

ANUARIO

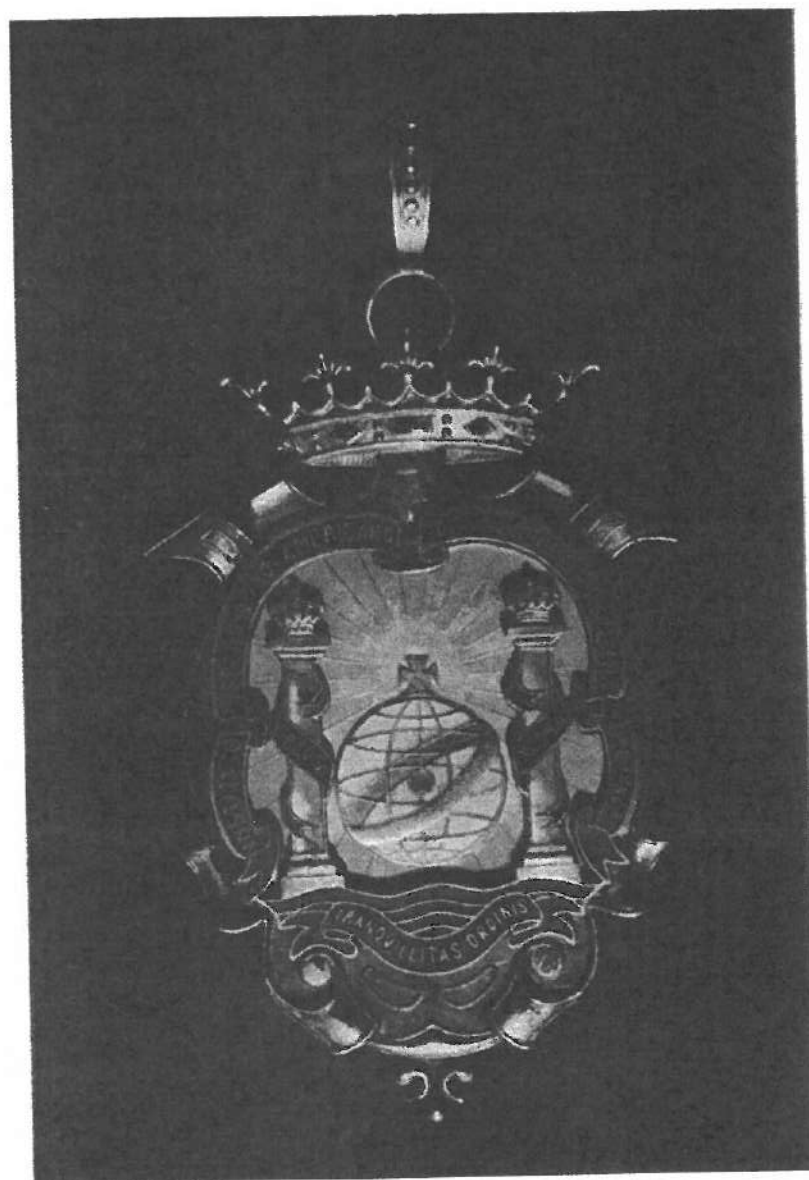
5

ANUARIO

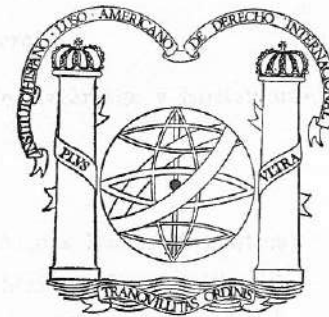
Depósito legal: M. 33.214-1979.

I. S. B. N.: 84-600-1522-X.

SERVICIO DE PUBLICACIONES DEL CUARTEL GENERAL DE LA ARMADA



ANUARIO
HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



5

1979

ANUARIO
HISPANO-LOSO-AMERICANO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



CONSEJO EDITORIAL

(1977 - 1979)

Presidente:

Luis Legaz Lacambra (España).

Vicepresidente:

César Sepúlveda Gutiérrez (México).

Secretario general:

José Luis de Azcárraga y Bustamante (España).

Consejeros:

Calixto Armas Barea (Argentina).

Vicente Marotta Rangel (Brasil).

Diego Uribe Vargas (Colombia).

Luis Sela Sampil (España).

Manuel Díez de Velasco Vallejo (España).

Antonio M. Molina (Filipinas).

Roberto Perdomo Paredes (Honduras).

Jorge Castañeda (México).

Renato Ozores (Panamá).

Antonio de Arruda Ferrer Correia (Portugal).

Héctor Gros Espiell (Uruguay).

Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela).

CONSEJO EDITORIAL

(1977-1978)

Presidentes:

Luis Legaz Lacort (España)

Vicepresidentes:

César Sepúlveda Gutiérrez (México)

Secretario general:

José Luis de Azcárraga y Bustamante (España)

Consejeros:

Claudio Armas Bares (Argentina)

Vicente Martorell Rangel (Brasil)

Diego Uribe Vargas (Colombia)

Luis Solá Sanguin (España)

Manuel Díez de Velasco Vallejo (España)

Antonio M. Molina (Filipinas)

Roberto Perdomo Paredes (Honduras)

Jorge Castañeda (México)

Renato Ojeda (Panamá)

Antonio de Almeida Feres Corrêa (Portugal)

Héctor Gros Espiell (Uruguay)

Ernesto Schacht Ansteguy (Venezuela)

SUMARIO

Págs.

PRESENTACIÓN ... 13

"IN MEMORIAM" ... 15

Camilo Barcia Trelles (1888-1977) ... 17

José de Yanguas Messía (1890-1974) ... 21

I. ARTICULOS 23

El trialismo y algunas cuestiones actuales del Derecho de la Comunidad Internacional, por Juan Carlos Puig ... 25

Francisco de Vitoria, su siglo y su aporte a la idea de la Organización Mundial, por Alberto J. Lleonart y Amselem ... 51

Conceito e natureza jurídica da cooperação internacional, por Gilda Maciel Corrêa Meyer de Russomano ... 59

La evolución del concepto de los Derechos humanos: Criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo, por Héctor Gros Espiell. 73

El Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por Luis Demetrio Tinoco Castro ... 103

La competencia legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Efectos jurídicos de las Resoluciones, por Ernesto J. Rey Caro ... 111

	<u>Págs.</u>
<i>Exención de impuestos de las misiones y agentes diplomáticos, por G. E. do Nascimento e Silva ...</i>	145
<i>En torno al concepto de diplomacia, por Eduardo Vilarinho Pintos ...</i>	159
<i>Reestructuración del Sistema Interamericano, por Antonio Linares Fleytas ...</i>	181
<i>Perspectivas actuales de los llamados Derechos Regionales, por Alegría Borrás ...</i>	205
<i>El rol de la costumbre en la formulación del nuevo Derecho del Mar, por Hugo Llanos Mancilla ...</i>	225
<i>La codificación del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano, antes y después de Panamá, por Manuel Adolfo Vieira ...</i>	261
<i>Excepciones que tienen carácter internacional. Especial referencia al Derecho Venezolano, por Juan María Rouvier ...</i>	281
<i>Derechos Humanos y Naciones Unidas: Nuevas estructuras orgánicas, por Alberto J. Lleonart y Amselem ...</i>	295
II. NOTICIAS DE LIBROS ...	311
Geraldo E. do Nascimento e Silva: <i>Diplomacia y Protocolo</i> , por Ernesto J. Rey Caro ...	313
L. Luchini y M. Voelckel: <i>Les Etats et la mer</i> , por Antonio Martínez Puñal ...	317

	<u>Págs.</u>
III. NOTICIARIO DEL IHLADI ...	321
Palabras del licenciado César Sepúlveda (México) en la ceremonia inaugural del XI Congreso ...	324
Palabras del doctor Héctor Gros Espiell, en el "Aula Unamuno" de Salamanca ...	327
Palabras del doctor Antonio Gómez Robledo en el Coro del Convento de San Esteban de Salamanca ...	329
Acuerdos del X Congreso (Guanajuato - México, 1974) ...	333
Acuerdos del XI Congreso (Madrid-Salamanca, 1977) ...	353

PRESENTACION

En los proemios de los anteriores volúmenes de este ANUARIO se trataba de justificar la no periodicidad de su aparición, basada sin duda alguna en las dificultades económicas y, también, aunque no se explicitase, en la poca asistencia de colaboraciones escritas. En el presente volumen 5, que aparece entre el lapso que media entre el XI Congreso de Madrid (octubre de 1977) y el XII Congreso de Caracas (convocado, inicialmente, para octubre de 1979, pero suspendido y aplazado para 1980, por dificultades de índole fiscal), se han podido superar las dificultades primeramente citadas, pero no así la de las colaboraciones escritas, que, aun siendo valiosas en su contenido, no lo fueron en número ni tampoco pudieron completar aquella trilogía —doctrinal, de referencia bibliográfica y de vida corporativa— que desde el volumen primero constituía el tradicional desarrollo de su SUMARIO.

También, como en la anterior ocasión, en el plazo de tiempo transcurrido, la muerte, que por desgracia no descansa, nos ha arrebatado de nuestras filas a varios colegas, y entre ellos debemos citar a los Miembros Luis Antonio da Gama e Silva, de Brasil, y José María Velasco Ibarra, ecuatoriano; a los Asociados Enrique C. Armand-Ugon, de Uruguay; y Héctor Parra Marqués, venezolano, y a los Miembros españoles Profesores Yanguas Messía y Barcia Trelles, que eran, respectivamente, Director y Presidente de Honor de nuestro Instituto, y a los que, como es honrosa obligación, dedicamos las oportunas páginas necrológicas y, en definitiva, la mejor expresión de nuestro recuerdo imperecedero.

Madrid, noviembre de 1979.

JOSÉ LUIS DE AZCÁRRAGA,
Secretario general

CAMILO BARCIA TRELLES (1888-1977)

El domingo 4 de diciembre de 1977, a consecuencia de un desgraciado accidente, falleció en Santiago de Compostela don Camilo Barcia Trelles, Catedrático jubilado de aquella Universidad, eminente iusinternacionalista, conocido universalmente, y muy vinculado a Asturias, no sólo por su nacimiento y por su formación en la época todavía gloriosa de la Universidad de Oviedo, sino porque con gran frecuencia volvió a ella para explicar en sus aulas magistrales conferencias, o intervenir en actos académicos o reuniones de profesores. Igualmente ocupó en alguna ocasión las tribunas de los Ateneos de Oviedo y Gijón o la del Instituto de Estudios Asturianos.

Hijo de un ilustre abogado de Ribadeo, nació en 1888 en la villa asturiana de Vegadeo, y en estas dos poblaciones, en las riberas limítrofes del río Eo, pasa sus primeros años. Después de sus estudios de segunda enseñanza en el Instituto de Lugo, llega a la Universidad de Oviedo, matriculándose en la Facultad de Derecho, en la que figuraban catedráticos tan prestigiosos como Posada, Aniceto Sela, Alvarez Buylla, Altamira, Melquíades Alvarez, Canella, etc. En 1909 obtiene el Premio Extraordinario de la Licenciatura, doctorándose seguidamente en la Universidad Central.

Pensionado en 1912 por la benemérita Junta de Ampliación de Estudios para seguir en Bruselas los cursos del Profesor Nys, le es prorrogada la beca para continuar en la Universidad de Berlín su especialización en Derecho Internacional con juristas tan eminentes como Triepel, Von Liszt, Kauffman... Allí le sorprende la primera guerra mundial, y con otros estudiantes españoles logra salir de Alemania, a costa de mil peripecias, a través de la frontera holandesa.

Hace sus primeras oposiciones con Yanguas Messía en 1918, y en 1920 logra la Cátedra de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia, de donde pasa a la de Valladolid, y más tarde a la de Santiago. La amistad que en aquellas oposiciones se crea entre estas dos grandes figuras, y que más tarde se extiende a Trias de Bes, ha sido perdurable.

Barcia se ha distinguido especialmente por sus trabajos sobre los teólogos y juristas españoles del siglo xvi, quizá por la influencia de Nys, que, como en España don Eduardo Hinojosa, los consideraba como precursores de Hugo Grocio, el genio de Holanda, a quien se tenía como padre y fundador del Derecho Internacional. Barcia demuestra la existencia de una verdadera Escuela española de Derecho Internacional en el siglo xvi, en la que sobresale Francisco de Vitoria, que ante los problemas que plantea a partir de 1492 el descubrimiento y conquista de América, aportó los materiales y doctrinas que más tarde ordena y sistematiza Grocio.

Barcia desarrolla esta tesis en los cursos que explica en la Academia de Derecho Internacional de La Haya a partir de 1927 sobre "Francisco de Vitoria y la Escuela Moderna del Derecho Internacional" y, en años sucesivos, sobre Francisco Suárez y Vázquez de Menchaca, y logra que su idea sea aceptada y proclamada por juristas tan eminentes como el norteamericano Brown Scott en su famoso libro *Los orígenes españoles del Derecho Internacional moderno*, e incluso por los mismos holandeses, como Van Vollenhoven.

El ambiente que estas ideas originan conduce en 1927 a la creación en Madrid de la "Asociación Francisco de Vitoria", cuyo objeto principal es afirmar la existencia de una Escuela española de Derecho Internacional y fomentar los estudios histórico-jurídicos.

Otra de las grandes vocaciones de Barcia fue la de la Política internacional, y singularmente el americanismo, a cuyo estudio dedica gran parte de su tiempo. En sus primeras obras examina "La Política exterior americana de la postguerra" (1924) y poco después otro tema que, a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación del libro en que se ocupa de él, continúa siendo de palpitante actualidad: "El imperialismo del petróleo y la paz mundial" (1925).

Ante el interés de su labor, la Fundación Carnegie le llama a Washington en diciembre de 1928, en donde permanece la mayor parte del año siguiente para trabajar sobre estos temas. A su vuelta a España publica el más extenso de sus libros, bajo el título de *Doctrina de Monroe y Cooperación Internacional*, tema que también fue objeto de un nuevo ciclo de conferencias en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

La fama de Barcia Trelles es tan grande que en la Sesión del "Instituto de Derecho Internacional" celebrada en Nueva York en 1929, la más importante asociación científica en el campo del Derecho Internacional, le elige como asociado, elevándole a la categoría superior de Miembro en Lausana, en 1947, la primera

reunión que tiene el Instituto después del paréntesis abierto en sus trabajos por la segunda guerra mundial.

La idea acerca de la existencia de una Comunidad hispano-lusa-americana y filipina, basada en los principios de la Escuela española del siglo xvi, le lleva, con el apoyo de Yanguas Messia y del ilustre iusinternacionalista colombiano Jesús María de Yepes, a la creación en Madrid, en 1951, del "Instituto Hispano-luso-americano de Derecho Internacional", cuya finalidad consiste en estrechar los lazos de tal Comunidad para poder llegar a su constitución orgánica.

Pero si esta labor científica de investigación, publicación y divulgación de los problemas internacionales ha sido de extraordinaria importancia, pienso que aún la supera su labor de formación de internacionalistas. La mayor parte de los actuales profesores españoles se han formado bajo su dirección, y a través del paso de las generaciones a los que gráficamente se designa como sus "hijos" —Adolfo Miaja de la Muela, García Arias, Azcárraga Bustamante, Alejandro Herrero, Arias Parga...— o como "nietos", por haber sido formados por aquéllos —Díez de Velasco, Pecourt, Pastor Ridruejo, Ruiloba...— Y aún podríamos citar "biznietos".

La ausencia del Maestro nos acongoja a todos los que hemos tenido la suerte de tratarle, y para cubrir el vacío que nos deja, será preciso que todos sus discípulos le hagamos constantemente, conforme al consejo del poeta, "un duelo de labores y esperanzas", y que, siguiendo su ejemplo, sigamos trabajando, como él, por la Paz y la Justicia.

LUIS SELA.

JOSE DE YANGUAS MESSIA (1890-1974)

El 30 de junio de 1974 fallecía en Madrid nuestro Miembro de Honor y Director del IHLADI, excelentísimo señor profesor doctor don José de Yanguas Messia. Sobrecogido por esta infausta pérdida y profundamente apenado por ella no puedo ofrecer, aquí y ahora, apresuradamente al extinto, los merecidos elogios hacia su figura y su colosal obra; tan sólo quiero, con mi silente oración, dejar constancia en estas páginas de lo mucho y bien que trabajó en pro de la citada institución, de cuyo I Congreso fundacional, celebrado en Madrid, del 2 al 12 de octubre de 1951, fue su presidente, y siendo después su director, participó en todos sus ulteriores Congresos reunidos en Sao Paulo (1953), Quito (1957), Bogotá (1962), Santiago de Compostela (1966), Caracas-Mérida (1967), Buenos Aires (1969), Lima (1970) y Lisboa (1972), habiendo prometido su en cierto modo inexcusable y obligada asistencia al X Congreso de Méjico-Guanajuato, que, por desgracia, no pudo lucrarse ya de los beneficios de su sabia dirección. Asimismo por designios de Dios, tampoco participó en la preparación y desarrollo del XI Congreso que en 1977 se celebró como estaba ya previsto, para conmemorar, adecuadamente los veinticinco años de existencia del IHLADI, "Bodas de Plata" del Instituto que don José Yanguas había creado, en unión de otros muchos ilustres jurisinternacionalistas de nuestra común estirpe, como el doctor Yepes (colombiano) y el profesor García Arias (español), ambos desafortunadamente fallecidos.

El IHLADI, cuyo lema es la síntesis agustiniana de *tranquillitas ordinis*, indica la concepción filosófica de la paz, de ese sosiego ordenado que tanto necesita el mundo actual y que sólo a los pueblos de profundos sentimientos cristianos es dado disfrutar. Por ello nuestro Instituto se fundó bajo los auspicios inspiradores de los principios preconizados por la escuela clásica española de Derecho Internacional, y como tendría ocasión de manifestar el propio doctor Yanguas en el Congreso de Bogotá. "tales doctrinas no sólo son útiles para nuestra comunidad sino para el mundo entero", aunque acomodadas a las necesidades de cada momento "y a las interpretaciones de dichos principios" realizadas por el fecundo intercambio de ideas entre los juristas

de habla española y portuguesa, que son los idiomas oficiales de nuestro Instituto. En ese ambiente de creación de la paz ordenada, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional venía laborando bajo la mano directora del doctor Yanguas Messía, y, ahora más que nunca y por su memoria, tiene ante sí la misión excelsa de fomentar el estudio de los problemas internacionales desde un prisma jurídico y cristiano y de propender el triunfo de nuestras concepciones antimaterialistas que tanto daño causa en las nociones del Derecho, de Justicia, de la Sociedad y del Estado.

Sin embargo, una tarea tan magna y compleja va a sentir la ausencia de don José como la percibirán, también dolorosamente, tantas otras instituciones científicas y académicas, y entre ellas las que a gran distancia jerárquicamente me vinculaban a él, como la Asociación Vitoria-Suárez, el Instituto Francisco de Vitoria, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas —que, por cierto, editó un volumen homenaje a la labor profesoral tan fecunda del que ahora lloramos su muerte— y la “rama” o Asociación Española de la “International Law Association”.

Pero nadie podrá tildarme de equivocado si afirmo que entre tantas actividades, don José de Yanguas dedicó especial atención a nuestro entrañable IHLADI, del que le enorgullece su paternidad y, dada su elevada categoría de maestro, siempre supo poner la nota acertada de su intervención profesoral y su voz ponderada en los debates de los Congresos y en el estudio de las diversas ponencias que a ellos se sometían.

El mundo, pequeño pero grande, de los internacionalistas de la comunidad hispano-luso-americana y filipina siente, en lo más profundo de su corazón, el hueco insustituible que dejó el excelentísimo señor profesor doctor don José de Yanguas Messía, pidiéndole a Dios le dé el descanso eterno, esa *tranquillitas ordinis*, ese sosiego ordenado bajo su bendición.

JOSÉ LUIS DE AZCÁRRAGA

I. Artículos

EL TRIALISMO Y ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Por Juan Carlos PUIG

Asociado del IHLADI.

1. Introducción.

El tridimensionalismo como concepción y el trialismo como actitud teórica, constituyen herramientas científicas y metodológicas de profundo contenido heurístico para comprender el fenómeno jurídico en la comunidad internacional en toda su extensión y todas sus repercusiones (1). No negamos que las orientaciones positivistas, en sus diversas vertientes, hayan podido ser "operativas" en otras épocas. El positivismo es una doctrina apta para situaciones históricas consolidadas y tendencialmente estatísticas, como fue, por ejemplo, el siglo XIX; no en vano el esplendor del pensamiento positivista data de esa época. Se comprende, porque la distorsión que se produce entonces entre la realidad social y la norma que la refleja es mínima y porque además las tensiones emergentes de un orden injusto no alcanzan mayor virulencia porque los beneficiarios de repartos injustos, por diversas razones, "están resignados a su suerte": El deber ser aplicado negativo, que surge de las valoraciones injustas, normalmente es o se considera impersonal, que para el caso es lo mismo.

Por otra parte, tampoco se descarta que las doctrinas jusnaturalistas, especialmente en sus formulaciones abstractas, sean también "operativas" en mundos de profunda religiosidad, en que la autoridad religiosa apuntala las decisiones cruciales.

Pero, para bien o para mal, vivimos un mundo en que por una parte asistimos a profundos y vertiginosos cambios, y por otra aspiramos ardientemente a la realización de la justicia y queremos hacer todo lo posible por lograrla, aun cuando lo religioso

(1) Sobre el particular, v. nuestro *Derecho de la comunidad internacional* (Buenos Aires, Depalma, 1975), t. I, Parte general. En cuanto al planteamiento global, desde el ángulo visual de la Teoría General del Derecho, v. de Werner GOLDSCHMIDT: *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (Buenos Aires, Depalma, 1973), 5a. edición, y nuestra reseña *Comentarios acerca de la teoría trialista del mundo jurídico de Werner Goldschmidt*, en "La Ley" (Buenos Aires, 1968, II), t. 130, págs. 1.191 y siguientes.

(por lo menos en el orbe occidental) tenga cada vez menos connotaciones temporales.

En esas condiciones, el fetichismo normativo no sirve de gran cosa si el propósito es aprehender la totalidad de los criterios que un grupo humano acepta para reglar su conducta, surjan o no de la voluntad gubernativa; la posibilidad concreta que una norma tiene de ser cumplida en la realidad, y la necesidad de ofrecer soluciones operativas —aunque no sean normativas— a conflictos estructurales.

Estas consideraciones, que se aplican al Derecho en general, son mucho más válidas si se enfoca el Derecho de la comunidad internacional; comunidad en la cual las tensiones y expectativas a las que acabamos de referirnos se expresan con fuerza planetaria.

Sólo la integración de la realidad social y de la realidad psicológica a la realidad normativa permite aprehender operativamente fenómenos jurídicos internacionales de significación crucial; pero, a la vez, la visión trialista ofrece una doctrina y una teoría jurídica apta para fundamentar la posición que están asumiendo con respecto al "orden" internacional los países en vías de desarrollo. Nos ocuparemos a continuación de estos temas, concretándonos —dados los límites fijados a este artículo— a lo fundamental (2).

2. Integración de la realidad social internacional.

Tres problemas básicos del Derecho internacional actual hallan explicación satisfactoria con el trialismo: a) la conducta de entes internacionales que no alcanzan descripción normativa, pero que no obstante poseen un enorme poder y lo ejercen planetariamente; b) el surgimiento de Derecho espontáneo, especialmente el repentino, cuando significa una creación revolucionaria, y c) la inexactitud normativa, tanto inicial como sobrevenida.

a) *Entes que no son personas del Derecho de la comunidad internacional.*

En ninguna de las doctrinas que se hallan en boga para explicar los fundamentos del Derecho internacional y su contenido (jurnaturalistas, repartistas, normativistas y aun las bidimensionales) halla cabida el análisis de las conductas de reparto

(2) V. de todos modos algunas reflexiones sobre el tema en nuestro artículo *Integración y autonomía. A propósito de la reunión del Foro Latinoamericano en Caracas*, en "Revista Argentina de Relaciones Internacionales" (1975), t. I, núm. 3, págs. 5 y sig.

protagonizadas por otros entes que no sean las "personas" o "sujetos" clásicos del Derecho internacional. No se evaden del cuadro conceptual que considera al Estado como la persona por excelencia del Derecho internacional (y aun de la política internacional) y permite el examen de otras personas "menores" en la medida en que pueden también adquirir derechos y contraer obligaciones según el Derecho internacional: Iglesia Católica, organismos internacionales, rebeldes reconocidos como beligerantes, Soberana Orden Militar de Malta, el individuo (3). En el fondo, el criterio que permite la incorporación al ámbito de vigencia personal del Derecho internacional es el criterio normativo de la capacidad, y por eso es posible la incorporación en la medida en que tal capacidad aparezca reconocida por nuevas normas internacionales, cuya adopción significa en el fondo una decisión política crucial: desde los albores del desarrollo jurídico de la humanidad, el otorgamiento de la personalidad jurídica es la culminación de un conflicto sobrevenido dentro de

(3) No cambia el sentido profundo de esta afirmación el hecho de que algunos tratadistas afirmen que "sólo" el individuo es persona del Derecho internacional. En las corrientes normativistas se considera, en efecto, que sólo los individuos pueden ser los verdaderos sujetos del Derecho, ya que, en última instancia, las normas siempre reglan conductas de personas de carne y hueso, ora en cuanto actúan en nombre del Estado (o de otras "personas" del Derecho internacional): ora en cuanto individuos particulares. Pero eso no significa que en las exposiciones de Derecho internacional se introduzca lo pertinente a las personas que actúan en nombre de aquellos entes internacionales que no son "sujetos" o a los individuos del común que no sean destinatarios de normas internacionales. Lo que ocurre simplemente es que los normativistas distinguen entre sujetos *directos* (los nominalmente alcanzados por las normas internacionales) y los *indirectos* (o sea, los individuos que en última instancia son los destinatarios de los derechos y obligaciones contemplados en la norma).

En las concepciones solidaristas, en cambio, se avanza mucho más en el sentido de la tesis que se sostiene en estas páginas. En primer lugar, Scelle reconoce expresamente que "la sociedad internacional no resulta de la coexistencia y de la yuxtaposición de los Estados, sino por el contrario de la interpenetración de los pueblos por el comercio internacional (en sentido amplio). Sería muy curioso que el fenómeno de la sociabilidad que está en la base de la sociedad estatal se parara en las fronteras del Estado. Hay que reconocer que ésta es una comprobación fundamental y, por eso, Scelle debe incluirse entre los precursores de una nueva concepción de la comunidad internacional y de sus características sociopolíticas (lamentablemente desconocida generalmente por quienes se ocupan de las "relaciones internacionales" sin formación jurídica). Si se recuerda además su posición en favor del Derecho objetivo, cabe suponer que se ocuparía de los demás protagonistas del "comercio internacional", por lo menos en cuanto los trasunta el Derecho "objetivo"; sin embargo, en su *Précis* no se refiere a ellos y se ocupa exclusivamente de las "personas" en el sentido clásico.

un régimen excluyente. Como está ocurriendo, por ejemplo, en el momento actual con los Movimientos de Liberación.

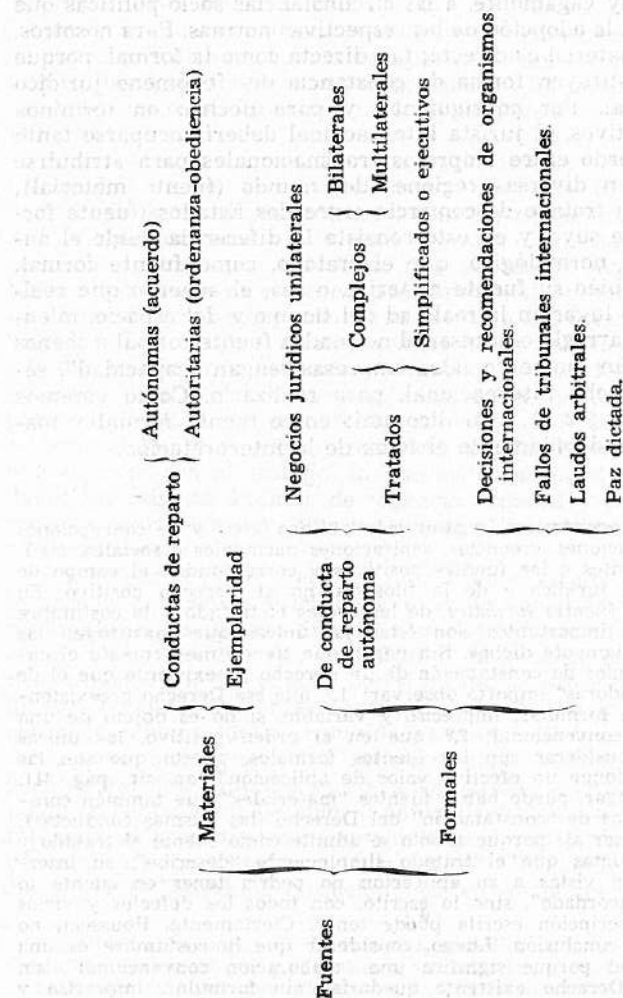
Sin embargo, aunque el criterio es dinámico y, por tanto, el catálogo permanece abierto, ello no soluciona la cuestión de fondo: a pesar de que no alcanzan todavía descripción normativa en el Derecho internacional, numerosos entes, actuando fuera de las fronteras de un particular Estado, provocan formidables repartos de potencia e impotencia a nivel internacional. Se trata fundamentalmente de los llamados organismos no gubernamentales internacionales, que pueden actuar con o sin propósitos de lucro. Siguiendo las siglas en lengua inglesa: los INGOS y los BINGOS (estas últimas *empresas transnacionales*, en la terminología más corriente en español). Aunque también, por supuesto, grupos de presión y factores de poder "internos" pueden provocar repartos "internacionales".

De esta suerte, el jurista internacional, si sigue aferrado a la concepción clásica, en sus diversas orientaciones doctrinales, da cuenta en sus exposiciones y tratados de una parte sustancial, pero de ninguna manera totalitaria y aparentemente en retroceso desde el punto de vista de su importancia relativa, del mundo jurídico internacional, debido a que no incluye en el sistema de fuentes del Derecho internacional las materiales. O sea, las mismas conductas de reparto protagonizadas por cualquier ente, sea o no sujeto del Derecho internacional. Se produce así una dicotomía entre "sujetos" y "actores" internacionales, cabalmente analizada por Hans-Joachim Leu en un reciente estudio (4), que entendemos es muy peligrosa para la comprensión del fenómeno global.

La integración que, desde este punto de vista, plantea la visión trialista consiste justamente en ampliar el catálogo de fuentes reales, como ya lo hemos señalado en nuestro *Derecho de la comunidad internacional* de la siguiente forma (5):

(4) LEU, Hans Joachim: *Sujetos de Derecho internacional y actores de la estructura internacional*, en "Politeia" (1976), núm. 5, páginas 273 a 289.

(5) V. nuestro *Derecho de la comunidad internacional...*, cit., páginas 379 y sig. La carencia de un concepto concreto y operativo del término "fuente" conduce a contradicciones y ambigüedades notorias en la doctrina corriente: contradicciones y ambigüedades que ciertamente fueron relevadas con agudeza por el mismo Kelsen. El párrafo siguiente, tomado de Rousseau, lo demuestra claramente: "Conviene reservar la expresión 'fuentes' del Derecho internacional únicamente a las fuentes formales. Las *fuentes materiales*, variables según los autores (opinión pública, conciencia colectiva, noción de justicia, convicción jurídica, solidaridad, sentido de la interdependencia social, etc.), presentan en efecto la común característica de ser extrajurídicas, hallándose determinadas por un complejo conjunto de hechos materiales



De paso sea dicho, la concepción de fuente material que aquí se sigue no es la que prevalece en la doctrina clásica que la concibe como una fuente "indirecta", aludiendo con ella, por lo general muy vagamente, a las circunstancias socio-políticas que influyen en la adopción de las respectivas normas. Para nosotros, la fuente material es directa; tan directa como la formal, porque ambas constituyen forma de constancia del fenómeno jurídico internacional. Por consiguiente, y para decirlo en términos ejemplificativos, el jurista internacional debería ocuparse tanto de un acuerdo entre empresas transnacionales para atribuirse mercados en diversas regiones del mundo (fuente material), como de un tratado de comercio entre dos Estados (fuente formal). Va de suyo, y en esto consiste la diferencia desde el ángulo visual normológico, que el tratado, como fuente formal, tendrá también su fuente material, o sea, el acuerdo que realmente tuvo lugar en la realidad del tiempo y del espacio, mientras que el arreglo empresarial no tendrá fuente formal a menos que en algún momento tales empresas tengan "capacidad", según el Derecho internacional, para realizarlo. Como veremos luego (*infra*, § 2 b), esta dicotomía entre fuente formal y material aclara debidamente el tema de la interpretación.

(necesidades económicas, organización política, etc.) y de concepciones ideales (tradiciones, creencias, aspiraciones nacionales o sociales, etc.). Son subyacentes a las fuentes positivas y corresponden al campo de la sociología jurídica o de la filosofía, no al Derecho positivo. En cuanto a las fuentes formales, de las cuales el tratado y la costumbre son las más importantes, son éstas las únicas que constituyen las fuentes propiamente dichas. Sin negar que tienen mayormente el carácter de modos de constatación de un derecho preexistente que el de fuentes "creadoras" importa observar: 1.º, que ese Derecho preexistente queda sin formular, impreciso y variable, si no es objeto de una elaboración convencional; 2.º, que en el orden positivo, las únicas fuentes a considerar son las fuentes formales, puesto que son las únicas que tienen un efectivo valor de aplicación" (*op. cit.*, pág. 21). En primer lugar, puede haber fuentes "materiales" que también constituyan formas de "constatación" del Derecho (las mismas conductas). Y ello debe ser así porque si sólo se admite como fuente el tratado y no las conductas que el tratado simplemente "describe", su interpretación con vistas a su aplicación no podría tener en cuenta lo realmente "acordado", sino lo escrito, con todos los defectos y vicios que esta descripción escrita puede tener. Ciertamente, Rousseau no suscribe tal conclusión. Luego, considerar que la costumbre es una fuente formal porque significa una "elaboración convencional", sin la cual el Derecho existente quedaría "sin formular, impreciso y variable", parece contradictorio con la misma definición de la costumbre como fenómeno psico-social que, justamente, es impreciso y variable. ¡Es que la costumbre sólo puede ser considerada como fuente material y no formal! De aquí que la costumbre deba investigarse y no interpretarse.

b) Surgimiento del Derecho espontáneo.

El Derecho espontáneo se constituye en base al fenómeno psicosocial de la ejemplaridad, en cuya virtud determinados repartos sirven de modelo para repartos posteriores, porque el grupo humano, dentro del cual tales repartos tienen lugar, considera que se fundamentan en razones aceptables. En alguna medida, constituye el reflejo jurídico de la ley sociológica general de la imitación.

Ahora bien, la ejemplaridad puede ponerse de manifiesto intersticialmente, en forma evolutiva, y entonces da origen al llamado Derecho consuetudinario, o en forma rápida, instantánea, lo que conforma el Derecho repentino. En cuanto al Derecho consuetudinario, sabido es que no suscita mayores problemas doctrinales en el Derecho internacional, por cuanto desde que éste se formó como ciencia se aceptó a la costumbre como "fuente". Los clásicos discreparon en su momento en cuanto a la concepción de la costumbre y muchos la consideraron en el fondo un pacto "tácito", pero su carácter de fuente autónoma parece indiscutible en el momento actual (6). Al mismo tiempo, y desde el punto de vista jerárquico, se admite en general su equivalencia con el tratado, lo que significa en el fondo que, dados los mismos ámbitos de vigencia espacial y personal, la norma consuetudinaria posterior deroga a la convencional anterior y viceversa.

Sin embargo, la derogación de un tratado por una costumbre se hace en la práctica difícil de admitir, debido al desarrollo que ha tenido en los últimos años el Derecho convencional internacional. Como dice Nguyen Quoc-Dinh, "en la época contemporánea, a menos que se renueve por sí mismo, el proceso consuetudinario tradicional, por su lentitud, se ha hecho incompatible con el incremento de las necesidades nuevas de la sociedad internacional, que es necesario satisfacer rápidamente. Para arreglar los múltiples problemas de la solidaridad internacional, en pleno crecimiento, se ha abierto naturalmente la vía del recurso intensivo al procedimiento convencional y, por tanto, a la proliferación de los tratados multilaterales" (7). Comienza a producirse en el Derecho internacional el fenómeno del predominio

(6) Excepción hecha de la doctrina soviética, que parece volver a esta concepción debido a su posición autonomista dialéctica. V. sobre el particular nuestra comunicación a las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional (Caracas, 1978), *Contenido actual del Derecho internacional: sus vinculaciones con las relaciones internacionales*, a publicarse en Caracas por la Universidad Católica Andrés Bello.

(7) Quoc-DINH, Nguyen: *Droit international public*, cit., pág. 301.

del Derecho escrito que, en su momento, hizo eclosión en el Derecho interno. Dentro de una visión trialista, como vimos tal situación sería inusitada porque la equivalencia de estas fuentes es consustancial con la introducción de la realidad social como elemento del fenómeno jurídico.

