", consiste en un artículo previamente aparecido en el primer número de la *Revista de la Facultad de Jurisprudencia* de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (marzo de 1999) sobre los antecedentes históricos y el proceso de consolidación de una jurisdicción penal el tema hasta llegar a la instauración de la Corte Penal Internacional, de la que se analizan sus características, su estructura, su ámbito material de competencia y los principios generales de Derecho penal que rigen su funcionamiento.

Por último, el tercero de los trabajos que configuran este volumen consiste en la trascripción de la conferencia sobre "El Ecuador, la Corte Penal Internacional y el derecho internacional humanitario" pronunciada por el autor en junio de 2001 en la Facultad de Jurisprudencia de Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en la que se detallan los distintos pasos que hasta ese momento había dado el Ecuador, conforme al Derecho interno, para la ratificación del Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte: su firma el 7 de octubre de 1998, el dictamen del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 2001 y el envío del mismo al Congreso para que, después de su paso por la Comisión de Asuntos Internacionales, fuese votado por el pleno y, en caso de resultar aprobado, lo ratificara el Presidente de la República, cosa que efectivamente ocurrió el 5 de febrero de 2002.

La obra se complementa con una extensa sección documental constituida por 10 anexos en los que se enumeran o reproducen desde los principales instrumentos internacionales relativos al Derecho internacional penal de los que es parte Ecuador; pasando por los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg o el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la CDI; hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta el dictamen favorable del Tribunal Constitucional sobre su conformidad con la norma nacional suprema, entre otros.

SIÑERIZ, Juan Francisco: *La Constitución Europea*. Junta General del Principado de Asturias. Madrid, 1839; reedición Oviedo, 2005, 75 págs.

Cuando nos encontramos sumidos en pleno proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por muy altos plenipotenciarios de los 25 Estados miembros de la Unión Europea, el Principado de Asturias –a iniciativa del profesor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, quien ha redactado el prólogo– publica con carácter no venal este curioso e interesante opúsculo, editado originariamente en 1839, del que su autor consideraba por aquel entonces que "con cuya observancia se evitarán las guerras civiles, las nacionales, las revoluciones y con cuya sanción se consolidará una paz permanente en Europa", según hace constar en el subtítulo con una actitud tan optimista como, tal vez, excesivamente ingenua.

La Constitución concebida por Juan Francisco Siñeriz (1778-1857), quien para José Antonio Tomás es "el precursor asturiano de la *Constitución Europea* del siglo XXI", consta de 13 artículos inspirados por un talante marcadamente pacifista que se pone de manifiesto desde la dedicatoria que los precede, dirigida a los "Emperadores, Príncipes y demás autoridades del supremo poder europeo", por ser ellos quienes pueden precaver o declarar la guerra destructora de la humanidad y a quienes se ha de señalar la senda que nos conduzca a la dulce paz que debe reinar entre las naciones.

Por lo que se refiere al articulado en sí, en él se propugna, por un lado, el establecimiento de una confederación continental para consolidar la paz en Europa y, por otro, la instauración de una alianza militar de carácter tanto ofensivo como defensivo capaz de enfrentarse a cualquier amenaza de guerra contra alguna de las naciones que participan en ella. A tal efecto, los ejércitos de Europa debían ser desarmados y sus efectivos licenciados, exceptuándose las tropas necesarias para mantener el orden interno.

Pero la confederación propuesta no constituye una mera alianza militar, sino que, aparte de otras consideraciones de índole político, desde el punto de vista jurídico un aspecto fundamental de la misma consiste en la creación de un tribunal de justicia para todo el continente, con competencia para resolver las controversias que pudieran enfrentar a las distintas naciones europeas, cuya composición sería mixta al ser designados sus miembros por los soberanos y por los pueblos en igual número, y que no contaría con una sede fija, sino que se trasladaría cada cierto tiempo al lugar que se determinara mediante sorteo, para así evitar la influencia de la capital o pueblo de su vecindad si éste fuese siempre el mismo. En cuanto a los efectos de sus decisiones, se dispone la obligatoriedad de las mismas, de modo que su inobservancia sería considerada como una declaración de guerra, previéndose para tal supuesto un mecanismo colectivo de ejecución forzosa en virtud del cual los demás Estados se unirían contra la potencia rebelde para imponerle su cumplimiento. La creación de este tribunal es defendida mediante argumentos irrefutables, según los cuales, si en los Estados se someten los pleitos y querellas a las sentencias de los tribunales sería razonable hacer lo propio con las reclamaciones de unas naciones frente a otras, resultando una degradación del humano entendimiento que éstas decidan sus derechos mediante la guerra.

Las ventajas de la aceptación de las reglas establecidas en esta Constitución Europea resultaban obvias para su autor: como consecuencia de las mismas el recurso a la guerra no sería conveniente, pues la nación que emprendiera las hostilidades habría de enfrentarse a todas las demás sin ninguna posibilidad de éxito, dado el desequilibrio de fuerzas, ni necesario, ya que existiendo un tribunal encargado de impartir justicia no habría motivo alguno para optar por soluciones drásticas.

Llama la atención el hecho de que, a pesar de lo básico de esta propuesta, que se resume en tres principios fundamentales: la confederación europea, la alianza continental y el Supremo Tribunal de Justicia, y del tiempo transcurrido desde que se formuló, de ella se pueden extraer algunos elementos de reflexión para el desarrollo del actual proceso de integración europea o de otros que le emulan –sobre todo en momentos como los presentes en los que el voto negativo expresado en referéndum por los ciudadanos franceses y holandeses ha interpuesto serios obstáculos en la ratificación de la denominada Constitución Europea y dificulta su entrada en vigor–, especialmente en lo que se refiere al vaticinio de que la aprobación y observancia de una ley fundamental para toda Europa haría a los europeos invencibles y propiciaría la paz entre ellos, mientras que las alianzas parciales para dividirlos y las guerras entre unos y otros conducirían a su desaparición.

VV.AA.: *Derecho Registral Internacional*. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero. Iprolex. Madrid, 2003, 629 págs.

El 7 de julio de 2001, en vísperas de su viaje a Cuba para participar en la Escuela de Verano de La Habana, que desde 1999 contribuye con notable éxito al desarrollo y difusión del Derecho internacional privado y el Derecho mercantil en Latinoamérica, fallecía sorpresivamente en su ciudad natal el Dr. Rafael Arroyo Montero, profesor titular de Derecho internacional privado en la Universidad Complutense de Madrid. La presente obra constituye el sentido homenaje que treinta y cinco profesores y profesoras, fundamentalmente de Derecho internacional privado, de universidades españolas tributan al recordado compañero y amigo.

Este tributo se abre con el texto de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: "Rafael Arroyo, internacionalista", en el que, aprovechando el perfecto conocimiento personal del homenajeado que le proporcionó la estrecha colaboración profesional mantenida durante tantos años, traza su perfil biográfico y da cuenta de sus peripecias vitales y académicas.

Por lo que se refiere al contenido de la obra, los estudios recopilados, cuyo elemento común consiste en que todos ellos tratan cuestiones relacionadas al Derecho registral internacional, han sido estructurados en cinco apartados temá-

ticos, el primero de los cuales, relativo a los aspectos generales del Derecho registral internacional, incluye las aportaciones de Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO: "La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral"; Carlos ESPLUGUES MOTA: "Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: Incidencia de la extranjería en el Registro Civil español"; Miguel GARDEÑES SANTIAGO: "Problemática registral de las fundaciones extranjeras que ejerzan actividades en España"; Marta REQUEJO ISIDRO: "Libertades comunitarias y Registro Civil: Algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución"; Mª Luisa TRINIDAD GARCÍA: "Apuntes sobre el Registro de Fundaciones extranjeras"; y Francisco Javier ZAMORA CABOT: "Un apunte sobre el Registro de Entidades Religiosas".

La segunda Parte de la obra, versa acerca de la Dirección General de los Registros y del Notariado y los expedientes del Registro Civil, y está compuesta por los trabajos de Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: "La ley aplicable al nombre de las personas físicas y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado"; Ángeles LARA AGUADO: "Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a los nombres y apellidos"; y Eloy Miguel RODRÍGUEZ GAYÁN: "La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: Una cuestión de prueba".

La tercera Parte, sobre matrimonio y divorcio, da cabida a los estudios de Elena ARTUCH IRIBERRI: "Matrimonios mixtos: Diversidad cultural y Derecho internacional privado"; Federico F. GARAU SOBRINO: "Las sentencias alemanas de divorcio y sus acceso al Registro Civil español. El divorcio entre la DGRN y el Tribunal Supremo"; Miguel Ángel MICHINEL ÁLVAREZ: "Inscripción registral de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional"; Sixto SÁNCHEZ LORENZO: "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia"; Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: "La doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular"; Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN: "La capacidad y la simulación en el matrimonio: Fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN"; Ana QUIÑÓNEZ ESCAMEZ: "Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: El repudio revocable. En torno a la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil"; Francisco Javier TIRADO SUÁREZ: "Aproximación a la necesidad de indemnización de los derecho habientes de varón polígamo de religión mahometana fallecido en España en accidente de tráfico"; y Paloma VILLAFRUELA CHAVES: "Los llamados «matrimonios de conveniencia» en la doctrina de la DGRN correspondiente al bienio 2000-2001".

En la cuarta Parte, que trata acerca de la adopción internacional, se encuadran los trabajos sobre la adopción internacional presentados por Mónica HERRANZ BALLESTEROS: "Comentario a la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1999: De nuevo el reconocimiento de una adopción internacional en España a través del procedimiento de exequátur"; y Javier MASEDA RODRÍGUEZ: "La toma en consideración del Derecho extranjero por la DGRN en materia de adopción internacional".

A continuación, Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "La concesión de la nacionalidad española por residencia a los estudiantes extranjeros"; Laura CARBALLO PIÑEIRO: "Control jurisdiccional de la actividad de la DGRN en materia de nacionalidad"; Joaquim J. FORNER DELAYGUA: "La contribución de la DGRN a la doctrina sobre cambio de vecindad civil por residencia"; Víctor FUENTES CAMACHO: "Atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* y ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza"; Mª Isabel GARCÍA CATALÁN: "Nacionalidad y sucesión de Estados: El caso español a la luz de las resoluciones de la DGRN"; Pilar JIMÉNEZ BLANCO: "Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1.c) del Código civil"; Guillermo PALAO MORENO: "La atribución de la nacionalidad española por nacimiento en España: Algunas cuestiones conflictivas"; José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: "Pérdida de la nacionalidad española por servir en armas o cargo público de un Estado extranjero: Evolución y doctrina de la DGRN"; y

Ramón VIÑAS I FARRE: "La pérdida de la nacionalidad española por renuncia en el Derecho español y en las Resoluciones de la DGRN", dedican sus contribuciones, que constituyen la Parte quinta de la obra, a analizar distintos problemas jurídicos planteados por la nacionalidad y vecindad civil

Para terminar, los comentarios sobre la doctrina sentad por el Registro Mercantil en determinadas materias, elaborados por Francisco Javier ARAGÓN CANOVAS: "La sucursal en España de sociedades extranjeras y su inscripción en el Registro Mercantil: Análisis de la Resolución de 29 de febrero de 1992"; Rafael ARENAS GARCÍA: "La función del Registro Mercantil en el Derecho internacional de sociedades"; María de la Sierra FLORES DOÑA: "Conflicto entre dominio en internet y denominación de sociedad española: Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2000"; Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ: "Las resoluciones de la DGRN y las inversiones extranjeras"; y Diana SANCHO VILLA: "Migraciones sociales en la doctrina de la DGRN", configuran la sexta y última Parte de la obra.

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).

Flores Pérez, Francisco (El Salvador)
(XXII Congreso, San Salvador, 2002).

Gutiérrez Borbúa, Lucio (Ecuador)
(XXIII Congreso, Quito, 2004).

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).

Brizuela de Avila, María Eugenia (El Salvador)
(XXII Congreso, San Salvador, 2002).

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

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)
(2004 - 2006)

PRESIDENTE:

Rodolfo Ceprián Molina (Ecuador)

DIRECTORES:

Raúl Emilio Vinuesa (Argentina)
Antonio Augusto Cançado Trindade (Brasil)
Rafael Nieto Navia (Colombia)
Rodolfo Dávalos Fernández (Cuba)
María Teresa Infante Caffi (Chile)
Oswaldo Molestina Zavala (Ecuador)
Carlos Jiménez Piernas (España)
Enrique P. Syquia (Filipinas)
Vicente Ugarte del Pino (Perú)
Adolfo Salgueiro (Venezuela)

SECRETARIO GENERAL:

Prometeo Cerezo de Diego (España)

XXIII CONGRESO DEL IHLADI

BREVE CRÓNICA DEL XXIII CONGRESO DEL IHLADI

La celebración del XXIII Congreso del IHLADI en Quito, del 13 al 17 de septiembre de 2004, era la segunda ocasión en que se organizaba en este país un Congreso del Instituto.

El precedente anterior fue el III Congreso, celebrado en octubre de 1957, que todavía se recuerda como uno de los grandes Congresos del Instituto. En él se adoptaron medidas tan importantes como la elaboración de unos nuevos Estatutos y la publicación de un Anuario periódicamente.

La Comisión organizadora del XXIII Congreso contó como Presidente al Dr. Rodolfo Ceprián Molina, como vocales a los Dres. Jorge Salvador Lar , Oswaldo Molestina Zavala, Iñigo Salvador Crespo y como Secretaria General la Lic. Rosa Solórzano de Cervantes. Muchas fueron las dificultades , sobre todo de tipo económico, que hubo que superar para la celebración del mismo. Para ello se contó con la inestimable ayuda del Dr. Carlos Larrea Estrada, Subsecretario General Jurídico de la Presidencia, que sería incorporado como vocal a la Comisión organizadora.