Pero las limitaciones de la doctrina clásica surgen palpablemente en lo que respecta al Derecho espontáneo (consuetudinario o repentino) *contra legem*, revolucionario, o sea, de las conductas que surgen en oposición a otras existentes por medios ilegales (8). Ello ocurre, en el Derecho internacional, en dos supuestos fundamentales: a) cuando la conducta en cuestión infringe la "constitución" de un organismo internacional y significa una reforma de ésta sin seguir el procedimiento de reforma establecido en el mismo instrumento, y b) cuando dos o más Estados establecen convencional o consuetudinariamente una regulación jurídica de situaciones que habían sido regladas en forma diferente por un tratado o una costumbre cuyos ámbitos de vigencia personal y espacial eran más amplios. Ejemplos del primer caso los encontramos en el Derecho de las Naciones Unidas. Es evidente que la Resolución Unión pro Paz, 337/V de la Asamblea General de la ONU significa una modificación fun-

(8) Con razón, Josef L. Kunz dice que "los problemas de la creación "revolucionaria" e ilegal de normas de Derecho internacional no ha sido prácticamente considerada todavía por los tratadistas de ese tema", si bien como primera aproximación Kunz descarta que pueda haber creación "revolucionaria" en el Derecho internacional, puesto que una de sus normas fundamentales condiciona la vigencia ("validez") a la eficacia. Desde este punto de vista, sólo en el Derecho interno podría darse el Derecho "revolucionario" que, desde luego, no sería tal, sino transformación legal del orden interno si se lo contemplara desde la atalaya del Derecho internacional que reputaría vigente el orden jurídico efectivo del Estado. Sin embargo, el mismo Kunz hace referencia a la posibilidad de creación de Derecho convencional particular en contravención del Derecho internacional general. Justamente a estos casos nos referimos en el texto. Está claro que el cambio global del régimen internacional podría justificarse normológicamente por la norma básica de la efectividad; por ejemplo, si el mundo de la coexistencia fuera suplantado por el mundo socialista, una vez producido el colapso del capitalismo, el Derecho internacional de la transición, como decía Korovin, sería suplantado por el Derecho socialista mundial, pero este tipo de macro-transformación no interesa en el momento actual porque no se ha realizado ni se está realizando; en cambio, las minitransformaciones son moneda corriente en el Derecho internacional y resultan, como dice el mismo Kunz, "extremadamente interesantes desde el punto de vista teórico y, por tanto, muy importantes en la práctica". Justamente, el trialismo ofrece al menos una teoría coherente para explicar el fenómeno revolucionario, lo que no ocurre con las demás concepciones. *Revolutionary Creation of Norms of International Law*, en "Changing Law of Nations", cit., págs. 375 y sig.

damental de la Carta, aunque revolucionaria porque no se ajusta a los requerimientos de reforma previstos en la misma Carta (9). Ejemplo del segundo es el tratado del Danubio, acordado por sus ribereños el 18 de agosto de 1948, en contravención al tratado de París de 1856, en que eran también partes Francia, Gran Bretaña y Cerdeña.

La doctrina ha debido efectuar malabarismos inauditos para justificar tales manifestaciones, desde luego para nada convincentes (10), o comprobar simplemente la eficacia de la norma ilegal (11). Nuevamente, dentro de la concepción trialista, el Derecho revolucionario no provoca mayor preocupación porque, desde el punto de vista de la realidad social, lo que interesa es saber si estas conductas, institucionalmente ilegales, son acatadas. Se trata de conductas de reparto y, como tales, ingresan al sistema de fuentes del Derecho internacional a través de las fuentes materiales hasta que se produce su consolidación, ora convencional, ora consuetudinaria, en forma global.

c) *Inexactitud normativa inicial y sobrevenida.*

Por eso, las normas, aún vigentes, pueden ser trialísticamente "inexactas". La inexactitud es simplemente un riesgo que corre toda norma, por ser norma, ya que en su formulación lógica siempre asegura su cumplimiento en la realidad. Más aún, las normas pueden ser inexactas *ab initio* porque así lo puede permitir pronosticar el análisis del contexto socio-político

(9) V. en nuestro *Derecho de la comunidad internacional*, cit., págs. 77 y sig., reflexiones sobre este tema y otros concomitantes del régimen onusiano, en perspectiva trialista.

(10) Con respecto a la resolución *Unión pro Paz*, dice Michel Virally, veintidós años después de su adopción, que: "...su constitucionalidad sigue siendo, aún en la actualidad, un punto extremadamente dudoso y controvertido". *L'organisation mondiale* (París, Armand Colin, 1972), pág. 116.

(11) Marcel Sibert expone en su Tratado (de 1951, o sea, tres años después de la Convención de Belgrado) el nuevo régimen danubiano, lamentando que no se hubiera acordado por unanimidad de las Partes en el tratado anterior porque "es un principio incontestado del Derecho de gentes que, en ausencia de disposiciones contrarias, la modificación de un acuerdo multilateral, que forma un todo indivisible, exige el consentimiento de todos los co-contratantes" (*Traité de Droit International public*, París, Pedone, 1951, pág. 808.) Nguyen Quoc-Dinh, veintiocho años después, señala que Francia y Gran Bretaña manifestaron que "la Convención no les sería aplicable y que, con respecto a ellos debería considerarse que la antigua Convención de 1856 permanecía en vigencia. Esta posición, que es jurídicamente correcta con relación a las reglas generales sobre modificación de tratados, no ha producido sin embargo ningún efecto práctico" (*Op. cit.*, pág. 583).

dentro del cual surgen. Así, por ejemplo, si se establece un sistema de seguridad colectiva regional en el cual es parte una superpotencia, es posible pronosticar que tal sistema será inexacto (vale decir, no llegará a aplicarse) cuando esté en juego el "interés nacional" de la superpotencia en un conflicto o situación que, con arreglo a la norma, debería motivar la asistencia al agredido, debido a la disparidad de potenciales, pero, sobre todo, a la relativa impermeabilidad de los bloques en el régimen internacional actual. En efecto, ¿es que no podría preguntarse lícitamente qué es lo que dispone el Derecho internacional positivo respecto de la no intervención, a pesar de las normas vigentes y las declaraciones de la Asamblea General de la ONU? ¿La no intervención de la potencia dominante del bloque con respecto a los miembros del bloque o la no intervención "entre" los bloques? Es lo que plantea agudamente R. J. Vicent en su apasionante estudio sobre el principio y su aplicación dentro de las órbitas soviética y estadounidense: "En la medida en que se reconoce el predominio de Estados Unidos en el hemisferio americano y el de la Unión Soviética en Europa oriental, y en que ese reconocimiento es demostrado por el hecho de que cada uno de esos países evita inmiscuirse en la esfera de influencia del otro, cabe discernir un principio de no intervención entre los bloques como norma fundamental de las relaciones entre las superpotencias. Ni la afirmación de la Unión Soviética de su predominio en Hungría y Checoslovaquia, ni la de Estados Unidos de su predominio en Guatemala, Cuba y la República Dominicana, fueron cuestionadas activamente por la potencia rival. Y los Estados de Europa oriental y América Latina no tienen posibilidad que desde el exterior de sus respectivos bloques se contraintervenga en apoyo del principio de no intervención, pues las normas que rigen entre los bloques tienen prioridad sobre las normas interestatales" (12).

El examen de la inexactitud normativa, sin embargo, se efec-

(12) VINCENT, J. R.: *No intervención y orden internacional* (Buenos Aires, Marymar, 1976), traducción Luis Justo, págs. 311 y 312. Lo cual no quiere decir que los Estados miembros del bloque estén obligados a aceptar la intervención. Justamente, el examen de la realidad social internacional demuestra que la resistencia a la intervención también es legal. He aquí el aspecto del tema que Vincent no analiza, y que, por cierto, excede al propósito de este trabajo. Bástenos señalar que, desde el punto de vista normológico, este derecho a resistir a la intervención adquiriría la forma de una característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma que apuntala la intervención intra-bloque: "La Potencia dominante de un bloque puede intervenir en los asuntos internos y externos de un Estado integrante de su bloque a menos que el Estado intervenido resista victoriosamente tal intervención".

túa raras veces en los textos de Derecho internacional; a lo sumo, se alude a veces a algunas "violaciones" caracterizadas de la norma. En realidad no se trata de "violaciones"; lo que ocurre es que globalmente la norma puede ser inexacta: nunca se aplicó o dejó de aplicarse. De aquí que las exposiciones corrientes del Derecho internacional sean, a la postre, una suerte de novela rosa, que nada tiene que ver con la realidad, y de aquí también la crítica, muchas veces justificada, de los "realistas" de la política internacional (13).

(13) En el ámbito del llamado Derecho internacional americano esto es claramente perceptible. Basándose en la presunción de que existía una "solidaridad americana" (la "idea del hemisferio occidental", según la afortunada expresión de Whitaker), una pléyade de internacionalistas latinoamericanos (entre los que sobresalieron Alejandro Alvarez y Jesús M. Yepes), pretendieron construir un Derecho continental particular y aún opuesto al Derecho internacional general. Como es sabido, el autor de esta comunicación publicó hace ya bastantes años un libro sobre el tema, en el que —aunque con rigurosidad normativa— recogía la idea (*Les principes du Droit international public américain*, París, Pedone, 1954). Tanto Marcel Sibert, que lo prologó y señalaba su utilidad, en cuanto partía "de una observación de los hechos alejada de todo subjetivismo" (pág. IX), como otros internacionalistas destacaron esa sobriedad que al menos renegaba del panegirismo continental tan a la moda en la época. Antonio Truyol y Serra señaló que el libro "constituye un balance objetivo", lo que "resulta característico": "Después de lo que podríamos denominar el americanismo militante de Alvarez, Urrutia y Yepes, el autor da muestras de un americanismo juicioso, que opone a un cierto lirismo idealista y a veces impreciso, un realismo crítico y sobrio" (*L'expansion de la société internationale aux XIXème et XXème siècles*, en "Recueil des Cours", 1965, III, t. 126, pág. 124). Sin embargo, el normativismo a que adheríamos en aquella época nos impidió contemplar en toda su profundidad el problema de la inexactitud. Hemos hecho ya nuestra "mea culpa", tanto en el *Derecho de la comunidad internacional...*, cit., como, más explícitamente, en nuestro último artículo *Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional*, en "Mundo Nuevo". "Revista de Estudios Latinoamericanos" (1978), t. I, núm. 1 (julio-septiembre), y en el trabajo de conjunto sobre la evolución del movimiento panamericanismo, publicado en colaboración con Delia Colombo Imaz, *El movimiento por la unidad interamericana. Ensayo de sistematización en base al método estructural*, en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas" (1970), t. XIX, núms. 37/38, págs. 5 a 36. Con respecto a la concepción de que las violaciones de Estados Unidos de los principios del Derecho internacional americano eran simplemente hechos ilícitos aislados, es muy característica la afirmación de Yepes. El internacionalista colombiano colocaba a la "política exterior" de Estados Unidos entre las "fuerzas centrífugas o de dispersión que actúan contra la solidaridad continental americana", pero afirmaba que "esos hechos históricos no comprometen en absoluto la responsabilidad de todo el pueblo de Estados Unidos. Porque siempre ha habido una masa respetable de la opinión pública de ese país que no ha vacilado en expresar su descontento con respecto a los actos oficiales contra-

3. Integración de la justicia.

La dimensión dikelógica, integrada trialísticamente, ofrece un hilo conductor inapreciable para comprender fenómenos claves del Derecho internacional actual: el "desarrollo progresivo"; las diversas etapas del funcionamiento de la norma internacional, como son la interpretación, la determinación y la elaboración; el contenido del Derecho imperativo (*jus cogens*). Finalmente, ofrece bases coherentes para fundamentar la aplicación retroactiva de normas surgidas al calor de una nueva valoración que, por ajustarse estrechamente al principio supremo de justicia, tiñen a los respectivos repartos de injustos desde el primer momento en que tuvieron lugar.

a) Desarrollo progresivo del Derecho internacional.

Si se ha partido del supuesto de que en el mundo actual se registra una aspiración ferviente por la realización de la justicia, parece obligado que juristas, estadistas, gobernantes, líderes políticos y, en general, la opinión pública internacional, tengan un conocimiento profundo de las exigencias de la justicia, en base a los criterios supremos de justicia que el hombre ha descubierto a través de muchos siglos de duras luchas por lograr cada vez mayores ámbitos de libertad para desarrollar su personalidad.

Cabe recordar en este punto que Werner Goldschmidt ha demostrado que el conocimiento científico de la justicia es posible, tanto en su estructura formal cuanto en su contenido (14).

Se ha llegado así a tener conciencia de que el régimen internacional, enjuiciado con arreglo a aquellos criterios, es intrínsecamente injusto y de los mecanismos según los cuales, a partir de la hegemonía de las grandes potencias europeas, se fue poco a poco establecido en el mundo. La división internacional del trabajo, con su corolario obligado que es el deterioro progresivo de los términos del intercambio para los países productores de materias primas; el despilfarro de los recursos naturales por parte de los países industrializados, estimulado por

rios a la solidaridad continental. Otras veces la corrección ha provenido del mismo gobierno, que se ha empeñado en paliar los malos resultados producidos por la política oficial". "Por otra parte —continuaba Yepes—, cuando se trata de trabajar por la armonía entre los pueblos, la mención sistemática de los hechos contrarios a esta armonía puede ser más perjudicial que útil". *Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique* (París, Les Editions Internationales, 1936).

(14) Sobre todo en *La Ciencia de la justicia. Dikelogía* (Buenos Aires, Aguilar, 1958).

la economía de mercado y la necesidad de introducir continuamente nuevos productos, creando la demanda necesaria para ellos; la extracción de rentas monopólicas derivadas del proceso de acumulación tecnológica, que trajo consigo ineludiblemente la ampliación de la "brecha tecnológica" entre países desarrollados y en vías de desarrollo (15); la profundización de asimetrías consiguientes en todos los demás planos: económicos, sociales, políticos y militares, son fenómenos que se han estudiado científicamente y que ya no despiertan prevenciones

(15) Guillermo O'Donnell y Delfina Link han señalado con agudeza las tremendas repercusiones que tiene el fenómeno del "ciclo del producto" sobre aspectos fundamentales de la asimetría existente en el mundo actual. Por una parte, cada uno de los nuevos productos parece recorrer un típico ciclo de vida, expresado en diferentes ritmos de crecimiento de las ventas y de los beneficios que genera. La empresa que ha introducido un producto nuevo en el mercado alcanza las más altas tasas de rentabilidad en la etapa de introducción, caracterizado por el crecimiento exponencial de las ventas. Luego viene una etapa de "maduración" del producto, marcada por una caída en su rentabilidad y por la desaceleración del crecimiento de sus ventas: habitualmente sigue una etapa de "vejez" en que los beneficios y las ventas del producto declinan. Una vez completado su "ciclo de vida", el producto muere o es parcialmente "rejuvenecido" mediante otra innovación o reintroducido como nuevo (páginas 82 y 83). Ahora bien, una vez que el producto ha cumplido las etapas iniciales de su "vida" en países relativamente desarrollados, podría ser introducido por las empresas transnacionales en los mercados de países ya mucho más alejados de la situación imperante en el de origen; la última y más tardía reedición del ciclo tenderá a corresponder a los grupos de países de mayor atraso relativo, que son también los que se hallan en una situación de marcada asimetría tecnológica. De esta manera, aunque el producto sea "nuevo" para éstos, ya es "viejo" en términos tanto de su edad en los mercados más "desarrollados" como de la probabilidad de que haya sido reemplazado por otro en estos países (pág. 39). La conclusión es que constituye un espejismo pretender "cerrar la brecha tecnológica" mediante la transmisión de tecnología por parte de las empresas transnacionales, ya que (en la medida en que lo hacen), ésta se referirá a productos y procesos que ya han sido superados en los mercados de origen (pág. 90). *Dependencia y autonomía* (Buenos Aires, Amorrortu, 1973). Por eso, como bien lo señala Aldo Ferrer, es imprescindible promover en el subcontinente la generación de propia tecnología y evitar, en un nuevo *modus vivendi* con las corporaciones transnacionales, las "transacciones cautivas" entre matriz y subsidiaria: la desagregación de los paquetes tecnológicos y financieros a nivel de proyecto es un requisito insustituible para la determinación de la posición con las fuentes externas de suministro de bienes de capital, tecnología y financiamiento. *La dependencia científica y tecnológica en el contexto internacional y sus implicaciones para la transferencia de tecnología*. Documentado, pág. 30. Cf. la interesante obra de conjunto sobre el tema, compilada por Jorge A. Sabato, *El pensamiento latinoamericano en la problemática ciencia-tecnología-desarrollo-dependencia* (Buenos Aires, Paidós, 1975.)

ideologizadas. Los últimos documentos pontificios han insistido particularmente en los "deberes de actuar" que surgen para los Estados en el mundo actual, justamente debido a la desigual participación de los beneficios generados por el sistema y a la imposibilidad consiguiente que experimentan los países rezagados de ofrecer un clima apto para que los integrantes de sus sociedades nacionales puedan desarrollar su personalidad en un clima de participación y tolerancia.

Por eso, no debe causar sorpresa que el debate que se plantea en las conferencias internacionales no sea un debate de "Derecho positivo", sino uno de "justicia". En las conferencias Norte-Sur, en la UNCTAD, en la Conferencia sobre el Derecho del Mar, la del Desarme, las discusiones versan fundamentalmente sobre la justicia o la injusticia de la situación presente y de las soluciones propuestas. No es la "codificación" del Derecho internacional la que está en juego, sino su "desarrollo progresivo", para expresarlo en los términos de la misma Carta de las Naciones Unidas. Tal comprobación, dicho sea de paso, debería orientar los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, que pocas veces deslinda claramente, en sus proyectos, lo que pertenece al Derecho vigente de lo que se propone "lege ferenda" (16). ¿Excesivo apego a la tradición positivista? Nuevamente, desde el ángulo visual trialista ningún prejuicio debe derivar de proporciones legislativas basadas en la justicia, aun cuando sea *contra legem*, porque la justicia es también un elemento del fenómeno jurídico y debe, por tanto, conocerse y aplicarse como cualquiera de los otros elementos.

b) Interpretación.

Si las normas no son en el fondo otra cosa que la descripción de la voluntad del legislador (en sentido amplio), su interpretación debe tener por objetivo averiguar cuál fue esta voluntad (17).

(16) V., en lo que se refiere al Derecho del Mar, nuestro estudio *La Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Repercusiones de su "fracaso"*, en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas" (1963), t. 12, núms. 23-24, págs. 87 y siguientes. Con la experiencia posterior a la Conferencia de 1960, cabe señalar que era correcta la posición que en él asumimos (y anticipada sustancialmente tanto por D. H. N. JOHNSON: *The preparation of the 1958 Conference on the Law of the Sea*, en "The International and Comparative Law Quarterly" (1959), t. 8, págs. 122 a 145, como por Cecil HURST: *A Plea for the Codification of International Law on New Lines*, en "Transactions of the Grotius Society" (1946), t. 32, págs. 135 y sig.

(17) V. GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al Derecho...*

Tal posición equivale a rechazar ineludiblemente el criterio normativo (aceptado implícitamente por muchas corrientes re-partistas) de que las normas viven vida propia y, por tanto, como diría Kelsen, sólo ofrecen al juzgador un amplio marco dentro del cual seleccionará la "interpretación" (en realidad, decisión) políticamente conveniente. Esta concepción es muy peligrosa en el Derecho internacional porque su efecto es hacerle decir a los Estados (y otros sujetos del Derecho internacional) lo que en realidad no fue su voluntad. Que el juzgador considere que tal voluntad es dikelógicamente inaceptable debido al predominio de nuevos criterios de valoración es algo distinto. En este caso, el juzgador debería comprobar la carencia que así se produce y proceder a la elaboración de la norma que llena esta carencia (v. *infra*, § 3 c). Proceder en forma contraria significa, en el fondo, "disfrazar" la creación jurídica y contribuir al descrédito, tanto de la jurisdicción internacional cuanto del mismo Derecho que teóricamente ésta aplica. Es probable que una de las causas profundas de la desconfianza que inspiran los tribunales internacionales (y, por consiguiente, la poca "materia prima" justiciable de que disponen) se deba a este maléfico malabarismo.

El principio interpretativo del *plain meaning*, tan en boga en la jurisprudencia internacional, es, por consiguiente, erróneo y constituye en el fondo una racionalización de la concepción normativista. Como expresa con acierto Lauterpacht, "frecuentemente, cuando un Tribunal describe una cláusula controvertida como clara y, por tanto, se resiste a referirse a otra fuente de interpretación que no sea el significado presunto textual y gramatical, el único factor tangible es que la cláusula está muy lejos de ser clara. El mismo hecho de que, siendo la cláusula controvertida, las partes no vacilen en acudir al gasto y la molestia que supone litigar y de que la solicitud de una opinión consultiva esté precedida por una acalorada discusión respecto del fondo del asunto demuestra que la cláusula o término en cuestión no es claro" (18).

Lo interesante del caso radica en que la Convención sobre Tratados correctamente interpretada, ha solucionado claramente el punto. El recurso a la interpretación histórica está contemplado, en efecto, en la misma Convención. Por otra parte, el inc. 3 del art. 31. expresa que habrá de tenerse en cuenta

cit., págs. 197 y sig. En cuanto a los problemas que específicamente plantea la interpretación en el Derecho internacional, v. nuestro *Derecho de la comunidad internacional...*, cit., págs. 190 y sig.

(18) LAUTERPACHT, Hersch: *The Development of International Law by the International Court* (Londres, Stevens, 1958), pág. 54.

"todo acuerdo ulterior entre las Partes acerca de la interpretación del trabajo o de la aplicación de sus disposiciones" (manifestaciones normativas posteriores), y también "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del tratado" (manifestaciones extranormativas posteriores). Las manifestaciones extranormativas contemporáneas están contempladas en el artículo 32 cuando dice que "se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración".

Bien es cierto que la Convención no establece específicamente qué aproximación debe prevalecer en caso de que haya discrepancia entre la "interpretación literal" y la "interpretación histórica", pero, a nuestro entender, la prevalencia de la verdadera voluntad del autor de la norma (interpretación histórica) surge de la misma introducción del método histórico. En efecto, el mismo artículo 32 expresa que podrá recurrirse a las manifestaciones que acabamos de señalar "para confirmar el sentido" resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar cuando la interpretación literal "deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifestamente absurdo o irrazonable". No se comprendería que se efectuara una investigación —a veces bastante compleja y engorrosa— con el propósito de averiguar la intención del autor de la norma si se partiera del supuesto de que de todos modos siempre debe prevalecer la interpretación literal. Si se admite el recurso al contexto histórico sólo puede ser con el fin de afirmar su prioridad en caso de discrepancia con el literal.

c) *Elaboración de la norma en caso de carencia normativa.*

La integración de la justicia al fenómeno jurídico permite resolver el problema de las lagunas, carencias o vacíos en el Derecho internacional. Las principales doctrinas que expusimos sumariamente en el comienzo de esta comunicación, afirman el carácter hermético del Derecho internacional, basándose ora en el principio de la "soberanía" del Estado, ora, en las corrientes normativistas, en el principio jurídico fundamental básico según el cual lo que no está prohibido a los sujetos de Derecho, les está permitido. Mas la "hermeticidad" de un orden jurídico proporciona soluciones satisfactorias en épocas históricas estatistas, de ninguna manera en épocas críticas, cuando se demanda imperiosamente la adaptación del Derecho existente a las circunstancias rápidamente cambiantes de un mundo en

dinámica y dramática transición. Dentro de la dimensión normológica se puede dar siempre solución a los conflictos y situaciones que se plantean; la pregunta que en cada caso se debe hacer el jurista es si tales soluciones son "operativas", o sea, disminuyen realmente las tensiones existentes que dan origen al conflicto y garantizan que, de producirse nuevos conflictos, éstos tendrán menos virulencia que el que se resolvió en primer término.

La perspectiva trialista, al integrar el elemento dikelógico, no halla inconveniente fundamental en que el juzgador en una controversia —gobierno del Estado desdoblado jurisdiccionalmente u órgano jurisdiccional *stricto sensu*— puedan detectar la carencia, tanto histórica como dikelógica, y crear una norma especial para resolverla. Más aún: un análisis profundo de la jurisprudencia internacional demuestra que tanto los tribunales arbitrales cuanto la misma Corte Internacional de Justicia no vacilan en seguir esta vía para la solución de los conflictos que se le plantean cuando no parece "operativa" una regulación ajustada al Derecho existente, a punto tal que, con razón, uno de los más caracterizados comentaristas de la jurisprudencia de la Corte Internacional, Hersch Lauterpacht, se haya referido sin ambages a la "legislación judicial" (19).

Lo que ocurre es que la creación jurídica se suele disfrazar en los laudos y fallos mediante la aplicación de normas impropias o interpretadas hábilmente (pero también erróneamente si se acepta como principio básico de interpretación el de la lealtad del intérprete con la voluntad del autor de la norma). Por eso, George Scelle afirma valientemente que "el arbitraje fundado en la equidad es a la vez frecuente y raro. Es raro, en el sentido de que los gobernantes vacilan en confiar los intereses políticos que manejan al golpe de dados de una sentencia en equidad; es frecuente en el sentido de que los árbitros siempre han tenido una tendencia invisible a juzgar diplomáticamente, aun cuando se los invista jurisdiccionalmente, y a dar a sus sentencias la apariencia de una decisión jurídica para asegurar mejor su ejecución" (20). Como decía

(19) LAUTERPACHT, Hersch: *La théorie des différends non justiciables en Droit international*, en "Recueil des Cours" (1930, IV), t. 34, págs. 622 a 625.

(20) SCELLE, Georges: *Règles générales du Droit de la paix*, en "Recueil des Cours" (1933, I), t. 46, pág. 567. Hemos demostrado en análisis concretos de fallos de la Corte Internacional de Justicia y de laudos arbitrales cómo esta afirmación de Scelle se comprueba en la realidad. V. PUIG, Juan Carlos: *Caso Ambatielos. Caso de las Pesquerías* (Buenos Aires, Depalma, 1968); *El laudo arbitral británico en el caso del Río Encuentro*, en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas" (1966-67), ts. 15-16, núms. 29-32, págs. 30 y sig., y

Puig Brutau, "la lógica formal es incapaz de asegurar por anticipado cuál será el fallo de la sentencia a pesar de que, una vez dictada, tendrá la apariencia de algo inevitable" (21). Así pues, en muchas decisiones arbitrales y judiciales habrá sin duda una premisa mayor explícita, pero la que realmente tuvo en mientes el juzgador aparecerá "inarticulada", según la feliz expresión de Lauterpacht (22) y constituirá en el fondo "una creación jurídica cuidadosamente camuflada", como señala el otro gran comentarista de la jurisprudencia de la Corte Internacional Verzijl (23).

Justamente, el error de derecho (o sea, la aplicación errónea del Derecho existente) no justifica, según la doctrina mayoritaria y la misma jurisprudencia internacional, institucionalizada o arbitral, la nulidad del laudo (24). Y aún existen pro-

nuestros comentarios sobre los siguientes fallos y laudos arbitrales, publicados en nuestro *Derecho de la comunidad internacional*, cit.: Juicio de Nuremberg. Caso relativo al incidente aéreo del 27 de julio de 1955. Excepciones preliminares (Israel c. Bulgaria. Corte internacional de Justicia), (págs. 193 a 198); Laudo arbitral de Su Majestad Británica en la cuestión de límites suscitada entre la República Argentina y Chile por la región comprendida entre el paso de San Francisco y el paralelo 52° (págs. 200 a 203). Caso Nottebohm (2.ª fase) (Liechtenstein c. Guatemala) (págs. 282 a 285).

(21) PUIG BRUTAU, José: *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial* (Barcelona, Bosch, s/f), págs. 32 y 33. Aún para los países del common-law vale la observación: "A pesar de la obligación oficialmente proclamada —y que incumbe a los jueces ingleses de observar los precedentes, de estar a lo ya decidido (*stare decisis*)—, el Derecho que resulta de sus sentencias representa el fenómeno de la creación jurídica siempre renovada". STONE, H. G.: *The Common Law in the United States*, en "The Future of the Common Law" (Cambridge, Massachussets, 1937), pág. 127.

(22) LAUTERPACHT, Hersch: *The Development of International Law by the International Court*, cit., págs. 192 y 193.

(23) VERZIJL, J. H. W.: *The Jurisprudence of the World Court* (Leyden, Sythoff, 1966), t. 2, *The International Court of Justice*, página 115.

(24) Se lee, por ejemplo, en el comentario preparado por la Secretaría de la ONU al proyecto de Convención sobre procedimiento arbitral aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (Doc. ONU A/CN. 4/92): "La disconformidad con respecto a los términos del acuerdo de arbitraje, o el exceso de poder, deben ser evidentes y graves y no dudosos y fútiles" (pág. 111). "Y, en verdad, las pocas veces en que se ha alegado victoriosamente este vicio, se trataba de desviaciones manifiestas y que de ninguna manera podían justificarse en base a una "interpretación" del tratado a compromiso arbitral. Ni el mismo árbitro intentaba hacerlo" (págs. 110 y 111). Por otra parte, está claro que "los errores que puedan alegarse en materia de apreciación de la prueba presentada al tribunal o debido a la interpretación de una convención o de deducción de una norma consuetudinaria" no son causales de anulación. SØRENSEN, Max (compilador): *Manual de Derecho internacional público* (México, Fondo de Cultura Económi-

nunciamientos mucho más terminantes en cuanto no admiten ninguna causa de nulidad o lo hacen sólo excepcionalmente, porque, como lo hacía notar Balladore Pallieri, "el orden internacional es asaz riguroso, y admite la nulidad de la sentencia exclusivamente cuando así lo reclaman exigencias jurídicas fundamentales; se opone, asimismo, tal como lo muestran los casos prácticos en que se ha planteado la cuestión, a toda tentativa de multiplicar las causas de nulidad" (25). Y todo ello confirma indirectamente, pero en forma terminante, la competencia del juzgador para decidir con arreglo a la justicia, si es que el Derecho vigente presenta una carencia dikelógica.

Lo que preocupa es la "forma" que adoptan tales decisiones, debidas en el fondo a la visión distorsionada de la realidad jurídica que caracteriza a cualquiera de las doctrinas en boga. ¿No sería mucho mejor proclamar la verdad y confesar sin ambages que el Derecho aplicable es insatisfactorio?

Desde este punto de vista, debe valorarse adecuadamente y rescatarse del olvido la clara y valiente actitud de Alejandro Alvarez, que siendo magistrado de la Corte, no vaciló jamás en sus opiniones individuales y disidentes en levantar el velo del falso silogismo y sostener la necesidad de que la Corte reivindicara su competencia creativa y lo manifestara sin recato (26).

ca, 1973), pág. 646. Cf. CASTBERG, Frede, quien sostiene paladinamente que no constituye exceso de poder la "aplicación errónea de la categoría apropiada de normas" (*L'excès de pouvoir dans la justice internationale*, en "Recueil des Cours" (1931), t. 33, pág. 420). Ya MÉRIC-NHAC, en su clásico *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international* (Paris, Larousse, 1895), afirmaba que el caso del exceso de poder "más teórico que práctico" (pág. 313). Entre los que sostienen la tesis absolutamente negativa: THEVENAZ, Henri: *Peut-on-parler de causes de nullité des sentences arbitrales?*, en "Revue Générale de Droit International Public" (1908), t. 6, pág. 56.

(25) BALLADORE PALLIERE, Giorgio: *Diritto internazionale pubblico* (Milán, Giuffrè, 1952), 6.ª ed., pág. 228.

(26) Así, por ejemplo, en su opinión individual en el Caso de las Pesquerías: "En la actualidad sucede con mayor frecuencia que antes que, en una materia dada, no se encuentran preceptos aplicables o, de encontrarse, presentan lagunas o resultan anticuados, vale decir, no corresponden a las nuevas condiciones de la vida de los pueblos. En todos los casos, la Corte debe desarrollar el Derecho de gentes, vale decir, remediar sus insuficiencias, adaptar los principios existentes a esas nuevas condiciones, y aun si no existieran principios, crearlos de conformidad a dichas condiciones" (I. C. J., *Reports*, 1951, pág. 146). Con razón D. H. N. Johnson, en su comentario al fallo, decía que "debe darse considerable importancia a la opinión del magistrado Alvarez en cuanto tiene el mérito de hacer explícitas ciertas nociones que pueden estar implícitas en el fallo de la Corte". *The Anglo-Norwegian Fisheries Case*, en "The International and Comparative Law Quarterly" (1952), t. I, pág. 174. Cf. HUDSON, Manley O.: *The 30th Year of*

d) *Determinación.*

Nadie pone en duda que el Derecho internacional, todavía en gran medida un Derecho primitivo, conforme un orden jurídico que comprende innumerables normas indeterminadas. Para Verdross, justamente, una de las notas características es su carácter incompleto, y recuerda a propósito la figura de Triepel, según la cual el Derecho internacional sería algo así como un general en jefe, cuyas órdenes sólo pueden ejecutarse si los subordinados las transmiten y los soldados las acatan en la realidad. Ahora bien, son los gobernantes y funcionarios de los Estados los que cumplen el papel de oficiales, clases y soldados. Mas la imagen resulta fidedigna de lo que en la realidad suele ocurrir en materia de determinación.

Los oficiales superiores (las Grandes Potencias) pretenden que los de menor rango (Potencias medianas y pequeñas) implementen las órdenes del comandante en jefe (el Derecho internacional) de la misma forma como ellos lo hacen. La técnica ha consistido en presentar como normas generales (consuetudinarias) las normas particulares que hacían surgir para determinar una norma incompleta.

El Derecho del mar ofrece singulares perspectivas para ejemplificar lo dicho anteriormente. La "norma" de las tres millas fue presentada como general, siendo así que no era otra que una norma particular que determinaba la norma general (incompleta) según la cual cada Estado podía fijar su jurisdicción marítima de acuerdo con criterios razonables (vale decir, de justicia). Por eso, era legal la fijación del límite externo de la zona contigua para la explotación de los recursos naturales (que se ha dado en llamar mar "patrimonial", terminología no del todo afortunada) en 200 millas, porque eso era lo justo desde el ángulo visual de los países pequeños y medianos (27).

the World Court, en "The American Journal of International Law" (1952), t. 46, pág. 29.

(27) En un artículo publicado en 1960 fundamentábamos esta posición, considerada "escandalosa" para la época. *La República Argentina y la Segunda Conferencia sobre el Derecho del Mar*, en "Jurisprudencia Argentina" (1960-II), Secc. Doctrina, págs. 33 a 35; también: *Mar territorial, mar epicontinental y plataforma continental*, en ídem (1964-V), Secc. Doctrina, págs. 48 a 55. En la doctrina europea sólo Mario Giuliano —*et pour cause*— es partidario de esta concepción (*Lo sviluppo e gli aspetti attuali del diritto del mare*, Universidad de Valladolid, Cuadernos de la "Cátedra Dr. James Brown Scott", 1960, pág. 132). Ella permite, sin embargo, justificar la legalidad de las proyecciones jurisdiccionales del Estado ribereño sobre el mar adyacente a condición que sean razonables, o sea, justas. Ellas fueron legales desde siempre: ni infringían el principio normativo de libertad de la alta mar, espacio geográfico que se determina residualmente.

Este tipo de análisis podría ampliarse a otros aspectos del Derecho del mar, así como a otras normas generales incompletas del Derecho internacional. Por lo general, remiten a criterios de justicia que deben concretar los Estados.

e) *Contenido del Derecho imperativo internacional.*

Después de su recepción por la Convención sobre Tratados como causa de nulidad (arts. 53 y 64), la existencia de normas coactivas o imperativas en el Derecho internacional no parece discutirse seriamente. Sin embargo, la comisión de Derecho internacional no pudo llegar a un acuerdo con respecto al contenido de tales normas y, por tanto, la Convención no regló la cuestión sino en forma indirecta, al establecer en su artículo 66 que, en caso de conflicto suscitado con motivo de la aplicación o la interpretación de los artículos 53 y 64, cualquiera de las Partes podrá en última instancia "someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las Partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje". Esta cláusula deja abierta la cuestión de fondo, pues dejando de lado el problema de su aplicabilidad concreta, la Corte deberá resolver la cuestión sin que previamente se hayan fijado por lo menos criterios orientadores (28).

Así pues, ¿qué respuesta, aunque sea provisional, puede dar el jurista a este tema crucial, que sea realmente medular y evite el descrédito que puede afectar en el futuro a esta cláusula augusta? Porque habría que reconocer, con Schwarzenberger, que se encuentra "perfectamente adaptada a la idiosincrasia de una era hipócrita" (29).

una vez que el Estado ha establecido el límite externo de su jurisdicción marítima, ni mucho menos una norma consuetudinaria que fijaría dicho límite en las tres millas, por la sencilla razón de que ésta era una norma complementaria que aplicaba el criterio de la "razonabilidad" según determinados países, tan válida como cualquier otra que fijara un límite razonable. Esa es la razón normológica por la cual no puede aceptarse que la "jurisdicción del Estado ribereño sobre el área submarina se fundamenta en una derogación del principio de la libertad de los mares", como sostiene Orrego Vicuña, por la sencilla razón que una investigación (y no interpretación) de la costumbre respectiva demuestra que el ámbito geográfico de la alta mar se determina residualmente. UNITAR, *Tendencias del Derecho del Mar contemporáneo* (ed. por Francisco Orrego Vicuña) (Buenos Aires, 1974), págs. 78 y sig.

(28) El criterio que había propuesto Lauterpacht, pero que no fue aceptado, de atribuir a la Corte la competencia para atribuir el carácter imperativo, habría tenido el mismo inconveniente fundamental.