Por su parte, la Comisión nombró el siguiente Comité de Honor: Presidente, Excmo. Sr. Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa, Presidente Constitucional de la República de Ecuador; Vocales: Ilmo. Sr. Econ. Guillermo Landázuri Carrillo, Presidente del Honorable Congreso Nacional del Ecuador; Ilmo. Sr. Gral. Paco Moncayo Gallegos, Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito; Ilmo. Sr. Abg. Jaime Nebot Saadi, Alcalde de Guayaquil y Excmo. Sr. D. Andrés Collado González, Embajador de España en Ecuador.

Los Congresistas fueron recibidos en la tarde del domingo día 12 de septiembre en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito y trasladados al Swissôtel Quito, sede del Congreso. A partir de las seis de la tarde se inició el registro de los participantes y a las siete se reunió el Consejo Directivo que designó los componentes de las mesas de las ponencias, la lista provisional de los oradores de los actos sociales y, ante el informe de la precariedad de la tesorería de la Secretaría General, decidió la subida de las cuotas que no se habían modificado desde 1982.

A las 9,30, del lunes 13 de septiembre, se inició en la Iglesia de Guápulo, antiguo monasterio franciscano y ahora sede de la Universidad Internacional SEK, la ceremonia de la inauguración del Congreso presidida por el Excmo. Sr. Presidente de la República del Ecuador, Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa. En el acto, después de la interpretación del Himno Nacional del Ecuador, hicieron uso de la palabra sucesivamente el Secretario General del IHLADI, profesor Dr. Prometeo Cerezo, el Presidente del XXII Congreso, Dr. Alfredo Martínez Moreno, finalizado el cual se produjo la ceremonia de traspaso del collar de la Presidencia del IHLADI. A continuación habló el nuevo Presidente del Instituto, profesor Dr. Rodolfo Ceprián Molina, y, por último, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Excmo. Sr. Ing. Lucio Gutiérrez Borbúa, que pronunció un interesante discurso, en el que después de dar una cordial bienvenida a las Delegaciones de los pueblos hermanos que asistían al Congreso en la ciudad de Quito, nombrada por la UNESCO "Primera ciudad del Patrimonio Cultural de la Humanidad", destacó el prestigio del Instituto y la misión que le correspondía de servir de "soporte filosófico y doctrinario para el estudio de los principios y reglas de Derecho internacional que deben ser aplicados para conseguir la convivencia pacífica, el desarrollo económico, social y cultural, y el imperio de la justicia entre nuestros pueblos". El ilustre mandatario fue muy aplaudido. En el acto se hizo entrega al Ing. Lucio Gutiérrez de la Medalla del Instituto y del Diploma de Presidente de Honor del Congreso.

Finalizada la sesión inaugural y después de una breve pausa, se celebró una sesión plenaria en el Salón de Actos de la UISEK, del Monasterio de Guápulo, para la programación de los trabajos científicos y la designación de las mesas de las Comisiones.

A continuación los congresistas nos trasladamos al restaurante "Dios se lo pague", sito en Ciudad Mitad del Mundo, para participar del almuerzo ofrecido por el Sr. Dr. Francisco Ramón Gallegos, Prefecto del Gobierno de la Provincia de Pichincha.

Después del almuerzo, comenzó la exposición de la primera ponencia: "Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia", a cargo del profesor Dr. Sixto Sánchez Lorenzo (España). En días sucesivos se fue haciendo la presentación de las restantes ponencias: "La formación del Derecho internacional en una sociedad global. ¿Es el consentimiento todavía necesario?", a cargo del profesor Dr. Francisco Orrego Vicuña (Chile) y "Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional", elaborada por el Dr. Eugenio Hernández Bretón (Venezuela). La cuarta ponencia no fue presentada por ausencia de su ponente.

Durante el Congreso, los asistentes fuimos agasajados por diversos organismos oficiales: el Ilmo. Sr. Econ. Guillermo Landázuri Carrillo, Presidente del Honorable Congreso Nacional; el Ilmo. Sr. José Fiuza Neto, Encargado de Negocios de la Embajada de Brasil; el Excmo. Sr. Embajador de España en el Ecuador, D. Andrés Collado González, etc. El miércoles día 15 se realizó la tradicional excursión con una visita a la ciudad de Guayaquil en cuyo Palacio Municipal los congresistas fuimos recibidos por su alcalde y declarados visitantes ilustres. A continuación se hizo un recorrido al Parque Seminario, Museo Municipal y el bellísimo Malecón. La excursión finalizó con una visita panorámica a la ciudad.

El viernes día 17 se celebró la habitual sesión plenaria y Junta de Miembros en la que se aprobaron las conclusiones de las ponencias, y en las elecciones estatutarias fueron admitidos cinco nuevos Miembros y ocho Asociados. Los Premios "Luis García Arias" y "José Yanguas Messía" fueron declarados desiertos por los respectivos jurados calificadores. Por aclamación se aprobó el nombramiento del profesor Dr. Rubén Carnerero Castilla (España) para el cargo de Secretario adjunto del Instituto, conforme a lo previsto en el artículo 18 de los Estatutos, cargo que venía desempeñando de facto desde hace más de diez años.

Igualmente por aclamación se aprobó la sede del próximo Congreso, aceptándose el ofrecimiento de la ciudad de Granada (España). La Asamblea nombró Presidente de la Comisión organizadora al profesor Dr. José Carlos Fernández Rozas y Vicepresidente al profesor Dr. Sixto Sánchez Lorenzo.

La Junta de Miembros también aprobó por unanimidad un voto de sincero agradecimiento a los patrocinadores del Congreso: Presidencia de la República del Ecuador, Honorable Congreso Nacional, Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Ilustre Municipio de Guayaquil, Embajada de España en el Ecuador, Universidad Internacional SEK, a la Comisión organizadora, presidida por el profesor Dr. Rodolfo Ceprián

Molina, así como a cuantas entidades y personas contribuyeron a la celebración y éxito del XXIII Congreso. Muchísimas gracias en nombre del Instituto.

Prometeo Cerezo

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESIÓN INAUGURAL DEL XXIII CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO Y FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL

(Quito, 13 de septiembre de 2004)

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SECRETARIO GENERAL DEL INSTITUTO, PROF. DR. PROMETEO CEREZO DE DIEGO

Excmo. Sr. Presidente de la República del Ecuador, Ingeniero D. Lucio Gutiérrez Borbúa, Excmo. Sr. D. Guillermo Landázuri, Presidente del Congreso Nacional. Excmo. Sr. Presidente del IHLADI, Dr. Alfredo Martínez Moreno, Excmo. Sr. Presidente de la Comisión organizadora del XXIII Congreso del IHLADI, Dr. Rodolfo Ceprián Molina, Rector de la Universidad SEK de Quito, miembros y asociados del Instituto, señoras y señores:

Sr. Presidente:

En este año, en que se conmemora el V Centenario de la muerte de la Reina Isabel la Católica, quiero recordar que en 1951, V Centenario de su nacimiento, un grupo de profesores españoles e iberoamericanos de Derecho internacional público y privado asumió la iniciativa de invitar a los profesores e instituciones científicas de los países de la estirpe española y portuguesa, dedicados al estudio de esta materia, a celebrar un Congreso de Derecho internacional en Madrid para estudiar conjuntamente los problemas que tenía planteados en aquel momento el orden jurídico internacional.

La existencia de sistemas jurídicos afines y los especiales vínculos que unen a todos los miembros de la comunidad hispano-luso-americana y filipina permitían la esperanza de poder reflexionar en común sobre los problemas específicos existentes en el mundo iberoamericano y filipino, e intentar formular reglas y principios que pudieran cristalizar un día en normas positivas de Derecho.

De aquella reunión, uno de los resultados más positivo fue la creación del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, con la misión de convocar Congresos en los distintos países de la comunidad

iberoamericana para seguir debatiendo muchos de los temas de Derecho internacional sugeridos en el Congreso y otros nuevos que se fueran suscitando en el futuro.

Desde entonces, el Instituto ha celebrado XXII congresos internacionales y ha publicado XVI volúmenes del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Es miembro consultivo de Naciones Unidas, etc.

Entre los congresos cabe destacar el III Congreso celebrado en octubre de 1957 en la ciudad de Quito, por iniciativa personal del señor Presidente de la República, Dr. Camilo Ponce Enríquez, y su gobierno encabezado por el Sr. D. Carlos Tovar Zaldumbide, Canciller de la República, quien afirmaría: "Cuando el país aceptó ser la sede de esta importante reunión quiso demostrar, una vez más, el alto espíritu de comprensión internacional, que ha guiado siempre la política exterior ecuatoriana, y contribuir a poner nuevas bases para el acercamiento creciente y efectivo de los pueblos de nuestra estirpe".

Se ha dicho que el III Congreso de Quito, por la importancia de las delegaciones que asistieron, representadas algunas de ellas por los propios ministros de Relaciones Exteriores, por el interés y el nivel de las ponencias debatidas y por las medidas de gobierno interno adoptadas, constituía un acontecimiento memorable en la historia de las relaciones entre los Estados pertenecientes a la comunidad hispánica de naciones y un antes y un después en la evolución del Instituto. La elaboración de los nuevos Estatutos y la decisión de publicar un Anuario, en el que se reflejaran los aspectos doctrinales, bibliográficos y corporativos del Instituto, fueron, sin duda, los resultados más importantes del mismo.

En los Estatutos de Quito se recogen los principios inspiradores del Instituto: promover "el espíritu cristiano" y "la filosofía jurídica" defendida por la Escuela clásica española del Derecho de Gentes, que establece la supremacía de la moral y de la justicia sobre la voluntad de los Estados, y la subordinación del Derecho internacional positivo a los límites impuestos por el bien común internacional.

En una etapa de crisis del Derecho internacional, como la que estamos viviendo en estos tiempos, en la que el sistema establecido por la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la función asignada al Consejo de

Seguridad de ser el órgano responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se ha visto postergado por la nueva doctrina de la potencia hegemónica del unilateralismo intervencionista, de nuevo emergen, como faro luminoso, las doctrinas elaboradas por Fray Francisco de Vitoria, el Padre Francisco Suárez y demás autores de la Escuela de teólogos-juristas de la Universidad de Salamanca del Siglo de Oro español, que desarrollaron los principios de la teoría de la guerra justa y del bien común universal.

Fray Francisco de Vitoria afirmaba que "la República es una comunidad perfecta y completa, ordenada a la conservación del bien común", y que "el orbe entero, que en cierta forma constituye una República", está igualmente destinado a la consecución del bien común universal.

Un bien común que debe prevalecer frente a las pretensiones de dominación de los más poderosos, de las doctrinas absolutistas y de cualquier forma de imponer la voluntad a nivel nacional e internacional al margen de la legalidad surgida de las normas del Derecho internacional. Un bien común que defienda los derechos humanos y el valor y dignidad de la persona humana, 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 para todos los pueblos y consiga a nivel internacional la reducción de las desigualdades y la promoción de un mundo más justo y solidario, única vía eficaz de acabar con el terrorismo y la desestabilización internacional.

Por otra parte, quiero referirme a las actividades desarrolladas por la Secretaría General del Instituto desde la celebración del último Congreso en San Salvador, en el mes de septiembre de 2002. Además de las Circulares informativas, la Secretaría imprimió y distribuyó el folleto "Conclusiones y Acuerdos del XXII Congreso", el volumen XVI del Anuario del Instituto, con una extensión de más de 600 páginas. Igualmente se han impreso y distribuido las ponencias que se debatirán en el presente Congreso, elaboradas por los Dres. Sixto Sánchez Lorenzo, de España; Francisco Orrego Vicuña, de Chile; Eugenio Hernández Bretón, de Venezuela; y Juan Carlos Faidutti Estrada, de Ecuador.

Del mismo modo, quiero hacer una referencia y emocionado recuerdo a los colegas fallecidos desde el último Congreso: los españoles Antonio Marín López, León Herrera y Esteban y Antonio Truyol y Serra, los tres Asociados fundadores del Instituto; al costarricense D. Fabio Fournier Jiménez, que con sus 97 años ostentaba la condición de patriarca del Instituto; al chileno Dr. Santiago Benadava y al colombiano Dr. César Moyano Banilla. Descansen en paz.

Por último, quisiera dedicar unas palabras en nombre del Instituto para expresar el sentimiento más profundo de gratitud al Ecuador, en el que por segunda vez se celebra un Congreso del IHLADI; a su Presidente, ingeniero Lucio Gutiérrez Borbúa, por haber aceptado la Presidencia de Honor del Congreso y presidir esta sesión de apertura; al Ministerio de Relaciones Exteriores; a la Embajada de España; a los miembros de la Comisión organizadora ecuatoriana, especialmente a su Presidente, el Dr. Rodolfo Ceprián, y a todas aquellas personas y entidades que con su ayuda han hecho posible la celebración de este XXIII Congreso. Muchísimas gracias a todos.

Que Nuestra Señora de Legarda, patrona de esta ciudad, nos ilumine para que con su patrocinio podamos llevar a cabo nuestros trabajos felizmente y podamos contribuir a la noble tarea de promover la paz, el progreso y el imperio del Derecho entre los pueblos.

He dicho.

Dr. Prometeo Cerezo
Secretario General del IHLADI

DISCURSO DEL DR. ALFREDO MARTÍNEZ MORENO, PRESIDENTE SALIENTE DEL IHLADI

Excelentísimo señor Presidente de la República, Excelencias, apreciados colegas, señoras y señores:

A diferencia de los seres humanos, que apenas superados los embates inciertos y prometedores de la adolescencia, alcanzan la mayoría de edad, las instituciones, para adquirir la plena madurez corporativa, requieren no sólo de un tiempo más largo, acaso medio siglo, sino de la prueba de su justificación existencial, luego de una ponderada evaluación de sus aciertos y de sus logros, y en algunas entidades de prestigio, como el Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional, de una comprobación de que ha cumplido a satisfacción sus generosos objetivos de confraternidad internacional, de solidaridad humana y de ferviente y continuada defensa de los redentores principios vitorianos y grocianos.

En efecto, tal cual lo ordenan sus Estatutos, nuestra corporación ha estudiado permanentemente y difundido las concepciones, principios, instituciones, sistemas e instrumentos de derecho internacional que contribuyen a su propio desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica y al imperio de la justicia entre los pueblos, especialmente propagando y defendiendo la excelsa doctrina de la Escuela Clásica Española de Derecho Internacional; ha mantenido relaciones con universidades, institutos, asociaciones y centros científicos y con las principales organizaciones internacionales, y ha contribuido al mismo tiempo a la enseñanza y al estudio del derecho de gentes; ha publicado responsable y periódicamente un Anuario, en el que se han consignado trabajos jurídicos de indiscutible valía científica, al igual que una reseña de sus actividades principales y de las resoluciones aprobadas en sus numerosos congresos, y sobre todo -siempre he procurado enfatizarlo- ha fomentado con éxito singular la solidaridad entre los cultivadores de la más noble de las disciplinas jurídicas, preferentemente entre los miembros de nuestra comunidad, haciendo que más que simples colegas de idéntica vocación, seamos verdaderos y entrañables hermanos.

La llama fulgurante de solidaridad humana de la sacrosanta doctrina de Vitoria, que inspira y orienta a este Instituto, ha gestado un fervor de con-

fraternidad entre sus integrantes que sinceramente dudo que exista en asociaciones similares de otras regiones del orbe, pues aquí ese noble sentimiento es genuino, probado, transparente como las aguas cristalinas de un nacimiento de montaña virgen.

Los fecundos frutos de la labor del IHLADI, en más de cincuenta años de productiva existencia, lo acreditan como una entidad de alta jerarquía científica, que en cada Congreso que celebra crece en obra y en prestigio.

Estamos reunidos este día en un país acogedor, en el centro del mundo, en la augusta y señorial ciudad de Quito, rodeados de imponentes volcanes en que la majestuosidad de sus alturas compite con su grandeza histórica, porque sobre sus nieves perpetuas deliró Bolívar, murió mártir de su patriotismo el héroe-niño Abdón Calderón y se cubrió de gloria, en defensa de la libertad de América, la encarnación más pura de la lealtad, el Mariscal Antonio José de Sucre; porque acaso sobre sus fértiles laderas cabalgó, para otorgar su ternura al Libertador, la insigne Manuelita Sáenz, y porque a ellos ascendió, en busca de la "geografía de las plantas", el sabio Alejandro de Humboldt.

Sí, estamos en una de las más soberbias joyas coloniales de América, la mayestática Quito, cuna y sepulcro del aguerrido Atahualpa, gozando de la hospitalidad de su generoso pueblo, para celebrar, por vigésima tercera vez, el Congreso del IHLADI, gracias a la comprensión del ilustre mandatario ecuatoriano, Su Excelencia Ing. Don Lucio Gutiérrez Borbúa, quien superando dificultades fiscales y presupuestarias, se ha dignado patrocinar esta reunión, con conciencia y visión históricas. Y es que tan digno gobernante sabe que el Congreso se reúne -lo repito- bajo el espíritu de Fray Francisco de Vitoria, a quien yo modestamente me he atrevido a llamar "el Doctor Humano" y él sabe que fue ese eminente catedrático de Salamanca, nuestra espiritual fuente nutricia, quien abogó por la salvación del Inca Atahualpa, el orgulloso Señor de Quito.

Y aquí creo pertinente, con todo respeto, repetir la cita valiosísima de uno de los grandes historiadores y juristas del Ecuador, valor cívico y moral de esta patria, nuestro dilecto consocio Jorge Salvador Lara, en su objetiva "Breve historia contemporánea del Ecuador". En esa obra, por mil títulos meritoria, el Maestro Salvador Lara da a conocer la declaración del célebre teólogo, el 8 de noviembre de 1534, con todo el peso de su autoridad, en defensa del valeroso Inca. Es una frase, anteriormente desconocida por mí, que una vez más demuestra los quilates áureos del pensamiento redentor de Vitoria. Dice así textualmente:

"No comprendo la legitimidad de esta guerra... después de haber oído a algunos que participaron en la lucha en torno a Atahualpa, me he dado cuenta de que ni éste ni los suyos cometieron injusticia alguna con los cristianos, u otra cosa que justificase la guerra... Luego no veo los motivos que los indujeron a expoliar a los pobres vencidos. Lo cierto es que, si los indios no son hombres, sino monos, no serían capaces de cometer una injusticia. Pero como son semejantes y prójimos y, según esotros, súbditos del emperador, no veo cómo se pueden absolver los grandes pecados y desafueros de esos conquistadores, cuanto más que, prestando servicio a su majestad, arruinan a sus súbditos. Aunque yo viniese en deseos del arzobisado de Toledo, el cual está vacante, y me lo ofreciesen con la condición de preconizar y firmar la inocencia de esos "piruleros", no lo aceptaría. Antes prefiero se me sequen la lengua y la mano que justificar y firmar tan inhumano y anticristiano hecho..."

¡Gracias, Jorge Salvador Lara, por traernos a cuento ese mensaje de luz y de nobleza del Doctor Humano! Por esas actitudes, el renombrado teólogo salmantino es objeto de nuestra veneración, y por esa entereza de carácter, la España eterna, la auténtica, la del hidalgo manchego, queda reivindicada ante la historia.

Este Congreso se ha podido celebrar, además, gracias a los desvelos del respetado Presidente de la Comisión Organizadora, el Rector Rodolfo Ceprián, y de sus otros dignísimos integrantes, quienes han realizado una tarea admirable y son merecedores de todo encomio. Para mí va a ser un verdadero honor entregar al doctor Ceprián el símbolo de la autoridad presidencial del Instituto, el Gran Collar, en la seguridad de que tal emblema colgará cerca de su pecho de jurista distinguido y de insigne cultor de la más noble de las profesiones, la de maestro.

El Congreso se inicia en un mundo globalizado, en donde lo que ocurre en un sector del planeta puede repercutir alrededor de todo el orbe, y en donde, pese al ingente progreso tecnológico existente en la actualidad, la humanidad se debate en una honda crisis social y moral, ya que por

doquier se vulneran los más sagrados derechos humanos y los más encumbrados principios filosóficos, y la zozobra y el peligro se encuentran a la vuelta de la esquina. Así, para citar un solo ejemplo, ante la pasividad e indiferencia de la comunidad de naciones, en la desamparada región sur del Sudán, se comete un auténtico genocidio a seres humanos indefensos, que podrán tener la piel oscura pero mantienen un alma blanca, ennoblecida por el infortunio y el martirio, un caso en el que perfectamente podría aplicarse la doctrina vitoriana de la intervención (acaso sería mejor llamarla "acción colectiva"), en defensa de los inocentes, por autoridad "totius orbis".

La situación mundial se ha agravado con la amenaza del terrorismo, es especial, del uso de armas químicas o biológicas, por lo que todavía es pertinente repetir lo que afirmé en el anterior Congreso del Instituto hace apenas dos años: "El mundo ha superado, con sus triunfos, lo que la fantasía de la ciencia-ficción únicamente había atisbado, descifrando enigmas de lo ignoto, pero al mismo tiempo se ha hundido en abismos de odio e intolerancia, que han convertido los preceptos redentores de las grandes religiones en arrebatos de fanatismo fundamentalista". Por otra parte, con honda convicción, expreso mi rechazo a la llamada "legítima defensa preventiva para combatir el terrorismo internacional", lo cual, como acertadamente lo fijó el Instituto en una resolución reciente, se aparta de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de nuestra egregia disciplina.

Nunca como ahora, pues, se debe luchar por la vigencia plena de los principios del derecho de gentes, o del derecho en sí, y es en esta cuestión fundamental en que nuestro Instituto, con el peso de su potestad doctrinal, debe convertirse en el abanderado de una nueva cruzada por la dignidad del hombre y por la paz mundial.

El temario de esta reunión abarca puntos de indiscutible interés actual en el derecho internacional y su presentación, como ponentes, estará a cargo de juristas reconocidos por su adhesión y devoción a esta preclara disciplina jurídica, lo que desde el inicio augura el éxito de nuestras labores.

Quisiera aprovechar esta ocasión en que se inaugura tan importante evento para rendir un tributo de admiración a los miembros ecuatorianos

fundadores del IHLADI, ya fallecidos, quienes sin duda enaltecieron de civismo a esta querida tierra. Dos de ellos, estadistas de prestancia, don Camilo Ponce Henríquez y el doctor José María Velasco Ibarra, ocuparon dignamente el solio presidencial de su patria; otro de ellos, el doctor Antonio Parra Velasco, si bien no alcanzó el más alto puesto que la democracia ofrece a sus mejores hijos, estuvo a punto de lograrlo, con el respaldo de gran parte del electorado, en tanto que el antiguo catedrático de la Universidad de Guayaquil, doctor Teodoro Alvarado Garaicoa, y el eminente Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador, don Julio Tobar Donoso, con el fardo de su ciencia a cuestas, honraron el cargo de Cancilleres de la República. Debo agregar en este justiciero recuerdo a otros respetados catedráticos de derecho, los doctores Carlos Salazar Flor y Manuel Elicio Flor. Éste último puso sus luces y su dedicación a la ínclita jurisprudencia como Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Todos fueron figuras prestantes del civismo, de la intelectualidad y del derecho del Ecuador y demostraron siempre, al servicio de las juventudes, la calidad áurea de sus recias personalidades en el campo de la docencia.

A todos ellos, y a los otros distinguidos miembros y asociados ecuatorianos ya desaparecidos, interpretando el sentir y el pensar de los asistentes a este Congreso, les ofrezco el homenaje del más hondo, del más sincero respeto. Ellos dieron su valioso aporte al desarrollo de la jurisprudencia y están ya consagrados como beneméritos del derecho de gentes de nuestra comunidad.

Realmente quienes se adentran en el estudio de la historia de esta bendita tierra que hidalgamente nos hospeda, llega a apreciar que las más altas funciones públicas, civiles o religiosas, han estado en manos de valores cívicos indiscutibles, de férrea contextura doctrinal y de arraigado fervor patriótico. A veces, la pugna ideológica los encontró de frente, la pluma argéntea de Montalvo contra el rosario consagrado de García Moreno, la espada liberal de Eloy Alfaro contra el báculo iluminante de González Suárez. En esas contiendas homéricas de convicciones profundas no existió nunca la mediocridad de la llanura estéril, sino la cumbre plateada de la majestuosidad andina.

Y es que desde la lejana niñez, la emoción cubría todo mi ser al oír los relatos de mis maestros sobre las geniales investigaciones de Darwin en

territorios continentales e insulares del Ecuador, que transformaron para siempre las ciencias naturales, o al escuchar, embelesado, las rimas épicas del inmenso poeta Olmedo, que hicieron vibrar de entusiasmo con su "Canto a Jurín" las fibras más íntimas de mi corazón infantil.

No he encontrado forma más adecuada de agradecer al Ilustrado Gobierno del Ecuador y a su altivo pueblo, y en especial a la Comisión Organizadora del Congreso, por sus ingentes esfuerzos para la celebración del mismo, venciendo obstáculos de diversa índole, a la vez que reconocer la generosa hospitalidad ecuatoriana, acaso de manera un tanto heterodoxa para un acto como éste, que expresar, con toda modestia, pero con absoluta sinceridad, la devoción que guardo por la nobilísima tierra del Gran Mariscal Sucre.

Hago entrega, con solidaridad fraterna, de las preciadas insignias institucionales, al doctor Rodolfo Ceprián, Presidente del Vigésimo Tercer Congreso y del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional.

¡Gracias a todos!

Alfredo Martínez Moreno

DISCURSO DEL DR. RODOLGO CEPRIÁN, PRESIDENTE ENTRANTE DEL IHLADI

Es un honor y un privilegio el dirigirme a ustedes en mi calidad de Presidente del XXIII Congreso del IHLADI permitiéndome entrelazar el pasado y el presente, cobrando vida el ayer y quienes lo compartieron, recordando que desde que se creara el 5 de octubre de 1951, el I.H.L.A.D.I. en Madrid, se han efectuado veintidós reuniones transcendentales dándose cita los más renombrados e ilustres profesores y expertos en Derecho Internacional Público y Privado, entre los que figuraron o figuran Jefes de Estado y de Gobierno, Ministros y Embajadores, Jueces del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya y Miembros de la Corte

Interamericana y de otros Organismos Internacionales, con ponencias que derivaron en resoluciones fortalecedoras de nuestro Instituto por su actividad científica y una conciencia jurídica común, que a su vez originaron disposiciones legislativas tendentes a conseguir la tranquilidad en el orden, en la justicia y en la paz... el "TRANQUILLITAS ORDINIS" de nuestro lema.

Cuando el terrorismo se convierte en una amenaza latente contra la democracia y la civilización, la paz y la seguridad internacional, desconociendo la más elemental axiología y los principios del Derecho de gentes, propugnados por Francisco de Vitoria, a quien, muchos de nosotros reconocemos como fundador del Derecho Internacional, más que nunca requerimos la fundamentación de un nuevo Orden Internacional a través de una cooperación institucionalizada y un esquema jurídico y humanitario que asegure el desarrollo y la reconciliación universal integrando, las diversas culturas y religiones del orbe.