(29) SCHWARZENBERGER, Georg.: *International jus cogens*, en "Texas Law Review" (1965), pág. 465.

En primer lugar, el criterio de la simple "generalidad" no es suficiente. Del mismo artículo 53 se desprende que puede haber normas generales no imperativas. Por otra parte, no existe un órgano de la comunidad internacional (salvo la Corte en el supuesto ya comentado) con competencia para establecer el carácter imperativo.

Una aproximación teórica válida es referirse al propio contenido. Al respecto la antropología jurídica nos proporciona elementos de juicio irrefutables (30). La aparición de normas imperativas en las agrupaciones menores se produce normalmente cuando el Derecho abandona su fase primitiva. En el Derecho primitivo, los individuos —generalmente a título de jefes de las agrupaciones reconocidas— pueden dejar de lado las previsiones jurídicas existentes, siempre que exista acuerdo en la solución propuesta. Hasta en la órbita penal, la composición desplaza generalmente a las normas que establecen sanciones para el infractor. El tránsito hacia el Derecho evolucionado está dado fundamentalmente por la transformación de cuatro categorías básicas: la descentralización jurídica evoluciona hacia la progresiva centralización orgánica, la responsabilidad colectiva hacia la individual, la seguridad individual hacia la colectiva y el desconocimiento de la persona humana hacia una paulatina concreción del régimen de justicia. Y bien, todos los tratadistas que admiten la existencia del *jus cogens* internacional a partir de Georges Scelle, tal vez el primero en sostener la existencia de normas superiores que constituían el "Derecho común internacional" (31), se refieren a normas que reflejan "valores supremos" (32), pero el catálogo, carente de un hilo conductor, es generalmente impreciso y casi siempre ejemplificativo.

Dicho sea de paso, el criterio que acabamos de señalar permite también solucionar el problema de la "generalidad" requerida para que pueda dotarse a la norma en cuestión de "imperatividad". Si los criterios surgen del tránsito de estadios primitivos a más evolucionados, está claro que "generalidad" nunca puede significar "unanimidad" porque siempre habrá recalitrantes y retrógrados aferrados a la situación que se desplaza.

f) Aplicación retroactiva de nuevos criterios de valoración.

El triunfo de una nueva tabla de valores, producida por el progresivo conocimiento que de la justicia alcanza a tener el

(30) V., por ejemplo, HOEBEL, E. Adamson: *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (New York, Atheneum, 1974).

(31) SCELLE, Georges: *Précis...*, cit., t. II, págs. 15 y sig.

(32) QUADRI, Rolando: *Op. cit.*, pág. 336.

hombre, tiene normalmente el efecto jurídico de provocar una carencia dikelógica. Ya vimos cómo se la comprende trialísticamente y cómo se la colma (supra, § 3, c). Sin embargo, cuando el agravio a la justicia derivado de conductas pasadas ha consistido en el desconocimiento profundo de la personalidad humana, individual o colectiva, el "despertar a la realidad" hace que las respectivas conductas aparezcan teñidas de injusticia desde el principio, o sea, desde que comenzaron a operarse. He aquí un caso de injusticia *ex tunc*. Lo que pareció justo en su momento, y motivó repartos de potencia e impotencia deja de serlo. Nuevos elementos de juicio provocan un desfraccionamiento hacia el pasado, cuyo resultado ineludible ha de consistir en que cesen los efectos de una situación jurídica injusta. Pero entonces, como dice Goldschmidt, la retroactividad es inherente al juicio de desvalor (33). Por lo menos, las consecuencias actuales de la anterior situación deberán ajustarse al nuevo criterio imperante.

Históricamente, ha habido situaciones que han recibido un tratamiento congruente con este planteo. Así, por ejemplo, con la abolición de la esclavitud. En el momento en que se advirtió la tremenda injusticia que suponía el trabajo servil, las liberaciones de esclavos no fueron acompañadas por la indemnización a sus dueños en la inmensa mayoría de los casos, siendo así que desde el punto de vista del Derecho estricto el esclavo era considerado jurídicamente como una cosa y, por tanto, tenía un valor en el mercado. Pero en el Derecho internacional actual hay aplicaciones de este criterio y, ciertamente, situaciones que merecerían un tratamiento similar. Séanos permitido aclarar el tema, aunque sintéticamente, con algunas referencias ejemplificativas.

Parece evidente que en los juicios de los grandes criminales de guerra (Nuremberg y Tokio) se aplicó retroactivamente (al menos con respecto al crimen contra la humanidad y al crimen contra la paz) una nueva tabla de valores, ya que el Derecho internacional vigente antes de la segunda guerra mundial no contemplaba tales delitos y mucho menos la responsabilidad individual por su comisión (34).

También está claro para nosotros que la sensación de la injusticia *ex tunc* explica el debilitamiento práctico del prin-

(33) GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción filosófica al Derecho..., cit., pág. 405. Dicho sea de paso, esta aplicación retroactiva demuestra que si bien en muchos casos sigue rigiendo el Derecho fabricado que infringe el Derecho natural, el Derecho natural tiene en estos supuestos eficacia práctica (*Ibidem*, pág. 493).

(34) V. nuestros comentarios al Juicio de Nuremberg en nuestro *Derecho de la comunidad internacional*, cit., págs. 33 y sig.

cipio de la "compensación adecuada, pronta y efectiva" en caso de nacionalizaciones que ha recibido consagración en conocidas resoluciones de la Asamblea General (35), pero a la vez en la práctica (36) y en la doctrina, aun la proveniente de países desarrollados. Es así como en el proyecto de Convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, de la Universidad de Harvard, siendo los relatores Louis B. Sohn y Richard Baxter, se expresa en el inciso 4 del artículo 10 que "si la propiedad es tomada por el Estado en cumplimiento de un programa general de reforma económica y social, la justa compensación exigida por este artículo puede ser pagada en un razonable lapso de años". Y en el fundamento de esta disposición se expresa que "un Estado puede considerar deseable recurrir a estas medidas debido a la pobreza de su erario, a las demandas de su economía interna, o a una balanza de pagos deficitaria. Estas diversas circunstancias pueden hacer imposible al Estado pagar una pronta compensación según los patrones fijados en el inciso 2 de este artículo. El Estado enfrenta, entonces, el dilema de una posible destrucción de su economía, que solamente un programa de un Estado propietario en su opinión podría evitar, o la su-

(35) Especialmente la 1803 (XVII), del 14 de diciembre de 1962 (Soberanía permanente sobre los recursos naturales) (sin embargo, en cuanto a lo que debe entenderse por "indemnización correspondiente" y las principales posiciones sostenidas en los debates, v. VARGAS CARRERO, Edmundo: *La nacionalización del cobre y el Derecho internacional*, en "El cobre en el desarrollo nacional" (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, *passim*), también la resolución número 3281 (XXIX) (Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados), cuyo artículo 2 consagra esta vez claramente el debilitamiento del principio tradicional: "Todo Estado tiene el derecho de: [...] c. nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios".

(36) Lo que resulta interesante es que la negativa a indemnizar que, en casos concretos, han mantenido algunos gobiernos latinoamericanos, se basa en que pretenden compensar la indemnización con las sumas que la empresa nacionalizada habría tenido que pagar al Estado si no hubiera gozado de los privilegios que había obtenido de los gobiernos anteriores. V. nuestro estudio sobre el caso de la nacionalización de la International Petroleum Co. por el gobierno del Perú, cit.

posición de una irresistible penuria financiera, que no sería posible evitar si se pagara la propiedad así nacionalizada. No parece, pues, existir otra alternativa que adoptar una vía intermedia, la cual proporcionaría en tiempo oportuno la compensación al extranjero lesionado sin imponer al Estado un peso financiero que podría llevarlo a la bancarrota. En la práctica de los Estados, la compensación diferida en caso de nacionalización de vastos segmentos de la economía de un país, no está exenta de precedentes" (37). Es que, en efecto, no sólo la compensación diferida ha sido aceptada muchísimas veces, sino también la compensación menor en base a acuerdos globales (*lump-sum payments*) entre Estados nacionalizantes y Estados nacionales de los nacionalizados que, en el fondo, no significan otra cosa que el reconocimiento teórico de la obligación de compensar (38).

Paralelas consideraciones debería merecer el formidable endeudamiento externo que afecta a los países en desarrollo no exportadores de petróleo. La preocupación de hacer honor al compromiso del pago de la deuda, con arreglo al enérgico fraccionamiento que implica el principio *pacta sunt servanda* provoca lo que llamamos el círculo vicioso del endeudamiento: el pago de la deuda distrae cada vez más recursos o determina refinanciamientos que no hacen más que postergar la angustia, gravando el futuro. Paralelamente, la actividad económica se retrae, lo que a su vez significa una menor oferta de bienes y servicios y, por consiguiente, nuevos endeudamientos, y así sucesivamente. Y todo ello, dentro del panorama de la crisis de la economía mundial, que golpea con mayor profundidad a las economías periféricas.

Si, como ahora puede demostrarse, las dificultades que éstas experimentan se deben en gran medida a asimetrías fabricadas, parece justo que al valorarse como injustas tales asimetrías, esta nueva valoración se extienda retrospectivamente y cubra todo el proceso. La conclusión sería que si los países afectados reclaman nuevos plazos y condiciones más favorables, no hacen más que afirmar lo que en justicia les corresponde. En otras palabras, la imagen del país deudor que recorre aver-

(37) "The American Journal of International Law" (1961), t. 55, págs. 553 y 554 y 559 a 561.

(38) Como dice Renato Ribeiro en su ponencia *Expropriação de bens estrangeiros ante o Direito internacional*, presentada ante el XI Congreso del Instituto Hispano-luso-americano de Derecho Internacional (Madrid, 1976) (por lo demás, una valiosa actualización del tema): "Del examen de las cláusulas de los *lump-sum-agreements* resulta, de modo general, que en su casi totalidad las compensaciones no fueron adecuadas ni prontas ni efectivas" (pág. 31).

gonzado las fuentes de financiamiento externo con el sombrero en la mano para reclamar la concesión de nuevos créditos debe ser suplantada por la del deudor que no reniega de sus obligaciones, pero que, consciente de que en gran medida no se deben a su iniciativa, establece los términos de su ajuste con arreglo a las posibilidades que tiene y sin afectar a su propio desarrollo. No en vano algunos países desarrollados han comenzado a tomar la iniciativa y procedido a cancelar los créditos públicos que tenían con los países más pobres. ¡He aquí una nueva y significativa demostración de que la justicia, a la postre, es la inspiradora de todo el mundo jurídico y que la tesis de la justicia social internacional, predicada desde 1948 por Rafael Caldera (39), no es una mera especulación doctrinal.

FRANCISCO DE VITORIA, SU SIGLO Y SU APOORTE A LA IDEA DE LA ORGANIZACION MUNDIAL

Por Alberto J. LLEONART Y AMSELEM

Asociado del IHLADI

No hace mucho, ante una causa, todavía al parecer pendiente (del *fait accompli* o de otras vías), el nombre de Francisco de Vitoria ha vuelto a resonar en el Palacio del Tribunal de La Haya. No ha sido en la sentencia, puesto que no se trataba de un contencioso formal (aparte de que en estos casos el Tribunal no alude nunca a nombres específicos) (1), sino en un dictamen, y concretamente en la opinión disidente de un juez, de gran experiencia, del que podemos considerar precisamente entre los menos conservadores (2). El juez Ammoun calificó a Vitoria en términos de "eminente jurista y canonista español". El texto en cuestión hacía referencia a la noción de *terra nullius* tal y como había sido planteada (acaso demasiado sistemáticamente) por el juez Bedjaoui. Sabemos, dice Ammoun, a este propósito, que en el "siglo XVI Francisco de Vitoria había criticado (*protested*, en la versión en inglés) contra el concepto de *res nullius* aplicado a los indios americanos a fin de desposeerles de sus tierras". Y es a continuación, cuando escribe que "*cette conception de l'éminent juriste et canoniste espagnol, reprise par Vattel au XIX^e siècle*" (3) n'eut guère d'écho au congrès de Berlin en 1885" (4).

* * *

Creemos que volver de cuando en cuando a la historia es bueno. Es más, casi necesario. Maestra de la vida, sin ella, la vida misma (nacional o internacional) tendría escasamente un sentido útil. El jurista y específicamente el especialista en De-

(1) No fue uso en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, ni sigue siéndolo en el actual Tribunal Internacional de Justicia.

(2) En el asunto de la "Barcelona Traction", pongo por caso, ya tuvimos ocasión de comprobar esto. A. J. LLEONART: *La sentencia de 5 de febrero de 1970 del TIJ y su contribución al desarrollo progresivo del D. I. R. E. D. I.*, XXIII, 2-3, 1970, pág. 560.

(3) La errata de imprenta es evidente. De sobra es sabido que el gran tratado de Vattel es de 1758.

(4) *Sahara occidental*, Avis Cons. C. I. J., Rec. 1975, pág. 78. V. también pág. 79.

(39) V. CALDERA, Rafael: *Justicia social internacional y nacionalismo latinoamericano* (Madrid, Seminarios y Ediciones, S. A., 1973).

recho internacional, sabe muy bien que la historia es un campo lleno de experiencias y virtualidades enriquecedoras y que ella no pasa en vano. Así, pongo por caso, nunca podríamos llegar a entender y dimensionar el significado de nuestros días, si no nos penetrásemos del siglo precedente al nuestro, del cual éste es heredero directo. (Del mismo modo, que el siglo XXI lo será del XX.) Un desafecto o desencanto por lo histórico parece hoy, sin embargo, marcar, en líneas generales, al internacionalista (5). La actual "aceleración histórica" le obliga a uno a estar *à la page* de cuanto ha ocurrido el día anterior. Y no tanto por snobismo, cuanto por lógico imperativo profesional. La renovación o la crisis casi constante de muchas instituciones, así como también el desarrollo de nuevos campos, desborda muchas veces la capacidad de trabajo del mismo especialista en la materia. El pasado va quedando así como casi despreciativamente arrinconado.

Pero el pasado también es importante, no sólo como un objeto de conocimiento susceptible de ser aplicable al presente, sino también para mostrar que muchas de las supuestas "nuevas" ideas contemporáneas ya se encuentran en las mentes privilegiadas de otros hombres en otras épocas. El ejemplo de Francisco de Vitoria salta a la vista. Claro es que no siempre es fácil interpretar a Vitoria y que sólo investigadores muy expertos en el tema pueden hacerlo.

Francisco de Vitoria es presentado muchas veces como un representativo del paso de la Edad Media a la Moderna. Otras, como un hombre más cerca de aquélla que de ésta, o viceversa. No es sencillo en realidad etiquetar esta figura. Mas por la larga parte de su vida de estudios en París, durante casi veinte años (1507-22) (6), por ende, en plena juventud, etapa psicológica y culturalmente decisiva, por sus vivencias y entronque intelectual directo con los descubrimientos geográficos, y en síntesis, por el novísimo ambiente histórico de la época (en lo político, cultural, religioso, etc.), Vitoria ya no podía estar más mentalizado con la vieja era que con la nueva. No hubo en él impronta imperialista o triunfalista como fácilmente parece

(5) Los temas históricos han tenido, sin embargo, un gran atractivo intelectual entre los cultivadores españoles de Derecho Internacional. El hecho de que la historia haya pesado mucho en España (a veces, acaso demasiado) ha hecho inevitable, casi irremediablemente, una continua referencia a ella. Miembro de un viejo continente, esto es en cierto modo lógico. Y así tenemos, por fijar una fecha muy próxima a nosotros, que en la década de los cuarenta y cincuenta se produce una verdadera pléyade de historiadores-internacionalistas reconocidos.

(6) En realidad, no es fácil fijar fechas concretas o rigurosas en la biografía (como a veces en la obra) del sabio dominico.

desprenderse de su ideología político-internacional. En realidad, venía a simbolizar un nuevo espíritu (el reformador de métodos didácticos, el humanista), pues sin un tal bagaje ideológico y cultural, mal, difícilmente, hubiera podido construir las grandes ideas renovadoras de las relaciones internacionales que hacen de él el primer fundador del Derecho de gentes moderno, aparte también de un renovador de la ciencia teológica en España (7).

Prueba de estas grandes ideas renovadoras aludidas es su aporte al concepto mismo de Derecho de Gentes que define y elabora acaso por primera vez. Y así, reemplaza "conscientemente", al decir de García Arias, el término "homines", del texto clásico de Gayo por el de "gentes" o naciones (8), célebre texto vitoriano que corresponde al capítulo III ("De los títulos legítimos..."), título primero, en el marco de la famosísima *Relección De Indis* (9). Otra prueba en ese mismo sentido sería también la de su concepción acerca del *totus orbis* (originaria asimismo de una enorme literatura) (10), y de la vocación mundialista que Vitoria irá a imprimir al nuevo sistema de las relaciones internacionales, concepción —y he aquí lo más interesante a los efectos de las presentes notas—, que encierra bajo alguna forma un diseño o una idea de organización internacional. En este punto conviene remarcar una vez más que Vitoria vivió dos fenómenos en principio contradictorios con esa idea o diseño.

En primer término, contemporáneo de los grandes descubrimientos (ya aludidos) y sobre todo de las conquistas de los españoles victoriosos en América, Vitoria concibió el orbe en su conjunto, y no como una *Res Publica Christiana* ceñida a Europa. En este contexto importa destacar que la carta que él dirigiera al padre Marcos sobre la conquista del Perú, en 1534, es todo un símbolo de su rechazo al modo de llevar la

(7) En este último sentido, Menéndez y Pelayo le atribuye una gran importancia. Y así, en su famosa como discutida obra *La Ciencia Española* le incluyó entre los teólogos, a diferencia de Francisco Suárez (Ed. M. Artigas), t. I, Madrid, 1933, págs. 40 y 41. V. también M. Menéndez y Pelayo: *Contestación al discurso de recepción de don Eduardo de Hinojosa*. Academia Historia, Madrid, 1889, pág. 83.

(8) L. GARCÍA ARIAS: *Adiciones sobre Historia de la doctrina hispánica del Derecho Internacional*; en A. NUSSBAUM: *Historia del Derecho Internacional*. Madrid, 1949, pág. 388.

(9) "Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocare jus gentium". *Relección De Indis*. Ed. crítica por L. Pereña. Corpus Hispanorum de Pace. CSIC. Madrid, 1967, pág. 78.

(10) V. gr., A. TRUYOL: *Prémises philosophiques et historiques du "totus orbis" de Vitoria*. Anuar. Asoc. F. de Vitoria, VII, 1946-47, págs. 179 ss. También A. MIAJA DE LA MUELA: *El derecho "totius orbis" en el pensamiento de Vitoria*. REDI, 18, 1965, págs. 341 ss.

guerra y de la integración de ese orbe en su conjunto (11). En segundo término, Vitoria vivió el despertar o el crecimiento del Estado nacional moderno (del mismo modo que asistimos ahora a la formación de un sinnúmero de Estados que acaso incorrectamente estamos calificando de "nuevos"). Pues bien, ambos niveles de fenómenos le inspiran de un lado una concepción universalista del Derecho de Gentes como un derecho para todos los pueblos. De otro, una concepción más restringida como un derecho de Estados, siendo Europa el centro de este segundo sistema.

Europa atravesaba a la época una crisis espiritual y política muy grave. Vitoria, intelectual y religioso, tuvo que vivirlas intensamente. Sabemos por Vives, coterráneo suyo (nacido acaso en el mismo año que él), el estado críticamente indecible de aquella Europa en donde la guerra era la regla general (12). España era entonces un actor principal del escenario y Vitoria no podía desentenderse del continente del cual su patria formaba parte fundamental.

Pues bien, dentro esos dos niveles de fenómenos vividos por Vitoria, el referido en primer lugar prevaleció sobre el segundo. Su concepción universalista del Derecho de Gentes alcanzó cotas más altas que las estrictamente regionales (europeísticas) clásicas.

* * *

Parece cierto, sin embargo, que en Francisco de Vitoria no hubo un plan o diseño "institucionalizado" u "orgánico" de Orden o de Organización internacional (a diferencia, v. gr., del que Crucé (1623) (13) o Sully (1638) (14), elaborarían cien años

(11) Ver BELTRÁN DE HEREDIA: *Francisco de Vitoria*. Labor. Barcelona, 1939, págs. 121 y 122 (el texto de la carta sigue a continuación).

(12) Las cartas y opúsculos de Vives son fuentes importantes acerca de la crisis política y moral de Europa. Por ej., la carta dirigida al Papa Adriano VI de Utrecht (Lovaina, 12 de octubre de 1522), en donde se encarece la convocatoria de un Concilio ecuménico, aparte de un sinnúmero de sugerencias para la paz de Europa. Este Concilio no podría convocarlo el destinatario de la carta, sino Paulo III, pues Adriano VI moría once meses más tarde, ni tampoco llegaría a verlo el filósofo-moralista, ya que Trento tendría lugar once años después de su muerte. El texto de la carta en Juan Luis VIVES: *Obras completas*. Aguilar. Madrid, 1948, t. II, pág. 18. Sobre Vives, A. HERRERO Y RUBIO: *Historia del Derecho de Gentes*. 3.ª ed. Valladolid, 1967, págs. 73 ss.

(13) Emeric CRUCÉ (1590-1648): *Le Nouveau Cynée* (1623).

(14) Duque de SULLY (1560-1648): *Memoires...* (Gran Dessein). Atribuido a Enrique IV de Francia (1638).

más tarde, o bien del que Lulio (c. 1282) (15), o Dubois (1305) (16), ya habían concebido. A la época de Vitoria, cuando de la residual estructura del pasado entraba en Europa en un sistema interestatal más moderno (17), una idea "orgánica" e institucional de sociedad supranacional hubiera carecido de realismo. Las nuevas distribuciones horizontales de poder (de Estado a Estado), las nuevas formaciones orgánica de unidad y centralidad estatales, hubieran rechazado cualquier idealidad en tal sentido. De todos modos, Vitoria contempló el *ius gentium* desde una estructura no sólo inter-estatal, sino también global, incluso, interindividual y todas estas concepciones asocian a lo que hoy muchos autores de habla inglesa llaman *the common Law of Mankind*, o bien *Transnational Law*, o *the World Order* o *the World legal Order* y, por supuesto, al concepto de Derecho internacional (*Droit des Gens*) expuesto por Scelle a principios de la década de los treinta cuando eran muy pocos los internacionalistas que compartían sus ideas. En rigor, el clásico nombre *International Law* que introdujo Bentham (autor mucho más conocido como famoso filósofo), nombre que se extendería muy pronto entre los manuales (así, el del norteamericano Henry Wheaton que en 1836 publicó sus *Elements of International Law*, con dos ediciones en español), ya no recubre ni mucho menos los actuales procesos de desarrollo en la materia. Pero lo interesante en estas digresiones es contrastar que ya en Vitoria encontramos nociones y aspectos muy próximos a los actuales referidos.

El nuevo contexto sociológico-jurídico del orbe en su conjunto fue explanado por Vitoria en la *Relección De Potestate Civile* (1528), en el sentido de que el mundo en su totalidad forma en sí mismo una unidad ("unidad cuasi política y moral", dirá Suárez casi cien años más tarde), una *res publica* capaz de darse leyes justas, las cuales son necesarias y convenientes para todos. El pasaje, incluso el texto latino, es muy reproducido y familiar entre nosotros. Pero menos familiar, y no menos importante en nuestra opinión, es otro párrafo de la misma *Relección* en donde Vitoria sugiere la constitución de una monarquía para toda la cristiandad (esquema acaso medievalista y que recuerda al Dante en *De Monarchia*, o que recordará el que hacia 1559 compondrá Campanella) y desde cuya perspectiva se están trazando las líneas esenciales en vista a la cons-

(15) Raimundo LULIO (1233-1316): *Blanquerna* (c. 1282-87). Otros autores (c. 1283-85).

(16) Pierre DUBOIS (1250-1323): *De Recuperatione Terrae Sanctae* (1305).

(17) A. J. LLEONART: *El D. I. como producto de la civilización occidental*. Anuar. IHLADI. Zaragoza, 1967, págs. 45 ss.

trucción de una especie de organización internacional válida para el estudio de los proyectos clásicos históricos de esta figura orgánica. El párrafo al que aludimos dice así: "La mayor parte de los cristianos podría crear un monarca... Toda la Iglesia es en cierto modo una república y un cuerpo, según aquello del Apóstol: «Todos formamos un cuerpo...» Además, si el tener un monarca fuese conveniente para la defensa y propagación de la religión cristiana no veo por qué no pueden aquellos a quienes lo espiritual interesa obligar a los otros cristianos a erigir un monarca" Más adelante, el texto sigue: "Además, el género humano tuvo derecho a elegir un solo monarca al principio, antes de hacerse división de varios principados. De esta conclusión se infiere un corolario: que en las ciudades libres, como Venecia y Florencia, podría la mayor parte elegir rey, aunque la menor se opusiese" (18).

Sin embargo, este principio de plan o diseño organizativo vitoriano, insertado en la Relección de 1528, sugerido, probablemente, al igual que los diseños de Vives, en razón del desgarramiento civil y religioso europeo, no reaparecerá en ninguna de las dos famosas Relecciones *De Indis*. La influenciación del nuevo contexto pluralista de los Estados soberanos europeos tuvo que ser determinante en las ideas organizativas vitorianas (19). En cualquier caso, aquellos conceptos son prefigurativos de un sistema de organización internacional que en último análisis llevaría implícito una especie de asociación o liga entre las naciones, y con mayor evidencia, entre naciones cristianas (20).

No encontramos quizá en el siglo de Vitoria, y concretamente en la época que le tocó vivir una guerra fundamental y específica, comparable a la de los Treinta Años (1618-48), que fue marcante para el siglo XVII, o bien, de las características de la de Sucesión (1700-14), en el XVIII. Las guerras napoleónicas también tuvieron una gran singularidad. Nada digamos de las dos mundiales. Obsérvese por eso que muchas veces los grandes proyectos de organización han surgido en gran medida como

(18) Ediciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria. Ed. crítica L. G. Alonso Getino, t. II. Im. Rafa. Madrid, 1934, pág. 194.

(19) Ver T. URDANOZ: *Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria*. *De Indis*, cit., págs. LXXXV, LXXXVI, CXVII y siguientes.

(20) En estos sentidos, Vitoria admitió la existencia de varias naciones confederadas bajo un mismo soberano, así como una "comunidad cristiana de pueblos soberanos unidos en la misma fe con posibilidad de crear una monarquía política". Ver L. Pereña: *El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria*. REDI, V, 2, 1952, pág. 625.

secuelas de conflictos particularmente largos, crueles y desgarradores. Los casos hoy de las constituciones de la Sociedad de Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas son patentemente significantes al respecto. Puede, así, que sin forzar demasiado esta tesis llegásemos a la conclusión de que la primera mitad del XVI (período no ciertamente pacífico) no facilitara a Vitoria, de todos modos, el proseguir el desarrollo de aquel diseño referido en su Relección de 1528. Período, insistimos, intranquilo (recuérdense los testimonios de Vives, ya aludidos, el cual tampoco llegó a idear un plan verdaderamente orgánico), pero que respondía a una crisis acaso más moral que política.

En estos sentidos, Arthur Nussbaum considera que los proyectos de organización a fin de asegurar una paz universal quedaron bloqueados en el siglo XVI, pero emergieron luego, agrega, en el XVII. A juicio de este jurista-historiador, fueron las "pasiones religiosas" las motivaciones de tal obstáculo. Y cita, a continuación los proyectos de Crucé y de Sully, correspondiente al período mencionado (21). Los mismos autores de los proyectos organizativos son asimismo referidos por Chr. Lange, para quien entre 1547 y 1618 es bastante raro encontrar huellas de estudio serio acerca del problema. Estimaba Lange, en su Curso en la Academia, que la desorganización de la época eran tan grande que debió parecer más bien utópico cualquier intento de esta naturaleza a nivel internacional (22).

Sabemos, desde luego, que el mismo Grocio tampoco sacó a la luz ningún tratado en ese sentido. Su célebre obra (1625), donde al referirse a los autores consultados cita, en primer lugar, a Vitoria, obra escrita cuando la guerra de los Treinta Años marcaba su máximo furor, tampoco supuso ninguna aportación específica en el aspecto bajo examen.

Luis García Arias, en una de sus magníficas publicaciones, aparecida en este *Anuario* (1967), la cual podríamos catalogar en lo que llamaríamos última fase de su formidable producción (truncada por su prematura muerte), desarrolló la posible polémica y relación entre el César Carlos y Vitoria (23). Dos vidas imparaletas, agitadísima la una, salvo en los finales días de

(21) A. NUSSBAUM: *Historia del Derecho Internacional*. Tr. F. Osset. Ed. "Rev. Derecho Privado". Madrid, 1949, págs. 100-2. Un estudio más comprensivo del tema con incidencia especial en España en A. J. LLEONART: *Estudio Preliminar* al libro "España y ONU" (1945-46), I. CSIC, Madrid, 1978, págs. XXV ss.

(22) CHR. LANGE: *Histoire de la doctrine pacifique*. "Rec. Cours", tomo XIII, 1926-III, pág. 232.

(23) L. GARCÍA ARIAS: *Fray Francisco de Vitoria: rasgos personales y doctrinales*. Anuar. IHLADI, Zaragoza, 1967, esp. págs. 33 y sigs.

Yuste, intelectual y casi sedentaria la del sabio dominico. De lo que sí, en efecto, se sabe es que Vitoria negó la autoridad universal del Emperador (24), y que presumiblemente esta posición pudiera molestar al César (o por lo menos, a sus consultores en política internacional: un Motta, un Gattimara, un Sauermann). Pensamos que en el fondo de esta cuestión hay un punto de arranque para entender el tema suscitado y sobre todo para verificar que Vitoria ya no era un medievalista residual, sino un moderno de sentido histórico. Sus ideas siguen y seguirán, por tanto, planteando un interés intelectual, ya al historiador, ya al especialista que pretenda enriquecerse en el legado de los fundadores de nuestra ciencia. Pero Francisco de Vitoria, aunque vivió físicamente más cerca el tema civil y religioso de los llamados "Tiempos Modernos" y en especial de Europa, desde su cátedra de Salamanca que haría famosa, vivió ante todo el "hecho americano", consciente de su alta y futura trascendencia (25).

(24) *Relectio De Indis*. Cit. ("De los títulos no legítimos...: Primer Título"), págs. 33 ss.

(25) "América, es decir, el descubrimiento, exploración y establecimiento español en las tierras de este continente, ha sido el principal incentivo, el motor, el resorte que movió el pensamiento de Vitoria". (F. M.^a Castiella, en el acto de entrega de un busto de Vitoria a la OEA en Washington). *Francisco de Vitoria en la OEA*. Madrid, 1963, pág. 16.

CONCEITO E NATUREZA JURIDICA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Por Gilda MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO

Asociada del IHLADI

1. A distinção entre *comunidade e sociedade* constitui um dado elementar, mas fundamental, da Sociologia contemporânea.

Não obstante, os internacionalistas não a têm aproveitado em toda a sua extensão e, muitas vezes, insistem em confundir *comunidade com sociedade*, equiparando-as, como sinônimos (1).

Essa distinção nos parece, contudo, importante, quando transplantada para o domínio do Direito Internacional Público e da Política Internacional, podendo, quiçá, mostrar onde começam as realidades e onde terminam os sonhos dos Estados modernos.

A idéia de que existe uma *comunidade internacional*, superior, em nível e extensão, às *comunidades nacionais*, está no curso natural das coisas.

Mas, embora assim seja, poder-se-á admitir que a História do passado e do presente tenha comprovado a existência, entre os homens e os Estados, no plano internacional, de um verdadeiro *espírito comunitário*, que é o pressuposto lógico de uma comunidade?

De certa forma, repetimos o pensamento e a pergunta de CHARLES DE VISSCHER, quando escreve: "...La croyance en une communauté plus vaste et plus haute que les unités politiques entre lesquelles se répartissent les hommes répond assuérément à une exigence de la raison. Mais, pour être postulée par le droit, cette exigence traduit-elle une réalité historique? Ou ne répond-elle qu'à une aspiration enconne trop mal définie, trop peu répandue pour imposer l'idée du droit et s'incarner en institutions?" (2).

Tamanhos, tao violentos e tao profundos sao os processos dissociativos registrados pela História que sua resposta, um pouco melancólica, não precisa, aqui, ser sublinhada.

(1) ROLANDO QUADRI: *Introduzione al Diritto Internazionale Pubblico*, pág. 11. Nápoles, 1963. Veja-se, entre tanto, a proposição de ALEJANDRO ALVAREZ, in *Droit International Nouveau*, pág. 605. Paris, 1959.

(2) *Théories et Réalités en Droit International Public*, pág. 117. Paris, 1955.

De qualquer modo, mesmo admitindo que ainda não exista, no mundo moderno, autêntico *espírito comunitário* entre os Estados, podemos aceitar, por exigência da investigação racional feita pela Sociologia, pela Filosofia e pela Ciência Política, que a organização dos Estados assenta sobre uma idéia de *comunidade*, como fato natural (portanto, irreversível), onde se observa acentuado *espírito associativo*.

Esse espírito associativo era tênue, quase rarefeito, quando se proclamava, como MARTENS (3), que o Estado tinha o direito e o dever de pensar em si, antes de pensar nos outros, reduzindo-se, apenas, à tímida ressalva de que a soberania absoluta e incontestada não autorizaria, entretanto, a lesão dos legítimos interesses dos demais Estados.

Por via consuetudinária e convencional, contudo, nas últimas quadras históricas, é inegável que aquele *espírito associativo* se tem acentuado, manifestando-se, sobretudo, nos numerosos organismos internacionais, em tratados coletivos e, especialmente, na Carta de São Francisco, que movimentam os grandes painéis do moderno Direito das Gentes, não sendo, talvez, exagero admitir-se que o estímulo da vida associativa internacional poderá conduzir à formação de um autêntico *espírito comunitário*, que ainda nos falta nas relações entre os Estados.

Indício seguro da procedência dessa assertiva está na criação de *comunidades* — esse vocábulo, aqui, é usado para indicar fenômenos associativos — criadas, voluntariamente, pelos Estados, mas nas quais as relações entre seus integrantes são muito mais intensas e espontâneas do que as que ocorrem entre os Estados membros das organizações internacionais (4). Nas áreas em que se está processando a integração econômica e, até mesmo, legislativa, o *espírito comunitário internacional* parece adquirir formas de nítido recorte, até agora desconhecidas na História dos povos.

A *cooperação internacional* consiste na ajuda ou na conjugação de esforços, por parte dos Estados e dos organismos internacionais, para o alcance de determinados fins — cada vez mais amplos numerosos — com o intuito manifesto de elevar o índice de progresso material, cultural e moral dos povos e das nações.

Para nós, por isso, a *cooperação internacional* constitui uma das maneiras pelas quais se manifesta o espírito associativo dos Estados e o ápice dessa cooperação será atingido, no futuro,

(3) Tratado de Derecho Internacional, 1.º vol., págs. 260 e 261. Madri, s/data.

(4) RICCARDO MONACO: Lezioni di Organizzazione Internazionale, 1.º vol., págs. 21 e segs. Turim, 1965.

quando, além de se associarem em nome de seus interesses, desejos ou necessidades, os Estados (com os povos, os povos; com os povos, os homens) compreenderem que todos participam da “comunidade mais vasta e mais ampla”, não como ser de razão, e, sim, como realidade histórica.

A crescente intensificação das relações entre os Estados faz com que a cooperação internacional assumam — ou possa assumir — na prática diversas formas.

Parece-nos que, apesar das várias esquematizações que o problema sugere, corresponde à realidade contemporânea dividirmos a cooperação internacional em duas formas principais:

- a) cooperação unilateral;
- b) cooperação multilateral.

A cooperação unilateral é aquela que, de “*motu proprio*” — levado, apenas, pelo sentimento imanente de Justiça ou guiado pelas conveniências de determinado momento político — um Estado presta a outro ou a outros Estados, a título de ajuda econômica, social, cultural, técnica, etc.

No terreno das exemplificações, podemos citar o conhecido e discutido *Plano Marshall* ou o caso de um país que abra suas vias fluviais e marítimas ao tráfego de navios estrangeiros.

Mais frequentemente, entretanto, a cooperação internacional é multilateral e, nesse caso, pode, por sua vez, assumir dois aspectos distintos.

Em primeiro lugar, ela se traduz no *auxílio recíproco* entre dois ou mais Estados, visando à obtenção de benefícios e proveitos mútuos. Tal forma de cooperação se alicerça, basilarmente, na reciprocidade. O ato de um Estado faz presumir, de parte do outro Estado, a correspondente contraprestação.

Em segundo lugar, outra forma de cooperação multilateral, mais complexa, é aquela que se consubstancia na reunião de esforços, por parte de vários Estados, para a consecução de um objetivo comum.

E o que ocorre quando se faz a harmonização de certas instituições semelhantes, existentes nos diversos países, com a finalidade de transformá-las em um sistema aperfeiçoado que permita sua melhor utilização, em conjunto. E o caso das ferrovias européias, que, por sucessivos atos internacionais, a partir da Convenção de 14 de outubro de 1890, passaram a funcionar em um regime internacional de cooperação, de modo a constituírem um todo orgânico (5).

(5) ROBERTO REDSLOB: *Traité de Droit des Gens*, pág. 383. Paris, 1950.