Cobijados por este Santuario de arte y espiritualidad, Patrimonio de la Humanidad que es el Monasterio de Guápulo, rememoramos la andadura del I.H.L.A.D.I. y rendimos homenaje a quienes ya en presencia de Dios también lucharon para conseguir a través del derecho y la justicia, la unión y la armonía entre los pueblos, justificando con sus estudios y acciones, el sentido y la vigencia constantes de nuestro Instituto. Por ello aprendimos y transmitimos a nuestros alumnos a diferenciar el derecho como norma, el derecho como facultad, el derecho como ciencia y el derecho como ideal ético de la justicia, reconociendo la vinculación existente entre todos, en evolución paralela a la de la sociedad.

Frente a sofismas y argucias de una filosofía seudojurídica, debemos solidificar el Derecho Internacional defendiendo la vida y soberanía de todos los Estados por pequeños que estos sean, pues su supervivencia es garantía de la libertad nacional, imprimiendo un sentido de lo que es justo y apropiado. Podemos observar cómo la libertad está en peligro y las fuerzas armadas se convierten en algunos casos en fuerza de ocupación, pero no podemos ni debemos olvidar que la finalidad del derecho es la justicia y la meta de la justicia es la concordia sin precariedad.

Para entender nuestros entornos estamos obligados a profundizar en las causas de la autenticidad social y jurídico-política y tomar conciencia de

los Derechos Humanos en la posición constitucional de los Estados, abogando por una mejor relación entre gobernantes y gobernados y por una unidad nacional que con frecuencia tiende a resquebrajarse, como si se tratara de un problema ontológico.

La eclosión migratoria de algunos de nuestros países conlleva un reconocimiento de mayor aproximación iberoamericana consensual, que partiendo del espíritu, la historia y la cultura supere crisis en los procesos de integración económica y en el plano legislativo e institucional. Estamos viviendo hacia el futuro, y España y Portugal deben cumplir su misión proyectando el engarce de Iberoamérica y la Comunidad Europea, como un auténtico desafío para acoplar el concepto de independencia y encauzar las relaciones entre ambas comunidades.

Excelentísimo señor Presidente de la República gracias por vuestro respaldo que ha hecho posible la celebración del XXIII Congreso del I.H.L.A.D.I. en suelo ecuatoriano, que contribuirá a resaltar su responsabilidad histórica, cuyos principios se han mantenido inalterables ante abusos de poder y corrupción política, actuando siempre de manera independiente frente a cualquier grupo o presión externa.

Con frecuencia han existido y existen crisis y fuerzas disgregadoras, pero nuestro tiempo sigue siendo tiempo de esperanza, de voluntad y de derecho. Ya Santo Tomás decía que "el derecho y la moralidad son las bases del estado" que debemos entender y explicar en las defensas de una Sociedad más internacional e interdependiente.

Dignísimas autoridades, miembros, asociados y observadores, que el cielo quiteño rodeado de montañas eleve vuestra ciencia y sabiduría, vuestra entrega y dedicación a la creatividad y fortalecimiento de normatividades capaces de estabilizar y solidificar la naturaleza humana actual, propendiendo a resolver problemas que a veces se convierten en factores disidentes para la integración cada vez más necesaria en nuestra esfera de acción. La concertación a la que pueda llevar el proceso integracionista en todos los niveles, debería originar, compenetración de pueblos y gobiernos, y con ella una comprensión de intereses, para con madurez política dar paso al acuerdo que dé término a tantas rivalidades existentes. Es hora de que nuestros pueblos den muestras de haber llegado a una mayoría de edad para zanjar sus problemas, alcanzando un sentir auténticamente comunitario.

Existen verdaderas y serias amenazas para la estabilidad de las naciones, calamidades que aniquilan al hombre y desfiguran la especie; también un fanatismo ilimitado sembrando el terror y la muerte en forma indiscriminada.

Lamentablemente el signo de nuestro tiempo es el terrorismo limitando la seguridad individual y colectiva; el narco-tráfico como flagelo para toda la humanidad y la incesante dependencia caracterizada por el endeudamiento internacional: el hombre destruyéndose a sí mismo. Tengamos presente que para alcanzar la seguridad que tantos preconizamos, hay que vencer al analfabetismo, a la insalubridad y al deterioro del medio ambiente y además que el logro de la paz, solo puede ser construido partiendo de la persona humana y sus derechos fundamentales.

Si la existencia del Estado y de un Orden Internacional se justifica en función de la protección de los Derechos Humanos, nuestro Instituto debe mantener su ejemplaridad, propiciando la seguridad y la convivencia pacífica; desterrando el terrorismo, la violencia y el uso de la fuerza. Estamos obligados a luchar para alcanzar el marco idóneo en el que no exista la confrontación y el afán hegemónico, en aras de un mundo más estable y seguro.

Hoy es una buena fecha para el inicio de nuestras jornadas, he observado que es el día de San Juan Crisóstomo, Patriarca de Constantinopla de gran elocuencia a quien se apodaba "Boca de Oro". Que la elocuencia y los mejores resultados imperen hoy y en días sucesivos, iluminando nuestras mentes para obtener un futuro de solidaridad y entendimiento, de respeto y bienestar, un futuro que ya debe ser presente para evitar el caos y la destrucción de nuestro mundo.

Muchas Gracias.

Rodolfo Ceprián

DISCURSO DEL EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, ING. D. LUCIO GUTIÉRREZ BORBÚA

Señoras y señores:

El pueblo ecuatoriano y su gobierno constitucional y democrático, abren sus brazos con admiración y entusiasmo, para dar una cordial bienvenida a las delegaciones de los pueblos hermanos, concurrentes a este vigésimo tercer Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, que se reúne a partir de hoy, 13 de septiembre de 2004, en esta hermosa ciudad de Quito, capital del Ecuador.

Siempre que llegan a Quito visitantes de países hermanos, a reunirse en congresos, seminarios y eventos culturales y científicos que promueven el desarrollo, la paz y la buena voluntad entre los hombres y las mujeres de los pueblos del planeta, me complace como Presidente de todos los ecuatorianos, ofrecer el centro histórico y la ciudad metropolitana, a los ilustres visitantes, para que aprecien con sus propios ojos por qué la UNESCO tuvo el acierto de nominarla como Primera Ciudad del Patrimonio Cultural de la Humanidad. ...Espero que en sus momentos libres puedan disfrutar del arte y la cultura de Quito.

He dicho que sentimos admiración y entusiasmo por la presencia de ustedes; y además agrego, que sentimos orgullo por la realización de este importante evento en Quito, porque sabemos que el Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, goza de gran prestigio a nivel mundial, sólo equiparable al que le corresponde al Club de Roma, en asuntos de las ciencias del Derecho Internacional Público y Privado; a tal punto que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en sesión plenaria del 20 de Agosto de 1964, le declaró entidad consultiva de dicho organismo.

Desde entonces, y en adelante, ha logrado posicionarse en ese mismo rango en la Organización de Estados Americanos, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la Federación Interamericana de Abogados, el Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos y muchos otros organismos de igual jerarquía.

¿De dónde le llega tanta importancia a este organismo?

Pues, de la sabiduría y la ética con que elabora la investigación y la metodología que impulsan el desarrollo de las ciencias del Derecho Internacional, y el fortalecimiento de la juridicidad en las relaciones entre personas y entre Estados, más allá de las fronteras.

El prestigio del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional reconocido en todos los foros mundiales, le otorga el adecuado protagonismo y la fuerza moral para orientar la permanencia de la racionalidad de la Justicia y el Derecho sobre la prepotencia y el abuso de la fuerza.

El frágil equilibrio que permite, por ahora, la supervivencia de la paz, la razón y el derecho, frente a la coerción económica y armada de los más poderosos sobre los más débiles, reside en la presencia de la voz conjunta de los miembros integrantes del IHLADI.

Ahí radica el poder moral que ustedes aportan para orientar a las naciones a comportarse en igualdad de inteligencias, que prevalecen sobre las artificiales desigualdades impuestas por la fuerza.

Nuestros países, en América Latina, durante más de cincuenta años, han encontrado en el IHLADI el soporte filosófico y doctrinario para el estudio de los principios y reglas de Derecho internacional que deben ser aplicados para conseguir la convivencia pacífica, el desarrollo económico, social y cultural; y el imperio de la justicia entre nuestros pueblos.

Ahora están en juego intereses planetarios; la globalidad constituye el determinismo del siglo 21. ¡Todos los pueblos de la tierra deben incorporar a sus códigos legales el concepto de GAIA! (El Planeta Tierra entendido como un ser viviente único e indivisible).

De la inteligencia de ustedes deben emanarse propuestas de principios jurídicos que defiendan el derecho que tiene el Planeta a mantener su aire puro, su agua limpia, sus bosques primarios, ¡todas sus especies vivas!.

Del talento de ustedes debe surgir un lenguaje jurídicamente aceptable para todos, en el sentido de que la sobreindustrialización, llevada al extremo de la sobreexplotación de los recursos naturales de los países en desarrollo, podría llevarnos a la extinción de todas las especies.

Sólo ustedes podrían traducir en normas fácilmente comprensibles para todos los seres humanos y las naciones, el peligro de que la cuerda

que tiran los ricos para su lado, y los pobres para el suyo, se rompa muy pronto, dejándonos miserables a todos.

Son ustedes quienes pueden descifrar el enigma de la clásica soberanía de los Estados en conflicto con los nuevos intereses de las regiones y de los continentes.

Ustedes podrían explicar, usando conceptos jurídicos válidos para todos los países, las inexorables ecuaciones de que:

- La extinción de un bosque ecuatorial podría derivar en la desaparición de un pueblo nórdico.

- El exterminio de una especie marina podría devenir en la extinción de una raza humana.

- El recalentamiento de la atmósfera podría provocar el enfriamiento de millones de personas.

- La exclusión de los migrantes, podría causar la inmovilidad de los oriundos.

- El irrespeto a las culturas nos conduciría a un mundo alienado e insípido.

En fin, los lineamientos para determinar si el nuevo mundo global del siglo 21, va a mejorar o no la esperanza humana de una vida más digna, ¡en gran medida podría depender de la sabiduría y de la bondad de ustedes!

Por eso deseamos que sus arduas e importantes tareas que inician hoy, lleguen a feliz término el viernes 17.

Aspiramos a que ustedes elaboren un conjunto de principios y recomendaciones para los pueblos del mundo que, como una antorcha iluminen la paz y la seguridad mundial, con la misma permanencia de esa antorcha que brilla en la plaza grande de Quito luz de América, desde el 10 de Agosto de 1809.

Señoras y señores.

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS DEL XXIII CONGRESO DEL IHLADI

I COMISION

El XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Consciente de la incidencia de la globalización económica en los movimientos migratorios y de las dificultades que suscita la convivencia entre los individuos en un contexto de creciente pluralidad cultural,

Persuadido de que el Derecho Internacional de la Familia debe abordar los desafíos de la globalización y la pluralidad cultural atendiendo no sólo a los intereses privados, sino también a la necesidad de evitar el auge de posiciones fundamentalistas y de colaborar en la consecución de una convivencia pacífica entre los pueblos,

Considerando que el Derecho internacional privado de la familia debe garantizar el respeto a los derechos humanos, adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Estados deben velar por que las políticas de inmigración no supongan desnaturalización alguna del Derecho de familia, vulnerando de forma ilegítima o desproporcionada derechos fundamentales tales como el derecho a contraer matrimonio y a mantener una vida familiar. En particular, el tratamiento de los llamados matrimonios de conveniencia debe garantizar un adecuado control judicial.

SEGUNDA.- El Derecho internacional privado de la familia debe sustentarse en soluciones flexibles que, superando la rígida concepción del estatuto personal en torno a la nacionalidad o el domicilio, atiendan a compaginar el respeto de la identidad cultural con los cauces que faciliten la integración social y cultural de los inmigrantes, que en todo caso debe fundarse en los propios deseos de estos últimos.

A tal efecto, el respeto a la libertad religiosa aconseja permitir la celebración del matrimonio conforme a ritos y formas religiosas diversas en un plano de igualdad.

Asimismo, son recomendables las fórmulas que abren el Derecho internacional privado a la elección del Derecho aplicable por las partes, singularmente en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges y las cri-

sis matrimoniales. Dicha elección, aún restringida a aquellas leyes estrechamente vinculadas a la relación matrimonial, debe evitar situaciones claudicantes y promover la máxima eficacia extraterritorial de las decisiones. Igualmente, debe defenderse la posibilidad de una ponderación judicial del elemento extranjero o, en su caso, de la circunstancia cultural diferencial.

En el ámbito del reconocimiento de decisiones y actos, dicha flexibilidad apunta a favorecer el reconocimiento de separaciones y divorcios *inter privatos*, siempre que estos procedimientos garanticen los derechos fundamentales de las partes y, singularmente, de los menores.

TERCERA.- El correctivo del orden público internacional de los sistemas nacionales debe actuar de forma excepcional, con sensibilidad frente a las diversidades culturales. Asimismo, ha de circunscribirse a garantizar el respeto a los derechos humanos, y, en particular, la no discriminación por razón de sexo, los derechos de los menores y las garantías procesales.

El correctivo de orden público no puede conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse. De esta forma, debe recurrirse a un concepto atenuado de orden público, que permita a la luz de cada caso el reconocimiento de ciertos efectos de instituciones inicialmente desconocidas, como la poligamia o el repudio, especialmente cuando dicho reconocimiento es instado por la propia mujer o se adopta en su beneficio material.

CUARTA.- En el Derecho de familia, debe primar la protección del interés superior de los menores, sobre la base de la igualdad de los hijos ante la ley. En el ámbito de la protección del menor en los procedimientos de adopción, los Estados deben valorar la conveniencia de incorporarse al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. Frente a la práctica del traslado o retención ilícitos de menores, es recomendable asimismo la adhesión al Convenio de La Haya de 1980, a la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores celebrada en Montevideo en 1989 y a la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores celebrada en México en 1994. En aquellos casos en que la cooperación internacional convencional no sea posible, debe considerarse la utilidad de que las legislaciones nacionales contemplen un tipo delictivo que pueda limitar el traslado o retención ilícitos y, en su caso, favorecer la devolución del menor.

Declaración del IHLADI sobre el marco regulatorio de la adopción en los procesos de integración

La diversidad de los Derechos nacionales relativos a la adopción en los Estados inmersos en procesos de integración apuntan a la necesidad de una progresiva armonización de tales Derechos materiales que, más allá de los mecanismos de cooperación internacional, faciliten de forma más efectiva el reconocimiento de tales adopciones y, en consecuencia, el objetivo de la libre circulación de personas que constituye uno de los pilares básicos en los espacios de integración económica.

II COMISION

El XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Acordó, por unanimidad, abstenerse de pronunciarse sobre el tema de la II Comisión, titulado "Creación del Derecho Internacional en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?", debido a la ausencia del ponente.

Acordó, por mayoría de votos, pedir a la Junta de Miembros que incluya en el programa de trabajo del próximo Congreso el tema siguiente: "El mar presencial".

III COMISION

El XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Considerando la "Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional" realizada por el relator de la Tercera Comisión,

Teniendo en cuenta que la diversidad de los sistemas jurídicos iberoamericanos en materia contractual, unida a su desactualización, perjudica gravemente la eficacia de los intercambios comerciales internacionales,

Deseando estimular el intercambio comercial internacional y favorecer los distintos procesos de integración iniciados entre los diferentes países de América, adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Debe promoverse y procurarse el conocimiento recíproco de todos los ordenamientos jurídicos de los países Hispano-Luso-Americanos y Filipinas para cuyo objeto deberá crearse en el seno del Instituto un *Comité Permanente de Derecho Comparado*, destinado a recopilar, estudiar y difundir oportunamente los diversos sistemas jurídicos actualizados de cada uno de dichos países, que sirva para una mejor armonización y unificación de los mismos.

SEGUNDA.- Con el propósito enunciado en el párrafo anterior, se encomienda al Secretario General del IHLADI, para que, en forma oportuna, designe de entre sus Miembros, una Comisión destinada a elaborar el proyecto de reglamento interno de funcionamiento del referido Comité, que deberá ser presentado en un plazo no inferior a 6 meses antes de la celebración del próximo Congreso del IHLADI, proyecto que deberá constar en el temario del Congreso para su debate y posterior aprobación.

TERCERA.- La actualización de los sistemas iberoamericanos de contratación internacional requiere una acción coordinada sobre la base de un modelo único que incluya las peculiaridades de la comunidad hispano-luso-americana y filipina en sus relaciones recíprocas y en relación con terceros países. Dichas peculiaridades deben, en todo caso, atender a los

resultados de la unificación internacional de los contratos, teniendo muy presentes los Principios elaborados por el UNIDROIT.

En el marco concreto de la ley aplicable a los contratos internacionales, el punto de referencia para la aproximación de las legislaciones latinoamericanas puede ser la Convención de México de 1994 sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI). Dicha aproximación puede realizarse bien mediante la ratificación de la Convención, siguiendo el ejemplo de México y de Venezuela, o a través de fórmulas blandas de incorporación, material o por referencia, que pueden incluir determinadas excepciones y peculiaridades de cada sistema nacional. Asimismo, puede optarse por asumir directamente los principios que emanan de la referida Convención.

CUARTA.- En la nueva etapa codificadora de la CIDIP es aconsejable complementar las técnicas de codificación hasta ahora empleadas con un estudio y elaboración institucional de contratos y cláusulas tipo de la contratación internacional que aseguren de manera eficaz el equilibrio entre las partes.

IV COMISION

El XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Teniendo en cuenta la importancia que reviste para los pueblos de la Comunidad Iberoamericana y Filipina de Naciones la vigencia efectiva y consolidación de las instituciones democráticas,

Considerando, en particular, la significación del proceso desarrollado durante los últimos años en el seno de la Organización de Estados Americanos con vistas a preservar y fortalecer la democracia en América,

Habiendo examinado el documento presentado por el ponente, adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Destacar la trascendencia de la Carta Democrática Interamericana, aprobada en Lima, el 11 de septiembre de 2001, en relación con los objetivos descritos.

SEGUNDA.- Propiciar, en futuros Congresos del IHLADI, la reflexión y el debate sobre la Carta Democrática Interamericana, su naturaleza y las implicaciones que se desprenden de la misma.

RESOLUCION DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

El XXIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Ante los graves acontecimientos ocurridos desde su último Congreso, que han puesto en crisis la paz, la justicia y el Derecho,

RESUELVE

PRIMERO.- Exhortar a los líderes del mundo, hombres de Estado, juristas, políticos y militares, a la reflexión sobre la necesidad de respetar, en todo momento, los principios y normas del Derecho internacional.

SEGUNDO.- Recordar, de modo especial, que:

La obligación de mantener *la paz*, supremo bien, es deber primordial de todos los Estados;

Para su búsqueda y defensa, es necesario precautelar *la justicia*, cuyo quebrantamiento origina tensiones que ponen en peligro la convivencia civilizada;

La verdad es pilar fundamental de la justicia: la política, inclusive la internacional, no puede fundamentarse en la mentira, cuya pública utilización implica grave responsabilidad;

El Derecho internacional, noble producto de la experiencia del ser humano a través de los tiempos, debe ser cuidadosamente respetado por

todos los sujetos de la comunidad internacional, bajo los principios y normas elaborados mediante los pertinentes tratados por las Naciones Unidas, máxima estructura jurídica universal;

La guerra es objeto ilícito del Derecho internacional y el uso de fuerzas armadas para castigo de los Estados infractores del Derecho, solamente puede ser utilizada luego de expresa autorización del Consejo de Seguridad;

La agresión y ocupación de territorios extranjeros es crimen de guerra que acarrea responsabilidad internacional y puede, inclusive, llegar a justificar acciones de resistencia armada de los pueblos invadidos;

El terrorismo es crimen de lesa humanidad, condenado en todas sus formas por la Comunidad internacional que debe ser rechazado y repelido, aunque sin caer en la tentación de quebrantar asimismo las normas y principios del Derecho internacional.

TERCERO.- Para restablecer la paz en el mundo convendría que las Naciones Unidas retomen la plena jurisdicción y competencia sobre los conflictos armados no autorizados por el Consejo de Seguridad y que las fuerzas militares que ocupan territorios ajenos retornen a sus bases *pre bellum.*

DECLARACIÓN DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

DESARROLLO DE UNA PROPUESTA DE NUESTRO XV CONGRESO SOBRE LOS ASPECTOS JURIDICOS DE LA DEUDA EXTERNA

Resulta gratificante comprobar que una de las propuestas de nuestro Instituto que han tenido amplia repercusión haya sido adoptada por instituciones de carácter religioso, político, económico y social , que exceden el marco de nuestra disciplina y el ámbito geográfico de nuestra comunidad hispano luso americana y filipina.

Tal es el caso de la Recomendación y de la Resolución aprobadas por nuestro XV Congreso de Santo Domingo, del que este año se cumplen ya tres lustros, sobre la "Ilicitud del alza unilateral de las tasas de interés de la Deuda Externa", cuestión que debe ser abordada desde la óptica del Derecho Internacional Público con la iniciativa de proponer un pedido de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia que formule la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los aspectos jurídicos de la Deuda Externa.

Dichas decisiones del IHLADI fueron adoptadas, entre otros, por el Parlamento Latinoamericano y el Parlamento Europeo-Conferencia Interparlamentaria de Bruselas de 1995, el Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), la Central Mundial de Trabajadores, la Central Latinoamericana de Trabajadores, innumerables universidades y centros de estudio que han incorporado el tema a sus investigaciones desarrollándolo en distintos campos. En el orden político, además de los centenares de proyectos presentados en parlamentos y cámaras municipales, la acción del grupo italiano de jurisprudencia del CEISAL obtuvo que el Parlamento italiano sancionase la ley 209 del 25 de julio del 2000 Año del Jubileo) que dispone encomendar a su gobierno iniciar gestiones ante la AGNU para que ésta pida una opinión consultiva en aquel sentido a la CIJ.

Las resoluciones del IHLADI resultaron premonitorias. El haberse dejado de lado al Derecho en el tratamiento de este grave problema mundial que es la Deuda Externa ha tenido el funesto resultado del agravamiento de la situación política, económica y social de numerosos países en vías de desarrollo que han sufrido la degradación de sus niveles de vida como consecuencia de dicha deuda.

El Magisterio de la Iglesia ha reiterado en numerosas oportunidades la necesidad de encontrar soluciones a este problema de extrema injusticia para los pueblos de los países deudores y, en ocasión del Jubileo, S.S. el Papa Juan Pablo II expresó que la cuestión de la Deuda Externa atañe al Derecho Internacional. Con ello la prédica del IHLADI ha alcanzado el más alto reconocimiento.

Aspiramos a que el IHLADI reitere los citados acuerdos del XV Congreso exhortando nuevamente a los gobiernos para que, sin demora,

presenten en la AGNU un proyecto de solicitud de opinión consultiva a la CIJ sobre la ilicitud de la Deuda Externa.

Por último, nos llena de satisfacción la decisión del Comité del Parlamento Noruego de incluir entre los candidatos al Premio Nóbel de la Paz del año 2002, a nuestro colega el Embajador Miguel Ángel Espeche Gil, ponente de las mencionadas resoluciones de nuestro XV Congreso. Dicha nominación propuesta, entre otras instituciones, por la Central Latinoamericana de Trabajadores y por la Universidad Católica de La Plata, se debió a su lucha de más de veinte años en defensa de la causa de los pueblos de los países deudores, víctimas de la injusticia de la Deuda Externa y que constituye una verdadera amenaza a la Paz.

COMISIONES DEL XXIII CONGRESO
Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, sobre "Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Jorge ALBORNOZ OLIVER
Vicepresidente: Manuel VENTURA ROBLES
Ponente: Sixto SÁNCHEZ LORENZO
Secretaria: Adriana DREYZIN DE KLOR

La *Segunda Comisión*, sobre "Creación del Derecho internacional en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Carlos JIMÉNEZ PIERNAS
Vicepresidenta: Amalia URIONDO DE MARTINOLI
Ponente: Francisco ORREGO VICUÑA
Secretario: Carlos LÓPEZ CONTRERAS

La *Tercera Comisión*, sobre "Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Vicente UGARTE DEL PINO
Vicepresidente: José Roberto FRANCO DA FONSECA
Ponente: Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN
Secretaria: Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ

La *Cuarta Comisión*, sobre "La Carta Democrática Interamericana", ante la ausencia del ponente, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Ernesto J. REY CARO
Vicepresidente: Mauricio GUTIÉRREZ CASTRO
Secretario: Juan José RUDA SALTOLARIA

OTROS ACUERDOS DEL XXIII 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 Excmo. Sr. Ingeniero D. Lucio Gutiérrez Borbúa, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, por haber aceptado la Presidencia de Honor del XXIII Congreso y haber presidido la sesión de inauguración del mismo.

- Voto de agradecimiento al Presidente saliente del Instituto, Dr. Alfredo Martínez Moreno, por la labor desempeñada durante los dos años de su mandato.

- Voto de agradecimiento a los miembros de la Comisión organizadora y, en especial, a su Presidente, Dr. Rodolfo Ceprián Molina, a la Secretaria, Rosa Solórzano de Cervantes, y demás miembros de la misma, por la eficaz labor en la preparación y realización del Congreso, así como al personal de apoyo de la secretaría por su valiosa cooperación.

- Voto de agradecimiento a las instituciones públicas ecuatorianas, a las embajadas de Brasil y de España en Quito y a cuantos organismos y personas han contribuido a la celebración del Congreso.

- Voto de felicitación a los ponentes, Dres. Sixto Sánchez Lorenzo (España), Francisco Orrego Vicuña (Chile) y Eugenio Hernández-Bretón (Venezuela) por la valiosa contribución científica de sus ponencias, que prestigiaron los trabajos del XXIII 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 recordados colegas del Instituto, Dres. León Barandiarán-Hart (Perú), Carlos García Bauer (Guatemala), Carlos Roberto Reina (Honduras), Antonio Marín López (España), León Herrera Esteban (España), Antonio Truyol y Serra (España), Fabio Fournier (Costa Rica), Santiago Benadava (Chile) y César Moyano Bonilla (Colombia), q.e.p.d.

- Se aprueba que la sede del XXIV Congreso del Instituto sea Granada (España) y se nombra Presidente de la Comisión organizadora del mismo al Dr. José Carlos Fernández Rozas y Vicepresidente al Dr. Sixto Sánchez Lorenzo.

- Se aprueba que el temario científico del XXIV Congreso sea decidido por el Presidente del Instituto, el Secretario General y la Comisión organizadora del mismo teniendo en cuenta las propuestas presentadas por los miembros y asociados.

- Se aprueba que el temario científico del XXIV Congreso y los miembros del jurado calificador de la próxima edición de los premios "Luis García Arias" y "José de Yanguas Messía" sean elegidos por el Presidente del Instituto, el Secretario General y la Comisión organizadora del XXIV Congreso.

- Se encomienda al Dr. Adolfo Salgueiro, miembro del Instituto, que continúe sus gestiones ante el gobierno de Venezuela en orden a conseguir la continuidad en la dotación del premio "Luis García Arias", así como al resto de los miembros y asociados la realización de contactos con aquellas entidades públicas o privadas que pudieran financiar en el futuro los mencionados premios.