Outro exemplo desse tipo de cooperação —amplamente regulamentado pelo moderno Direito Internacional— é o das várias *unioes* ou *associações* (na esfera dos transportes, da saúde, das comunicações, da produção, etc.) que refletem o esforço ingente dos povos para uma conjugação de forças em prol da consecução do bem comum.

— Um segundo critério de classificação das diferentes formas de cooperação internacional nos autoriza a distinguir entre:

- a) cooperação direta;
- b) cooperação indireta.

Na cooperação *direta* —segundo a nomenclatura que adotamos— a cooperação se processa de Estado para Estado, sem intermediação, isto é, sem interferência de outra pessoa ou de qualquer organismo internacional no esquema de própria cooperação.

Ao contrário, na cooperação *indireta*, os organismos internacionais é que prestam o auxílio aos Estados favorecidos.

Nessa segunda hipótese, o esquema da cooperação se torna mais complexo e a relação internacional está bipartida: —Vários Estados *cooperam* para a formação e o funcionamento do organismo internacional a este, por sua vez, distribui ajuda, orientação, auxílio, financiamento aos Estados favorecidos, os quais podem ser, ou não (embora, geralmente, o sejam), membros do próprio organismo.

Poder-se-á, por isso denominar a cooperação indireta, com certa propriedade, de *cooperação organizada*.

2. Em todas essas formas ou modalidades, a cooperação internacional guarda os caracteres que, anteriormente, indicamos e que a conceituam: É uma ajuda ou conjugação de esforços, por parte dos Estados e dos organismos internacionais, com o objetivo declarado de garantir, estimular ou desenvolver o progresso material, cultural e moral dos povos e das nações.

Por outro lado, dessa conceituação podemos extrair certas afirmativas essenciais ao estudo da cooperação internacional, nesta época histórica.

A) A cooperação é um meio e, não, um fim em si mesma, visando, sempre, à consecução de certos resultados, em proveito dos Estados e da Humanidade em geral.

Sendo os homens e os Estados, isoladamente, incapazes de obter esses resultados proveitosos ao bem comum, daí resulta que a cooperação internacional é indispensável ao mundo con-

temporâneo, tendo sido essa realidade proclamada, com veemência, pela doutrina e pelos atos internacionais (6).

B) O fim que se quer atingir, através da cooperação internacional, é duplo.

Seu fim imediato é o alcance de resultados concretos, de natureza econômica, científica, tecnológica, sanitária, educacional, etc. Mas, seu fim mediato —procurado através desses resultados concretos— é, em última análise, o Progresso e a Paz, isto é, o Progresso dos Estados e a Paz entre os Estados.

Nesse sentido, os propósitos da Organização das Nações Unidas são manifestos (7) e o texto que lhe serve de carta constitucional representa um avanço sensível em relação aos programas de ação internacional da Sociedade das Nações (8).

C) Entre os resultados concretos que, imediatamente, a cooperação internacional visa a atingir deve ser incluída a *cooperação militar*.

Ela constitui uma forma de cooperação material, que tem por objetivo imediato a conjugação das formas armadas e por fim mediato a manutenção da Paz.

A circunstância de não se ter feito uma referência expressa à cooperação militar, no *Preâmbulo* e no art. 1.º, inciso 3, da Carta das Nações Unidas, como forma de cooperação internacional, não exclui essa modalidade de cooperação do conceito que adotamos e que, por sinal, na atualidade, pode ter extraordinário relevo, como garantia da segurança coletiva.

Ora, a primeira frase do *Preâmbulo* da Carta e o primeiro princípio consignado no seu artigo inicial visam, precisamente, a proscrever a guerra, assegurar a paz e reprimir as agressões. Esse é o papel principal da ONU e seu desempenho pressupõe, necessariamente, a cooperação militar entre os Estados que a integram, como ficou comprovado através de suas ações armadas.

Não se pode omitir, por outro lado (corroborando nossa afirmativa de que a cooperação militar é uma das modalidades de cooperação internacional) a existência dos organismos regionais de defesa, na garantia da segurança coletiva, tais como a N.A.T.O., o Pacto do Balcânico e o Pacto de Varsóvia, aos quais nós, latino-americanos, devemos acrescentar o exemplo da Carta de Bogotá, que, ao dispor sobre a segurança coletiva, se refere, de modo expresse, ao auxílio que se prestarão, mutuamente,

(6) ANGEL MODESTO PAREDES: *Las Últimas Transformaciones del Derecho Internacional*, pág. 86. Buenos Aires, 1961.

(7) Carta das Nações Unidas, *Preâmbulo* e art. 1.º

(8) MONACO: Op. cit., pág. 203.

os Estados americanos nos casos de perigo, sobretudo, quando se tratar de uma agressão (9).

A importância, na vida internacional, das intervenções armadas da ONU e a criação da Forma Armada Permanente da OEA —que despertou vivos debates entre as nações americanas— são outros fatos, históricos que emprestam à cooperação militar, de longa data, posição relevante no capítulo do Direito das Gentes dedicado ao estudo da cooperação internacional.

D) A cooperação militar, como um dos aspectos particulares da cooperação internacional, tem caráter estritamente *defensivo*, como se depreende do art. 51, da Carta das Nações Unidas, que reconhece a legítima defesa como direito inerente (10) aos Estados modernos.

Os atos de *aparente* cooperação internacional, na área militar, que tenham fins agressivos ou que, por qualquer modo, ponham em risco a segurança dos Estados ou da Humanidade, não constituem atos de *verdadeira* cooperação internacional. Ao contrário, são atos que ferem a cooperação, que é a garantia do Progresso e da Paz.

E) A cooperação internacional, em qualquer de suas modalidades, visa, sempre, a beneficiar determinado Estado, vários Estados ou a comunidade humana.

Mas, esse benefício pode ser, também, concedido, *diretamente*, a pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado pertencentes a um ou mais Estados.

É o que ocorre, bastante comumente, no campo da assistência técnica, da assistência científica e da assistência artística, v. gr.

A circunstância de o favorecido direto ser pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado pertencente a determinado Estado não desfigura a tipicidade da cooperação internacional, por quanto o benefício distribuído pelo organismo internacional ou pelo Estado estrangeiro visa a obter, sempre, embora *indiretamente* através da ajuda dispensada às referidas pessoas, a melhoria dos níveis culturais e morais dos Estados e da comunidade humana.

A cooperação internacional prestada, *diretamente*, a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado pressupõe, no entanto, a presença do Estado nacional (isto é, do Estado a

(9) Carta de Bogotá, capítulo V.—PAREDES (op. cit., pág. 87) inclui a cooperação militar entre as formas de cooperação internacional.

(10) ALFRED VERDROSS define esse “direito inerente” como “direito natural” dos Estados (*Derecho Internacional Publico*, pág. 468. Madri, 1963, tradução de TRUYOL Y SERRA).

que tais pessoas pertencem) no desenvolvimento do processo cooperativo.

A cooperação, nesse caso, se fará: a) através do Estado a que pertence a pessoa favorecida; ou - b) sob a fiscalização do Estado nacional; ou - c) com sua prévia concordância.

Em qualquer dessas três hipóteses, a relação jurídica criada é tipicamente, de Direito das Gentes e a cooperação, por isso mesmo, como por sua finalidade e por sua natureza, é autêntica cooperação internacional.

F) A cooperação solidária —sob qualquer das formas através das quais se oferece ao nosso estudo e nas condições que a caracterizam— é uma *idéia* antiga, na doutrina do Direito das Gentes e da Política Internacional, mas é um *fato* recente, na crônica das nações.

O marco inicial dessa nova forma de vida e convívio internacional está no momento em que os Estados compreenderam que existem “vínculos incoercíveis” (11) que os unem, estreitamente, e que, sem cooperação recíproca, lhes será difícil e, até mesmo, impossível atingir a meta de suas finalidades e a satisfação de suas necessidades existenciais.

Há, nesse sentido, no mundo de hoje, uma constante ascensão.

E esse movimento ascensional coincide com a marcha da civilização.

3. O conceito de cooperação internacional não estará, no entanto, completamente esclarecido se não detivermos nossa atenção, embora rapidamente, sobre sua *natureza jurídica*.

Nas primeiras quadras da História da Civilização, encontram-se fatos ligados à cooperação entre os Estados, sobretudo, através de “alianças” e contribuições espontâneas.

Mas, em todo esse período, a cooperação internacional se reduzia a *atos voluntários* e, além disso, *eventuais*, por parte dos Estados.

A medida que as relações internacionais se foram intensificando, no entanto, nasceu e cresceu a *idéia* (já declarada no século XVIII) de que a cooperação entre as nações constituía *norma de moral internacional* (12).

Pela prática consuetudinária e, sobretudo, por força de tratados posteriores, essa norma de moral se transformou em *obrigação jurídica*.

Essa metamorfose profunda da natureza da cooperação internacional nos obriga a repetir certos conceitos —correntes e notórios— que são, no caso, proveitosos e necessários.

(11) PODESTÁ COSTA: *Derecho Internacional Publico*, 2.º vol., página 338. Buenos Aires, 1955.

(12) VATTEL: *Le Droit des Gens*, 1.º vol., pág. 37. Paris, 1830.

É sabido que a todo direito, em princípio, corresponde uma obrigação. A afirmativa recíproca, porém, pelo menos no que tange ao plano internacional, não é verdadeira, porque, como observa FIORE, fora do *dever jurídico propriamente dito*, já não se pode considerar que toda obrigação, necessariamente, corresponda a um direito. No domínio do Direito das Gentes, reconhece-se a existência de *deveres morais*, derivados da própria *lei moral*, que impõe aos Estados, nos períodos de tranqüilidade e de paz, a obrigação, de agir em proveito da ordem internacional, bem como impõe aos governos, que representam aqueles Estados, a obrigação de que os mesmos se conduzam, em todos os momentos, com justiça e com benevolência (13).

Existem, pois, para o Estado, paralelamente às prerrogativas inerentes à sua personalidade jurídica internacional, certas obrigações, que podem ser *jurídicas ou morais*.

As primeiras, aquelas que apresentam caráter jurídico, encontram suas fontes nos tratados ou nos costumes internacionais e seu cumprimento pode ser exigido pelos meios coercitivos autorizados pelo Direito das Gentes.

As segundas, de natureza puramente moral, baseiam-se nos princípios de equidade, de justiça e na *comitas gentium* (embora com ela não se confundam). Seu adimplemento não é exigível coativamente, podendo o Estado tentar assegurá-lo — quando não forem elas satisfeitas espontaneamente — apenas através do emprego (ou da ameaça de emprego) da reciprocidade (14).

Alguns escritores têm dado aos deveres jurídicos a denominação de *perfeitos*, reservando para os deveres morais a designação de *imperfeitos*, certamente lembrando — embora os especialistas não o refiram — a antiga idéia romana de que eram *imperfectae* as normas legais que não continham nenhuma disposição impondo sanções aos seus infratores, nem declaravam a nulidade do ato jurídico.

É preciso observar que essa expressão — *deveres imperfeitos* — só será admissível no sentido de indicar que sua observância não pode ser exigida coercitivamente. Não se deve pensar que seja possível considerar-se *imperfeita* em si a obrigação de respeitar os supremos princípios da Moral e da Justiça, mesmo na inexistência de um título jurídico que assegure sua execução.

Os deveres morais do Estado não repousam, apenas, na base precária da cortesia internacional, mas, também e sobretudo,

na autoridade da lei moral e da justiça natural que presidem às relações entre os povos civilizados, assim como regulam as que existem entre os seres racionais.

As obrigações morais dos Estados abrangem, em lugar de destaque, a cooperação recíproca que a fraternidade e a solidariedade lhes impõem e cujos fundamentos radicam no antigo anseio humano de colaboração crescente entre os países do mundo.

Essa cooperação se pode efetuar por diversas maneiras, segundo os objetivos visados, manifestando-se através de medidas e providências tomadas em comum.

Assim, ela se pode revelar por ocasião das calamidades naturais que assolam algumas regiões, mais do que outras, bem como nos momentos de inquietação e abalo da estrutura política e social dos diversos países; nos salvamentos marítimos; no abrigo concedido, em portos nacionais, a navios estrangeiros que aí procurem refúgio contra tempestades ou por necessitarem de reparar avarias; nas providências para a proteção da saúde, impedindo a propagação de enfermidades; na assistência financeira e econômica, requerida em situações extremamente críticas; nas questões de caráter humanitário, tanto na paz, quanto na guerra; em tudo aquilo, enfim, que inspirar aos Estados a convicção de que lhes incumbe zelar pelo progresso da humanidade e pela segurança ou pela felicidade do homem.

4. Um dos aspectos relevantes da ajuda recíproca entre os Estados, inegavelmente, é representado pela cooperação que se estabelece para a eficaz administração de Justiça.

Nesse terreno, mais do que em nenhum outro talvez, é necessária a colaboração efetiva e constante de todos os povos, para que as relações estabelecidas entre eles se desdobrem de modo harmonioso, sem ferirem o equilíbrio e a continuidade da vida jurídica internacional.

Já que as conveniências e os interesses de cada Estado — juntamente com poderosas razões de ordem histórica e sociológica — tornam inevitáveis a pluralidade e a diversidade de legislações, bem como de interpretação dessas legislações, é preciso que se adotem, nas relações internacionais, medidas capazes de conduzi-las a critérios, tanto quanto possível uniformes, desempenhando papel importante, nesse particular, a *cooperação judicial* entre as diversas nações.

A cooperação recíproca, nesse setor, deve ser fruto de um trabalho incessante por parte dos governos, que necessitam aprender a despojar-se, gradativamente, de um particularismo exagerado e prejudicial, em benefício do melhor entendimento dos povos e dos Estados.

(13) FIORE: *Tratado de Derecho Internacional Publico*, 1.º vol., pág. 268. Madri, 1894.

(14) MARCEL SIBERT: *Traité de Droit International Public*, 1.º vol., pág. 298. Paris, 1951.

Em precisa lição, o saudoso jurista uruguaio QUINTIN ALFONSO ensinou que a cooperação judicial internacional, em sentido amplo, abrange três capítulos distintos:

- A) A atribuição ou distribuição da competência internacional entre os diversos Estados;
- B) O cumprimento extraterritorial de medidas processuais emanadas de um Estado;
- C) O reconhecimento e a execução extraterritorial da sentença pronunciada pelos órgãos judiciais de um país.

Seguindo, ainda, o mesmo ensinamento, devemos observar que a doutrina mais recente reserva a denominação específica de *cooperação judicial internacional*, apenas, para o segundo dos três problemas apresentados, isto é, para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais ditadas por um determinado Estado, quer na esfera civil, quer na esfera criminal (15).

De qualquer modo, essa forma de cooperação, no plano internacional, tem, na prática, múltiplos aspectos e, no seu conjunto, é essencial à garantia da Justiça e à eficácia da luta, comum a todos os povos, contra a impunidade dos infratores da lei.

5. Fixado, antes de tudo, que o Estado possui *deveres* na órbita internacional e, logo após, que esses deveres se bifurcam em *jurídicos e morais*, será de se perguntar, agora:

- A cooperação solidária pode ser enquadrada entre os deveres do Estado?
- Caso afirmativo, em qual das categorias fundamentais em que eles se bipartem se deverá incluí-la?

A primeira interrogação não nos parece difícil dar uma resposta adequada: — A assistência mútua (sob qualquer de suas formas) é, hoje, encarada pelos internacionalistas, de modo unânime, como um dever dos Estados civilizados, para que a conjugação de seus esforços possa tornar mais fácil e menos remota a coexistência pacífica.

A segunda pergunta, entretanto, exige a análise mais detalhada de certos conceitos e o estudo aprofundado de certos problemas.

(15) Cfr. o relatório de QUINTIN ALFONSO sobre o tema *Cooperação Judicial Internacional*, nas "Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", in "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", de Montevideo, janeiro/março, 1958, págs. 165 e 166.

Parece-nos, porém, que podemos partir de uma asserção básica e apriorística: — A cooperação solidária entre os Estados é na atualidade, *sempre*, uma obrigação moral, pois seu inadimplemento impede ou dificulta a obtenção dos propósitos fundamentais do Direito Internacional contemporâneo, vale dizer, o progresso indiscriminado de todas as nações e a convivência harmônica de todos os povos.

Em determinadas circunstâncias, no entanto, cada vez mais numerosas e amplas, a cooperação internacional deixa de ser mero dever moral, para ser tornar uma verdadeira *obrigação jurídica*.

Tal transformação se verifica em dois momentos distintos:

— Em primeiro lugar, quando a cooperação internacional integra o Direito das Gentes Consuetudinário, pela prática dos Estados alicerçada no sentimento jurídico (*opinio iuris vel necessitatis*).

— Em segundo lugar, quando essa cooperação, tendo por fundamento acordo bilateral ou colectivo, passa a constituir obrigação exigível.

É preciso salientar, porém, que, após o advento da *Carta de São Francisco* — independentemente dos convênios que sobre o assunto possam existir e, de fato, existem, fora da órbita das Nações Unidas — a cooperação solidária é, para todos os membros da ONU, um *dever de natureza jurídica*, o mesmo se podendo dizer em relação à *Carta de Bogotá*, quanto às nações americanas (16), assim como a outros atos internacionais.

A *Carta de São Francisco* faz expressa referência à cooperação internacional em diversas passagens de seu texto, mas, sobretudo, no *Preâmbulo* e no art. 1.º, inciso 3.

Quanto ao *Preâmbulo*, poder-se-ia, talvez, discutir sua força obrigatória, já que alguns juristas conferem a essa parte introdutória dos atos internacionais função meramente esclarecedora, interpretativa ou declaratória do conteúdo dos artigos subsequentes.

Pensamos, pessoalmente, de modo contrário, pelo menos, no que se refere à *Carta de São Francisco*, pois nele está resumida a filosofia do documento e, além disso, conforme o relatório da Comissão que o apresentou à aprovação da Conferência, "todas as disposições da Carta são indivisíveis como todo instrumento jurídico e são, igualmente, válidas e operantes."

A doutrina recomenda, como é sabido, que se condicione a obrigatoriedade do *Preâmbulo* à clareza e à objetividade do que

(16) Art. 5.º, alínea I.

nele se contiver e, sobretudo, à inexistência de contradição ou atrito entre ele e a parte dispositiva da *Carta*.

É isso, exatamente, o que acontece com relação ao problema em estudo. A cláusula do *Preâmbulo* da Carta da ONU que se refere à cooperação internacional entre seus membros é ratificada e fortalecida pelo art. 1.º, inciso 3.º, que possui duas partes distintas, embora articuladas entre si: na primeira, fala-se em cooperação de caráter econômico, social, cultural e humanitário; na segunda, em desenvolvimento e estímulo ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião (17).

Não encontramos razão de dúvidas, portanto, em face da Carta Magna da ONU, quanto à natureza jurídica da obrigação assumida por todos os seus membros, relativamente à cooperação internacional: trata-se de *dever jurídico*.

Não obstante, é indispensável mencionar a opinião de VERDROSS, que afirma: —“Según la Carta, los deberes fundamentales de los Estados no consisten, pues, en simples deberes de abstención (*non facere*), como en Derecho Internacional común, sino que la Carta exige también de los Estados un *facere*, es decir, una *colaboración activa* para poder alcanzar *en común* los fines de las Naciones Unidas. Por eso el nuevo orden sólo podrá convertirse en realidad con la *buena voluntad* de todos los Estados de cooperar *lealmente* en esta gran tarea. Mas siendo inconcebible una lealtad impuesta por medio de la coacción, el funcionamiento del nuevo Derecho Internacional depende, ante todo, de *fuerzas morales*” (18).

Creemos conveniente distinguir, lateralmente à ponderação do grande mestre de Viena, a existência da obrigação jurídica e a exigência coercitiva do seu cumprimento.

A obrigação jurídica de cooperar, tal qual foi disciplinada na Carta da ONU, existe, para todos os Estados que dela participam, como obrigação jurídica.

Quanto ao seu cumprimento, é claro, dependerá ela da boa vontade e da lealdade das nações, sobretudo, quanto ao seu *modus faciendi*, já que —não apenas neste ponto, mas com relação a todo o Direito Internacional Público— os meios coercitivos nem sempre são eficientes e, aqui, sobretudo, se sente, como lacuna a ser preenchida no futuro, a falta de uma jurisdição supra-estatal e obrigatória. A violação, mesmo a violação impune das obrigações jurídicas, não as torna inexistentes.

(17) EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHAGA: *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, págs. 32 y 33. Madrid, 1958.

(18) Op. cit., pág. 431.

A cooperação internacional, em suas variadas modalidades, é a grande porta por que há de passar os melhores sonhos de paz e solidariedade entre os povos e as nações.

Não mais perduram, impedindo seu curso, as barragens de velhos conceitos, que faziam de cada Estado um ilha no mapa político-jurídico do mundo, cercada, por todos os lados, pelas águas intransponíveis da soberania absoluta e incontestada.

A cooperação internacional, envolvendo deveres morais e jurídicos para as nações, desfalca, naturalmente, a soberania estatal. Mas, isso também ocorre em qualquer outra hipótese de reconhecimento, pelo Direito das Gentes, de deveres dos Estados de qualquer natureza (19).

Como disse THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ao instalar a “Comissão Nacional para o Ano da Cooperação Internacional”, promovido pelas Nações Unidas, está reconhecido, na doutrina e na prática que a soberania “envolve, também, o poder de transigir em benefício da paz e dos interesses do Estado” (20), sofrendo, pois, modernamente, um processo de auto-limitação, que deflui, como imperativo categórico, da ordem natural das coisas internacionais.

É essa, precisamente, a grande característica da segunda metade do século XX, que nos permite concluir repetindo as palavras de ILMAR PENNA MARINHO: —“No Direito e na Política Internacional, a cujo dealbar assistimos, a idéia de Estado soberano, agressivo, será proscrita, ou melhor, substituída pelo de Estado Interdependente, que, livre e soberano na concepção de integridade territorial e política, procurará colocar a sua soberania a serviço da soberania da Comunidade Internacional” (21).

(19) JORGE AMERICANO: *O Novo Fundamento do Direito Internacional*. São Paulo, 1945.

(20) *A Cooperação Internacional, Instrumento da Paz*, pág. 4. Rio de Janeiro, 1965.

(21) *Características Essenciais do Novo Direito Internacional*, página 34. Rio de Janeiro, 1949. Cfr., também, a propósito, nosso estudo *Diretrizes Atuais do Direito das Gentes*, págs. 17 e segs. Porto Alegre, 1962, bem como nossa exposição feita na instalação do “Seminário sobre a Cooperação Internacional”, promovido pela ONU, no Rio de Janeiro, de 26 a 30 de julho de 1965.

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: CRITERIOS OCCIDENTALES, SOCIALISTAS Y DEL TERCER MUNDO

Por Héctor GROS ESPIELL

Miembro del IHLADI

I

1. En los treinta años transcurridos desde que el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó y proclamó solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos, se han producido cambios políticos, económicos, sociales, ideológicos y culturales que han incidido intensa e incuestionablemente en lo relativo al concepto de los derechos humanos, en la cuestión de su protección y garantía por el derecho interno y por el derecho internacional y en cuanto a la realidad de su vigencia y de su respeto efectivo en el mundo de los hechos.

En verdad en la historia de la humanidad es difícil encontrar un período de tiempo en que el tema de los derechos del hombre haya tenido, como en el lapso que va desde 1948 hasta hoy, una mayor y más general significación teórica y práctica. Podrán citarse en el pasado momentos en que el asunto tuvo una importancia capital en un Estado o en una región, pero nunca como en los años en que vivimos, la cuestión de los derechos de la persona humana ha sido objeto de una tan amplia generalización espacial como a la que hoy asistimos. Y nunca, por lo demás, el tema ha interesado tanto como en estos años a las masas y a los pueblos de prácticamente todo el mundo.

La universalización del problema de los derechos humanos, fenómeno característico de nuestra época, nunca visto hasta entonces con sus elementos actuales, ha ido unida a la internacionalización política y jurídica de la materia, ya que los derechos del hombre han dejado de ser un tema que atraía la atención de la Humanidad sólo desde el punto de vista histórico, filosófico o doctrinario, para transformarse en una materia que política y jurídicamente interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto. Esta materia ha pasado así de ser, desde un punto de vista jurídico y político, una cuestión propia, de manera exclusiva o casi exclusiva, del derecho interno —perteneciente a la jurisdicción deméstica de los Estados—, a su constitución en la

realidad internacional y más allá de toda teoría, en un objeto en que coexisten, aunque en diferente grado según los distintos criterios políticos y los diversos sistemas normativos aplicables, la regulación interna con la internacional, las competencias estatales y las atribuciones de órganos internacionales, derivadas de normas y principios del Derecho Internacional actual (1). De tal modo nadie puede poner en duda hoy el hecho de que la materia relativa a los derechos humanos está regulada, por lo menos parcialmente, por el Derecho Internacional, razón por la cual constituiría un absurdo y una negación, no sólo del derecho sino de la realidad internacional vigente, sostener que constituye un sector absolutamente reservado y propio de la jurisdicción interna de los Estados.

2. Este fenómeno de universalización e internacionalización de la cuestión de los derechos humanos es, evidentemente, un proceso no concluido, un asunto abierto al futuro.

Posee raíces y precedentes muy anteriores al período a que se refieren estas páginas (2), pero sin duda su inicio puede si-

(1) Respecto de esta cuestión, que se consideró esencial para el progreso de la protección de los derechos humanos, pero que hoy está en cierta forma superada por los hechos y la realidad internacional: L. PREUSS: "Article 2, paragraph 7 of the Charter of the United Nations and matters of domestic jurisdiction", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1949, t. 74; HANS Kelsen: *The Law of the United Nations*, N. Y., 1950, p. 774; Ph. JESSUP: *A Modern Law of Nations*, N. Y., 1950, p. 2; H. LAUTERPACHT: *International Law and Human Rights*, Human Rights under the Charter of the United Nations, Effect of the Clause of Domestic Jurisdiction, págs. 166-213, Archon Books, 1968; Carlos GARCÍA BAUER: *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, 1960, págs. 51-69; F. ERMACORA: "Human Rights and Domestic Jurisdiction (article 2.7 of the Charter)", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1968, II; A. VERDROSS: "La Competence Nationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et l'Indépendance des Etats", *Revue Générale de Droit International Public*, 1965, núm. 2, págs. 8-9; S. GLASER: "Les Droits de l'Homme a la lumière du Droit International Public", *Mélanges offerts à Henry Rolin*, págs. 112-115, Pedone, Paris, 1964; A. MOVCHÁNS "Problemas de los derechos del hombre en el Derecho Internacional Contemporáneo", *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Moscú, 1973, págs. 273-275; Christian DAUBIE: "Protection Internationale des Droits de l'Homme et souveraineté des Etats; Un antagonisme inéluctable", *Annales de Droit, Revue trimestrielle de Droit Belge*, t. XXXIV, 1974.

(2) Sobre los antecedentes más lejanos, véase: H. LAUTERPACHT: *International Law and Human Rights*, section II, The Law of Nations and the rights of man, Archon Books, 1968, págs. 73-127; sobre los antecedentes más cercanos a partir de la postguerra de 1918. René CASSIN: *Le texte de la Déclaration Universelle*, *Lumen Vitae*, volumen XXIII, núm. 4, Bruxelles, 1968; consúltese, asimismo: I. SZABO: *Fondements historiques et développement des droits de l'homme*, *Les dimensions internationales des Droits de l'Homme*, Manuel Unesco des Droits de l'Homme, Edición Provisional, Estrasburgo, 1976, págs. 12-56.

tuarse, a los efectos que nos interesan ahora, al término de la Segunda Guerra Mundial, con la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas. Las ideas recogidas por la Carta en cuanto a los derechos del hombre y a la universalidad de la Comunidad Internacional se concretaron tres años después en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (3). Pero este texto, fundado en la idea de la necesaria e ineludible universalidad de los derechos del hombre (4), únicamente podía darle a esta universalidad un sentido real y práctico cuando, como consecuencia del proceso de descolonización política y de reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos, los derechos de la persona humana dejaran de ser sólo el patrimonio de los hombres que habitaban en los países entonces independientes, muchos de los cuales eran potencias colonialistas que negaban la independencia a los pueblos que explotaban esos pueblos, para transformarse en patrimonio igualitario de todos los hombres sin discriminación o exclusión de especie alguna. Por eso el fin del colonialismo político —que tuvo como consecuencia el que todos los hombres, cualquiera que sea el Estado que integren o el pueblo a que pertenezcan, fueran titulares efectivos de los derechos y libertades de la persona humana— ha sido el presupuesto necesario para llegar a una verdadera universalización de la cuestión de los derechos del hombre.

Es cierto que en este proceso resta mucho camino por recorrer y que existen amplios sectores de la población mundial para los que el tema de los derechos humanos es una materia prácticamente ignota, no sólo en cuanto a que no son aún sujetos reales de los derechos que teóricamente son patrimonio de todos los hombres, sino que incluso no tienen todavía ninguna conciencia intelectual de la existencia de tales derechos. Pero el avance en el proceso hacia la universalización es ineludible (5).

(3) Sobre el texto de la Declaración Universal y su proceso de elaboración, en una apreciación prácticamente contemporánea a su adopción por la Asamblea General. René CASSIN: "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1951.

(4) Respecto de la cuestión de la universalidad en la Declaración Universal, René CASSIN: *Op. cit.*, cap. III, 2, párrafos 30-33.

(5) No puede dejarse de recordar en este proceso de universalización de los derechos del hombre el papel cumplido en los últimos años por la Iglesia Católica. En especial es preciso citar la encíclica *Pacem in Terris* (1963), cuyo capítulo sobre los Derechos de la persona humana parte del principio de que "todo ser humano es persona, es decir, naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser inviolables, son también absolutamente inalienables".

El camino andado desde 1948 hasta hoy es la mejor demostración de que lo que falta aún por recorrer es una etapa que se ha de salvar necesariamente.

3. El adelanto en el proceso de universalización de la idea de los derechos del hombre es paralelo al progreso cumplido en cuanto al concepto y al contenido de los llamados derechos humanos.

Es verdad que teórica y doctrinariamente ya en 1948 estaba obsoleta y superada la antigua concepción individualista de los derechos humanos, que daba a éstos únicamente un contenido civil y político. A los pocos precedentes anteriores a la Primera Guerra Mundial existentes en el derecho interno, se habían sumado los aportes resultantes de la Revolución Soviética de 1918, de la Revolución Mexicana y de muchas de las Constituciones aparecidas después del fin de la guerra, que junto a las contribuciones de importantes sectores de la doctrina política y jurídica nacida de diferentes corrientes de pensamiento (6), habían demostrado que los derechos del hombre constituyen un complejo integral, interdependiente e indivisible, que pese a la subsistencia todavía hoy de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica (7), comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (8).

Sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede

(6) G. GURVITCH: *La Déclaration des Droits Sociaux*. New York, 1944; J. MARITAIN: *Les droits de l'homme et la loi naturelle*. New York, 1943. Es interesante releer hoy las contribuciones reunidas en 1947 por la UNESCO sobre la cuestión de la posibilidad de adopción de una Declaración Universal, en: *Human Rights, Comments and Interpretations. A Symposium*, entre las que se refieren especialmente a este punto, las de Jacques Maritain, Harold Laski, Benedetto Croce, Sergius Hesen y Boris Tchechko. Véase, asimismo: Héctor Gros Espiell: *Economic, Social and Cultural Rights: Concept and Evolution in National and International Law*, 1972, International Institute of Human Rights, *Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*, 1974; I. SZABO: *Op. cit.*, págs. 24-27; V. KARTACHKIN: "Economic, Social and Cultural Rights", *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, Manuel Unesco, cit.

(7) Paul ORIANE: "De la Juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans la Déclaration Universelle". *Annales de Droit, Revue Trimestrielle de Droit Belge*, t. XXXIV, 1974.

(8) Sobre el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 22 de la Declaración Universal y el difícil proceso que permitió llegar a su adopción: R. CASSIN: *Le texte de la Déclaration Universelle*, op. cit., págs. 607-609. Respecto de la situación actual de los derechos económicos, sociales y culturales, véase el amplio y documentado estudio de M. GANJI: *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: problemas, políticas, logros*, Naciones Unidas, S. 75.XIV.2, 1975.

asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Pero a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen, a su vez, de verdadero sentido y significación. Esta idea de la necesaria integralidad, interdependencia e indivisibilidad en cuanto al concepto y a la realidad del contenido de los derechos humanos, que en cierta forma está implícita en la Carta de las Naciones Unidas, se recoge, amplía y sistematiza en 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se reafirma definitivamente en los dos Pactos Universales de Derechos Humanos aprobados por la Asamblea General en 1966 y en vigencia desde 1975, en la Proclamación de Teherán de 1968 y en la Resolución de la Asamblea General, adoptada en 1977, sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales (9).

Es por ello que puede afirmarse que la extensión espacial, que podríamos calificar de horizontal, de la idea de los derechos

(9) El párrafo 1 de esta resolución, aprobada por 126 votos a favor, ninguno en contra y once abstenciones (diez países de Europa occidental y Estados Unidos), dice en sus tres primeros apartados:

"Decide que el enfoque de la labor futura dentro del sistema de las Naciones Unidas, respecto de las cuestiones de derechos humanos, deberá tener en cuenta los conceptos siguientes:

a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a las de los derechos económicos, sociales y culturales.

b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social, como se reconoce en la Proclamación de Teherán (1968).

c) Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona humana y de los pueblos son inalienables; ..."

Véase también la resolución de la 54. Conferencia Internacional del Trabajo sobre los Derechos Sindicales y su relación con las Libertades Civiles, adoptada sin oposición en el año 1970, cuyo párrafo 1 dice:

"Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enunciadas, en particular, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles."

del hombre y que conducirá a su reconocimiento universal, ha sido paralela a la extensión vertical o conceptual de su contenido.

4. Una de las comprobaciones más interesantes que se extraen del proceso cumplido en estos treinta años en materia de derechos humanos, es la que resulta de la aceptación actual por todos los Estados de los principios, criterios e ideas afirmados en la Declaración Universal de 1948. Lo que en el momento de la adopción de la Declaración fue el resultado de la voluntad de cuarenta y ocho Estados, no habiéndose recogido en la votación ningún voto en contra, pero sí ocho abstenciones que eran la consecuencia de muy importantes reservas y salvedades expuestas en el proceso de elaboración de la Declaración, se acepta actualmente, sin reticencias ni reservas teóricas, por todos los Estados que integran la Comunidad Internacional. Además de otras muchas resoluciones de las Naciones Unidas que afirman esta obligatoriedad, debe recordarse la Proclamación de Teherán, adoptada en 1968, sin ninguna oposición por más de 120 Estados, cuyo párrafo 2 "Declara solemnemente" "obligatoria para la Comunidad Internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos" (10).

5. Los criterios sustentados en la Declaración Universal se admiten hoy como obligatorios, ya sea como consecuencia de estimarse que constituyen principios generales del Derecho internacional o un desarrollo interpretativo de la Carta aceptado expresa y reiteradamente por la Comunidad Internacional por medio de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que proclamó estos derechos y libertades actuando como portavoz de la Humanidad (11). La Declaración Universal

(10) Un minucioso análisis de este proceso cumplido en el seno de las Naciones Unidas se ha efectuado por Marc Schreiber (*Reflexions à l'occasion de la commémoration du vingtième anniversaire de l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Annales de Droit, Revue Trimestrielle de Droit Belge*, t. XXXI, 1-2, Bruselles, 1974). Véase también: Marc SCHREIBER "La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. II, 1975, págs. 311-322.

(11) Los criterios sostenidos hasta 1960, en que predominaba la idea de negar valor jurídico a la Declaración, están resumidos en Carlos GARCÍA BAUER: *Op. cit.*, págs. 79-90. Para las tesis posteriores véase el excelente estudio de la cuestión hecho por LOUIS B. SOHN: "La Declaración Universal de Derechos Humanos, un ideal común? La posición de la Declaración Universal en el Derecho Internacional", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1967, vol. VII, número 2, pág. 20. Asimismo, R. J. DUPUY: "Droit Déclaratoire et Droit Programmatore, de la Coutume sauvage a la 'Soft-Law'", *Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse*, 1974; Heinz GURADZE: "Are Human Rights Resolutions of the United Nations

de Derechos Humanos ha dejado así de tener sólo un valor moral para transformarse en un documento del que se derivan para los Estados deberes y obligaciones concretos.

Y se ha ido aún más lejos, afirmándose —con razón, a nuestro juicio— que el deber de respetar los derechos del hombre constituye una norma imperativa de derecho internacional general, un caso de *jus cogens*, quizá el más característico de nuestra época, con todas las consecuencias que de esta afirmación se derivan (12), cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de

General Assembly law-making?", *Revue des Droits de l'Homme*, volumen IV, 2-3, París, 1971, pág. 453; Jorge CASTAÑEDA: *Valor jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*, "El Colegio de México", 1967, págs. 177-181, 200 y 202; *Legal effects of United Nations Resolutions*, Columbia University Press, 1969; "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1970, t. 129; y Frank C. NEWMAN: "Interpreting the Human Rights Clauses of the UN Charter", *Revue des Droits de l'Homme*, volumen V, núms. 2-3, París, 1972, págs. 288-289.

(12) Sobre el deber del respeto de los derechos humanos como *jus cogens* y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, véase: Roberto AGO: *Introduction au Droit des Traités a la lumière de la Convention de Vienne, Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. III, 1971, pág. 324, nota 37; Roberto AGO: *El hecho internacionalmente ilícito de Estado como fuente de responsabilidad internacional*, A/CN. 4/291/add. 2, 1976, párrafos 28 y 79 y artículo 18, 3.c, del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados adoptado en 1976 por la Comisión de Derecho Internacional; Manuel PÉREZ GONZÁLEZ: *Los Gobiernos y el jus cogens: "Las normas imperativas del Derecho Internacional en la Sexta Comisión"*, *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado, Homenaje al Profesor Luis Sela Sempil*, Oviedo, 1970, pág. 133; José Antonio PASTOR RIDRUEJO: *La determinación del contenido del "jus cogens"*, I. H. L. A. D. I., Madrid, 1972. En nuestro informe sobre la Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho de la libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera, documento E/CN.4/Sub. 2/390, se encuentra una referencia a esta cuestión y la cita de una amplia bibliografía al respecto (párrafos 61-71). La Corte Internacional de Justicia en la sentencia del caso de la *Barcelona Traction*, sostuvo que "los principios y las reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana" crean obligaciones respecto de la Comunidad Internacional en su conjunto. La importancia de los derechos hace que "todos los Estados puedan ser considerados como teniendo un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos", "por lo cual las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*" (Court Internationale de Justice, Arrêt du 5 février 1970, pág. 32). Sobre la interpretación de este párrafo y su relación con el *jus cogens*: Adolfo MIAJA DE LA MUELA: *Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso "Barcelona Traction" a la Jurisprudencia Internacional*, Universidad de Valladolid, 1970, págs. 72-77. Otra interesante referencia se encuentra en la opinión consultiva sobre *Namibia* (1971). Al respecto, consúltese: E. SCHWELB: "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the

"orden público internacional", lo que implica también efectos de obvia importancia (13).

6. La Declaración Universal se fundó en la necesidad de afirmar "una concepción común de estos derechos y libertades", para lograr así el objetivo de fijar "un ideal común... de todos los pueblos y naciones" (14).

El haber llegado a consagrar una concepción y un ideal común de la Humanidad toda en materia de derechos humanos más allá de las divergencias teóricas y doctrinarias sobre la naturaleza de los derechos y libertades del hombre, constituyó quizá el logro más importante alcanzado con la adopción de la Declaración Universal, conquista que permitió luego la redacción de los dos Pactos Internacionales y que abrió perspectivas enormes en cuanto a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos, pese a la realidad de un mundo dividido en ideologías y en sistemas políticos, sociales y económicos diversos, que suponen necesariamente criterios diferentes en cuanto a la naturaleza y esencia de los derechos del hombre.

7. Nada de lo dicho implica desconocer, no sólo el largo camino que aún resta por recorrer para que se logre la total universalización de la idea de los derechos humanos, sino tampoco —lo que es aún más grave, más trágico y más angustioso— el enorme abismo que hay entre los principios teóricos, las fórmulas jurídicas y las solemnes proclamaciones políticas y la realidad de un mundo en el que, con tremenda intensidad y frecuencia, se niegan y desconocen los derechos de la persona humana.

Estas violaciones provienen no sólo de los Estados, sino que pueden tener, y tienen en la realidad, muy diversos orígenes. El fenómeno del terrorismo, que aunque muchas veces es la consecuencia directa de acciones estatales y/o gubernamentales, es ejercido en otras ocasiones por individuos que no actúan bajo

Charter", *American Journal of International Law*, vol. 66, 1972, y Frank C. NEWMAN: *Op. cit.*, pág. 283.

(13) W. J. GANSHOFF VAN DER MERSE: "L'Ordre Public et les Droits de l'homme" *J. T.*, 30/XI/68, pág. 666; Charles DE VISSCHER: *Positivisme et "jus cogens"*, *Revue Générale de Droit International Public*, 1971, núm. 1; R. MONACO: "Cours Général de Droit International Public", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1968, vol. 125, págs. 202-212.

(14) *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un ideal común*, Naciones Unidas, 63.L13; Theo C. VAN BOVEN: "Partners in the promotion and protection of human rights", *Essays on International Law and relations in honour of A. J. P. Thammes, Netherlands International Law Review*, vol. XXIV, 1/2, 1977; François RIGAUX: "Vers une conception écuménique des droits de l'homme", *Annales de Droit, Revue Trimestrielle de Droit Belge*, t. XXXIV, 1974.

las órdenes de ningún Estado o Gobierno, es un ejemplo actual, de gravedad evidente, de que las libertades y derechos del ser humano están sujetos a ataques de la más diversa procedencia. Su protección y garantía debe tener en cuenta este extremo, ya que no es posible encarar la cuestión como si el Estado, a través de los Gobiernos, hubiera de ser necesariamente la única fuente de la que provienen las violaciones de los derechos de la persona humana. Sin embargo no puede desconocerse que el Estado, que debería ser la primera garantía de los derechos del hombre, y que en algunos casos lo es (15), constituye todavía hoy el origen de las mayores y más graves violaciones de las libertades y derechos de los individuos.

Lo dicho sobre el positivo proceso cumplido desde 1948 no implica tampoco olvidar los retrocesos que en la materia han existido en algunas regiones que, en épocas no lejanas, eran un ejemplo de respeto a la dignidad del hombre y a sus derechos y que muestran ahora un panorama triste y desconsolador.

Pero este reconocimiento de las realidades existentes no puede llevar a la negación o al desconocimiento del avance cumplido, la importancia del proceso encarado y los progresos realizados en treinta años para universalizar la promoción, garantía y respeto de los derechos de la persona humana. Lo que aún resta por hacer —en un proceso en el que hay que saber que jamás se habrá de llegar totalmente al objetivo querido y al resultado óptimo, porque la violación del derecho es consustancial con la existencia misma de la sociedad humana y la libertad constituye un valor que no puede nunca conceptuarse como definitivamente conquistado y asegurado— es una empresa enorme y difícil.

La conciencia de lo hecho y el conocimiento de la realidad presente constituyen el acicate que asegura que la historia ha de seguir siendo la hazaña de la libertad.

(15) En realidad el Estado democrático moderno debería ser, y lo es en algunos casos, en determinados momentos, la más firme defensa y garantía de los derechos humanos frente a los ataques provenientes de otras fuentes. El Presidente G. Pompidou decía al respecto el 29 de abril de 1970: "Le temps n'est plus où, dans un pays tel que le notre, l'autorité de l'Etat pouvait apparaître comme une menace pour la liberté du citoyen. Elle en constitue, au contraire aujourd'hui, plus que jamais la force. N'est pas seulement indispensable à la Nation pour assurer son avenir et sa sécurité, mais aussi à l'individu pour assurer la liberté" (Héctor GROS ESPIELL: *El Predominio del Poder Ejecutivo en América Latina*, UNAM, México, 1977, pág. 20).

II

8. No es fácil, y quizá pueda decirse que ni siquiera es científicamente correcto, intentar dar algunas ideas respecto de la evolución del concepto de los derechos humanos en estos treinta años, clasificando los grupos de países en la forma en que lo hace el título de este trabajo. Así, por ejemplo, la vaguedad del término "Tercer Mundo" complica enormemente todo análisis de la evolución del concepto de los derechos humanos, que deba partir de una clasificación que incluye este término. En efecto, los distintos criterios que se enfrentan hoy sobre el sentido de la expresión "Tercer Mundo" (16) y respecto de los países que lo integran, el hecho de que dentro de él coexistan Estados que se dicen socialistas (17) con países de economía liberal de mercado y la circunstancia de que regiones enteras que respondan a una concepción jurídica y política occidental, como es el caso, entre otros, de la América Latina, se integran en lo que se llama el Tercer Mundo, muestran los difíciles problemas que resultan de utilizar esta clasificación, con respecto a las diferentes concepciones de los derechos humanos en el mundo de hoy.

Sin embargo, teniendo conciencia de tales dificultades y de los problemas que éstas generan, puede intentarse ordenar ciertas ideas y reflexiones al respecto, siempre que se precise y se tengan debidamente en cuenta los defectos y carencias de una división o clasificación del mundo, para los efectos de este tra-

(16) Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, la radical oposición entre la concepción soviética y la concepción china sobre la integración y la naturaleza de cada uno de los Tres Mundos. Respecto a este último, véase el amplio estudio publicado en Renmin Ribao, el 1 de noviembre de 1977, *La teoría del Presidente Mao sobre los Tres Mundos constituye una gran contribución al marxismo-leninismo*, Ediciones de lenguas extranjeras, Pekín, 1977, y el discurso del Ministro de Relaciones Exteriores de China, Juang Jua, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de septiembre de 1977 (*Pekín Informa*, núm. 41, 12/XI/77, págs. 31-40). Una concepción crítica del punto de vista chino, así como también del soviético y del llamado "no alineamiento" se desarrolla en la reciente obra de E. Hoscha, *Imperialismo y Revolución*, Tirarica 1979.

(17) No sólo Estados de África y de Asia que se autocalifican como tales, sino también, por ejemplo, Yugoslavia, que ha sido y es un elemento esencial en el grupo de países del Tercer Mundo; Rumania, que ha planteado en la UNCTAD la voluntad de pertenecer al grupo de países socialistas de Europa Oriental y, al mismo tiempo, al grupo de países en vías de desarrollo, y Cuba, que integra el COMECON y que ha actuado activamente con los países del Tercer Mundo. El caso de China es también muy importante, porque dentro de su teoría de los Tres Mundos, en la que no cuentan las fórmulas políticas o ideológicas para la inclusión en uno de los "mundos", sino otras consideraciones, se autoincluye dentro del Tercer Mundo.

bajo, como la antes citada, y se hagan constar las consecuencias de ello, cuando sea pertinente, en los casos examinados (18).

Por lo demás, es preciso señalar que pretender en unas pocas páginas encarar la cuestión que se nos ha encargado de tratar, resulta prácticamente imposible por la vasta y compleja extensión y naturaleza del tema. Sólo se puede, como hemos dicho, intentar hilvanar algunas reflexiones al respecto que han de ser necesariamente incompletas y parciales.

III

9. La expresión "criterios occidentales" referida a los derechos humanos debe entenderse, sabiendo de su relativo irrealismo e imprecisión geográfica, en una acepción mucho más amplia que la que resultaría de incluir en ella sólo a Europa Occidental.

En primer término, porque comprende también a los Estados Unidos y al Canadá, que se encuentran dentro de lo que podría calificarse como Hemisferio Occidental y que además están nutridos por criterios ideológicos y políticos nacidos de la llamada tradición occidental y, en cierto sentido, a Israel ya que por su ubicación política actual, pero también por los antecedentes de su pueblo en la materia, no es errado incluir en este grupo.

Pero también se integra, y aquí la cuestión ya es más compleja, con la América Latina, que económicamente pertenece al grupo de los países en vías de desarrollo, por lo que puede conceptuarse que es una parte del Tercer Mundo y que, pese a su estructura económico-social tan distinta de los países llamados occidentales, y de sus grandes poblaciones de origen autóctono o mestizo, ha tenido en materia de derechos humanos una ideología y una concepción occidentalista, nutrida originariamente de la gran tradición jurídica española en cuanto a la igualdad, libertad y dignidad del ser humano —tradición que ha sido un ejemplo notable, aunque oscurecido y negado por la leyenda negra anti hispánica—, por el pensamiento revolucionario francés y muchas fórmulas del constitucionalismo estadounidense (19). Esta concepción occidental en materia de derechos humanos de la América Latina muestra hoy algunos ejemplos de retroceso y de negación del pensamiento tradicional que, por su

(18) Una clasificación igual para el estudio de los derechos humanos se aceptó en el trabajo de François RIGAUX (*Vers une conception écuménique*, ... cit., pág. 7).

(19) Héctor GROS ESPIELL: *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos del hombre en la América Latina*, UNAM, México, 1977.

naturaleza misma, sólo pueden ser —aunque lamentables y angustiosos— pasajeros y transitorios.

La existencia actual en América Latina de algunos Estados que aceptan la concepción marxista-leninista, como es el caso de Cuba y quizá de algún otro, excluye naturalmente a éstos, en el momento presente, de la posibilidad de integrarse en la concepción occidental predominante en la materia de derechos humanos en el continente.

Deben también considerarse incluidos dentro de la concepción occidental en lo que se refiere a los derechos humanos, a países como Australia y Nueva Zelanda que, situados geográficamente en otro hemisferio, son Estados desarrollados que no integran el Tercer Mundo y en los cuales predomina de manera absoluta una población de origen europeo.

Otro caso de gran interés es el de Japón que, situado en el Extremo Oriente y con una antiquísima y fuerte tradición filosófica propia, se conceptúa hoy, desde cierto punto de vista, en cuanto país altamente desarrollado que integra el sistema de Estados de economía de mercado, en el grupo occidental. A esta situación, con referencia al problema de los derechos humanos, se suma la circunstancia de que a partir del Tratado de Paz firmado con los Estados Unidos y otras potencias y la adopción de su nueva Constitución, Japón se ha acercado en cuanto a su sistema político y al régimen de los derechos humanos al campo occidental. Se da así la paradoja de que un país oriental, poseedor de una gran cultura y de una fuerte tradición, debe estimarse por la fuerza de las circunstancias económicas y políticas fuera del marco geográfico en que se encuentra y del cuadro histórico en que se desarrolló, siendo necesario incluirlo, en cambio, en cuanto al concepto de los derechos del hombre, aun sabiendo de las diferencias ineludibles existentes, y aunque parezca absurdo, dentro de los criterios llamados generalmente occidentales.

No puede, en cambio, decirse que la República Sudafricana pueda incluirse en el grupo de Estados que aceptan una concepción occidental en materia de los derechos y libertades. Por el contrario, la doctrina del apartheid que ella aplica constituye una monstruosa y enfermiza violación de los derechos del hombre y es absolutamente incompatible con la verdadera ideología occidental, aunque pueda considerarse como una derivación de ciertos criterios originados históricamente en la Europa Occidental.

No es posible, en efecto, olvidar que fue en esta Europa —y no es el único ejemplo citable— que nació y se desarrolló el nazismo, que se fundó en la negación radical de la idea de los

derechos humanos. Esta teoría política y la terrible realidad que originó demuestran, una vez más, que ninguna región del mundo puede atribuirse la primacía absoluta en cuanto a la afirmación y defensa de la idea en que se basa el respeto de los derechos y libertades del hombre.

10. En esta concepción occidental han existido y existen criterios diversos y diferentes posiciones doctrinarias sobre la naturaleza y fundamento de los derechos humanos, desde el *jus naturalismo*, en sus diferentes manifestaciones, hasta el positivismo, al parecer ahora en decadencia, y desde las posiciones basadas en el idealismo filosófico hasta las que resultan de las corrientes materialistas. Sin embargo, en su manifestación prácticamente predominante, puede afirmarse que la concepción conocida por occidental afirma que el hombre posee derechos y libertades consustanciales a su naturaleza, propios de su calidad de persona, anteriores al Estado y a toda organización política, imprescriptibles e irrenunciables. Estos derechos son atributos de la persona humana y no derivan de la calidad de ciudadano de un Estado (20).

Ha sido, asimismo, la teoría jurídica predominante de los países occidentales la que ha afirmado y mantenido, quizá con más fuerza y continuidad, el criterio de que el ser humano es sujeto de Derecho internacional (21).

No es posible comprender la llamada concepción occidental en materia de derechos humanos, sin tener en cuenta que la idea que de estos derechos se afirma en ella resulta determinada por el hecho de que se trata de sociedades políticas organizadas en base a la fórmula tradicional de la democracia que admite el pluralismo ideológico y político y el multipartidismo y supone necesariamente la confrontación electoral en elecciones periódicas, en la que se pueden enfrentar todas las corrientes de opinión política sin discriminación o exclusión ideológica o personal de especie alguna.

11. Dentro de los países que aceptan o que se integran en este pensamiento occidental respecto de los derechos humanos, los últimos treinta años han mostrado el fin de la vieja concepción individualista que los reducía a las libertades civiles y políticas y olvidaba la necesidad de reconocer y garantizar la efec-

(20) Gregorio PECES BARBA: *Derechos Fundamentales, Teoría General*. Madrid, 1973, págs. 53-58, para un resumen de las diversas teorías "occidentales" en materia de derechos humanos. Con enfoque distinto: J. CASTÁN TOBEÑAS: *Los derechos del hombre*. Madrid, 1969, págs. 40-77.

(21) René CASSIN: "L'homme sujet de Droit International et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", *Melanges Georges Scelle*. París, 1950.

tividad de los derechos económicos, sociales y culturales, no sólo por su valor propio, sino porque sin ellos los derechos civiles carecen de base material y se transforman en fórmulas carentes de vida y de realidad. Hoy, aunque en diferentes grados y con diversos matices, todos los países llamados occidentales han abandonado esta ideología formal e individualista, aunque subsisten discrepancias respecto de la esencia de los derechos económicos, sociales y culturales, a su naturaleza y a las fórmulas requeridas para su protección y garantía (22).

12. El crecimiento del Estado, la abrumadora complejidad burocrática y el debilitamiento de las posibilidades reales que los individuos tienen de hacer valer y respetar sus derechos, ha provocado en muchos de estos países la creación de institutos nuevos para la defensa y protección de los derechos del hombre del tipo, a través de sus múltiples variantes, del ombudsman escandinavo. Instituciones como éstas son características de la preocupación de muchos países occidentales para resolver prácticamente los nuevos problemas que plantea en el derecho interno la protección de los derechos humanos. Es interesante notar que fórmulas de este tipo han influido recientemente en algunos países del Tercer Mundo (23), lo que constituye una demostración de benéfica interrelación de las diferentes concepciones y sistemas en materia de derechos humanos.

13. Ha sido Europa Occidental, dentro del grupo de los países occidentales, donde la protección internacional de los derechos humanos ha tenido un proceso de regulación regional más importante, proceso que constituye hoy, para otras regiones, un ejemplo y un acicate (24).

Ya los Estatutos del Consejo de Europa del 5 de mayo de 1948 afirmaban como finalidad de su establecimiento "la defensa de la libertad individual, de la libertad política y de la preeminencia del derecho".

Y la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, estableció, fundándose en el reconocimiento "de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del derecho", un sistema convencional para la defensa y garantía internacional de

los derechos y libertades fundamentales del hombre, sobre la base de la actuación de una Comisión y de una Corte Europea de Derechos Humanos. El éxito de esta experiencia constituye uno de los mayores aportes hechos internacionalmente al respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

La Carta Social Europea de 1961 completó la determinación conceptual de los derechos del hombre en Europa occidental, incluyendo la necesaria promoción y respeto de los derechos económicos y sociales.

El ingreso de Portugal y España al Consejo de Europa en 1977, la firma por estos países de los dos Pactos Internacionales de Derechos del Hombre y su ratificación por España, la solución de la cuestión que motivó el alejamiento momentáneo de Grecia del Consejo de Europa y la ratificación por España de los Convenios números 87 y 98 de la OIT, así como las negociaciones para el ingreso de estos tres países al Mercado Común Europeo, han llevado a que toda Europa Occidental se integre ahora, práctica y políticamente, en una misma concepción de los derechos y libertades del hombre (25).

El funcionamiento excelente del sistema regional europeo de protección de los derechos del hombre ha sido un elemento más para demostrar y para servir de ejemplo respecto de la posibilidad y utilidad en el mundo actual de sumar los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. En esta materia, universalismo y regionalismo no son fórmulas excluyentes o antinómicas, sino regímenes que deben combinarse y armonizarse, adicionando las ventajas que cada uno de ellos posee según las circunstancias diversas, para alcanzar mejor el objetivo de garantizar internacionalmente los derechos y libertades de los individuos (26).

14. El hecho de que en Europa coexistan los llamados países occidentales con un grupo de Estados socialistas de Europa Oriental que, naturalmente, tienen en materia de derechos humanos criterios diferentes a los occidentales, ha creado problemas muy particulares.

Interesa señalar que el ideal y la concepción común procla-

(25) ANTONIO TRUYOL Y SERRA: *Los Derechos Humanos*. Madrid, 1977. Epílogo, pág. 174.

(26) HÉCTOR GROS ESPIELL: "Le Systeme Interamericaine comme régime régional de protection internationale des Droits de l'homme", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1975, págs. 7-12; K. VASAK: "Problemas relativos a la Constitución de Comisiones de Derechos Humanos", *Veinte años de Evolución de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1974, pág. 575; ROGER PINTO: "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", *Nobel Symposium*. Stockholm, 1968, pág. 177.

(22) PAUL ORIANE: "De la Juridicité des Droits économiques et sociaux reconnues dans la Déclaration Universelle", *Annales de Droit*, cit., t. XXXIV, 1974.

(23) T. O. ELÍAS: "Human Rights and the Developing Countries", *International Institute of Human Rights*. Strasbourg, 1977.

(24) Para citar sólo una obra, entre la enorme bibliografía al respecto, K. VASAK: "Le Conseil de l'Europe". *Manuel Unesco*, cit.

mados por la Declaración Universal de Derechos Humanos han permitido avanzar en Europa en un proceso positivo en cuanto a la aceptación general de la necesidad de proteger y garantizar los derechos del hombre. Constituyen así avances en el camino hacia el reconocimiento internacional de los derechos humanos, referidos a todo el continente europeo, documentos como la Resolución sobre la Libertad Sindical y las Relaciones Profesionales en Europa, adoptada en la Segunda Conferencia Regional Europea de la OIT (Ginebra, enero de 1974) y el acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (Helsinki, 1975) (27).

Estos dos documentos demuestran, una vez más, la posibilidad práctica de ponerse de acuerdo en cuanto a la enumeración de los derechos humanos y su protección, pese a las discrepancias teóricas y doctrinarias existentes, en base a la concepción y al ideal común proclamados por la Declaración Universal. No es utópico pensar que este acuerdo, y sin que ello implique desconocer la triste realidad de los derechos del hombre en muchos países, habrá de tener proyecciones prácticas, progresistas y po-

(27) El párrafo 1.º de la Resolución sobre la libertad sindical y las relaciones profesionales en Europa (Segunda Conferencia Regional Europea de la OIT, Ginebra, enero 1974), dice: "Reafirma la validez universal de los principios de libertad sindical promulgados en la Constitución y en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia de libertad sindical."

El capítulo VII de la Declaración de Principios que guía "las relaciones entre los Estados participantes", de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, incluido en su Acta Final. Helsinki, 1975, dice:

"The participating States will respect human rights and fundamental freedoms, including the freedom of thought, conscience, religion or belief, for all without distinction as to race, sex, language or religion.

They will promote and encourage the effective exercise of civil, political, economic, social, cultural and other rights and freedoms all of which derive from the inherent dignity of the human persons and are essential for his free and full development.

Within this framework the participating States will recognize and respect the freedom of the individual to profess and practise, alone or in community with others, religion or belief acting in accordance with the dictates of his own conscience.

The participating States on whose territory national minorities exist will respect the right of persons belonging to such minorities to equality before the law, will afford them the full opportunity for the actual enjoyment of human rights and fundamental freedoms and will, in this manner, protect the legitimate interests in this sphere.

The participating States recognize the universal significance of human rights and fundamental freedoms, respect for which is an essential factor for the peace, justice and well-being necessary to ensure the development of friendly relations and co-operation among themselves as among all States.

sitivas, aunque en un proceso que no puede ser rápido ni inmediato.

De igual modo, el hecho de que existan y actúen en Europa Occidental —además de partidos socialistas y demócratas— importantes partidos políticos que ideológicamente resultan de la doctrina marxista-leninista, y la observación se refiere tanto a los partidos socialistas propiamente dichos como a los partidos comunistas, es una circunstancia de importancia indudable que no puede olvidarse para comprender la situación en materia de derechos humanos en Occidente. El fenómeno del eurocomunismo, en su relación con el problema de los derechos humanos, posee también una innegable significación sobre el que volveremos al referirnos a las concepciones sociales actuales (28).

15. La evolución de los criterios referentes a los derechos humanos en la América Latina es el resultado de la situación ambivalente que existe en el Continente a su respecto, de su pertenencia teórica a una concepción occidental y a la realidad de un Continente en proceso de desarrollo, con tremendos problemas sociales y económicos.

Jurídicamente la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, la Carta de Bogotá del mismo año, que estructuró el Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada en 1959, el Protocolo de Buenos Aires de reforma de la Carta de 1967 y la Convención de San José (que entró en vigencia en 1978 al obtener 11 ratificaciones) constituyen etapas de alta importancia, fundadas en instrumentos internacionales similares, en cierta forma, a los surgidos en Europa Occidental e inspirados en ideas análogas.

Pero en los hechos la América Latina ha visto el abismo entre el derecho y la realidad, entre las libertades proclamadas y la verdad de la miseria y de la explotación. La confusa situación actual, resultado de las contradicciones antes señaladas y de

They will constantly respect these rights and freedoms in their mutual relations and will endeavour jointly and separately, including in co-operation with the United Nations, to promote universal and effective respect for them.

They confirm the right of the individual to know and act upon his right and duties in this field.

In the field of human rights and fundamental freedoms, the participating States will act in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the Universal Declaration of Human Rights. They will also fulfil their obligations as set forth in the international declarations and agreements in this field, including inter alia the International Covenants of Human Rights, by which they may be bound".

(28) A. TRUYOL Y SERRA: *Los Derechos Humanos*, cit., págs. 164-165.

otros muchos factores que no es posible examinar ahora, muestra sin duda una honda crisis en materia de derechos humanos en la América Latina. Pero todo permite afirmar que esta crisis ha de ser transitoria y circunstancial y que la América Latina ha de alinearse en la defensa de su concepción tradicional en materia de derechos humanos, nutriéndola del necesario contenido económico y social, que sólo puede ser real si se funda en el desarrollo y en el cambio de las obsoletas estructuras que han impedido el progreso y la justicia.

IV

16. Al enunciar algunos elementos de juicio relativos a la evolución del concepto de los derechos humanos en estos últimos años en los países socialistas, tenemos que aclarar que se trata de efectuar únicamente ciertas brevísimas precisiones generales, necesariamente incompletas y parciales. En estas referencias habremos de incluir no sólo datos relativos a algunos países socialistas de Europa Oriental, incluso Albania —cuyos criterios al respecto son diferentes a los de los otros países comunistas—, sino también a Cuba, a Yugoslavia —que integran el grupo de los países tercermundistas y no alineados— y a China, que dentro de su teoría de los Tres Mundos incluye en el Primero a la Unión Soviética y a los Estados Unidos y se autointegra en el Tercero. Referencias a otros países socialistas de África y Asia serán hechas al tratar de la evolución del concepto de los derechos humanos en el Tercer Mundo, ya que ahora sólo fijaremos la atención en el caso de los países socialistas antes citados, organizados en base a la aceptación expresa de la teoría marxista, aunque existan entre ellos notorias diferencias al respecto.

Debe aclararse asimismo que la tan importante cuestión de la evolución de este concepto en el pensamiento y en la acción política actual de los partidos socialistas y comunistas de Europa Occidental no podrá ser estudiada, limitándonos sólo a una referencia marginal.

17. Antes de citar algunos datos que muestren la evolución cumplida en el campo socialista en cuanto al concepto de los derechos humanos en los últimos años, es útil reiterar que el pensamiento marxista —nacido en Occidente dentro de la tradición filosófica de la Europa Occidental— implica una teoría de los derechos del hombre que posee caracteres distintos y que se funda en elementos diferentes de los que acepta, lo que generalmente se denomina concepción occidental en la materia. Esta diversidad, sobre la cual por conocida no es del caso extender-

nos (29), no impidió, sin embargo, en 1948, en un acuerdo que entonces pareció muy difícil, que se llegara a proclamar en la Declaración Universal de Derechos Humanos un ideal y una concepción común. Esta coincidencia esencial —manteniéndose la diversidad de las distintas teorías en cuanto al fundamento de los derechos del hombre, su naturaleza y otras cuestiones vinculadas con su régimen jurídico— se ha afirmado y desarrollado como consecuencia de la posterior evolución. Se ha podido llegar así a ejemplos de coincidencia de especial significación como la registrada con motivo de la aprobación de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en una votación en la que coincidieron los países occidentales y los Estados socialistas, en la ratificación de estos pactos por muchos países socialistas y por muchos países occidentales y en documentos como los ya citados en el párrafo 14 del presente trabajo, en especial el Acta Final de la Conferencia de Helsinki.

18. En cuanto a la protección internacional de los derechos del hombre, la mayoría de los países socialistas han ratificado los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Esta actitud ha sido sumamente importante, pues en cierta forma hizo posible su entrada en vigor en 1976. Pero ninguno de ellos ha firmado ni ratificado el Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos. El régimen establecido por este Protocolo en en cuanto a la posibilidad de denuncia individual constituye todavía hoy algo no admitido por la teoría jurídica de los países socialistas, cuya doctrina y cuya práctica internacional continúan afirmando que el hombre no es sujeto de Derecho Internacional. La aceptación de instrumentos internacionales como los pactos de Derechos Humanos no significa que se confieran derechos directamente a los individuos por el Derecho Internacional. Estos textos se limitarían a imponer obligaciones a los

(29) B. TCHETCHKO: "El concepto de los derechos del hombre en la URSS, según texto oficiales", *Human Rights, Comments and Interpretations, a Symposium*, UNESCO, 1949; V. KARTACHKIN: "Cooperation des pays socialistes dans le domaine du Droit International", *Manuel Unesco*, cit.; A. MOVCHÁN: "Problemas de los derechos del hombre en el Derecho Internacional Contemporáneo", *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Moscú, 1973, pág. 275; Jovan DJORDJEVIC: "Human Rights and Freedom in the Contemporary World", *Review of International Affairs*, núm. 650, Belgrado, 1977; I. SZABO: "Fondements historiques et développement des droits de l'homme", *Manuel Unesco*, cit., y el conjunto de estudios reunidos en las obras colectivas *Socialist concept of Human Rights*, Budapest, 1966, y *La République Populaire de Bulgarie et les Droits de l'Homme*, Association Bulgare de Droit International, Bucarest, 1971.

Estados respecto del deber de respetar los derechos y libertades enunciados en ellos (30).

No se ha dado tampoco en estos países un sistema de protección regional de los derechos humanos como el vigente en Europa o el existente en América Latina, resultado de la acción de la Comisión Interamericana o de la Convención de San José. Estas fórmulas de protección internacional regional constituyen también algo no aceptable para la concepción socialista de los derechos humanos en el campo internacional.

La cooperación internacional en esta materia entre los países socialistas, parte de un concepto doctrinario distinto y se realiza por medio de acuerdos de cooperación bilaterales o multilaterales, mediante fórmulas totalmente diversas de las que inspiraran el sistema europeo o americano de protección regional de los derechos de la persona humana (31).

19. Las Constituciones de los países socialistas de Europa Oriental han mantenido y desarrollado los elementos característicos de la teoría marxista en cuanto a los derechos de los ciudadanos.

No nos referiremos a la regulación general de la cuestión de los derechos de los ciudadanos en estas Constituciones que, entre otros extremos, niegan naturalmente el derecho de propiedad privada de los medios de producción y afirman que estos derechos, que no se pueden ejercer contra el Estado socialista, sólo existen en el marco de la situación concreta regulada por la legalidad socialista, no pudiendo concebirse como anteriores y superiores al Estado o inherentes a la calidad de persona humana.

Sólo indicaremos que la mayoría de los más recientes textos constitucionales de estos países, mantienen la fórmula tradicional de incluir declaraciones relativas a los derechos y deberes de los ciudadanos y no a los derechos y libertades de los hombres en general o de los habitantes, es decir, de todos los individuos que se encuentran en el territorio del Estado (32). Esta

(30) V. KARTACHKIN, op. cit.; A. MOVCHÁN, op. cit.; sobre la posición soviética anterior a la ratificación de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos: JOHN CAREY: "Implementing Human Rights Conventions, The Soviet view", *Kentucky Law Journal*, vol. 115; y KENT L. TEDIN: "The development of Soviet attitude toward implementing human rights UN under the Charter", *Revue des Droits de l'Homme*, vol. V, 2-3, 1972, pág. 399.

(31) V. KARTACHKIN: Op. cit.

(32) Constitución de la República Democrática Alemana del 6 de abril de 1968 adicionada y enmendada el 7 de octubre de 1974 (Parte II, capítulo I, Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos); Constitución de la República Socialista de Rumania del 27 de diciembre de 1974, modificada el 28 de marzo de 1975 (Título II, Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos); Constitución de la Repú-

particularidad continúa siendo un elemento distintivo de la concepción socialista de los derechos humanos, frente a lo que se podría llamar la concepción occidental. Es también la fórmula que acepta la Constitución de la República Popular China (33). Sin embargo, se han notado últimamente algunos ejemplos que, en cierta forma, alteran en algo esta fórmula tradicional. Así, la nueva Constitución soviética de 1977, en su artículo 37 garantiza a los ciudadanos extranjeros y a las personas sin ciudadanía en la URSS los derechos y libertades previstos en la ley, incluyendo el derecho de apelar a los tribunales y a otros órganos del Estado para defender sus derechos personales, patrimoniales, familiares, etc. Es decir, que los extranjeros, aunque la ley les reconoce derechos y la Constitución les atribuye el de apelar a los tribunales y otros órganos del Estado, no poseen la generalidad de los derechos civiles que la Constitución atribuye a los ciudadanos soviéticos que, además, son los únicos y lógicos titulares de los derechos políticos. Este texto de la nueva Constitución soviética constituye una evolución respecto del régimen de la Constitución de 1936 que sólo se refería a los derechos de los ciudadanos (capítulo X, arts. 118-133).

La Constitución de la República de Cuba de 1976, en los capítulos V (Igualdad) y VI (Derechos, deberes y garantías fundamentales), se refiere a los derechos de los ciudadanos con respecto a la igualdad (arts. 40-43), pero, aunque de muchos derechos son titulares sólo los ciudadanos, en otros casos se les reconocen determinados derechos a todos los individuos, personas o habitantes según los casos (arts. 44-65).

La Constitución de Checoslovaquia de 1960, modificada en 1970 por las Actas Constitucionales 143 y 144, si bien se refiere en general a los derechos de los ciudadanos (capítulo II), en ciertos casos habla de los derechos de los trabajadores (arts. 22-23) y, lo que es algo sumamente importante, garantiza la inviolabilidad de la persona (art. 30).

Una alteración aún más honda de la concepción tradicional de las Constituciones socialistas es la que se encuentra en la Constitución yugoslava de 1974. Este texto dedica su capítulo III a las "Libertades, derechos y deberes del hombre y del ciudadano". Algunos de los derechos declarados, entre los que están naturalmente los políticos, tienen como únicos sujetos a los ciu-

blica Socialista de Albania, del 28 de diciembre de 1977, 1.ª parte, capítulo II, Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos.

(33) Constitución de la República Popular China del 17 de enero de 1975, capítulo III, Derechos y deberes básicos de los ciudadanos.

dadanos; de otros, en cambio, son titulares los "trabajadores", las "personas" o los "hombres" (34).

Se muestra así que se ha iniciado o insinuado un interesante proceso evolutivo hacia un mayor reconocimiento de derechos a todos los individuos —aunque dentro, naturalmente, del marco de la concepción marxista-leninista— y no sólo de los ciudadanos, en los países socialistas.

20. La importancia creciente de la cuestión de los derechos humanos en los países socialistas es evidente. Se demuestra, entre otros muchos ejemplos posibles, con el fenómeno de los "disidentes" en la Unión Soviética y el caso de la declaración de los 77 en Checoslovaquia, que siguió varios años después de la "primavera" de Praga de 1968, con la distinta aproximación al tema que tienen, no sólo los partidos socialistas nutridos de la teoría marxista en Europa Occidental, con las posiciones oficialmente sostenidas al respecto por los países socialistas de Europa Oriental (35), sino también por algunos de los partidos comunistas de los países euro-occidentales, muchos de los cuales, al proclamar el llamado "eurocomunismo", aceptan, expresa o implícitamente, fórmulas en materia de derechos humanos que no son evidentemente ortodoxas respecto de los criterios originalmente aceptados en la teoría jurídica y en la práctica política de los países comunistas.

Sin entrar al análisis de estos fenómenos, no puede dudarse de su interés y de su posible proyección futura en cuanto a los cambios que pueden producirse en las concepciones relativas al régimen jurídico de los derechos humanos, el marco político dentro del cual pueden jugar estos derechos y libertades y a su protección por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional.

V

21. El análisis de la evolución del concepto de los derechos humanos en el Tercer Mundo plantea problemas de particular

(34) ALEJSANDER FERA: "Libertades y derechos del hombre y del ciudadano según la Constitución de la R. S. F. J.", *Política Internacional*, núm. 655. Belgrado, 20/I/1977.

(35) Véase, por ejemplo, el pensamiento del Partido Socialista francés, con referencia a la cuestión de los derechos humanos, en la obra colectiva *Liberté, Libertés*, Gallimard, París, 1976. Pero en especial, es preciso señalar el enfoque de la cuestión de los derechos humanos de los partidos "eurocomunistas", que supone una revalorización de las libertades formales y un enfoque absolutamente heterodoxo del problema. (Véase SANTIAGO CARRILLO: *Eurocomunismo y Estado*. Barcelona, 1977, págs. 17, 167 y 202.)

complejidad. No sólo, en efecto, es sumamente difícil o mejor dicho prácticamente imposible llegar a un concepto del Tercer Mundo unánimemente aceptable y que clarifique además sus relaciones con el grupo de países no alineados y con el grupo de países en vías de desarrollo (36), lo que implica una idea clara y precisa respecto de los países que integran el Tercer Mundo, cuestión a la cual ya nos referimos en los párrafos 8, 9 y 16, sino que, además, es preciso tener en cuenta que no hay, en forma alguna, una concepción teórica común en materia de derechos humanos entre los países del llamado Tercer Mundo. En efecto, en estos países existen Estados que aceptan la concepción marxista-leninista, hay países que se dicen socialistas, pero de diferentes tipos de socialismo que no es posible encasillar estrictamente dentro del marxismo, entre ellos hay algunos que aceptan filosofías, ideologías o tradiciones históricas que importan concepciones particulares y específicas respecto de los derechos humanos (37) y se encuentran, finalmente, otros que, aunque compartan total o parcialmente estas concepciones, ideológicas o filosóficas, se han organizado política, económica y socialmente sobre modelos de tipo capitalista occidental.