- Se aprueba el nombramiento del Dr. Rubén Carnerero Castilla (España) como Secretario adjunto del Instituto, conforme a lo previsto en el artículo 18 de los Estatutos.

- Se aprueba el incremento de las cuotas anuales con el Instituto, que no se habían modificado desde 1982, fijándolas en 100 $ U.S.A. anuales, o su equivalente en euros. El mencionado incremento entrará en vigor en la cuota del próximo año y se aplicará también a las cuotas de años anteriores que al 1 de enero de 2005 estén pendientes de pago.

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI
(arts. 6 y 7)

En las elecciones estatutarias celebradas el día 17 de septiembre de 2004 resultaron elegidos los siguientes MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta:

Luis Ignacio SAVID BAS (Argentina)
Manuel VENTURA ROBLES (Costa Rica)
Manuel MORALES LAMA (República Dominicana)
Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN (Venezuela)
Francisco EUDES MUJICA BAUTISTA (Venezuela)

Asimismo fueron elegidos los siguientes ocho ASOCIADOS:

Guido Fernando SILVA SOARES (Brasil)
Enrique LAGOS (Chile)
Luis HERRERÍA BONET (Ecuador)
Carlos ESTARELLAS VELÁSQUEZ (Ecuador)
Valentín BOU FRANCH (España)
Jorge Ramón HERNÁNDEZ ALCERRO (Honduras)
Diego VALADÉS (México)
Rosa CAMPILLO (República Dominicana)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de Honor
(M) Miembro
(A) Asociado
(O) Observador

ARGENTINA:
Armas Barea, Calixto (M)
Armas Pfirter, Frida (M)
Bartolomeo Carlomagno, Roberto (M)
Ciuro Caldani, Miguel Angel (M)
Espeche Gil, Miguel Angel (M)
Giner Molinari, Jorge Alberto (M)
Rey Caro, Ernesto (M)
Rizzo Romano, Alfredo (M)
Savid Bas, Luis Ignacio (M)
Vinuesa, Raúl (M)
Dreyzin de Klor, Adriana Silvia (A)
Drnas de Clement, Zlata (A)
Gutiérrez Posse, Hortensia (A)
Pagliari, Arturo (M)
Uriondo de Martinoli, Amalia (A)
Giner, María Fernanda (O)

BRASIL:
Franco da Fonseca, José Roberto (M)
Sorto, Fredys Orlando (A)

CHILE:
Orrego Vicuña, Francisco (M)

COLOMBIA:
Nieto Navia, Rafael (M)

COSTA RICA:
Ventura Robles, Manuel (M)

ECUADOR:
Ceprián Molina, Rodolfo (M)
Molestina Zavala, Oswaldo (M)
Salvador Lara, Jorge (M)
Herrería, Luis (A)
Salvador Crespo, Iñigo (A)
Narváez, Luis (O)

EL SALVADOR:
Martínez Moreno, Alfredo (M)
Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio (M)

ESPAÑA:
Carnerero Castilla, Rubén (M)
Cerezo de Diego, Prometeo (M)
Fernández Rozas, José Carlos (M)
Jiménez Piernas, Carlos (M)
Juste Ruiz, José (M)
Bou Franch, Valentín (A)
García Rodríguez, Isabel (A)
Sánchez Lorenzo, Sixto (A)

HONDURAS:
López Contreras, Carlos (A)

MÉXICO:
Méndez Silva, Ricardo (A)

PARAGUAY:
Llanes Torres, Oscar (A)

PERÚ:
Sosa Voysest, Claudio (M)
Ugarte del Pino, Vicente (M)
Arriola Espino, Marcela (A)
García Corrochano, Luis (A)
Novak Talavera, Fabián (A)
Ruda Santolaria, Juan José (A)
Santiváñez, Martín (O)

REPÚBLICA DOMINICANA:
Morales Lama, Manuel (M)
Koening, Ricardo (O)

URUGUAY:
Flores, María del Luján (A)

VENEZUELA:
Febres Pobeda, Carlos (MH)
Albornoz Oliver, Jorge (M)
González Sánchez, Nelson (M)
Hernández-Bretón, Eugenio (M)
Mujica, Francisco Eudes (M)
Salgueiro, Adolfo P. (M)
Apolinar Rojas, Pedro (A)

COLABORADORES DEL CONGRESO

Rosa Solórzano de Cervantes
Mónica Ingarévalo
Gabriela López

IN MEMORIAM

León Herrera y Esteban

(1922-2003)

León Herrera y Esteban nace en Jaén en el año 1922. Durante su prolongada vida, ya que fallece, en Madrid, el 22 de octubre de 2003 cuando contaba 81 años, mantuvo, en constantes viajes y estancias, su vinculación a la tierra natal. Cabe también anotar, y ello es muy significativo para el conocimiento de su rica personalidad, que hasta pocas semanas antes de su muerte ejerció una fecunda actividad participando activamente en Congresos y Jornadas de Derecho Aeronáutico, disciplina a la que se sentía vocacionalmente vinculado. Asimismo, hasta su final, contribuyó con sabiduría y eficacia, a la dirección de las actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, en cuya fundación tomó parte.

Iniciada la Guerra Civil y cuando solo contaba 14 años, se adscribe al bando vencedor incorporándose, en Burgos, a la Organización Juvenil de Requetés. Más tarde, en 1938, se alista como soldado voluntario en el Regimiento de Caballería Tadir. Concluida la contienda se licencia en derecho –más tarde alcanzaría el grado de Doctor- e ingresa, en 1943, por oposición, en el entonces Cuerpo Jurídico del Aire alcanzando el máximo empleo de General Consejero Togado, y desempeñando en el mismo las más altas funciones hasta su retiro definitivo.

En la vida de León Herrera y Esteban, cuya actividad fue constante e ininterrumpida, aparte de otras extraordinarias funciones, cabe destacar dos aspectos fundamentales, el de hombre político y el de jurista.

Su adscripción al régimen franquista fue leal y sincera no debiéndose olvidar la mención de su carácter reconciliador y liberal. Sus trabajos en este sentido y desde todos los importantes cargos que a lo largo de su vida sirvió, para que, poco a poco, fuese abriéndose el camino propicio de liberalización que tanto facilitaría la implantación del posterior régimen democrático. Cabe recordar dos adjetivas actividades en este sentido

como la Ley de Prensa de 1966 y el anteproyecto de la Ley del Cine, que abolía la censura previa y la consulta previa. Sustantivamente el lanzamiento del turismo en España, en el que León Herrera participaría activamente, fue la piedra fundamental en que tuvo su base el progreso económico de España así como el cambio de las costumbres y hábitos sociales junto a una constante liberalización política gracias a la influencia del mismo.

Primero como Director General de Empresas y Actividades Turísticas en el Ministerio que regentaba Fraga Iribarne y luego como titular del Ministerio de Información y Turismo –en el ejercicio de cuyo cargo hubo de facilitar al mundo la noticia del fallecimiento de Franco- se produce el estallido del Turismo en España. Pasaban pocas fechas sin que dejase de ser inaugurado un hotel en cualquier lugar de España y, especialmente, a lo largo de su litoral. Una sabia política promotora fue el motor impulsor de tal actividad, seguidamente acompañada de la rehabilitación y construcción de Paradores de Turismo, alojamientos especialmente apetecidos por los visitantes extranjeros.

Su carrera política, concluida como ministro le hizo previamente desempeñar los cargos, aparte del ya citado de Director General de Empresas y Actividades Turísticas, de Director General de Correos y Telecomunicaciones, en el que impulsó la Caja de Ahorros Postal, mejorando la mecanización y la red de transporte y los centros de clasificación postal, así como el de Subsecretario de Gobernación. Como Director General de Correos le cupo presidir la X Conferencia Plenipotenciaria de la Unión Internacional de Comunicación. En 1975, concluida su actividad como ministro, fue nombrado Delegado del Gobierno en la Telefónica.

Su primera aportación al Derecho Aeronáutico tiene lugar como miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas a través del Instituto Francisco de Vitoria. Dicha Sección publicó su obra "Legislación Aeronáutica Española" que sirve como iniciación y fundamento de otros muchos estudios. En el año 1964 y en la Universidad de Salamanca, en cuyo seno tienen lugar unas Jornadas de Derecho Aeronáutico, junto con otros especialistas se funda –inspirado en la doctrina de Francisco de Vitoria- el ya mencionado

Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial. Este Instituto goza del estatuto de Organismo Consultivo de Naciones Unidas, habiendo celebrado hasta la fecha Jornadas o Congresos en todos los países de la comunidad iberoamericana. León Herrera recibió la Medalla de Honor de dicho Instituto en reconocimiento a su activa participación en casi todos ellos.

Como Miembro Titular de IHLADI también ha tenido una activa participación en sus Congresos, asistiendo entre otros al I Congreso de Madrid, III en Quito, Mérida (Venezuela) y el último en Manila (Filipinas).

Miembro de Honor de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, ha concurrido desarrollando distintas actividades, a los Congresos celebrados en los diversos países latinoamericanos. En el que tuvo lugar en Ushuaia, la ciudad más austral del mundo, desarrolló una documentada ponencia sobre el turismo en lugares alejados, que alcanzó especial trascendencia. El Presidente de esta Asociación Latinoamericana, Dr. Folchi, ha escrito: "Creo no exagerar si afirmo que León Herrera tenía la mente más organizada que yo he conocido. La muerte de León Herrera deja en nuestra Asociación un enorme vacío que nadie podrá reemplazar, especialmente en lo que hace a ese importante sector que une al transporte aéreo y el turismo".

En efecto, la gran aportación de León Herrera al Derecho Aeronáutico se produce cuando, al cesar en sus actividades políticas, vuelca en el transporte aéreo y en su regulación jurídica toda la gran experiencia que había acopiado en el complejo mundo turístico. Su impulso en esta industria, el discreto aperturismo que iba siendo permitido en la política del régimen y la señalada elaboración de teorías y prácticas en el transporte aéreo y su derecho regulador a impulsos de la irrupción del turismo, son méritos muy importantes que conviene recordar en la vida de León Herrera.

Enrique Mapelli

ANTONIO MARÍN LÓPEZ

(1927-2003)

Hijo del profesor Antonio Marín Ocete, catedrático de Paleografía en la Universidad de Granada, nació Antonio Marín López el 25 de abril de 1927 en la bellísima capital del reino nazarí, en cuya Universidad, de la que su padre fue Rector, cursó las carreras de Derecho y de Filosofía y Letras (sección de Filología románica), licenciándose en la primera en 1949, con Premio Extraordinario, y en la segunda en 1951. Alcanzó el doctorado en Derecho por la entonces Universidad Central de Madrid (hoy Complutense) en 1952, y en ese mismo año comenzó su fructífera carrera docente como Profesor adjunto en la Universidad granadina, para ocupar plaza de Profesor agregado de la Universidad de Barcelona (1970-1972), para acceder después a la cátedra de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad granadina en la que permanecería hasta su jubilación como catedrático de Derecho internacional privado desde 1979, año en que se escindió el escalafón dividiéndose en dos cátedras la cátedra hasta entonces única. En 1992 le fue concedido por su valía científica el título de Profesor Emérito de la Universidad en la que con tanto celo, vocación y acierto enseñó e investigó. Su actividad no se redujo sólo a la enseñanza y a la contribución al desarrollo de la ciencia del Derecho internacional, en sus dos ramas, en España, sino que se extendió al trabajo en el ámbito administrativo universitario; así fue Secretario General de la Universidad de Granada (1970-1976); Vicedecano de la Facultad de Derecho (1976-1978), y director del Departamento de Derecho internacional público y privado (1975-1986), cargo que mantuvo durante este último año en el Departamento, ya independiente, de Derecho internacional privado, dirección que volvió a ocupar en el Departamento de nueva denominación: Derecho internacional privado e Historia del Derecho (1991-1992). Fue también director del Colegio Mayor Nuestra Señora de la Victoria (1962-1983) adscrito a la citada Universidad, así como Presidente de la Comisión de Colegios Mayores de la Universidad de Granada (1977-1983). Desempeñó igualmente el cargo de director de la Escuela Social de Granada (1971-1986), con la que mantuvo desde muy temprano relación pues ya en ella obtuvo el título de Graduado social en 1960 y el de profesor en 1961.

Desde 1979 fue miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales ocupando su presidencia entre 1980 y 1984. Miembro de la Asociación española para el estudio del Derecho europeo (1976), lo fue también de la Asociación argentina de Derecho internacional (1982). Por lo que atañe a nuestro Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional fue uno de sus fundadores en 1951 y a él perteneció ininterrumpidamente hasta su muerte, primero como Asociado y más tarde como Miembro, en varios de cuyos Congresos participó muy activamente.

Director de la Revista *"Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos"* (1972-1982), fue durante años miembro del Consejo asesor de la *Revista Española de Derecho Internacional* (REDI). Numerosas fueron sus participaciones como ponente en diversos cursos universitarios y jornadas científicas tanto en España como en el extranjero. Así, fue ponente en los cursos de la Universidad de Valladolid en Vitoria (años de 1971, 1973, 1975 y 1979); en los de la Universidad del País Vasco (1984); en las Jornadas de Profesores de Derecho internacional y Relaciones Internacionales (años de 1978, 1986, 1989, 1991 y 1997), así como en las Jornadas de Derecho internacional privado (años 1997 y 1998). Fue también ponente invitado en el *Corso internazionale "Luigi Severini"*, que tuvo lugar en la ciudad italiana de Perussa (1974). Durante varios años dirigió actividades de investigación, con el grupo denominado "Comunidad Europea y Derecho internacional privado" (1989-1992), proyecto subvencionado por la Junta de Andalucía, y con otro proyecto promocionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (1993-1996).

El número de conferencias que el profesor Marín dictó, así como el de sus artículos sobre diversos temas tanto de Derecho internacional público como de Derecho internacional privado, con incursión en las parcelas del Derecho comunitario europeo y del Derecho del medio ambiente, entre otras, supera el centenar, a los que hay que añadir varias decenas de recensiones a obras de la especialidad y numerosos comentarios a la jurisprudencia patria en materia de Derecho internacional. No es posible en una nota relacionar con exhaustividad la abrumadora producción del compañero y amigo llorado y recordado, pero si tuviera que destacar algún título de la amplia lista de sus publicaciones, citaría especialmente tres: entre varias traducciones al castellano de obras extranjeras, la espléndida del

Private International Law (Oxford, 1950) del profesor Martin Wolff, (*Derecho internacional privado*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958); su monografía *Las sucesiones en el Derecho internacional privado con especial referencia al Derecho español* (Granada, 1957), y su *Derecho internacional privado*, al que su autor califica modestamente de "manual" cuando realmente está mucho más próximo a un tratado, con volúmenes independientes sobre "Parte general", "Derecho civil internacional", "Derecho procesal civil internacional" y "Derecho de la nacionalidad y Derecho de extranjería", que alcanzó numerosas ediciones de las que me hacía llegar, siempre puntualmente, un ejemplar tan pronto salía la obra de la imprenta.

Antonio Marín formó parte del tribunal que juzgó las oposiciones tras las que pasé a formar parte del escalafón de la carrera docente universitaria, y ahí fue donde pude comprobar su afabilidad, su exquisita educación y su gran humanidad. Desde ese momento se inició una constante, sincera y leal amistad entre nosotros. Científicamente no sólo se preocupaba por el fondo de las cuestiones: la forma expresiva, el uso del idioma, era para él algo importantísimo. Le ví varias veces, como miembro de tribunales de oposiciones y de tesis doctorales, ejerciendo de filólogo, defender vivamente la pureza en la utilización de la lengua de Cervantes.

Antonio Marín fue un trabajador infatigable; cuando no estaba escribiendo en su despacho de la Universidad es porque estaba haciéndolo en su magnífica casa solariega de Jun; su refugio en las proximidades de Granada. Y trabajó hasta el último momento. Pocos meses antes de su fallecimiento estaba ocupándose de temas relativos a nacionalidad, pues me telefoneó a Madrid para pedirme una fotocopia del "Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de nacionalidad", elaborado en la Conferencia de codificación de La Haya de 1930, ya que, al parecer no conseguía encontrarlo en la biblioteca universitaria granadina. Fue entonces cuando me dijo que hacía algún tiempo notaba ligeras, aunque persistentes, molestias estomacales. En realidad las ligeras molestias eran consecuencia de un cáncer. Su esposa, Carmen, me relataba en una emotiva carta, contestación a la mía de pésame, con qué desolación había recibido la noticia del diagnóstico a comienzos de aquel verano, y me decía que, aun en ese estado, Antonio "seguía frente al ordenador, que ya no podía controlar...". Un día, cuando me disponía a iniciar las vacaciones veraniegas, me llegaba por teléfono la triste noticia de que Antonio nos había

dejado definitivamente unas semanas antes, concretamente el 8 de julio de 2003. Desde entonces cuando en mis paseos madrileños escucho a los músicos callejeros arrancar de las cuerdas de la guitarra las notas de los "Recuerdos de la Alhambra", de Francisco Tárrega, quiero imaginarme esa "luna desparramada" sobre el Albaicín y esos "ponientes de Granada, de caramelo y carmín" pintados así por Manuel Machado en su última poesía, y en medio de ellos a Antonio, a su figura destacando sobre ese horizonte, más allá de esa misteriosa "frontera", la única que el Derecho internacional no puede regular, departiendo, con su paisano Torres Campos, cuya cátedra ocupó, sobre lo que a él le apasionaba: el Derecho internacional.

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional al transmitir a su viuda Carmen, y a sus hijos Carmen y Antonio, el más sentido pesar por tan irreparable pérdida, siente el vacío dejado por su ilustre miembro y le echa de menos. Pero Antonio siempre estará en él, entre sus compañeros y amigos, porque en quienes le tratamos y quisimos, no se borrará nunca el recuerdo de un jurista eminente, de un hombre de bien, de un caballero andaluz, de un señor. Porque Antonio era un auténtico señor, en toda la extensión de la palabra. Descanse en paz en su morada de Jun, en su querida tierra de Granada.

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Carlos Roberto Reina Idiáquez

(1926 - 2003)

Carlos Roberto Reina apenas contaba 18 años de edad en el año de 1944, pero ya sentía el impulso irresistible que habría de dirigir todas sus acciones como figura pública nacional. En el ámbito internacional, durante la gran hecatombe mundial, (1939-1945) se identificaba con la paz democrática o las democracias pacíficas en el mundo, en el marco de las nuevas concepciones que señalaban que era necesaria la cooperación internacional para el desarrollo, la renuncia al uso de la fuerza o la ame-

naza del uso de la fuerza para resolver diferencias internacionales. Y que había que promover el desarrollo de los pueblos, los derechos humanos fundamentales, con el fin de evitar el surgimiento de nuevas causas de conflictos internacionales que culminaran en el flagelo de nuevas guerras mundiales.

En lo interno, Carlos Roberto Reina sustentaba posiciones similares: la necesidad de abrir el espacio político a la participación ciudadana que, en 1944, se había desvanecido durante los últimos diez años en Honduras, como expresión de la política gubernamental de eliminar del horizonte nacional el espectro de las guerras civiles y de las asonadas militares que habían caracterizado el país los primeros treinta años del siglo XX. Honduras era gobernada desde 1933 por el Abogado y General Tiburcio Carías Andino, del Partido Nacional de Honduras, quien habiendo llegado al poder por la vía electoral, luego se decantó por el continuismo..

Carlos Roberto Reina, nacido el 13 de marzo de 1926 en Comayagüela, ciudad gemela de Tegucigalpa, la capital de Honduras, liberaba su impulso político vital en 1944, participando en manifestaciones opositoras al régimen y sufría encarcelamiento y exilio. Estas primeras experiencias marcarían su carácter de luchador por las libertades públicas y defensa y promoción de los derechos humanos.

Durante la transición democrática con el advenimiento del régimen del Doctor Juan Manuel Gálvez, en 1949, Carlos Roberto Reina coronó sus estudios de abogacía en la Universidad Central de Honduras y realizó estudios de post grado en prestigiadas Universidades de Inglaterra y Francia.

Su vida profesional fue variada, alternando entre la judicatura, el ejercicio profesional independiente, la cátedra universitaria y la diplomacia, habiendo ingresado al servicio exterior de Honduras por oposición en 1955. En esta última actividad, cumplió diversas misiones diplomáticas en Londres y París, en donde fungió como Embajador en La Haya como Miembro de la Misión hondureña en la controversia sobre la validez del Laudo Arbitral de 1906 dictado por el Rey de España, Alfonso XIII, siendo Subsecretario de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores. En el transcurso de su carrera pública, más de una vez coincidimos en la

defensa de los derechos e intereses nacionales, cuando el autor de estos párrafos era Canciller de la República (1986/1990) y él se desempeñaba como Agente de Honduras ante la Corte Internacional de Justicia en el caso de la controversia terrestre, insular y marítima El Salvador/Honduras, (Nicaragua interviniendo). Era un gran colaborador en el aspecto profesional y humano.

Carlos Roberto Reina tenía una presencia imponente. Su estatura, su modo de expresarse y sus gestos inspiraban respeto. Este era el profesor universitario, diplomático, político y juez serio, atildado y cuidadoso al emitir sus juicios, pero, al mismo tiempo, de una innata simpatía que lo llevó a la presidencia de la República.

El Partido Liberal de Honduras en el cual él militaba, ideológicamente es muy similar al Partido Nacional de Honduras, surgiendo ambos de una revolución liberal en las postrimerías del siglo XIX. Luego, a la hora de la sucesión presidencial, privaron las diferencias de los liderazgos políticos, originando que se formaran dos partidos políticos. En ambos ha habido tradicionalmente sectores conservadores, de centro y progresistas. En el Partido Liberal Carlos Roberto era expresión de las corrientes progresistas. Pero para llegar al poder necesitaba contar con el respaldo de todas las tendencias, y le costó cuatro décadas de lucha lograrlo resultando candidato por su Partido y Presidente de la República en noviembre de 1993. Gobernó a Honduras bajo la bandera de la revolución moral, introduciendo importantes reformas políticas para profundizar la democratización del país.

Una vez fuera del poder, sostenía que el equilibrio y la capacidad de diálogo de los hondureños se debían, en gran medida, a la existencia de dos partidos políticos fuertes. Con todas las diferencias históricas entre los mismo, el diálogo y el entendimiento era mucho más fácil entre dos que entre una constelación de partidos políticos como ocurre en otros países. Lo importante es que tanto el Partido Liberal como el Nacional se democratizaran progresivamente. Ambos eran garantes de la estabilidad política hondureña y defensa concertada de los intereses hondureños.

Habiendo disfrutado de la oportunidad de establecer y desarrollar una grata amistad con Carlos Roberto Reina, que se estrechó y consolidó con

el paso de los años, fue durante la organización del XXI Congreso del Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Derecho Internacional (IHLADI) en Tegucigalpa, del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 2000, que sostuvimos una relación más intensa. La Comisión organizadora del evento la integramos Carlos Roberto Reina, el Embajador Roberto Flores Bermúdez –a la sazón Canciller de la República—y yo. El Doctor Reina resultó electo Presidente del Congreso.

Aunque parezca curioso, entre los mejores amigos de Carlos Roberto Reina figuraban muchos hondureños de filiación nacionalista como el abogado Manuel Acosta Bonilla, los Embajadores Policarpo Callejas Bonilla, Oscar Acosta, Olmeda Rivera y la Ingeniera Irma Acosta de Fortín. Yo me sentí siempre muy honrado de cultivar su amistad.

Carlos Roberto Reina falleció el 19 de agosto de 2003, suceso que conmovió a la nación hondureña toda.

Fue un gran Presidente del XXI Congreso del Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), cuyos miembros lamentan su partida, recordando su bonhomía, su talento excepcional y su intachable conducta de ciudadano de bien.

Carlos López Contreras

Carlos Serrano García

Después de una fecunda existencia en obras, servicios y civismo, el 14 de octubre de 2004 falleció en San Salvador, uno de los más devotos miembros del IHLADI: el Dr. Carlos Serrano García.

En efecto, fue un jurista devoto del espíritu vitoriano que caracteriza al Instituto; devoto de los principios inmanentemente válidos del derecho de gentes; y devoto de ese concepto gremial de confraternidad que distingue a sus integrantes.

Desde que asistió, por primera vez, a las reuniones periódicas del Instituto, al Tercer Congreso, celebrado en Quito en 1957, sólo en una ocasión, por enfermedad, dejó de participar en los congresos, con una fidelidad poco común, que demostraba, por una parte, su estricto apego a la doctrina de la Escuela Clásica Española del Siglo XVI, y por la otra, su noble afán de estrechar lazos de amistad con los colegas de la comunidad hispano-luso-americano, quienes apreciaban siempre tanto su dominio de la teoría jusinternacionalista como su noble calidad humana.

Nacido en un hogar por mil títulos respetable y graduado con honores como doctor en jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador, ejerció la profesión del derecho con señorío e integridad moral, pero su vocación vitoriana se hizo patente pronto en dos aspectos importantes de la misma: en la diplomacia y en la cátedra. Así, representó con dignidad a El Salvador en las Embajadas en Perú, Argentina y Estados Unidos de América, para culminar su brillante carrera como Embajador y Delegado Alterno en las Naciones Unidas y Jefe del Protocolo de la Cancillería salvadoreña, y a su regreso a la patria, fue profesor estimable de derecho internacional y de derecho diplomático en la Universidad de El Salvador y en otras instituciones docentes de educación superior, con el apoyo que le brindaba no sólo el conocimiento doctrinal, sino su experiencia en los campos de la diplomacia bilateral y multilateral. Como Director del Ceremonial de Estado se captó el respeto de los representantes extranjeros, quienes lo consultaban no sólo en materias protocolarias sino en cuestiones de alta política.

Su obra "El derecho diplomático y sus agentes. Ceremonial Público Salvadoreño" ha sido de gran utilidad a funcionarios y estudiantes, por su claridad y profundidad.

Fue hombre de hogar, luego de haberse casado con una culta y dulce dama sueca, y las dos hijas de su estirpe selecta son un orgullo de la sociedad salvadoreña.

Fue, además -justo es repetirlo- hombre de principios, apegado a las normas más rigurosas de moralidad, por lo que siempre gozó, como profesional y como funcionario, de estimación general.

También fue un ciudadano ejemplar que abogó siempre por la vigencia de un verdadero estado de derecho en El Salvador, de la consolidación de la democracia representativa y de los derechos humanos.

Y finalmente, fue un hombre con un claro concepto de la lealtad, un amigo modelo, cuyo deceso ha sido sentido profundamente por quienes gozamos de su edificante nobleza de alma.

Carlos Serrano García, en su fructífera vida, dejó un significativo legado de servicio público y de hombría de bien, pues supo aunar su fervor por el derecho y el patriotismo con un concepto paradigmático de solidaridad humana.

Alfredo Martínez Moreno

ENRIQUE P. SYQUIA*

(1930 - 2005)

El Dr. Enrique P. Syquia, nacido en Manila en 1930 de una familia hispano-filipina de rancio abolengo, falleció el pasado día 1 en la misma ciudad, víctima de un cáncer.