Además, en muchos de los países del Tercer Mundo, situados en África y en Asia, la incidencia de modelos constitucionales occidentales de países que actuaron como potencias colonizadoras, ha dejado una huella más o menos grande según los casos que, evidentemente, ha influido en la regulación jurídica de la cuestión de los derechos humanos (38). Lo mismo puede de-

(36) G. DE LACHARRIÈRE: "La catégorie des pays en voie de développement", *Société Française pour le Droit International*. "Colloque D'Aix en Provence", 1973; EUGENIO ANGUIANO: "México, El Tercer Mundo, Racionalización de una posición". *Foro Internacional*, número 69, vol. XVIII, julio-septiembre 1977, vol. I.

(37) Véase, por ejemplo, los estudios de Chung-Shu, Hamayun Kabir y S. V. Puntambeka, sobre los conceptos chinos, islámico e hindú de los derechos del hombre en el ya citado *Symposium de la UNESCO*, 1949, y el análisis de los derechos del hombre en África hecho por K. M'BAYE: "L'Organisation de l'Unité Africaine", *Manuel Unesco*, cit.

(38) Por ejemplo, en cuanto a los países francófonos de África, MONIQUE LIONS: "Los derechos del individuo en las Constituciones del África Francófona", *Veinte años de Evolución de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1974, págs. 491-501. Sobre la cuestión de los países de lengua inglesa de África y de Asia, T. O. ELÍAS: *Human Rights and the developing countries*, International Institute of Human Rights, Strasbourg, 1977; T. O. ELÍAS: "The new Constitution of Nigeria and the protection of human rights and fundamental freedoms", *The Juridical Review*, 1960, vol. II; M. MOSKOWITZ: *Human Rights and World Order*. New York, 1953.

cirse de la influencia de los modelos constitucionales de los países comunistas sobre otros muchos países del Tercer Mundo.

Finalmente existe el caso de la América Latina en la cual —si bien con excepción de Cuba y la situación menos clara y definida de Guyana— se ha aceptado la concepción llamada occidental, ya que la influencia europea ha sido, por lo menos en sus élites dirigentes, mucho más honda y radical que en otros países en desarrollo. La independencia de los países latinoamericanos se produjo, con excepción de los Estados del Caribe, en el siglo XIX, en un proceso cronológicamente muy anterior a la descolonización que está en el origen de la mayoría de los Estados tercermundistas de África y de Asia, y este hecho ha tenido y tiene repercusiones ciertas en la cuestión de la concepción de los derechos humanos admitida en el Continente.

22. Pero si bien es imposible llegar a aceptar la afirmación de que existe una concepción común de los derechos humanos en los países del Tercer Mundo, es evidente que la situación económica y social que los caracteriza, aun sabiendo de las enormes diferencias que existen entre ellos, implica en casi todos los países que lo integran, la necesidad de un análogo o similar enfoque respecto de muchos de los elementos de la cuestión de los derechos humanos.

El subdesarrollo, la explotación neocolonialista y extranjera, la pobreza, la enfermedad y el analfabetismo imponen sin duda una aproximación común al tema. De aquí la vinculación entre el problema de los derechos humanos en el Tercer Mundo y los esfuerzos para instaurar un Nuevo Orden Económico Internacional (39). Las realidades económicas y sociales del Tercer Mundo obligan a asignar una preeminencia de facto al reconocimiento y a la efectividad, o por lo menos a la invocación, de los derechos económicos, sociales y culturales y a la idea de que debe darse prioridad al desarrollo económico, frente a la garantía de los derechos humanos, civiles y políticos, que no deberían interferir en los esfuerzos del Estado para resolver inmediatamente los problemas que plantean las prioridades impuestas por el necesario progreso económico y social (40).

Se afirma en la gran mayoría de los países del Tercer Mundo que resolver los problemas esenciales de la alimentación, la enfermedad, la habitación, el vestido y la educación es una cuestión primordial que se antepone a la cuestión de los derechos

(39) B. RAMCHARAN: *Human Rights in the Third World*, Background Paper, Division of Human Rights, 1977.

(40) S. S. RAMPHAL: Discurso en la "Oxford University Africa Society" el 8 de marzo de 1977, *Commonwealth Record of Recueil Events*, January-march 1977, núm. 21, págs. 12-14.

"formales", derechos que son una entelequia desconocida, algo prácticamente sin sentido, para las masas hambrientas e ignorantes que pueblan muchos de los países en desarrollo (41).

23. A este planteamiento se debe agregar que no es posible comprender la cuestión de los derechos del hombre en el Tercer Mundo sin tener en cuenta las consecuencias que resultan de que no haya estructuras institucionales y administrativas sólidas y eficaces, de la inestabilidad política, de la falta tradicional de respeto por las normas constitucionales y de la existencia en muchos de los países que integran el Tercer Mundo, con algunas notables excepciones, como por ejemplo la India, de un partido político único y sin elecciones periódicas y libres.

24. Los países en desarrollo de África y de Asia, con unas pocas excepciones, no participaron en la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, intervinieron en la elaboración de los pactos y en su discusión, y sobre todo, en la Tercera Comisión de la Asamblea General en el año 1966, expresaron claramente el concepto referido en el párrafo anterior sobre la prioridad que debe darse al desarrollo económico y social (42). Lo mismo sucedió en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 (43).

En el proceso de redacción de los pactos se opusieron, junto con los países socialistas, a toda fórmula que incluyera en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos un sistema de denuncias o comunicaciones individuales que hiciera posible la protección internacional de estos derechos. La solución de elaborar un Protocolo Facultativo, que fue la finalmente adoptada —pero que se aprobó por la Asamblea General, por una mayoría muy inferior a la que adoptó los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos— (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 106 a favor y ningún voto en contra; Pacto de Derechos Civiles y Políticos: 106 a favor y ningún voto en contra; Protocolo Facultativo: 66 votos a favor, 2 en contra y 38 abstenciones), constituyó una medida para salir del impasse, impulsada por algunos países en desarrollo, especialmente afroasiáticos (44), que no se creyó entonces como factible, ya que no se pensó con

(41) HÉCTOR CUADRA: "El desarrollo económico y los derechos humanos", en *Proyección Internacional de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1970, págs. 120-142.

(42) B. RAMCHARAN: *Op. cit.*, pág. 10, que cita, como ejemplo, la intervención del representante de Guinea en la Asamblea General el día de la aprobación de los Pactos, el 16 de diciembre de 1966.

(43) Proclamación de Teherán, párrafos 12, 13 y 14.

(44) EGON SCHWELB: "Civil and Political Rights: The International measures of implementation", *American Journal of International Law*, vol. 62, núm. 4, 1968, págs. 831 y 861.

optimismo en la posibilidad de su entrada en vigencia a corto plazo. Esta predicción fue desmentida por los hechos supervinientes, ya que el Protocolo entró en vigencia al obtener el número de ratificaciones previsto por su artículo 9 el 23 de marzo de 1976. Entre estas ratificaciones iniciales sólo se contó, en los países en desarrollo de África y Asia, a Madagascar y Mauritius (hubieron en cambio seis ratificaciones latinoamericanas: Barbados, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Jamaica y Uruguay y cuatro europeas: Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia).

25. La sobreestimación del Estado y la creencia de la necesidad de su acción sin trabas para el progreso económicos y social, criterio de la mayoría de los países del Tercer Mundo, frente a la idea tradicional del pensamiento occidental que ve en el Estado la fuente principal de las más grandes violaciones de los derechos humanos, cuya acción es necesario controlar y regular para garantizar y proteger estos derechos, incluso por medios internacionales, ha evolucionado algo en los últimos años. Si en lo esencial no ha cambiado, hay ejemplos que demuestran que la idea de que el reconocimiento, garantía, protección y efectividad de los derechos civiles y políticos, son necesarios para el progreso económico y social, de que la cuestión de los derechos humanos es de capital importancia para el desarrollo y que todas las categorías de derechos se condicionan y se implican recíprocamente, ha avanzado y se ha afirmado en los países en vías de desarrollo.

26. Hay que señalar que el aporte de los países en desarrollo, en especial de los nuevos Estados de África y Asia, al reconocimiento al derecho a la libre determinación de los pueblos, condición necesaria para que sean factibles todos los demás derechos humanos, y a la lucha contra el apartheid, el racismo y toda forma de discriminación racial, ha sido un factor determinante, si bien no exclusivo, para la aceptación por la comunidad internacional de instrumentos que, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Declaración sobre la independencia de los pueblos coloniales, aprobada por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, han dado un nuevo y necesario sentido y una realidad actual y militante a la lucha por los derechos humanos y a su respeto universal, sincero y no discriminatorio (45).

27. Si en muchos de los países del Tercer Mundo se comprueban hoy ejemplos lamentables de violación de los derechos humanos, no es menos cierto que frente a estos casos explicados, pero no justificados, muchas veces por la pobreza, el subdesa-

rollo, la ignorancia y la inexperiencia, hay otros múltiples ejemplos de respeto real de los derechos humanos en el Tercer Mundo que, por lo demás, la Humanidad ha conocido y conoce en otras regiones violaciones igualmente graves y quizá menos explicables.

28. Mientras que en América Latina existe un sistema regional de protección internacional de los derechos humanos que tiene grandes perspectivas de desarrollo futuro, nada igual hay todavía en África ni en Asia. Sin embargo, existe una Comisión Regional árabe para los derechos del hombre, que ha planificado actividades futuras de interés y ha preparado un proyecto de Declaración para una Carta Árabe de los Derechos del Hombre (46). Pueden citarse también preceptos, algunas actividades y ciertos proyectos en la materia de la Organización de Unidad Africana (47). Pero la verdad es que nada de capital importancia se ha logrado aún, por lo que la cuestión queda abierta al futuro.

En estos casos, como en América Latina, creemos que debe irse en el futuro a la creación de un eficaz sistema regional o subregional de protección de los derechos humanos, que combine y adicione el sistema universal con el regional, permitiendo así coordinar las ventajas del universalismo con las del regionalismo, en un esfuerzo para lograr una protección eficaz de los derechos humanos que tenga en cuenta las características y elementos propios de cada región.

29. Las Naciones Unidas han prestado particular atención al problema de los derechos humanos en los países en desarrollo. No sólo la Comisión de Derechos Humanos ha aprobado resoluciones de gran importancia para clarificar la materia (48), que lamentablemente no podemos examinar por la brevedad que nos hemos impuesto, sino que con una serie de seminarios dedicados a estos problemas ha permitido realizar importantes precisiones conceptuales que han abierto el camino para una evolución posterior que, basada en la comprensión de la situación existente en los países del Tercer Mundo, permitirá una

(46) B. BOUTROS GHALIS "La Ligue des Etats Arabes et les Droits de l'Homme", *Manuel Unesco*, cit.

(47) K. M'BAYE: "Les droits de l'homme en Afrique", *Manuel Unesco*, cit.; B. NDIAYE: "La place des droits de l'homme dans l'Organisation de l'Unité Africaine", *Manuel Unesco*, cit.; K. VASAK: "Problemas relativos a la Constitución de Comisiones de Derechos Humanos, especialmente en África", *Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1974, pág. 575.

(48) Por ejemplo, entre otras muchas, Resoluciones 4 (XXXIII) y 5 (XXXIII) de la Comisión de Derechos Humanos.

(45) T. O. ELFAS: *Op. cit.*, B. RAMCHARAN: *Op. cit.*

progresiva mejora en cuanto al reconocimiento de todos los derechos humanos y a su promoción, protección y garantía (49).

VI

30. El análisis elemental y sintético que hemos hecho de la cuestión de la evolución reciente de la concepción de los derechos humanos en Occidente, en los países socialistas y en los países del Tercer Mundo, muestra que la complejidad del tema impide llegar a conclusiones definitivas, claras y precisas respecto de la existencia, naturaleza y límites de estas tres concepciones y de los países que integran cada una de estas categorías.

Aunque en términos generales es posible aceptar una clasificación que tenga en cuenta esta división tripartita, es necesario concluir en la relatividad que ella supone y en la ausencia de criterios absolutos en cuanto a los países que integran cada uno de los tres grupos. Las influencias y relaciones recíprocas y crecientes entre las ideas fundamentales que se dan en las concepciones predominantes o existentes en cada uno de los grupos y la permeabilidad y relativismo de sus límites, hace que se pueda ser optimista en cuanto a la continuidad, aceleramiento y profundización del proceso de acercamiento y compenetración entre las diferentes concepciones de los derechos humanos existentes en el mundo de hoy.

Este proceso, aun reconociendo las ineludibles divergencias que son el resultado de los diferentes fundamentos ideológicos, de las distintas raíces históricas, de las desiguales tradiciones y de la diversidad de situaciones políticas, económicas y sociales, habrá de concluir ineludiblemente, si se tiene en cuenta la unidad esencial de la especie humana y la necesaria igualdad de todos los hombres fundada en el respeto de su dignidad, a una progresiva mejoría en la situación de los derechos humanos en el mundo.

Aunque el respeto, la promoción y protección de los derechos del hombre supone una idea en su esencia invariable, derivada del reconocimiento de la dignidad humana que todo individuo posee, no puede dudarse que el concepto de los dere-

(49) Human Rights in Developing Countries. Afghanistan, 1964; Senegal, 1966; Special problems relating to human rights in developing countries. Chipre, 1969; The Establishment of Regional Commissions on Human Rights with special reference to Africa, United Arab Republic, 1969; The realization of Economic and Social Rights with particular reference to Developing Countries. Zambia, 1970; The Study of new ways and means for promoting Human Rights with special attention to the problems and needs of Africa. Tanzania, 1973.

chos humanos, de sus relaciones con la sociedad política y con los factores económicos y sociales, de sus límites y de las formas de protección jurídica, evoluciona y cambia con el transcurso del tiempo.

Esta evolución y este cambio muestran en los últimos años un proceso dirigido a acercar las diferentes concepciones y a acentuar la eficacia de los procedimientos para la garantía y protección de los derechos y libertades. Estos extremos, cuyo valor y cuya incidencia positiva es imposible desconocer, no significan el olvido o la negación de la realidad lamentable que en la materia existe, en mayor o menor grado de gravedad, en muchos de los países del mundo actual, situados en todas las regiones.

31. Si la brecha enorme y triste entre la pobreza y la opulencia, y el desarrollo y el subdesarrollo pudiera disminuir, y la miseria y la ignorancia que caracterizan a los pueblos de la mayoría de los países del Tercer Mundo se atenuaran sensiblemente, podría esperarse una aceleración en el proceso hacia el reconocimiento efectivo de los derechos humanos, especialmente en estos países. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las circunstancias negativas derivadas de la pobreza, la enfermedad y la ignorancia no son los únicos factores que determinan o que explican la violación de los derechos humanos. La historia y la realidad actual muestran muchos ejemplos de pueblos cultos y de países de relativo alto nivel de vida, sometidos al despotismo y a la violación flagrante de la libertad. Pero aun reconociendo este fenómeno, cuyo análisis nos llevaría muy lejos, hay que admitir que, en términos generales, al combatir la pobreza y la ignorancia se lucha por el triunfo final de la causa del respeto de los derechos humanos.

32. Hoy, sin perjuicio de otras muchas acciones que deben cumplirse en materia de protección de los derechos del hombre, para progresar en el objetivo de su respeto efectivo y universal, es preciso perseverar en la lucha para afirmar la posibilidad real de la existencia de un ideal y de una concepción común a todos los pueblos, como la que enuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que la Proclamación de Teherán reitera, dándole como contenido la atribución a "todos los miembros de la familia humana" de "derechos iguales e inalienables" (50).

(50) En el discurso que pronuncié el 16 de septiembre de 1966 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, como Representante del Uruguay, al aprobarse los Pactos Internacionales, dije al respecto "La Declaración, aprobada sin ningún voto en contra, por 48 a favor y 8 abstenciones, reconoce, y ello es reconfortante, que se basa en una "concep-

La aceptación de este ideal y de esta concepción común es la base imprescindible para progresar, encarando la cuestión con visión universal, en el proceso largo, doloroso y difícil hacia el respeto efectivo de los derechos y libertades del hombre en todo el mundo.

Al contemplar el camino recorrido, aunque es posible tener un sentimiento de tristeza por muchas lamentables situaciones que han existido y que existen, no cabe caer en el escepticismo. Si se analiza la cuestión de los derechos humanos con una amplia perspectiva histórica, es necesario compartir las conclusiones a que René Cassin arribaba en 1968: "Si bien los atentados efectivos contra las libertades fundamentales del hombre no han disminuido en forma significativa, el hecho mismo de que la resignación sin esperanza, de que el muro de silencio y la ausencia de toda vía posible de recurso están en clara regresión, si no en camino de desaparecer completamente, abre a la humanidad perspectivas alentadoras, que a ningún precio debe permitirse se oscurezcan".

ción común de estos derechos y libertades". Es decir, que parte del supuesto que, pese a los diversos sistemas políticos, económicos y sociales en que el mundo se divide, hay una idea universal de los derechos del hombre, fundada en el "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS DEL HOMBRE Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Luis Demetrio TINOCO CASTRO
Asociado del IHLADI

A principios del año 1979 quedará instalado un nuevo tribunal internacional de justicia, con sede en San José de Costa Rica, en donde funcionó durante un década, de 1907 a 1917, la Corte Centroamericana de Justicia, primer tribunal de esa índole que existió en el mundo, si bien en 1899 se había establecido la Corte Permanente de La Haya con carácter de tribunal arbitral, acogiendo las ideas expuestas —cien— años antes, a fines del siglo XVIII, por Jeremías Bentham y renovadas a mediados del siglo XIX por James Mill.

El nuevo tribunal tendrá fisonomía y características propias, aunque en líneas generales se asemeja al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (1) creado en la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1), suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 "para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal", proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948.

El tribunal que iniciará sus labores el año próximo tiene como origen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito en esta capital el 22 de noviembre de 1969 por doce de los Estados del continente americano, pero al cual quedaron en capacidad de adherirse los demás Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, como lo han hecho ya varios de ellos. Su competencia y jurisdicción se extenderá así, eventualmente, a países que cuentan hoy con una población cercana a los quinientos millones, muy superior a la de las naciones que reconocen la jurisdicción del Tribunal europeo.

(1) Estas denominaciones de la Convención y del Tribunal son las que consigna la valiosa obra *Prácticas de Derecho Internacional Público*, del profesor Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, Editorial Tecnos. Madrid, 1978, págs. 376 y sigs. En inglés se prefiere las denominaciones *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* y *European Court of Human Rights*.

A diferencia de este Tribunal europeo, del cual forman parte tantos jueces como Estados miembros de la Comunidad, según los artículos 38 de la Convención y 146 del Tratado de 25 de marzo de 1957, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estará compuesta de siete jueces elegidos a título personal en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, con la singularidad de que la elección se efectúa "en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos", conforme a los artículos 52 y 53 de la Convención, y puede ser elegido juez cualquier jurista nacional de cualquiera de esos Estados, aunque no sean partes en la Convención. El número de jueces que integran el Tribunal o la Corte, al conocer de cada caso, no obstante, es igual en uno y en otro, pues el artículo 43 de la Convención europea dispone que será una sala de siete miembros escogidos al azar, excepto el juez nacional del Estado denunciado, que lo es por derecho propio, la que conozca y resuelva el respectivo caso.

Discrepan curiosamente las normas de nacionalidad relacionadas con la presentación de candidatos a jueces en una y otra convención: la referente al Tribunal europeo, al disponer que cada uno de los miembros del Consejo de Europa debe "presentar tres candidatos, de los cuales *al menos dos han de ser nacionales suyos*" (artículo 39, inciso 1); y la que atañe a la Corte interamericana, que "cada uno de los Estados partes *puede* proponer hasta tres candidatos... (de los cuales) *por lo menos uno... deberá ser nacional o de un Estado distinto del proponente*" (artículo 53, inciso 2). Pero ambas son idénticas en la prohibición de que tengan asiento en el tribunal, simultáneamente, dos juristas que sean nacionales de un mismo Estado.

Discrepan, asimismo, en cuanto al período de ejercicio de los jueces, que la Convención de Roma fija en nueve años, y la de San José reduce a seis; con la particularidad de que los miembros del Tribunal europeo son reelegibles indefinidamente (artículo 40), y los de la Corte interamericana sólo pueden serlo una vez (artículo 54, inciso 1).

La competencia general, por razón de la materia, aunque con diferencias de redacción de poca importancia, parece ser idéntica en uno y otro tribunal, especialmente después de haberse aprobado en Estrasburgo, el 6 de mayo de 1963, el protocolo que autoriza al Tribunal para emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención y de sus protocolos. Dicen, en efecto, los instrumentos respectivos:

"Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan de la presente Convención, se instituyen: ... b) un Tri-

bunal europeo de Derechos del Hombre... La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención" (artículos 19 y 45 de la Convención de Roma del 4 de noviembre de 1950).

"Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: ... b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (artículo 33 de la Convención de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969).

La competencia, que podríamos llamar específica, siempre por razón de la materia, aparentemente esa mucho más amplia en lo que atañe a la Corte Interamericana, desde luego que la Convención de Roma se refiere únicamente, en doce artículos, a los derechos tradicionalmente denominados derechos individuales, en tanto que la Convención de San José comprende, además, otros derechos de carácter político o económico, lo cual hace que llegue a 25 el número de los artículos, algunos con varios incisos, en que se definen y a veces se detallan los derechos que los Estados partes se comprometen a respetar y a garantizar a toda persona sometida a su jurisdicción, dando lugar, en caso de incumplimiento de este compromiso, a que el asunto sea llevado a conocimiento de la Corte. Entre estos últimos derechos, reconocidos por la Convención Americana de 1969 y no por la Convención europea de 1950, son de destacar:

1. El derecho a la vida "a partir del momento de la concepción".
2. El derecho a la inaplicabilidad de la pena de muerte por delitos políticos por menor edad de dieciocho años o mayor de setenta, o por razón del estado de ingravidez.
3. El derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena de muerte.
4. El derecho de los procesados a estar separados de los condenados, y el de los menores a estar separados de los adultos.
5. El derecho a indemnización en casos de error judicial.
6. El derecho de rectificación o respuesta en caso de informaciones inexactas o agraviantes de los medios de difusión.
7. El derecho de los hijos nacidos fuera de matrimonio a la igualdad jurídica con los nacidos dentro de aquél.
8. El derecho a tener una nacionalidad.
9. El derecho a la propiedad privada.
10. El derecho a la circulación y a la permanencia en el territorio de residencia.

11. El derecho de pedir asilo.
12. El derecho del niño a medidas especiales de protección.

Esta situación varió al ser aprobado, el 20 de marzo de 1952, el Primer Protocolo a la Convención de Roma; y al quedar abierto a la firma, en septiembre de 1964, el II Protocolo, que establecen, como derechos, el derecho al goce pacífico de la propiedad (artículo 1 de aquél), el derecho a la educación (artículo 2, ídem), la garantía de elecciones periódicas libres y secretas (artículo 3, íbidem), el derecho a no ser reducido a prisión por deudas civiles (artículo 1 de éste), el derecho a la libertad de circulación (artículo 2, ídem) y el derecho a no ser expulsado del territorio de que se es nacional (artículo 3, íbidem). Los derechos originalmente protegidos eran el derecho a la vida (artículo 2 de la Convención), el de no ser torturado (artículo 3), el de no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 4), el de gozar de libertad y seguridad (artículo 5), el de ser juzgado por un tribunal imparcial (artículo 6), el de irretroactividad de la ley (artículo 7), el de ser respetado en su vida privada (artículo 8), el de libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), el de libertad de expresión (artículo 10), el de libertad de asociación y reunión (artículo 11) y el de libertad de matrimonio y de fundar una familia (artículo 12).

La competencia, por razón del sujeto activo habilitado por las respectivas Convenciones, es la misma en el Tribunal europeo y en la Corte Interamericana: "el Tribunal puede ser requerido: a) por la Comisión; b), c) y d) por una Alta Parte Contratante", establece la Convención de Roma en el artículo 48: "sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte", dispone el Pacto de San José en su artículo 61.

Igual identidad de normas consignan ambos tratados con respecto a los trámites previos que deben agotarse antes de llevar un asunto a conocimiento del Tribunal o de la Corte: "Un asunto sólo puede someterse al Tribunal después que la Comisión haya comprobado el fracaso del arreglo amistoso", estatuye la Convención de 1950 en el artículo 47; "Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 51" —que comprenden los trámites que sigue la Comisión cuando se le presenta un caso—, ordena el Pacto de 1969 en el artículo 61, aparte 2.

Y también en lo que atañe al sujeto pasivo de los casos que pueden ser llevados al Tribunal o a la Corte: "Cada una de las Altas Partes Contratantes puede ... declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la juris-

dicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la presente Convención", dice el artículo 46 de la suscrita en Roma en 1950; "Todo Estado parte puede ... declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención", declara el artículo 62, párrafo 1, de la aprobada en San José de Costa Rica en 1969. Y desde luego, en ambas es requisito indispensable para la competencia de la Corte o Tribunal, que el Estado parte al que se acusa de incumplimiento de los deberes de respetar los derechos humanos tal como los consigna la respectiva Convención, debe haber reconocido previamente la competencia del Tribunal o Corte para conocer de los eventuales casos de incumplimiento de tales deberes. En otros términos, que haya hecho renuncia para estos efectos a su derecho de no ser sometido a juicio de tribunales o jueces extranjeros.

Difieren sensiblemente las Convenciones al disponer sobre los alcances de las resoluciones del Tribunal, como resulta de la comparación del artículo 50 de la Convención europea con los artículos 63 y 68 de la Convención americana. Dice el primero:

"Si el Tribunal encuentra que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad legal o cualquier otra autoridad de una parte contratante choca total o parcialmente con las obligaciones que se derivan de la presente Convención, y el derecho interno de dicha parte sólo permite reparar parcialmente las consecuencias de esa decisión o medida, el Tribunal concederá a la parte agraviada, si fuere necesario, una satisfacción equitativa" (2).

En tanto que los artículos 63 y 68 dichos, disponen, en forma más explícita, detallada y terminante:

"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (artículo 63, párrafo 2).

(2) Esta traducción difiere de la que se encuentra en la página 384 de la obra del profesor Casanovas, cuyo autor es el profesor Antonio Truyol y Serra, según se indica en aquélla, y se ajusta más al texto oficial inglés.

La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" (artículo 68, párrafo 2).

Más minuciosa también en aspectos de otra índole, la Convención de San José concede inmunidades y privilegios diplomáticos a los jueces de la Corte, como lo hace también la de Roma, según se infiere de su artículo 59, y los somete al juicio de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos cuando se pida contra ellos una sanción por cualquiera de las causales que señale el respectivo estatuto.

Lo que sí constituye una afortunada innovación es la norma consignada en el aparte 1 del artículo 63 de la Convención Americana, que concede a la Corte facultades para proceder, antes de dictar sentencia, y a solicitud de la Comisión, aun antes de que el asunto haya llegado a la etapa en que puede conocer de él, a "tomar las medidas provisionales que considere pertinentes", "en casos de extrema gravedad y urgencia", "cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas". No existe esta facultad en la Convención europea; y la que más se aproxima a ella es la que consigna la regla 34 del Reglamento del Tribunal, que faculta al presidente del mismo, a petición de una parte, de la Comisión, de cualquier persona interesada, o "motu proprio", para "llamar a la atención de las partes la conveniencia de adoptar una medida interina cuya adopción sea aconsejable".

Cuáles son las medidas provisionales que puede tomar la Corte no lo indica la Convención, y es difícil adivinarlas. Pero el principio es sano, y será la experiencia la que permita juzgar más tarde si esa norma se traduce en hechos, para lo cual sólo se requiere la buena voluntad de los Estados partes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resumen, se constituyó conforme a los lineamientos generales del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, y de ella, como de éste, debe quedar claro el concepto de que no es una sala de cuarta instancia, ni una sala superior de casación, a la que pueda recurrirse cuando se han agotado las etapas de un proceso judicial interno normal. Su competencia se circunscribe a examinar si en la resolución final dictada en el expediente incoado con base en "hechos que caracterizan una violación de los derechos garantizados por la Convención", no se han reparado del todo, o se han reparado tan solo parcialmente, las consecuencias lesivas de una medida o situación que la Corte estima que configura una vulneración de aquellos derechos. Desde luego, para dictar sus re-

soluciones, cuando un caso le ha sido sometido por un Estado parte o por la Comisión de Derechos Humanos, la Corte necesariamente examinará los hechos que se atribuyan a la autoridad señalada como responsable de la violación que se alega del derecho protegido por la Convención.

La acción de la Corte, al igual que la de su modelo europeo, en todo caso está coartada al no habersele permitido proceder a petición de la persona que reclama la violación, manteniéndose el criterio restrictivo de que únicamente los Estados partes y la Comisión pueden someterle casos a su consideración y decisión. Privó también aquí el parecer de que la soberanía de los Estados obliga a esta solución, criterio o parecer que quedó abandonado en el protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Grandes esperanzas se cifran en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Corresponderán los resultados de su acción a las esperanzas que se han puesto en ella? Es difícil predecirlo. Pero sí puede adelantarse que constituirán un obstáculo para ello los dilatados y complejos trámites procesales previos, que dificultan también la acción de la Corte europea, en tal forma, que en sus primeros doce años, de 1950 a 1962, solamente había podido resolver dos casos: el de Lawless contra Irlanda y el de De Becker contra Bélgica, fallados el 10 de julio de 1961 y el 27 de marzo de 1962, respectivamente.

LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. EFECTOS JURIDICOS DE LAS RESOLUCIONES

Ernesto J. REY CARO

Asociado del IHLADI.

I. Introducción.

El año 1975 significa para la Organización de las Naciones Unidas su trigésimo año de vida. Quizá este nuevo aniversario constituya un aliciente para considerar nuevamente diversos aspectos relacionados con la naturaleza, estructura y funciones de esta organización internacional, como así también sobre la influencia ejercida por sus diversos órganos en la evolución de las relaciones internacionales y del Derecho internacional.

Dentro de esta amplia temática centra nuestra atención la labor desarrollada por la Asamblea General, el órgano representativo por excelencia del carácter universal de la organización, en cumplimiento del objetivo constitucional de promover la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional y circunscribiendo más aún el tema, abordar la debatida cuestión de la llamada "competencia legislativa" de este órgano y su significación jurídica.

De conformidad con la sistemática de la Carta (arts. 10 al 14), la Asamblea General está facultada para dirigir "recomendaciones" a los Estados miembros, sin perjuicio de que, en ciertas y determinadas materias, pueda emitir resoluciones obligatorias para sus destinatarios. Sin embargo, la Asamblea General, desde la creación de las Naciones Unidas, se ha pronunciado sobre importantísimas materias a través de las llamadas "declaraciones", cuyo estudio ha conducido a los publicistas a pronunciamientos no siempre homogéneos acerca de su naturaleza y efectos.

Los estudios sobre el tema no son abundantes y los enfoques responden a la eventual óptica del autor. Por otra parte, las investigaciones no poseen larga data en razón de que el fenómeno de la organización internacional constituye una manifes-

tación particular del presente siglo y las conclusiones difícilmente puedan tener un carácter definitivo en consideración de la evolución permanente que se registra en las diversas áreas del derecho de gentes, de las que no se excluye la que atañe a la de las organizaciones internacionales.

Al margen de la polémica libresca, la cuestión de los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General se plantea de tanto en tanto en el seno de la Organización, cuando alguno de los miembros considera que una resolución ha "conculcado" sus legítimos derechos o ha invadido la esfera de su "dominio reservado". Así, la potestad legislativa de aquel órgano se cuestiona hasta sus raíces y afloran las imperfecciones y debilidades de entidades que, lejos de constituir un "super estado", son organizaciones de "cooperación internacional", en la que los Estados han dejado casi incólume su soberanía.

Sería una tarea ímproba y carente de significación a los efectos de este estudio pretender enumerar las múltiples y variadas materias abordadas en las resoluciones de la Asamblea General. Sin embargo, hay un número muy apreciable de ellas que por su trascendencia han concitado en interés del investigador. Así, y sin intención de realizar una revista exhaustiva, han sido objeto de especiales estudios la Resolución 95 (I), sobre principios de Derecho internacional, enunciados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg; la Resolución 377 (V), llamada "Unión Pro Paz"; la Resolución 1.514 (XV), sobre concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales; la Declaración sobre principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre; la Declaración sobre Derechos Humanos de 1948; la Declaración relativa a los principios y normas internacionales que rigen las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados, y, recientemente, la Declaración sobre los derechos y deberes económicos de los Estados.

Naturalmente que la diversidad de materias comprendidas en las resoluciones de la Asamblea General no poseen la misma jerarquía y, como se podrá apreciar más adelante, incidirá en la clasificación que de estos actos de la Asamblea General pueda realizarse y, eventualmente, en la determinación de sus efectos.

La última de las declaraciones mencionadas, ordinariamente conocida como "Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados", aprobada en diciembre de 1974, ha tenido una gran trascendencia, en especial para aquellos Estados que, en un número aproximado a los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Organización mundial, se encuentran en un proceso incipiente o medianamente avanzado de desarrollo, en razón

de que dicho instrumento constituye un ingente esfuerzo de la comunidad internacional para determinar el derecho que ha de regir las relaciones económicas con un sentido de justicia y cooperación internacional, marginando la acción individualista de un Estado o grupos de Estados.

Hemos creído oportuno realizar algunas consideraciones sobre la postura de los Estados manifestadas durante las tareas preparatorias previas a la aprobación de esta resolución, ya que ellas proporcionan valiosos elementos para una más amplia comprensión de la materia en estudio.

II. La antinomia "tratado-declaración".

En términos generales, la naturaleza del instrumento que consagrará los derechos y obligaciones de los Estados en sus relaciones económicas, fue objeto de un amplio debate en el seno del Grupo de Trabajo designado a tales efectos por la Secretaría General de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, celebrada en 1972 (1).

La realidad demostraba que si bien en muchos otros campos de la cooperación internacional, la evolución había sido favorable, en el de la cooperación económica el progreso sería muy lento. No se ignoraba que los escasos regímenes convencionales, con cierta tendencia universalista, o los regímenes particulares desarrollados a través de organizaciones económicas, con frecuencia reducidas al ámbito regional, distaban mucho de constituir un ordenamiento con alcances generales.

De allí que en el Grupo de Trabajo surgieran posiciones contradictorias. De un lado, los países desarrollados propugnaban para que el instrumento proyectado no alcanzara la categoría de una convención, sino que se redujera a una mera "declaración de principios" que estableciera ciertos "patrones" o "standard" de conducta, que en definitiva no importaban la asunción formal de obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento generara las correspondientes responsabilidades.

Del otro costado, se agrupaban en su mayoría los Estados no industrializados en vías de desarrollo, que prejuzgando sobre los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General, sostenían la necesidad de un "acuerdo" o "tratado" que estable-

(1) La Resolución núm. 45 (III), de la UNCTAD, tuvo por objetivo concretar la aspiración del Presidente Echevarría de México, a quien corresponde la paternidad de la Carta. El Grupo de Trabajo estuvo originariamente constituido por 31 miembros, habiendo la Asamblea General incorporado posteriormente siete miembros más.

ciera normas concretas de conducta —verdaderas reglas de Derecho internacional—, que pusieran límites precisos a la libertad de accionar de los Estados en el campo de las relaciones económicas internacionales.

Estos Estados aspiraban a un cambio profundo en el frágil e individualista orden económico vigente hasta el momento y en cuya elaboración la mayoría de ellos estuvieron ausentes en razón de haber accedido a la comunidad de Estados soberanos en época muy reciente. No bastaba una sistematización de las normas ya existentes, era imprescindible comenzar a reconstruir el edificio desde sus cimientos. Era insuficiente la extensión de ciertos principios de la Carta de las Naciones Unidas aplicables a las relaciones de orden político, a la esfera de las relaciones económicas interestatales.

Esta antinomia "tratado-declaración" nos conduce al meollo de la cuestión en examen y permite entrever la rica y complicada temática que encierra la cuestión del valor de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La actitud de los Estados difiere apreciablemente cuando se trata de elaborar un instrumento que por su naturaleza tenga fuerza obligatoria o bien carezca de ella. Como ciertamente se ha señalado, ciertos Estados aceptarán hacer concesiones más amplias en el curso de elaboración de un instrumento, si ellos saben de antemano que no asumirán ninguna obligación jurídica precisa, pero tal amplitud no se manifestará tan fácilmente en caso contrario (2).

III. La cuestión terminológica. Resoluciones, recomendaciones, declaraciones.

Conforme a los dispositivos respectivos —artículos 10 al 14 de la Carta de las Naciones Unidas—, la Asamblea General tiene por regla general tan sólo la facultad de emitir "recomendaciones", y en muy limitada medida puede hablarse de "decisiones orgánicas". Tal es el caso de las decisiones que recaen sobre admisión de un nuevo miembro de la Organización (art. 4); suspensión y expulsión de miembros (arts. 5 y 6); aprobación del presupuesto de la Organización y determinación de la proporcionalidad de los gastos (art. 17, ap. 1 y 2); elección de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad (art. 23); elección de nuevos miembros del Consejo Económico y Social (art. 61); elección de miembros no permanentes del Consejo de Administra-

(2) Cfr. YIANNPOULOS: "Premiers efforts pour une Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats", en *Revue Belge de Droit International*, 1974, vol. X, pág. 512.

ción Fiduciaria (art. 86); designación de secretario general (artículo 97).

Debe señalarse que los Estados no son los únicos destinatarios de las "recomendaciones" de la Asamblea General, sino que pueden ser los gobiernos, los órganos de la Organización u otras organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, etcétera. Un estudio de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas, señala que aquellas pueden estar dirigidas "a todos los Estados miembros", a "los Estados miembros", a "un estado miembro determinado", a "un Estado miembro determinado y a las autoridades de un Estado determinado", a "todos los gobiernos", a "los gobiernos", a "los gobiernos y a las organizaciones no gubernamentales", a "los gobiernos de los Estados miembros", a "los gobiernos de la región", a "los gobiernos de Estados miembros determinados", a "los gobiernos de asilo", "al Secretario general", "al Secretario general y a órganos auxiliares determinados", "a todos los órganos y organismos auxiliares", "a órganos auxiliares determinados", "a organismos de Naciones Unidas", "a organizaciones científicas internacionales no gubernamentales", a "organizaciones científicas nacionales y a hombres de ciencia", a "organizaciones privadas y a los gobiernos", a "las autoridades de un Estado miembro determinado", a "las partes", a "todos los interesados", a "todos los países interesados" (3).

La práctica y la doctrina han consagrado una terminología muy variada para referirse a este tipo de actos emanados de la Asamblea General, circunstancia que provoca no pocos inconvenientes al estudioso, debiendo agregarse además, que no siempre se asigna el mismo contenido a los diversos conceptos usados. Así, no es del todo extraño que los términos "declaración", "resolución declarativa", "resolución", "decisión", "recomendación", hayan sido utilizados indistintamente para referirse a estas manifestaciones de la potestad normativa de la Asamblea General. Esta múltiple terminología ha inducido a los publicistas a tratar de precisar los conceptos, pero como es lógico en este terreno, no siempre se da una coincidencia de valoraciones. Por otra parte, esta misma imprecisión terminológica se manifiesta en el seno de la Organización, donde documentos emanados de

(3) Cfr. UN: "Repertorio de la práctica seguida por los Organos de las Naciones Unidas", suplemento núm. 2, 1974, págs. 15-16. Este documento alude a la práctica seguida por la Asamblea General "al dirigir recomendaciones que figuran en sus resoluciones", lo que pareciera indicar que el término "recomendación" puede aplicarse también a cada uno de los actos de conducta sugeridos y que el término "resolución" es omnicomprensivo de las manifestaciones de la potestad normativa de la Asamblea General.

sus diversos órganos no siempre asignan el mismo calificativo a actos de igual naturaleza.

Si a esta diversidad terminológica le agregamos, como señala Díez de Velasco, la diversidad de efectos vinculantes que presentan los actos de las organizaciones internacionales, muy difícilmente puede llegarse a una clasificación totalmente satisfactoria de estos actos (4).

Por otra parte, para una eficaz consideración de los efectos de las resoluciones de la Asamblea General, es absolutamente necesario disociar su estudio diferenciándolas del efecto que pudieren tener actos o decisiones de los demás órganos de las Naciones Unidas, cuyo alcance debe evaluarse tomando en consideración otros preceptos constitucionales de la Organización. Nos apartamos así del método seguido en algunos estudios sobre el tema (5).

Debe recordarse también que la doctrina se ha ocupado de esta cuestión en época reciente, en razón de que el tema está entroncado en el estudio del fenómeno de la organización internacional, fenómeno que pertenece con exclusividad al siglo XX. Este retraso es explicado por algunos autores, en razón de la influencia ejercida por concepciones austrianas del derecho que identifica la regla jurídica a una obligación, que en caso de violación da lugar a la aplicación de una pena, concepción ésta que es trasladada al campo de la organización internacional. Igualmente se ha señalado otro factor: la exclusión de las resoluciones de los organismos internacionales de entre las categorías admitidas por la teoría de las fuentes del Derecho Internacional (6).

El término "resolución", tan comúnmente usado para referirse a ciertos actos emanados de la Asamblea General, es comprensivo de manifestaciones de voluntad de diverso alcance y naturaleza y la práctica de la organización la ha consagrado para aludir tanto a los actos considerados obligatorios como a los no obligatorios, prescindiendo de su contenido (7).

(4) Cfr. "Curso de Derecho Internacional Público", Madrid, 1963, págs. 358-359.

(5) V. JUNG-GUN-KIM: "La validité des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies", en R. G. D. I. P., 1971, núm. 1, págs. 92 y siguientes.

(6) V. MORAND: "Reflexions sur la nature des recommandations internationales et des actes de planification", en R. G. D. I. P., 1970, núm. 40, pág. 970.

(7) V. SORENSEN: "Manual of Public International Law", N. Y., 1968, pág. 157; GARZÓN CLARIANA, Gregorio: "El valor jurídico de las Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, pág. 585.

A su vez el término "decisión" ha sido utilizado con suma ambigüedad. Para algunos es equivalente a los actos emanados de la Asamblea General cuyo cumplimiento es obligatorio, y con un sentido más restringido, otros lo aplican únicamente a las resoluciones que contemplan el fondo de la cuestión tratada. Sloan va más allá aún, admitiendo que dentro de una resolución pueden estar contenidas una o más "decisiones" (8).

Carrillo Salcedo critica la confusión que se ha creado entre resoluciones y decisiones, siendo significativo que la misma —dice— provenga de un documento elaborado por el titular de uno de los órganos de la Organización. En la introducción a la Memoria anual del Secretario general, sobre la labor de la Organización (1960-1961), se señala que "...las decisiones de la Asamblea General sólo tienen, con respecto a los Estados miembros, el carácter de recomendaciones...", y más adelante se insiste: "Pero aunque desde el punto de vista jurídico las decisiones no sean más que recomendaciones, introducen un elemento importante al expresar el sentir común de la mayoría sobre el problema examinado" (9).

En la práctica de la Sociedad de las Naciones se llegó a distinguir respecto de los actos emanados de la Asamblea, entre "recomendaciones" y "decisiones". Estas últimas estaban integradas por aquellas resoluciones, constitucionales por su naturaleza, que interpretaban preceptos del Pacto, exigiéndose aquí la observancia de la regla de la unanimidad, consagrada en el artículo 5 del Pacto (10).

Parte de la doctrina pareciera establecer entre "resolución" y "recomendación" una relación semejante a la de "género-especie". Díez de Velasco señala que deben distinguirse dos clases de "resoluciones", aquellas que carecen de valor obligatorio, tales como los votos, los dictámenes y las "recomendaciones", y aquellas que tienen valor obligatorio, tales como las "resoluciones", los reglamentos y las órdenes. De acuerdo con esta clasificación, pareciera que puede diferenciarse entre las "resoluciones" puras y simples, con valor obligatorio y las "resoluciones-recomendaciones" que carecen de ese efecto (11).

(8) Cfr. "Implementation and Enforcement of Decisions of International Organization", en P. A. S. I., 1963, pág. 3.

(9) Cfr. CARRILLO SALCEDO: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional", Madrid, 1969, pág. 300; tn. UN, Doc. A/4800/Add. 1, Introducción a la Memoria Anual del Secretario General sobre la labor de la Organización (1960-1961), pág. 3-4.

(10) V. CARRILLO SALCEDO: "Mayoría y acuerdo general en el desarrollo progresivo del Derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1967, vol. XX, pág. 5.

(11) Cfr., op. cit., pág. 358.

Otra parte de la doctrina se esfuerza en señalar una distinción entre las "declaraciones" y las "recomendaciones" de la Asamblea General. Un *memorandum* de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General ha proporcionado un excelente material para los estudiosos. En efecto, según este documento, una "declaración", en la práctica de la Organización "es un instrumento formal y solemne, adecuado para aquellas raras ocasiones en que se enuncian principios de grande y duradera importancia". El documento en consideración señala que las "recomendaciones" son menos formales y que desde un estricto ángulo jurídico, probablemente no hay otra diferencia entre ambas en la práctica de las Naciones Unidas. El *memorandum* agrega al respecto, que la mayor solemnidad y significación de las "declaraciones" crea en el órgano que las adopta una acentuada expectativa de que las mismas serán cumplidas por los miembros de la Comunidad internacional y que en la medida que esa expectativa sea corroborada por la práctica de los Estados "una declaración puede llegar a ser reconocida como enunciando reglas obligatorias para los Estados en virtud de una costumbre" (12).

Apoyándose en el citado documento, Garzón Clariana define las "declaraciones" como "aquellos textos en los que este órgano formula solemnemente normas generales de conducta para que sean observadas por los Miembros de la Comunidad internacional durante un periodo de tiempo indeterminado" (13).

De las reflexiones precedentes podría extraerse como conclusión que las "recomendaciones" serían instrumentos menos formales que las "declaraciones", siendo indiferente su importancia funcional. Incitan a observar una conducta determinada o una abstención, sin que entrañen una obligación jurídica de cumplir sus prescripciones. Sin embargo, este carácter no trae de consuno la afirmación de que las recomendaciones carezcan de efectos jurídicos. Así, Lauterpacht ha sostenido en un asunto en que se ponía en tela de juicio el valor de estos actos que "una resolución que recomienda a un Estado administrador una me-

(12) V. Doc. E/CN. 4/L. 610 (april 1962); GARZÓN CLARIANA: Op. cit., págs. 587-588. Este jurista extrae del documento de la Secretaría General las siguientes pautas: a) las "declaraciones" se adoptan a través de resoluciones de los órganos de la ONU; b) son más solemnes que las "recomendaciones"; c) son más escasas y enuncian "principios" considerados como muy importantes para el órgano que las dicta, aunque no señalan que estos principios sean jurídicos, y d) pretenden regir un número indeterminado de situaciones, no estando dirigidas a un determinado Estado, sino que tienen como destinatarios "a todos" los miembros de la Comunidad internacional.

(13) Cfr. op. cit., pág. 593.

dida determinada crea una cierta obligación jurídica que, por rudimentaria, flexible o imperfecta, que sea, es, no obstante, una obligación jurídica y constituye una medida de vigilancia". Según el jurista inglés, si bien el Estado no está obligado a aceptar la recomendación, está obligado a examinarla de buena fe (14).

Lejos está la doctrina de atribuir a las "recomendaciones" un contenido unívoco. La falta de uniformidad se manifiesta también en el alcance atribuido a estos actos en los tratados constitutivos de las diversas organizaciones internacionales y en la doctrina y práctica de éstas. Analizando el "law making resolutions" de las organizaciones internacionales, Skubiszewski, señala que en esta esfera la terminología carece de uniformidad y consistencia y que el mismo término puede ser usado en diferentes organizaciones para aludir en un caso a actos obligatorios, y en otros, una mera expresión de opinión. Así, el término "recomendación", sostiene, es un acto no obligatorio por definición, mas en algunas organizaciones (CECA) el nombre y la forma de "recomendación" ha sido adoptado para aludir a resoluciones obligatorias (15).

Para algunos publicistas están comprendidas entre las "recomendaciones", las directivas u órdenes que un órgano jerárquicamente superior imparte a un órgano que le está subordinado dentro del mismo sistema jurídico (16).

A pesar de esta diversidad conceptual, predomina en la doctrina la idea de que una "recomendación" importa esencialmente una "sugerencia" o "invitación" a un determinado comportamiento, sin intención de obligar en el sentido de imponer una obligación jurídica a sus destinatarios (17).

Resulta muy significativa la terminología que la práctica ha consagrado en las recomendaciones de la Asamblea General: "invita", "pide", "insta", "exhorta", "recomienda", "espera con interés", "señala a la atención", "hace un llamamiento", "hace

(14) V. I. C. J. Reports, 1958, págs. 118-119 (opinión individual en el dictamen sobre procedimiento de voto aplicable a los informes y peticiones referentes al territorio del sudoeste africano).

(15) Cfr. "Enactment of Law by International Organizations", en B. Y. B. I. L., 1965-1966, t. XLI, págs. 201-202.

(16) Cfr. VIRALLY, Michel: "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales", en *Annuaire Francais de Droit International*, 1966, págs. 68 y 72.

(17) Cfr. CASTAÑEDA, Jorge: "Valeur juridique des Resolutions des Nations Unies", en R. A. D. I., 1970, t. 129, págs. 217-218; Díez DE VELASCO: Op. cit., pág. 359; VIRALLY: Op. cit., pág. 68. Para éste, las "recomendaciones" son aquellas resoluciones "dirigidas a uno o varios destinatarios exteriores a la misma que implican una invitación a adoptar un comportamiento determinado, acción u omisión".

un solemne llamamiento", son, entre otras, las expresiones más usadas (18).

Ello no es óbice para que se reconozca a las mismas por parte de algunos publicistas, un "valor moral" o un valor de "orden político", aunque a veces la distinción de efectos ofrece límites muy borrosos. Morand afirma que no es desplazando el problema al orden normativo de la moral el medio adecuado para encontrar una respuesta satisfactoria a la cuestión del valor jurídico de las recomendaciones internacionales (19).

Castañeda señala que el organismo internacional del cual emana una "recomendación" utiliza los mismos medios de presión para obtener su ejecución que los que se vale para hacer observar aquellas resoluciones que importan la ejecución de una obligación jurídica, trayendo aparejado su incumplimiento una toma de posición de los demás miembros de la Organización (20).

Puig reconoce que las "recomendaciones" no son obligatorias, pudiendo o no cumplirlas sus destinatarios, pero sostiene que cuando una iniciativa de la Asamblea General es apoyada por una mayoría importante de Estados, debe suponerse que existe en gran parte de ellos la intención de implementarla y cumplirla, y los Estados que no la cumplen no pueden oponerse a la acción de aquellos. Así, por esta vía indirecta, las "recomendaciones" serían implimentadas jurídicamente en forma tan eficiente como una decisión del Consejo de Seguridad (21). Sin embargo, para Virally, las "recomendaciones" no tiene otro objetivo que dar un contenido a las "obligaciones sociales" de los Estados miembros, careciendo de obligatoriedad por sí mismas (22).

Puede advertirse que esta imprecisión terminológica y diversidad valorativa, conspira contra la posibilidad de establecer una clasificación terminante y definitiva de aquellos actos emanados de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Avanzando en el tema en consideración, creemos que el término "resolución" es el más acertado para designar genéricamente a aquellos actos derivados de la potestad normativa externa de la Asamblea General, pudiendo distinguirse dentro de éstas las "declaraciones" y las "recomendaciones", sin prejuzgar sobre los distintos efectos que pudieran atribuirse a unas y otras. El estudio del valor

(18) V. *Repertorio de la práctica seguida*, pág. 153.

(19) Cfr. op. cit., pág. 981.

(20) V. op. cit., págs. 219-220.

(21) Cfr. *Derecho de la Comunidad Internacional*, Bs. As., 1974, pág. 22.

(22) V. op. cit., pág. 83.

jurídico de las declaraciones, difícilmente pueda disociarse del estudio de los efectos atribuidos a las recomendaciones.

Por otra parte, nos resulta dificultoso establecer una clara distinción entre "resolución" y "decisión", como lo hacen algunos publicistas, e incluso instrumentos emanados de las Naciones Unidas (23), ya que ambos términos, a nuestro entender, aparecen como equivalentes.

En doctrina, han sido también variados los términos utilizados para hacer referencia a los efectos de los actos en consideración. Así, "valor legal", "efectos jurídicos", "valor jurídico", "obligatoriedad", "eficacia vinculatoria", entre otros, han sido consagrados por el uso, en forma indistinta. Cuando hacemos referencia al valor jurídico o a los efectos jurídicos de una resolución de la Asamblea General, lo hacemos otorgándole a estos términos un alcance amplio. No porque una determinada resolución carezca de obligatoriedad, por ello debemos negarle "efectos jurídicos".

Castañeda señala que cuando utiliza en su trabajo los términos referidos, no lo hace en el sentido limitado de creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones hacia los destinatarios de las resoluciones, sino en el sentido más amplio de cambios introducidos a una situación legal preexistente, con toda la pluralidad de significados concretos que pueden razonablemente resultar de las circunstancias variables a que se aplican las resoluciones (24).

IV. Clasificación de las declaraciones.

Según la doctrina, las "declaraciones" de la Asamblea General son manifestaciones de la potestad normativa de este órgano, investidas de cierta solemnidad y que enuncian normas generales de conducta destinadas a regular situaciones indeterminadas. Su uso no es muy frecuente, regulando materias de gran importancia y creando expectativas de su acatamiento por los miembros de la comunidad internacional.

Una breve revista de las distintas materias abordadas en las declaraciones permite advertir que su contenido no es uniforme. De aquí que los publicistas hayan ensayado diversas clasificaciones.

Castañeda analiza en diversos capítulos, resoluciones concernientes a la estructura y funcionamiento interno de las Naciones Unidas, ciertas resoluciones concernientes a la paz y seguridad

(23) V. *Reglamento de la Asamblea General*, en Doc. A/520, Rev. 11. New York, anexo V, pág. 104.

(24) Cfr. op. cit., pág. 226.

internacionales, resoluciones que determinan la existencia de hechos y de situaciones legales concretas, resoluciones donde el carácter obligatorio se funda en título diferente al de la Carta, resoluciones cuya función es la de expresar y materializar un acuerdo entre los miembros de un órgano y resoluciones conteniendo declaraciones u otras posiciones de carácter general (25).

Claro es que el jurista mexicano estudia las resoluciones de la Asamblea General con un método particular, distinguiendo entre "resoluciones" que no tienen el carácter de recomendación (resoluciones internas) y las que no constituyen otra cosa que recomendaciones.

Carrillo Salcedo, entre la diversidad de declaraciones de la Asamblea General, distingue: a) Declaraciones relativas a "normas jurídicas internacionales preexistentes", citando a título ejemplificativo la Resolución 95 (I), sobre los Principios de Derecho Internacional enunciados en el estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Resolución 1803 (XVIII), relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales y riquezas nacionales; b) Declaraciones que desarrollan "principios jurídicos expresamente contenidos en la Carta", tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la Declaración relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Declaración relativa a los principios y normas internacionales que rigen las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados, y c) Las Declaraciones que consagran "nuevos principios jurídicos de Derecho Internacional", citando la Declaración relativa a los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en la parte que consagra el principio tercero de que el espacio ultraterrestre y otros cuerpos celestes no pueden ser objeto de apropiación nacional ni mediante reivindicación de soberanía, ni mediante el uso y ocupación, ni de otra manera. Según el jurista español, la importancia del "consenso" se manifiesta con mayor necesidad en esta última categoría de declaraciones, pues la regla de la mayoría que rige en la Asamblea General, resulta insuficiente, ya que las resoluciones de este órgano no crean de por sí nuevas normas de Derecho Internacional. El "consenso" decrece en trascendencia con respecto a las otras categorías de declaraciones (26). Oportunamente volveremos a considerar los efectos que los publicistas atribuyen al "consensus".

(25) Cfr. op. cit., págs. 227-331.

(26) V. "Soberanía del Estado...", págs. 311-312.

Una clasificación semejante de las declaraciones de la Asamblea General ha sido realizada por Asamoah (27) y por Garzón Clariana (28), quienes distinguen entre: a) las declaraciones de principios de Derecho Internacional; b) las dirigidas a crear nuevos principios de Derecho Internacional (competencia cuasilegislativa), y c) las que promueven programas específicos de la Carta.

Skubiszewski, abordando la participación de las organizaciones internacionales en el "law-making process", destaca entre las "resoluciones" no obligatorias (v. gr., recomendaciones), aquellas que contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional; las que son declaratorias de normas internacionales existentes; las que elucidan normas consuetudinarias en materias bajo discusión y las que confirman y consolidan el derecho vigente en un campo controvertido (29).

La amplitud de las materias abordadas en las "declaraciones" de la Asamblea General, insinúa la inconveniencia de enunciar reglas generales y abstractas sobre su valor jurídico. Debe analizarse cada una de ellas y observar los principios enunciados, pues aun dentro de una misma declaración podrán encontrarse postulados o normas de desigual valor. Esta disección se vuelve necesaria para evitar conclusiones que impidan valorar en su justa dimensión —subestimando o sobreestimando—, la función de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el aspecto considerado.

V. Competencia de la Asamblea General.

Advertimos que cuando se trata de establecer el valor jurídico de las "declaraciones" de la Asamblea General, surgen dos corrientes doctrinarias que, en no pocos casos, aunque aparezcan como extremas no llegan a establecer diferencias tan radicales.

Un sector partiendo de la premisa de que la Organización de las Naciones Unidas es una organización de cooperación internacional en la que los Estados conservan en plenitud su soberanía y no un ente superestatal, niegan "efectos jurídicos" obligatorios a las declaraciones de la Asamblea General, atribuyéndole la misma fuerza vinculante que la reconocida a las "recomendaciones" emanadas de esta misma autoridad, es decir, la de una "invitación" a determinada actitud o conducta.

(27) Cfr. "The legal significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations". La Haya, 1966, pág. 20.

(28) Cfr. op. cit., pág. 591.

(29) Cfr. op. cit., pág. 273.

Quienes sostienen esta tesis, se apoyan principalmente, en el origen de la organización. Cuando se trató la cuestión de la competencia de los órganos de las Naciones Unidas, algunos Estados dieron por sentado que las resoluciones de la Asamblea General no constituían una fuente autónoma del Derecho Internacional y la Conferencia de San Francisco, rechazó toda posibilidad de que estas resoluciones pudieran establecer normas jurídicas obligatorias para los estados miembros (30). Posteriormente, esta misma tesis sería sostenida por el delegado francés en oportunidad de la llamada "crisis financiera" de las Naciones Unidas, de 1965, originada en la falta de pago, por parte de algunos miembros, de los gastos proporcionales ocasionados por las operaciones de paz de Medio Oriente y el Congo (31). Una postura semejante asumió Portugal frente a la resolución sobre "Aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales por los organismos especializados y las instituciones internacionales relacionadas con las Naciones Unidas". El delegado portugués, juzgando sobre el valor de aquella resolución, diría "no es más que una recomendación de la Asamblea General como cualquier otra, una recomendación que los Estados miembros pueden aceptar o rechazar libre y soberanamente. No hay pues razones para considerar que dicha Resolución imponga obligaciones de manera más especial que otras, ni para pensar que se relacione más estrechamente que otras con los organismos especializados y las instituciones internacionales" (32).

Otra corriente de opinión, que en palabras de Carrillo Salcedo tienen "una más clara conciencia de las consecuencias e impli-

(30) V. TORRES BERNÁRDEZ: "La obra de desarrollo progresivo y codificación del Derecho internacional llevada a cabo por las Naciones Unidas", en obra colectiva ONU, año XX. Madrid, 1966, págs. 202-203. "Las Naciones Unidas son una organización intergubernamental, la Conferencia de San Francisco no otorgó a su órgano más representativo, la Asamblea General —dice Torres Bernárdez—, la facultad de promulgar normas de Derecho internacional obligatorias para los Estados, ni siquiera en el supuesto de que tales normas hayan sido aprobadas por el Consejo de Seguridad... Los órganos de las Naciones Unidas responsables del desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación, no crean, establecen o promulgan normas de Derecho internacional obligatorias para los Estados. Son los Estados los que continúan creando y estableciendo las normas de Derecho internacional".

(31) Cfr. CARRILLO SALCEDO: *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1966, pág. 19.

(32) Cfr. CARRILLO SALCEDO: *Política y derecho en Naciones Unidas: un caso "Test"*. La aplicación de la Resolución 1514 (XV) por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, en R. E. D. I., 1968, vol. XXI, pág. 248.

caciones del fenómeno de la Organización en el orden Internacional", defiende el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General como procedimiento institucionalizado de interpretación de la Carta y desarrollo progresivo del Derecho Internacional (33).

Quienes así opinan, rechazan toda construcción rígida y formalista. Una resolución de la Asamblea General debe ser considerada en el tiempo y bajo las circunstancias en que fue adoptada, debe apreciarse la materia sobre la que recayó, las alternativas del proceso de votación, la expectativa generada entre los Estados, el procedimiento adoptado por la Asamblea General para asegurar su cumplimiento, etc.

En general, los publicistas coinciden en afirmar que la determinación de los "efectos jurídicos" de las resoluciones de la Asamblea General es un problema complejo y que no se agota con la simple negación de la competencia legislativa de la Asamblea General. No por el hecho de que se afirme que las resoluciones de este órgano carecen de fuerza jurídica obligatoria conforme al sistema de la Carta, debe negarse que pueden contribuir o desempeñar un papel importante en la creación de normas obligatorias. La obligatoriedad puede derivarse de otros hechos o motivaciones concomitantes o posteriores a las resoluciones, como veremos más adelante.

Según Morand, el error de la doctrina tradicional que rehúsa reconocer un carácter jurídico a los actos desprovistos de fuerza obligatoria, proviene del hecho de no distinguir claramente dos niveles, el de una norma jurídica y el de un sistema jurídico. En este último nivel, que califica de "macrojurídico", el carácter obligatorio es una condición casi fundamental de su existencia. Un sistema jurídico que reposa enteramente sobre los medios de persuasión, manifiesta una existencia extremadamente precaria y peligraría ante la falta de efectividad. Al nivel de una norma, que Morand denomina nivel "microjurídico" se podría constatar —es el caso de las recomendaciones—, que una norma no obligatoria está provista de una real efectividad. A este nivel la juridicidad de una norma le es conferida únicamente por un elemento formal, cual es su dependencia de un sistema jurídico. Así un acto que como la recomendación constituye una invitación a una determinada conducta o comportamiento y que tiene desde ese momento un carácter normativo es jurídico por el sólo hecho que él ha sido creado de conformidad con un procedimiento establecido por un sistema jurídico internacional (34).

(33) Cfr. *Soberanía del Estado*, pág. 298.

(34) V. op. cit., págs. 983-984.

González Campos, partiendo de la distinción que realiza Reute entre "obligaciones a un comportamiento determinado" y "obligaciones de resultado" (35), considera que algunas declaraciones de la Asamblea General —v. gr., Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948— suponen verdaderas "obligaciones de comportamiento", que si bien no se imponen directamente a los Estados a los cuales van dirigidas, les vinculan en la concreción de los objetivos de tales declaraciones. "No cabe duda de que la negativa a aceptar las Resoluciones de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos —sostiene este publicista—, coloca al Estado en una situación incompatible con la calidad de miembro de las Naciones Unidas" (36).

Los investigadores del tema se preguntan si la competencia de la Asamblea General para dictar normas obligatorias podría inferirse de títulos distintos de la Carta, y a su vez la posibilidad de la interpretación de la Carta abre otro interrogante en torno a la facultad de la Asamblea General para realizar esta interpretación. Por otra parte, cabe preguntarse si los efectos jurídicos pueden derivarse de ciertas "obligaciones de comportamiento" impuestas a los Estados miembros en otros dispositivos de la Carta.

Podría la práctica modificar las competencias de la Asamblea General. Esta posibilidad pareciera ser admitida por algunos autores. Castañeda considera que la práctica constituye uno de los factores esenciales que deben tomarse en consideración para saber si la Asamblea puede adoptar ciertas decisiones obligatorias, al margen de la facultad reconocida, expresamente en la Carta, de dictar "recomendaciones". En principio, si bien reconoce que, en teoría, la competencia de un órgano reposa sobre la norma jurídica aplicable (norma constitucional), independientemente de la práctica, por otra parte señala las particularidades del orden internacional en el que no existe un órgano habilitado para controlar la constitucionalidad de los actos de las autoridades encargadas de aplicar las normas jurídicas. Cada órgano internacional, no subordinado a otro, controla la constitucionalidad de sus propios actos. Como las atribuciones de la Asamblea General han sido enunciadas de una manera muy general, esta circunstancia podría explicar, según el jurista mexicano, porqué la actividad misma de un órgano se constituye con el tiempo en un factor de gravitación para determinar el alcance legal de sus propias funciones. Finalizando su razona-

(35) V. *Derecho Internacional Público*, trad. de Puente Egidio. Barcelona, 1962, págs. 132-133.

(36) V. *La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, en obra colectiva ONU, año XX. Madrid, 1966, págs. 273-274.

miento trae a colación la trascendencia del principio de la efectividad en el orden internacional; la validez de las normas no están totalmente disociadas de su ejecución. La reacción de los estados frente a las resoluciones adquiere trascendencia para la valoración de su significación jurídica (37).

Garzón Clariana discrepa con la posición de Castañeda en razón de que, según su opinión, es totalmente inadecuado conceder a la práctica un valor decisivo para determinar la competencia del órgano del que emana una resolución, puesto que su validez viene determinada precisamente por la competencia del órgano. Critica también la trascendencia otorgada a la actitud de los Estados frente a las resoluciones de la Asamblea General, en razón de que un Estado puede comprometerse a cumplir ciertas y determinadas resoluciones, sin que ello implique la modificación de la competencia del órgano que las dicta. Debe distinguirse entre la práctica de un órgano, en este caso la Asamblea General, y la práctica de los Estados miembros, que si bien están relacionadas, son diferentes. La Asamblea General, según el jurista español, no puede modificar su competencia sino a través del procedimiento establecido en el artículo 108 de la Carta, que responde en general al procedimiento tradicional y clásico para la modificación de los tratados (38). Estas observaciones de Garzón Clariana tienen mucha solidez y ubican la cuestión en sus justas dimensiones. La necesidad de competencias expresas e inequívocas para enunciar normas de carácter obligatorio, también ha sido señalada por otros publicistas (39).

La posibilidad de que el "making power decision" de la Asamblea General pueda ser modificado por una costumbre internacional, es admitida por algunos en forma muy amplia, mientras que otros, si bien en principio la admiten, requieren la necesidad de una práctica aceptada como derecho por "todos" los miembros de la organización, lo que en definitiva reduce la posibilidad generatriz de la costumbre, aproximándola a un verdadero acuerdo (40).

En el sistema de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (parte IV), la enmienda y modificación de los tratados requiere el acuerdo de partes, pero queda siempre a salvo

(37) Cfr. op. cit., págs. 221-222.

(38) Cfr. op. cit., págs. 599-600.

(39) V. SKUBISZEWSKI: Op. cit., pág. 275. "While the internal law of international organizations grows rapidly and the power to make it can now be implied, rules enacted by them that create direct duties or direct rights for States are still infrequent and, if it is to be able to make them, the organization must have been granted unequivocal and express competence to that affect in this constitution".

(40) Ibidem, pág. 201.

la aplicación del derecho consuetudinario en lo que no está expresamente regido en la convención. Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los medios para introducir reformas están expresamente establecidas en el capítulo XVIII y nada se dice sobre la posibilidad de que las reformas puedan producirse por otros medios, como la costumbre internacional.

Ciertos hechos producidos en el seno de la Organización y afirmaciones del titular de uno de sus órganos ha inducido a algunos estudiosos del tema a admitir, al menos como hipótesis de estudio, tal posibilidad. Castañeda cita como ejemplo las modificaciones introducidas en la competencia de la Asamblea General por la Resolución Unión Pro Paz (41), y Garzón Clariana, las declaraciones de Hammarskjöld, en la Introducción a la Memoria Anual sobre la labor de la Organización del período 1960-1961, en donde el secretario general destaca que el mayor respeto de las recomendaciones de la Asamblea General puede derivar en un reconocimiento de "efectos obligatorios" para sus destinatarios, especialmente cuando importan la aplicación de los principios obligatorios de la Carta y del Derecho internacional. Sin embargo, este autor, sin desconocer la existencia de algún caso muy especial, considera que una enmienda de la Carta, obligatoria para todos los miembros de las Naciones Unidas, sólo podría consagrarse por un acuerdo distinto, si fueran parte de tal acuerdo la totalidad de dichos miembros, lo que implicaría un procedimiento muchísimo más complicado que el previsto en la misma Carta (42).

Bindschedler, niega facultades a los Estados para modificar la naturaleza jurídica de los actos de las Naciones Unidas, sin que se observe la modificación del instrumento constitucional (43).

Suponiendo, por algunos antecedentes, que las competencias constitucionales de la Asamblea General puedan ser modificadas por los Estados miembros a través de la costumbre internacional, lo que no es uniformemente aceptado, cabe interrogarse si la Asamblea tiene facultades para interpretar la Carta, incluyendo los preceptos que establecen sus propias competencias. El interrogante incluye, aceptada esta posibilidad, si la facultad se extiende al caso concreto o es más amplia, con carácter gene-

(41) Cfr. op. cit., págs. 258 y ss.

(42) Cfr. op. cit., 603-605.

(43) Cfr. "La délimitation des compétences des Nations Unies", en R. A. D. I., 1963, t. 108, pág. 349. Este publicista distingue entre la resolución misma y la aceptación contractual o unilateral por parte de los miembros del carácter obligatorio de una resolución que originariamente no lo es.

ral y, en su caso, qué valor tienen las interpretaciones de la Asamblea (44).

Un estudio de los trabajos preparatorios de la Carta lleva al investigador a confirmar que si bien no se establecieron normas expresas que determinaran quién y cómo debía interpretarse la Carta, se daba por entendido que los órganos de las Naciones Unidas tendrían que interpretarla, al menos en la parte que regula sus propias funciones. Además, el informe de uno de los comités abordaba el tema del alcance de tales interpretaciones, señalando que cualquier interpretación dada por un órgano de la Organización no tendría fuerza obligatoria si no era aceptable para el conjunto de los miembros (45).

En este aspecto, la mayoría de la doctrina concuerda en que las interpretaciones que pudiera realizar la Asamblea General no son obligatorias ni siquiera para aquellos Estados que las hubieran apoyado. Sin embargo, Bleicher sostiene que una resolución de la Asamblea General puede servir como una interpretación obligatoria de la Carta de las Naciones Unidas (46).

Los Estados miembros de las Naciones Unidas han reivindicado la facultad de interpretar la Carta, por lo que si bien la Asamblea, como cualquier otro órgano de la Organización, puede tener este derecho dentro del límite de sus respectivas competencias, no se trata de una interpretación auténtica. Con este mismo alcance se reconoce que la Asamblea General, en cuanto órgano de aplicación del derecho, tiene competencia para hacer interpretaciones generales de la Carta. No obstante, hay quienes consideran que cuando la Asamblea General interpreta las previsiones de la Carta respecto de su propia competencia, la misma no podría ser objetada por los Estados (47). Sin embargo, esta última posición es muy aislada.

Una recapitulación de las consideraciones vertidas permite advertir que conforme al sistema de la Carta, la Asamblea General de las Naciones Unidas carece de facultades legislativas "stricto sensu" y que la potestad normativa externa se manifiesta a través de las declaraciones y recomendaciones, que difieren en su aspecto formal, mas no en su valor intrínseco, pues ambas carecen de fuerza obligatoria.

Esta conclusión está avalada por una calificada y mayoritaria

(44) V. ASAMOAH: op. cit., pág. 34.

(45) V. GARZÓN CLARIANA: op. cit., págs. 605-612; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: "La emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho internacional", Madrid, 1968, pág. 145; VALLAT: op. cit., página 211.

(46) Cfr. "The legal significance of re-citatio of General Assembly Resolutions", en A. J. I. L., 1969, vol. 63, pág. 477.

(47) Cfr. HIGGINS, Rosalyn: "The United Nations and lawmaking: the political organs", en P. A. S. I. L., 1970, pág. 45.

doctrina, e incluso ratificada por la Corte Internacional de Justicia. En el "affaire" del Sudoeste africano, afirmó concretamente la falta de obligatoriedad de las resoluciones de la Asamblea General, las que no tienen otro alcance que invitaciones a observar una determinada conducta. "La fuerza persuasiva de las resoluciones de la Asamblea General —dice el Alto Tribunal— puede ser, ciertamente, muy considerable, pero ésa es otra cuestión. Opera en el nivel político, no en el jurídico; no convierte estas resoluciones en jurídicamente obligatorias" (48).

En reiteradas oportunidades los Estados han debatido la cuestión de la validez de las resoluciones de la Asamblea General en el seno mismo de este órgano, poniéndose de manifiesto una acentuada connotación política, especialmente cuando se debatieron aquellos casos en que ciertas potencias tuvieron ingerencia en los asuntos internos de otros Estados, violando normas expresas de la Carta de las Naciones Unidas.

Las obligaciones impuestas a los Estados en los distintos preceptos de la Carta, que es un acuerdo multilateral, constituyen auténticas "obligaciones jurídicas", tal es el caso de la obligación de no recurrir a la fuerza en violación de los principios de la Carta y de no ir en contra de la independencia y soberanía de los Estados. No es del todo extraño, entonces, que se haya sostenido que cuando la Asamblea General asume las funciones del Consejo de Seguridad en defensa de la paz internacional (aplicación de la resolución Pro-Paz), y aplica las disposiciones de la Carta en un determinado caso —v. g. violación del derecho de no intervención—, las recomendaciones sean obligatorias desde el punto de vista jurídico (49). Sin embargo, debe distinguirse entre la obligatoriedad —per se— de una resolución de la Asamblea General —órgano carente de facultades legislativas— y la obligatoriedad de ella, porque las disposiciones a cuya observancia se insta tienen carácter obligatorio. En este caso la obligatoriedad deriva no de la resolución en sí, sino de la materia regulada. Es trascendente esta distinción.