Había estudiado Derecho en la Universidad de Santo Tomás de Manila y se doctoró en la antigua Universidad Central de Madrid en 1955, bajo la dirección de los catedráticos Antonio de Luna, Fernando Castiella y José Luis de Azcárraga y Bustamante, consiguiendo las máximas calificaciones. Obtuvo también en ese año el certificado en Derecho internacional por la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Desarrolló una intensa actividad profesional como profesor, escritor, editor, miembro de numerosas asociaciones internacionales y prestigioso abogado internacional.

* Este in memoriam fue publicado en el diario "El País" de Madrid, el 18 de febrero de 2005, p. 57.

Como escritor nos ha dejado numerosas obras, entre ellas *El proceso de Tokio; A Manual on International Law; The Philippine Legal System (World Legal Enciclopedia); Twenty Papers on International Law and Relations,* etc., y más de cien artículos sobre Derecho internacional.

Participó en más de 100 conferencias internacionales y fue presidente de la *International Catholic Lawyers Guild,* de la *International Law Association*, del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, etc.

Como abogado, fundó y dirigió el bufete *Syquia Law Offices,* desde 1954, especializado principalmente en Derecho internacional. Intervino como árbitro en diversos contenciosos internacionales.

Como diplomático fue embajador de la Soberana Orden de Malta en Filipinas desde 1996, desarrollando una intensa labor de ayuda social, especialmente con la infancia.

El embajador Syquia tuvo mucha relación con España. Hablaba perfectamente español. En 1997 fue nombrado miembro del Capítulo Hispanoamericano de Caballeros del Corpus Christi de Toledo y en 1999 fue elegido miembro numerario de la Academia Filipina de la Lengua Española.

A lo largo de su vida fue objeto de múltiples distinciones, entre ellas la de caballero de la Soberana y Militar Orden de Malta; Medalla Pontifica *Ioannes Paulus II P.M. Anno XI;* Caballero de la Pontificia Orden de San Gregorio Magno, etc. En 1999 S.M. el Rey de España le concedió la Orden de Isabel la Católica en el grado de Encomienda de número.

Fue un hombre bondadoso, servicial y fiel amigo.

Prometeo Cerezo

ANTONIO TRUYOL Y SERRA

(1913-2003)

Conocí personalmente a Don Antonio Truyol en el verano de 1959 en los cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Discípulo de Aguilar Navarro en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla conocía algo del pensamiento de Truyol, pues las afinidades de preocupaciones y de método entre ambos explican que mi maestro me instara a estudiar la obra científica de Don Antonio.

En aquel lejano 1959 se inició una relación humana y científica, cultivada en diversos medios académicos, gracias a la cual creo que puedo decir con justicia que también yo tengo el honor de ser uno de los numerosos discípulos del profesor Truyol.

Al evocar en estas páginas la gigantesca figura intelectual del profesor Truyol, me centraré en el análisis de uno de los aspectos de su pensamiento y de su obra científica: sus aportaciones al Derecho Internacional Público y a las Relaciones Internacionales.

La dimensión que va a ocuparme es tan sólo una entre las muchas que integran el ancho ámbito de las aportaciones científicas del profesor Truyol. En efecto, en el círculo de sus preocupaciones estaban, entre otras, las siguientes:

1) La Historia del pensamiento y del Derecho Internacional;

2) Los Clásicos

- Ante todo, los clásicos españoles del Derecho de Gentes;

- Leibniz, espíritu europeo armonizado con la búsqueda de un concierto universal de las culturas;

- Kant, cuyo pensamiento permanece vivo por su riguroso idealismo ético y por la vinculación que estableció entre la paz en general y una federación mundial;

- Fichte, por su aportación a la teoría de los derechos sociales;

- Hegel, mas diversificado que el recibido del siglo XIX, porque como señaló Zubiri es la madurez del intelectual en Europa;

3) Los derechos humanos; y

4) La integración europea.

La preocupación por la historia del pensamiento filosófico y político, estudiada en su obra acaso más importante científicamente *(Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, cuyo tercer tomo, Idealismo y Positivismo, ha sido felizmente publicado el pasado año 2004), es desde luego una de las notas caracterizadoras de la obra del profesor Truyol.

La aportación de Don Antonio al conocimiento de los clásicos españoles del Derecho de Gentes es esencial. Implicados en las controversias éticas, jurídicas y políticas sobre la conquista de América, ¿cuál puede ser hoy la virtualidad de aquel legado intelectual a cinco siglos de distancia de las circunstancias que motivaron y contextualizaron su formulación? A esta pregunta Don Antonio respondió con estas palabras:

> "he dicho reiteradamente que el mérito histórico de los clásicos españoles consiste en haberse enfrentado con los problemas jurídicos y políticos de su tiempo -un tiempo de rápidos y profundos cambios, como el nuestro- adaptando a las nuevas "demandas" de su entorno el acervo ético y jurídico heredado del iusnaturalismo estoico y cristiano, con espíritu abierto y creador. Entiendo que esta actitud puede servirnos de ejemplo en un mundo político, social y económico de cuya transformación, globalmente considerada, bien puede decirse que equivale a una mutación".

El tema de los derechos humanos fue otro de los ejes centrales en la obra científica del profesor Truyol, cuyo libro sobre el tema, editado en 1968 y objeto posterior de numerosas ediciones puestas al día, se convirtió en una obra de obligada consulta para todos cuántos en España luchaban por la democracia y las libertades.

Enraizados en un orden axiológico que el Estado ni crea ni puede ignorar, son derechos que nacen con la persona y cuya teoría y formulación se produce históricamente en relación con el pensamiento iusnaturalista.

En el pensamiento del profesor Truyol, el Derecho Natural no es un código hierático ni estático, formulado de una vez para siempre, sino que va siendo descubierto y explicitado en el espacio y en el tiempo por la

razón humana, enfrentada con las exigencias de la evolución histórica de las sociedades.

A pesar de las crisis que lo han sacudido a lo largo de una historia bimilenaria, desde los sofistas griegos a nuestros días, el Derecho Natural siempre resurge. De ahí que Truyol insistiera en el eterno retorno del Derecho natural, esto es, en una concepción iusnaturalista del Derecho que, tras las vicisitudes del pasado -en el que no ha faltado la *hybris* de un criticable triunfalismo- se ha transformado en un "droit assagi et irréductible", y cuyos principios se ven hoy, en un tiempo histórico de cambio social, como un factor de progreso.

La integración europea y la necesidad de que España se incorporara a la misma fue también una preocupación clave en la vida y en el pensamiento del profesor Truyol, tanto durante el franquismo, tan hostil al significado ético y político de Europa, como posteriormente. Su libro *La integración europea. Idea y realidad*, publicado en 1972, con varias ediciones (transformado más tarde en la obra *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, publicada en 1999), es bien significativo al respecto y prueba que Don Antonio Truyol fue europeista cuando no se llevaba en España y era incluso políticamente muy incorrecto y hasta peligroso.

Pero en estas líneas debo y deseo evocar al profesor Truyol y Serra como maestro de internacionalistas, y creo que para ello nada mejor que basarme en la introducción al Curso General que en 1981 impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya *(Théorie du Droit International Public,* tomo 173 del Recueil des Cours de l'Académie de Droit International).

Un curso general en la Academia, decía Don Antonio, no es la exposición oral de un Manual, y menos aún de un Tratado. Por si solo, el tiempo disponible impediría abarcar en su conjunto el ámbito cada vez más amplio que en nuestros días abarca el Derecho internacional. En todo caso, tal curso tiene por finalidad presentar los problemas fundamentales del Derecho Internacional Público en una perspectiva que permita una visión general de su naturaleza, su fundamento, sus fuentes y sus sujetos, considerados en sus relaciones recíprocas y respecto de la sociedad que le

sirve de base, la sociedad internacional, en un momento dado de su evolución histórica y de su desarrollo institucional.

Esta comprensión global del Derecho internacional, o al menos su búsqueda, insistía el profesor Truyol, es más necesaria que nunca en un momento de creciente especialización. Abandonadas a sí mismas, las diferentes partes dejarían de ser miembros interdependientes de un conjunto vivo para transformarse en piezas separadas cuyo conocimiento daría lugar a una yuxtaposición de saberes más o menos aislados, y por ello empobrecidos respecto de su virtualidad para aprehender la realidad en su totalidad.

El Hilo de Ariadna del Curso General del profesor Truyol y Serra fue partir del proceso de transformación, por no decir de crisis e incluso de mutación del Derecho internacional. Proceso de transformación que unos años antes, en sus Cursos de 1959 y 1965 en la Academia de La Haya *(Genèse et structure de la société internationale* y *L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles)*, que sirvieron de base para su libro La sociedad internacional (editado en 1974 y objeto de numerosas ediciones ampliadas), y que con su *Teoría de las relaciones internacionales como sociología,* publicada en 1957, fue el punto de partida de los estudios científicos de las relaciones internacionales en la Universidad española y el origen de una brillante escuela.

En las reflexiones doctrinales suelen contraponerse una sociedad internacional "antigua" y "parcial" a una sociedad internacional "nueva" y "universal" y, por otra parte, un Derecho Internacional "occidental", propio de aquélla e inadaptado a las necesidades presentes, a un Derecho Internacional "nuevo" y "planetario", propio de la actual sociedad internacional, único capaz de responder a las concepciones y necesidades de hoy.

De este modo, dos concepciones del orden internacional concurren en la configuración del Derecho internacional contemporáneo: de un lado, el modelo tradicional que todavía pervive a pesar de los cambios que en él han tenido lugar; de otro, un nuevo paradigma en el que, frente a la pretendida neutralidad del Derecho internacional tradicional (en apariencia desligado de inspiraciones ideológicas), se propugna un Derecho internacional axiológicamente comprometido en la construcción de un orden

orientado por los valores de la solidaridad y la universalidad, y progresivamente influido en su modo de ser por el proceso de institucionalización que la comunidad internacional viene experimentando desde comienzos del siglo XIX.

Ahora bien, no todo es cambio pues también hay permanencias, continuidades, debidas no solo a las *pesanteurs* sociológicas o de las mentalidades sino también a la naturaleza de las cosas. Por lo pronto, ese Derecho Internacional nuevo no nace *ex nihilo*, sino del Derecho Internacional clásico; a veces, el Derecho Internacional "nuevo" toma principios del "antiguo", aunque los formule en forma diferente o los aplique de modo distinto, y es el contexto político, económico, social y cultural el que le da nueva fisonomía.

En el pensamiento del profesor Truyol, por consiguiente, el Derecho internacional ha de ser comprendido en función de dos grandes ejes de construcción: por una parte, su pasado del que no podemos hacer abstracción; por otra parte, las exigencias de un presente que tiene por tarea satisfacer.

La preocupación por el legado recibido del pasado se manifestó claramento en su espléndida monografía *Histoire du droit international public,* editada en París en 1995 y de la que una de sus más directas discípulas, la profesora Paloma García Picazo, hizo una bella traducción al castellano publicada en Madrid en 1998.

La perspectiva histórica no fue en el profesor Truyol fruto de un afán de erudición ni únicamente inclinación personal (*"que nous epprouvons en effet et que nous n' avons aucune raison de nier"*, escribió Don Antonio con elegante ironía), sino que se debía a las exigencias de la comprensión global de un Derecho que, después de todo, no es de ayer.

Como reclamó Ortega en su prólogo a la obra de Huizinga *El Otoño de la Edad Media*, "sólo la historia puede salvar al hombre de hoy". La consciencia histórica, en efecto, es indispensable pues en cada momento nos levantamos sobre el sedimento de formas culturales y de vida que otros hombres han ido ensayando.

De ahí que el profesor Truyol y Serra se esforzara en desvelar lo que en la evolución en curso hay de constante y de nuevo, esto es, en establecer un balance que no desdeña tomar en consideración factores extrajurídicos que han contribuido y contribuyen a la configuración de los principios y reglas del Derecho Internacional Público tal como éste se presenta en la actualidad, con sus convergencias y sus antinomias, su estática y su dinámica.

De hecho, concluía Don Antonio Truyol, el Derecho Internacional actual se encuentra en plena evolución bajo el signo de tendencias diferentes, a menudo contradictorias, que se superponen y entrecruzan. La rapidez de esta evolución explica la dificultad de reducir a un sistema el actual Derecho Internacional, hasta el punto de que cabe preguntarse si todavía es posible una teoría general del mismo.

En mi opinión, el mayor mérito del Curso General del profesor Truyol es haber intentado, y logrado, formular una Teoría General, razón por la que no dudo en llamarle maestro de internacionalistas.

En la sesión necrológica que en homenaje a Don Antonio tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid el 27 de noviembre de 2003, el profesor Roberto Mesa Garrido, uno de sus más queridos discípulos, tuvo el acierto de escribir palabras inolvidables en las que con amor y lucidez admirables puso de manifiesto que, como los clásicos españoles del Derecho de Gentes, Don Antonio Truyol se implicó en las controversias éticas, jurídicas y políticas de nuestro tiempo, por lo que se convirtió, con discreción y humildad, en un clásico, en un referente y un maestro de internacionalistas.

Antonio Truyol y Serra pasó pro la vida haciendo el bien. Con justicia, podemos decir de él que fue, es, y será siempre para nosotros todos un jalón de luz amistosa y agradable por lo que quienes tuvimos el privilegio de conocerle, tratarle y ser sus discípulos y amigos debemos dar gracias a Dios.

Juan Antonio Carrillo Salcedo



Solemne Acto de Inauguración del XXIII Congreso del IHLADI
(Quito, 2004)



Asistentes al XXIII Congreso del IHLADI en el monumento de la Línea Equinocial (Mitad del Mundo)
(Quito, 2004)