La falta de "efectos jurídicos obligatorios" de las resoluciones de la Asamblea General no desmerece la importancia funcional

(48) V. I. C. J., Reports, 1966, pág. 50: "Si L'Assemblée Générale des Nations Unies, qui serait dans cette hypothèse l'organe compétent, peut prendre des résolutions sans l'adhésion de l'autorité administrante, ces résolutions, une fois prises, ne sont que des recommandations dépourvues de caractère obligatoire, sauf dans certains cas sans pertinence en l'espèce. Certes, les résolutions de l'Assemblée Générale peuvent avoir une grande influence mais c'est là une autre question. Cela joue sur le plan de la politique et non du droit; cela ne rend pas ces résolutions juridiquement obligatoires".

(49) Cfr. Repertorio de la práctica seguida..., pág. 90.

de este órgano. La obra precodificadora ha sido relevante y son numerosas las convenciones sobre importantísimas materias que pueden considerarse como el fruto directo de la acción de la Asamblea General en cumplimiento de la obligación de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación.

Como el tema no se agota en las conclusiones ya señaladas, es necesario considerar otros aspectos relacionados con el valor de las resoluciones de la Asamblea General.

VI. Alcances de la participación de los Estados en la aprobación de una resolución.

A partir del período de universalización de las Naciones Unidas como consecuencia directa del proceso de descolonización, en el que la Organización desempeñara un rol de primer orden (50), la Asamblea General adquiere otra dimensión, que la asemeja a una gran conferencia diplomática. Esta circunstancia ha inducido a parte de la doctrina a considerar que la cuestión del valor jurídico de las resoluciones de este órgano no debe enfocarse exclusivamente desde el ángulo de las competencias constitucionales, sino que debe tenerse en cuenta la facultad de que gozan los Estados para producir normas jurídicas mediante la aprobación de resoluciones en el seno de un órgano que originariamente carece de potestad legislativa (51).

Esta derivación, que nos conduce indefectiblemente a la amplia temática de las fuentes del Derecho internacional, trae aparejada la consideración de algunas cuestiones como la significación y alcance del "voto" en la aprobación de las resoluciones en el seno de la Asamblea General, la trascendencia de los actos unilaterales, las relaciones con la costumbre internacional, etc.

Los publicistas se preguntan sobre el efecto que acarrea el voto afirmativo de un Estado en la aprobación de una determinada resolución de la Asamblea General. Para algunos, el voto afirmativo le imposibilita al Estado sostener a posteriori que la regulación de una materia determinada difiere de la establecida en la resolución votada, lo que, como observa Garzón Clariana, importa una extensión de la aplicación de la doctrina del "estoppel" (52).

(50) V. Resolución 1514 (XV) titulada "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales" y demás resoluciones dirigidas a lograr la concesión del proceso de descolonización.

(51) Cfr. MIAJA DE LA MUELA: "La emancipación de los pueblos coloniales...", págs. 149-150.

(52) Cfr. "El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea

Otros dejan abierta la posibilidad de que el voto emitido en el seno de un órgano de una organización internacional llegue a constituir un verdadero tratado (53).

La doctrina no se ha mostrado proclive a aceptar esta consecuencia atribuida al voto (54), y en general, se admite que no es propiamente el voto el acto que pone de manifiesto una intención de obligarse, sino que serán otros actos, como las explicaciones o fundamentaciones que acompañan a aquél.

No obstante, las circunstancias que rodearon la votación —creencia fundada de que el Estado se someterá a las normas enunciadas en la resolución, máxime si ésta afirma ser declaratoria del Derecho internacional— ha inducido a parte de la doctrina a admitir que ciertos actos, como el silencio guardado por un Estado frente a lo actuado por su representante, pueda ser considerado como un asentimiento (55).

De más está señalar que los Estados pueden obligarse unilateralmente a aceptar como obligatorias las normas o reglas establecidas en una resolución.

En doctrina se ha desarrollado también la posibilidad de otorgar a las resoluciones de la Asamblea General el carácter de acuerdos internacionales. Para Mme. Bastid, la falta de formalidad del Derecho internacional permite aceptar en ciertas condiciones, que mediante el procedimiento de la adopción de una resolución por unanimidad pueda concluirse un acuerdo válido sobre la interpretación de la Carta (56).

Sorensen atribuye efectos vinculantes a las declaraciones verbales que efectúan los representantes de los Estados en los órganos de las Naciones Unidas (57), y Castañeda estudia en su

General de las Naciones Unidas" (2.^a Parte), en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, núm. 4, pág. 892.

(53) Cfr. SORENSEN: "Manual of Public International Law"..., página 124.

(54) Asamoah señala que el "estoppel" se refiere a representaciones de hecho y no de derecho (v. op. cit., pág. 452).

(55) Cfr. GARZÓN CLARIANA: op. cit. (2.^a parte), pág. 894.

(56) Cfr. "Observations sur une étape dans le développement progressif et la codification des principes du droit international", en *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pág. 136. La jurista francesa desarrolla la idea de que algunas resoluciones de la Asamblea General pueden constituir un verdadero acuerdo posterior entre las partes sobre la interpretación de la Carta.

(57) Cfr. "Principes de droit international public", en *R. A. D. I.*, 1960, vol. 101, págs. 55-57. Opina Sorensen: "Dans le cadre d'une organisation internationale, par exemple devant le Conseil de Sécurité lorsqu'il s'occupe d'un conflit entre deux Etats, il est également concevable que les déclarations orales de deux représentants gouvernementaux engagent leurs gouvernements et que le contenu de ces dé-

obra ciertas resoluciones que en su opinión expresan y registran un acuerdo entre los miembros de un órgano. No se trata del caso de saber, dice el publicista mexicano, si un Estado que vota a favor de una recomendación ordinaria está obligado a cumplirla, sino determinar si ciertas resoluciones sobre la base del instrumento constitutivo de la organización o sobre la base del mandato de un órgano o teniendo en consideración las circunstancias bajo las cuales la resolución es adoptada, su objetivo principal es expresar y registrar un acuerdo entre los miembros. De tales resoluciones puede derivarse algo semejante a un acuerdo multilateral en forma simplificada (58).

Sin embargo, otros autores han señalado la falta de sustentación de esta posición, tanto en el plano teórico como en la práctica de la Organización. Los Estados no entienden obligarse convencionalmente a través de los votos otorgados para la aprobación de una determinada resolución (59). Ni siquiera cabe

clarations reste au-dessus de toute contestation parce que chaque mot est consigné dans les procès-verbaux et même enregistré sur une bande enregistreuse", y más adelante, agrega: "Dans la pratique des Nations Unies et des autres organisations contemporaines le même phénomène se présente couramment, mais il ne paraît pas avoir donné lieu à des controverses sérieuses. Il semble être généralement admis qu'une déclaration faite par le représentant d'un gouvernement peut constituer l'acceptation d'une norme de conduite qui par engage l'Etat avec le même effet qu'une norme formulée dans un accord écrit. La pratique souvent adoptée par les organes internationaux de prendre acte formellement d'une déclaration faite confirme le caractère obligatoire de celle-ci. Dans chaque cas d'espèce, bien entendu, la portée de l'obligation dépend des termes de la déclaration, et il se peut qu'ils traduisent une intention politique, un "policy statement", plutôt qu'une volonté d'être lié juridiquement à une action déterminée. A cet égard, cependant, une telle déclaration ne diffère pas essentiellement d'un traité en forme écrite".

(58) Cfr. op. cit., pág. 302.

(59) Cfr. MEDINA ORTEGA: "Política y Derecho internacional. La labor del profesor de Luna en la Sexta Comisión de la Asamblea General", en *R. E. D. I.*, 1968, vol. XXI, pág. 203. Se planteó la siguiente cuestión en el seno de la 6.^a Comisión: En 1963, un grupo de países presentó un proyecto de resolución en la Sexta Comisión que otorgaba a la Asamblea General las funciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones con respecto a ciertos tratados aprobados en el período que medió entre las dos grandes guerras. Se procuraba la ampliación del número de ratificaciones, pero había que obtener la aprobación de las partes ya existentes. El delegado australiano propuso que la resolución de la Asamblea que aprobara esta asunción de funciones estableciera que el voto de las partes ya existentes implicaría el consentimiento de las mismas, en cuanto a los que eran miembros de las Naciones Unidas. Ese mismo voto comprometía a las partes a obtener la cooperación de los que no eran miembros de esta Organización. De Luna objetó el procedimiento y se pronunció al respecto: "Si bien la delegación de España considera aceptable el procedimiento adopta-

la posibilidad de que sean considerados como acuerdos en forma simplificada (60).

Más aún, la práctica de las Naciones Unidas distingue claramente entre los procedimientos para la adopción de una determinada resolución por parte de la Asamblea General y el observado para lograr una verdadera convención o tratado. Las últimas grandes convenciones suscritas bajo la acción directa de las Naciones Unidas (v. g., Convención sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961; sobre relaciones consulares, de 1963; sobre el Derecho de los tratados, 1969, etc.) han seguido el procedimiento clásico establecido en el Derecho internacional para esta clase de actos jurídicos. Por otra parte, ya analizamos la posición de los Estados en el seno del Grupo de Trabajo que preparó el proyecto de Carta de los Derechos y Deberes económicos de los Estados, en donde la antinomia "tratado-declaración" no deja margen para atribuir a las resoluciones de la Asamblea General el carácter de "acuerdos" (61).

Si se analizan detenidamente las distintas opiniones vertidas sobre esta materia, se advierte que a veces las discrepancias son más aparentes que reales. En efecto, es muy escasa la corriente de opinión que otorga de por sí a las resoluciones de la Asamblea General el carácter de verdaderos tratados. Lo que asiduamente acontece es que algunos juristas otorgan a ciertas circunstancias que forman el marco procesal, observado para la aprobación de las resoluciones, una determinada significación jurídica o bien hacen referencia a otros órganos u organizaciones internacionales.

do en el proyecto de resolución A/C.6/L.532, estima que adolece de algunos defectos jurídicos de forma que han señalado los representantes de Chile e Italia. Caben también ciertas dudas en cuanto a si un Estado ha de quedar obligado, en una materia tan importante, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también político, como es la determinación del ámbito de aplicación de un tratado con arreglo al derecho interno, por una resolución de la Asamblea General, que no tiene carácter obligatorio".

(60) V. CARRILLO SALCEDO: "Soberanía del Estado...", p. 297. Este publicista señala la diferencia existente entre el procedimiento convencional y el institucionalizado como medios de generación de normas jurídicas internacionales. "Si en aquél (se refiere al procedimiento convencional) lo esencial es el consentimiento del Estado, y de ahí que dicho consentimiento haya de ser definitivo o la honda justificación de las reservas y del principio de flexibilidad en el Derecho de los tratados, en el procedimiento institucionalizado lo fundamental es el consenso de los Estados, como medio de suplir la falta de competencias del órgano internacional para establecer de forma autoritaria normas jurídicas internacionales".

(61) V. supra, cap. II.

VII. Resoluciones y derecho consuetudinario.

La costumbre internacional presupone la convergencia de dos elementos: el elemento material, una "práctica" o "precedentes", y el elemento subjetivo, la "opinio juris". Ambos elementos se encuentran contenidos en la enunciación del apartado b) del párrafo primero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho", aunque la redacción no haya sido la más adecuada. Omitiremos otras consideraciones sobre el derecho consuetudinario, por no constituir el tema específico abordado, al cual, por otra parte, han sido dedicados importantísimos trabajos que en otra oportunidad hemos examinado (62).

En doctrina no hay mayor uniformidad en cuanto a la determinación del papel que cabe asignar a las resoluciones de la Asamblea General en la formulación de normas consuetudinarias.

Algunos consideran que la sucesión de resoluciones sobre una determinada materia y en el mismo sentido puede constituir —per se— una prueba de la existencia de una norma consuetudinaria (63). Sin embargo, se pone en duda que la repetición de resoluciones no obligatorias puedan llegar a crear una obligación, sin que ello importe disminuir la trascendencia de las expectativas que esa repetición pueda generar en los Estados y de la actitud de los Estados frente a tales expectativas (64).

Rosalyn Higgins, destacando la función de la Asamblea General en el desarrollo del Derecho internacional consuetudinario, señala que la frecuente cita de resoluciones y declaraciones an-

(62) Cfr. REY CARO, Ernesto: "La costumbre internacional y el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la plataforma continental", en *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*. Rosario, 1971, núms. 39-40, págs. 67-97.

(63) V. Opinión disidente del Juez Tanaka en el *affaire* del Sudoeste africano, en I. C. J., Reports, 1966, pág. 292. "En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'article 38, paragraphe 1b, du Statut". Bleicher, otorga efectos semejantes aunque sólo sobre ciertas categorías de resoluciones a las sucesivas citas de una resolución en resoluciones posteriores: "But continual re-citation by the General Assembly of certain principles that are described as binding obligations because of their roots in established sources of international law does serve to reinforce the claim that the particular resolution enunciates legally binding principles" (op. cit., pág. 455).

(64) Cfr. GARZÓN CLARIANA: Op. cit. (2.ª parte), pág. 904.

teriores de los órganos internacionales y detentando la característica de *opinio juris*, puede originar una práctica general reconocida como una costumbre jurídica (65).

En cuanto al alcance del voto en el sistema de la Asamblea General, la doctrina se inclina a otorgar relevancia no solamente al voto en sí mismo, sino a todas aquellas consideraciones emanadas de los representantes de los Estados que generalmente se expresan para fundamentar los votos (66). De igual manera, adquiere relevancia la actitud de los Estados frente a las resoluciones que aplican una declaración determinada.

Estos factores, entre otros, deben ser considerados para determinar si una resolución y la conducta de los Estados antes, durante y después de la aprobación de la misma han contribuido a crear "precedentes" que lleguen a constituir una verdadera práctica. Pero, como ya lo señaláramos, no basta la concurrencia del elemento material, sino que es necesario, además, la *opinio juris*.

Adquieren gran relevancia para apreciar el proceso de gestación de una norma consuetudinaria, a partir de una resolución de la Asamblea General, las observaciones efectuadas por Miaja de la Muela al analizar el problema de la descolonización a diez años de haberse aprobado la Resolución 1514 (XV): "es innegable que ha entrado su contenido a formar parte de la conciencia jurídica de la humanidad, lo que añade una *opinio juris* a lo que es posible que en su momento inicial tuviese más de señalamiento de obligaciones puramente políticas para los Estados metropolitanos que de creación de normas estrictamente jurídicas, fenómeno nada extraño en el orden internacional, carente de un sistema nomogenético, dotado de la necesaria precisión para determinar con exactitud en qué momento y mediante qué procedimientos urge la regla de derecho. Dentro de la más pura ortodoxia, de aquella *opinio juris* surge la regla consuetu-

65) Cfr. op. cit., pág. 42: "The lack of a legislative competence in the Assembly is incapable, through its practice, of contributing to the development of customary international law. The resolutions and declarations of international organs, repeated with sufficient frequency and bearing the characteristic of *opinio juris*, can establish a general practice recognized as legal custom. In this context, therefore, reiteration of the fact that the Assembly is not a legislature is irrelevant".

(66) En la opinión individual a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 5 de febrero de 1970, en el *affaire de la Barcelona Traction*, el Juez Ammoun señala que la práctica de los Estados se manifiesta en la toma de posiciones de sus representantes en las organizaciones y conferencias, particularmente en la ONU, y agrega que los votos emitidos al aprobarse una resolución constituyen precedentes que contribuyen a la formación de una costumbre (v. C. I. J., Recueil, 1970, págs. 302-303).

dinaria en cuanto va acompañada de una repetición de actos uniformes y con la conciencia en sus autores de amoldarse a un imperativo jurídico" (67).

Las opiniones de los estudiosos del tema están directamente influenciadas por la concepción que predomina en cada uno de ellos acerca de la naturaleza, fundamento, elementos de la costumbre internacional, órganos de los que pueden emanar los precedentes, tiempo de formación, prueba de la costumbre, etc. De allí la dificultad que presenta la investigación del tema en consideración.

Para Virally, las declaraciones son actos que por reconocer los principios que incorporan, deben ser considerados como constitutivos de una *opinio juris*, al mismo tiempo que tienen también el carácter de precedentes (68). Asamoah otorga a las resoluciones y a los debates que las preceden una fundamental importancia en la prueba de la existencia de una "*opinio juris*" (69).

Se ha sostenido que no es suficiente que una declaración tenga el propósito de enunciar normas jurídicas, sino que es necesario, además, para que exista una *opinio juris*, que haya un verdadero "consensus", que en manera alguna significa unanimidad, aunque tampoco sería aceptable que para la aprobación de una resolución se haya logrado una escasa mayoría de votos (70).

La importancia del consensus ha sido señalada por muchos autores, aunque no siempre se le ha atribuido los mismos efectos. Carrillo Salcedo, destacando la significación jurídica del fenómeno de la organización internacional y la situación actual del Derecho internacional, señala que aquél no trajo aparejada la desaparición de la soberanía estatal. De allí que cuando se intenta introducir nuevos principios jurídicos o desarrollar los ya contenidos en la Carta de la ONU, adquiere relevancia el método del "consensus" o "acuerdo general" por sobre el sistema o regla de la mayoría, como medio que suple la falta de competencia de la Asamblea General para interpretar auténtica-

(67) Cfr. La descolonización y el derecho de la descolonización en la Organización de las Naciones Unidas, en R. E. D. I., 1971, volumen XXIV, pág. 210.

(68) Cfr. "Le rôle des principes dans le développement du Droit international", en *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pág. 550. Virally considera que el elemento material y el subjetivo de la costumbre internacional no pueden darse en forma separada.

(69) Cfr. op. cit., pág. 56.

(70) V. CARRILLO SALCEDO: "Soberanía del Estado...", págs. 306 y siguientes.

mente la Carta o para establecer reglas jurídicas obligatorias a los Estados miembros (71).

Bastid, en un análisis del procedimiento observado para la adopción de la Declaración de los principios de Derecho internacional concernientes a las relaciones amistosas y de cooperación de los Estados, de conformidad a la Carta de Naciones Unidas, destaca que el hecho de haberse logrado un "consensus" que permitiera la adopción de la declaración sin ser sometida a discusión, da a los principios el valor de precedentes en la formación de reglas consuetudinarias, sin que importe la creación inmediata e instantánea de reglas, como si fuera el caso de una verdadera convención (72).

Falk avanza mucho más y considera que el "consensus" manifestado en la aprobación de una resolución otorga a éstas un estado legislativo limitado que conduce a reconocer a la Asamblea General una competencia cuasi-legislativa (73).

Jenks ha sugerido que en lo que concierne a la organización internacional, el "consentimiento" ha sido efectivamente reemplazado por el "consensus" (74).

Tanto la posición de Falk como la de Jenks y otros que han tratado de disociar el "consensus" de la "opinio juris" otorgándole a aquél cierta autonomía como fuente del Derecho internacional, ha sido criticada en razón de que lo que se considera "consensus" no difiere en nada de lo que es la "opinio juris", sin dejar de reconocérseles el mérito del esfuerzo realizado en la dilucidación del tema en consideración (75).

Si bien para algunos autores que admiten la posibilidad de que la norma consuetudinaria pudiera tener una formación instantánea (76), la concurrencia del "consensus" y el propósito de enunciar normas jurídicas, bastaría para estar ante una costum-

(71) Ibidem, págs. 305 y 314.

(72) Cfr. "L'état du droit international public en 1973", en *Journal de Droit International*, 1973, núm. 1, págs. 15-16. Sorensen también señala los efectos de la ausencia de oposición en la adopción de una declaración: "Secondly, declarations of this kind may manifest a recognition of certain legal principles by the member states voting for their adoption. If adopted by majority verging on unanimity, or virtual without opposition, they may contribute to the formation of customary rule or be evidence that it is already formed" (v. *Manual*..., pág. 162).

(73) Cfr. "On the Quasi-Legislative competence of the General Assembly", en *A. J. I. L.*, 1966, vol. 60, pág. 783.

(74) Cfr. "Unanimity, The voto, weighted voting, special and simple majorities and consensus as modes of decision in international organization", en *Cambridge essays in International Law*, 1965, cit. por Rosalyn Higgins, op. cit., pág. 41.

(75) V. GARZÓN CLARIANA: Op. cit. (2.ª parte), pág. 915.

bre internacional; la doctrina más calificada requiere la necesidad de una práctica posterior a la declaración cuyo grado de intensidad estará en relación directa con la naturaleza de la materia regulada en la declaración.

Garzón Clariana, en su completo trabajo, señala el papel de la práctica: "En definitiva, pues, la mayor o menor necesidad de una práctica posterior a la Declaración estará en relación inversa con la novedad de la regulación en ella contenida. Así, una declaración que se limite a reafirmar principios jurídicos preexistentes permitirá apreciar la permanencia de una determinada opinio juris también preexistente, y por ello tendrá un valor probatorio incluso, como ha señalado Carrillo Salcedo, si no ha sido aprobada por consensus (si bien la existencia de una gran oposición a la misma puede producir el efecto contrario y poner de manifiesto, como se verá más adelante, que esa opinio juris ha desaparecido o ha dejado de ser general). Por el contrario, una declaración que enuncia principios jurídicos nuevos requerirá el consensus y, desde el punto de vista de la formación de una costumbre, requerirá también de una práctica posterior, aunque esto no quiere decir que deba transcurrir un largo período de tiempo antes de que pueda decirse que la costumbre se ha constituido. En el caso de una Declaración que desarrolle principios expresamente contenidos en la Carta, el requisito del consensus sólo puede relajarse en presencia de una práctica general en el sentido de la regulación contenida en la Declaración y siempre que no exista desacuerdo sobre la interpretación de la Carta en ese punto. En cambio, cuando una declaración se produzca en una situación en que la práctica sea escasa o en la que existan varias prácticas en conflicto y haya incertidumbre sobre las normas aplicables, parece que deberá producirse una cierta práctica posterior, ya que difícilmente la práctica anterior bastará o podrá ser considerada como realizada con la convicción de que es obligatoria" (77).

Se ha señalado también que el fenómeno de la organización internacional, en particular las manifestaciones de una voluntad colectiva de los Estados miembros manifestada a través de resoluciones y declaraciones de sus órganos ha contribuido a acelerar el tradicional proceso de formación de una norma consuetudinaria. Este proceso colectivo y orgánico, sostiene Tanaka, representa un término medio entre la legislación por tratado y

(76) Cfr. ROSENSTOCK: "The Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations: a Survey", en *A. J. I. L.*, 1971, vol. 65, pág. 714, nota 2.

(77) V. op. cit. (2.ª parte), págs. 910-911.

el proceso tradicional de creación de las normas internacionales por la costumbre (78).

El impacto de la práctica colectiva de los Estados, manifestada en el seno de las organizaciones internacionales, en el desarrollo y la consolidación más rápida de la costumbre, también ha sido señalada por Jenks. Este publicista discrimina entre las resoluciones adoptadas en una conferencia internacional por una mayoría accidental y por razones políticas sobre una materia extraña a la conferencia, a las que niega valor como precedente para establecer una costumbre internacional y la práctica generalmente aceptada por las organizaciones internacionales que puede en un período razonable "cristalizar en una costumbre obligatoria" (79).

A pesar de la falta de uniformidad en la opinión de los publicistas y la diferente valoración de las circunstancias y procedimiento que caracterizan los debates y la aprobación de una resolución por la Asamblea General de las Naciones Unidas y su trascendencia respecto de los elementos que presupone la costumbre internacional, no puede dudarse que la Asamblea General, a través de estos actos, desempeña un rol destacadísimo en la formación del derecho consuetudinario o en la prueba de la existencia del mismo.

VIII. Consideraciones finales.

Es fácil advertir que la cuestión de los "efectos jurídicos" de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

(78) Cfr. *Opinión disidente...*, pág. 292. "On doit noter en même temps que chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des Etats participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce septième collectif, cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater, qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international". Sorensen expresa una idea semejante en cuanto a la función de las resoluciones de la Asamblea General: "D'autre part, une résolution ne pourrait pas créer une norme juridique entièrement nouvelle, sans fondement dans la pratique ou la jurisprudence antérieure. La résolution se place ainsi à mi-chemin entre une convention et la coutume. Comme la convention, elle est l'expression d'une volonté ou d'une opinion commune de la part des Etats, mais elle n'exige pas la déclaration d'engagement de la part de chacune des parties. Comme la coutume, elle présuppose certains points d'attache dans la pratique antérieure, mais sa valeur juridique est indépendante d'une preuve formelle de sa conformité avec la pratique" (v. *Principes de Droit...*, pág. 99).

(79) Cfr. "El Derecho Común de la Humanidad", trad. de Ramírez de Arellano. Madrid, págs. 40-41.

es una materia muy controvertida. Mientras parte de la doctrina, apoyándose en el carácter político del órgano, o apelando a los debates suscitados en ocasión de tratarse sus competencias en las sesiones preparatorias de la Carta, o recurriendo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que guarda silencio en torno a estos actos emanados de las organizaciones internacionales, niegan su carácter jurídico o hablan de efectos morales, otra corriente jus-internacionalista, sin dejar de admitir el carácter de las "recomendaciones", en cuanto a invitaciones a una determinada conducta, considera que esta circunstancia no implica la negación de sus efectos jurídicos.

Hay una cierta categoría de resoluciones, generalmente llamadas "orgánicas", que son obligatorias para sus destinatarios. En cuanto a las demás, esta segunda corriente considera, reconociendo la carencia de facultades legislativas de la Asamblea General, que tales actos colectivos de los Estados pueden contribuir a crear normas de Derecho internacional, aunque haya discrepancias en cuanto a su alcance.

Unos estiman que las resoluciones de la Asamblea General constituyen una fuente autónoma del Derecho internacional, apartándose así de la teoría clásica de las fuentes de este derecho; otros, los más, consideran que tales actos, manifestaciones de la potestad normativa de dicho órgano, desempeñan un papel de primer orden en la creación de normas consuetudinarias y, por ende, en el desarrollo del Derecho internacional.

Por otra parte, cabe señalar que se ha reconocido que no todas las resoluciones contienen principios de igual jerarquía, distinguiéndose entre aquellas que "declaran" el derecho ya existente, aquellas que promueven programas específicos de la Carta y las que pretenden crear nuevos principios de Derecho internacional. Esta diferenciación es muy importante para una adecuada valoración de los efectos de una determinada resolución de la Asamblea General.

Quizá sea conveniente recordar los conceptos vertidos por el secretario general de las Naciones Unidas en un informe presentado a la Asamblea General para explicar los esfuerzos realizados por lograr el cumplimiento de ciertas resoluciones de este órgano: "La Carta autoriza al Consejo de Seguridad a tomar decisiones de carácter obligatorio y los medios para hacer efectivas estas decisiones. No da esta autorización a la Asamblea General, que sólo puede recomendar una decisión a los Estados miembros, y estos pueden, por su parte, aceptar esas recomendaciones o hacer caso omiso de ellas. Esto también es cierto de

las recomendaciones aprobadas por la Asamblea General en la resolución "Unión pro paz" (Resolución 337 (V)). Sin embargo, en virtud de esta resolución, la Asamblea General tiene algunos derechos que en otro caso se reservan al Consejo de Seguridad. Por ejemplo, esa resolución la autoriza a recomendar medidas colectivas, pero tampoco en este caso tiene la recomendación carácter obligatorio".

"En este sentido, parece conveniente distinguir entre las recomendaciones que dan cumplimiento a un principio de la Carta, en si mismo obligatorio para los Estados miembros, y aquellas otras que, aunque adoptadas con arreglo a la Carta no dan cumplimiento a una disposición fundamental. Una recomendación del primer tipo estará respaldada por la fuerza de la Carta, a la que darían mayor pujanza las medidas colectivas recomendadas por la Asamblea General, aunque sin modificar, empero, el carácter jurídico de la recomendación. Una decisión referente a medidas colectivas tomada en una recomendación del segundo tipo, aunque del mismo modo conserve oficialmente su carácter jurídico, habrá de significar que la Asamblea General le reconoce tanta importancia para los esfuerzos de las Naciones Unidas como para asimilarla a una recomendación por la que se dé expresión a una obligación impuesta por la Carta. Si en algún caso se considerase la posibilidad de adoptar medidas colectivas en virtud de resolución "Unión pro paz", habrá que estudiar detenidamente éstas y otras importantes cuestiones de principio; otro tanto puede decirse del efecto de aquellas medidas que, aunque destinadas a apoyar los esfuerzos por lograr soluciones pacíficas, quizá puedan introducir, por otra parte, nuevos elementos de conflicto".

Las consideraciones efectuadas en los diversos capítulos del trabajo permiten apreciar las dificultades que plantea al investigador la determinación de los efectos de las resoluciones de la Asamblea General —declaraciones o recomendaciones— y que comienzan con la llamada "cuestión terminológica". Lo cierto es que el debate no se agota con la negación de la potestad legislativa "stricto sensu" de este órgano, el hecho de no reconocérseles un carácter obligatorio no trae de consuno la falta de efectos jurídicos de tales actos; su valor jurídico deberá determinarse conforme a un cúmulo de factores que hemos ido analizando y entre los cuales, además de la distinción de los principios que enuncia —su contenido— habrá que tener en cuenta la intención de la Asamblea de establecer normas jurídicas, el "consenso" manifestado en la adopción de la resolución, las manifestaciones verbales vertidas en los debates, la aceptación posteroir, etc.

Lo que está exento de todo cuestionamiento es la influencia ejercida por las sucesivas resoluciones de la Asamblea General en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, y que adquiere gran relevancia en un momento histórico en que se están echando las bases de un nuevo ordenamiento jurídico internacional, reflejo de una comunidad internacional heterogénea y universalista.

EXENCION DE IMPUESTOS DE LAS MISIONES Y AGENTES DIPLOMATICOS

Por G. E. DO NASCIMENTO E SILVA

Miembro del IHLADI

El Derecho internacional reconoce a la Misión y al Agente diplomático en el Estado receptor exención en el pago de determinados impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales. La cuestión nunca ha sido pacífica, pero Conradus Brunus, en 1548, ya decía que los embajadores no tenían la obligación de pagar los impuestos a sus bienes, agregando que sus privilegios deberían ser extensivos también a los miembros de su comitiva (1).

En líneas generales, la exención se refiere principalmente a los impuestos generales cobrados directamente de la Misión o del Agente diplomático y cuyo cobro significaría, en último análisis, sumisión del contribuyente a la autoridad fiscal. Al contrario, los gravámenes que representan el pago de un servicio efectivamente prestado por las autoridades deben ser pagados, al igual que la Misión o el Agente diplomático los pagaría si tales servicios fuesen dados por entidades de derecho privado. Tales servicios como el del agua, electricidad, pavimentación, bomberos, vigilancia nocturna, correos, etc., en los cuales el cobro no puede ser puesto en duda, pueden ser suministrados gratuitamente, pero en tales casos habría una exención basada en la cortesía y en muchos casos condicionada a la reciprocidad.

Muchos autores, ocupándose de la exención fiscal reconocida a la Misión o Agente diplomático, enseñan que es una prerrogativa accesoria (2), no esencial (3) o de cortesía (4), queriendo mostrar de tal manera que la exención no es inherente a la fun-

(1) "De Legationibus", pág. 164, apud E. R. Adair.

(2) Jayme EYZAGUIRRE: "Privilegios Diplomáticos" (Santiago, 1932), pág. 80.

(3) Harvard Research in International Law. Comentario al artículo 22.

(4) Sir Ernest SATOW: "A Guide to Diplomatic Practice" (London, 1957), págs. 228; José M. FRANCO ORTEGA: "El protocolo" (Bogotá S/D), pág. 64.

ción diplomática (5). Lo que uno no puede ignorar es que dentro de las prerrogativas diplomáticas, ésta es en la práctica la más utilizada y la que más interesa al Agente diplomático. La multiplicación de impuestos y gravámenes, la diversidad de sistemas de un país a otro, también explican tal exención, pues su pago representa motivo de molestia contrario a la regla básica de que por *omnis coactio abesse a legato debet* (6). Hay que recordar, también, que "la concesión de la exención se une estrechamente a la inviolabilidad del diplomático y la falta de poder coercitivo que, en virtud de tal inviolabilidad los Estados podrían tener para exigir el pago de determinados tributos, aconseja la liberación anticipada, dándole tinte gracioso (7).

En el derecho diplomático la palabra exención es, por lo general, utilizada para designar la no sumisión de la Misión o Agente diplomático a las leyes fiscales o tributarias del Estado receptor; por inviolabilidad se entiende su posición delante de las autoridades administrativas locales. La exención tributaria es la menos estudiada por la doctrina como consecuencia de las dificultades de coordinar y uniformizar la práctica de todos los países, por lo cual existe una tendencia de los especialistas a hacer una sencilla enumeración de los impuestos y gravámenes que el Agente diplomático no está obligado a pagar, y hoy día el artículo 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas es el mejor ejemplo.

Antes de la creación de las Misiones Diplomáticas permanentes, el problema de la exención fiscal no tenía importancia. Al principio el problema era inexistente, pues los impuestos directos entonces eran cobrados sobre la propiedad de la tierra y muy difícilmente un Embajador se encontraría en semejante situación (8). Las primeras discusiones surgirán en relación al pago de impuestos de aduana y en la cuestión de la inviolabilidad del equipaje del diplomático.

La tendencia casi generalizada de la doctrina era la de considerar la cortesía como el fundamento de la concesión de la exención fiscal del diplomático. Esta tesis sería mencionada en los relatorios de los profesores Diena y Mastny a la Comisión de Expertos para la codificación progresiva del derecho internacional de la Sociedad de las Naciones, en el comentario al artículo 22 del proyecto preparado por la Facultad de Derecho de

(5) Raoul GENET: "Traité de Diplomatie", vol. I, núm. 396, pág. 424.

(6) GROTIUS: "De Jure belli ac pacis", l. II, cap. XVIII, §9.

(7) José Sebastián DE ERICE: "Normas de Diplomacia y de Derecho Diplomático", vol. I Madrid, 1945, pág. 595.

(8) E. R. ADAMS: "The Extraterritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries" (London, 1929), pág. 95.

la Universidad de Harvard, y en el relatorio que el profesor A. E. F. Sandström sometió en 1955 a la Comisión de Derecho Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional, con todo, adoptó una orientación distinta en su proyecto de 1958 y en el comentario al artículo 32 dice que la exención de ciertos impuestos y tasas puede ser considerada regla de Derecho Internacional. En lo referente a la exención de aduana repite la misma idea, esto es, que se trata de una regla de Derecho Internacional.

Excluidas las exenciones que resultan de acuerdos multilaterales se verifica que el factor cortesía, aliada a la reciprocidad, influye mucho en la concesión unilateral de algunas ventajas fiscales o tributarias. Pero no debemos dar excesiva importancia a la cortesía, pues conforme nos enseña Francis Deak "no habría un medio de obligar al Agente diplomático a pagar las tasas, pues ningún procedimiento puede ser utilizado contra él. El principio es reconocido de una manera tan universal que no se conoce un ejemplo de Agente diplomático que haya sido obligado a pagar impuestos nacionales o locales del país junto al que se halla acreditado" (9).

Sea como fuere, la inclusión en la Convención de Viena de 1961 de una regla general que reconoce los derechos del Agente y de la Misión diplomática a la exención de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con la exención de aquellos mencionados expresamente, hace que la exención fiscal no sea basada en la cortesía. En el caso de aquellos pocos países que no ratificaron la Convención de Viena, la doctrina de hoy ya es de la opinión que están obligados a aceptar sus reglas como principio de Derecho Internacional consuetudinario (10).

Hasta el inicio de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se juzgaba casi imposible incluir en un tratado multilateral una regla satisfactoria para reglamentar las exenciones fiscales. El proyecto de la Universidad de Harvard en su artículo 22 dice claramente que sería impracticable fijar un mínimo de exenciones reconocida por todos los Estados; la Comisión de Expertos de la Liga de las Naciones también fue de la opinión que la cuestión podría ser resuelta solamente a través de convenciones bilaterales basadas en la reciprocidad (11).

(9) Classification, immunités et privilèges des Agents diplomatiques", *Revue de Droit International et de Législation comparée*, 1928, p. 537.

(10) R. R. BAXTER: "Treaties and Custom", *Recueil des Cours*, vol. 129 (1970-1).

(11) *En American Journal of International Law*, vol. 20 (1926), suplemento, pág. 155.

La Convención de La Habana de 1928 se limitó a decir que los funcionarios diplomáticos estarán exentos "de todos los impuestos personales, sean nacionales o locales (art. 18).

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas siguió un camino distinto y después de un estudio minucioso llegó a la conclusión de que se debería adoptar la regla básica de la exención del Agente y Misión diplomática, pero que se podría hacer una enumeración de aquellos impuestos y gravámenes a cuyo pago ellos están obligados. Este punto de vista fue aceptado por la Convención de Viena que, en su artículo 34, después de reconocer la exención del Agente diplomático, enumera en seis párrafos cuáles son los impuestos o gravámenes que tienen la obligación de pagar.

Es obvio que la Convención de Viena no pudo conciliar todos los sistemas tributarios y sus respectivas terminologías. Muchas fueron las enmiendas de naturaleza terminológica hecha al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional antes y durante la Convención de Viena, siendo que en 1961 fueron estudiadas y no aprobadas enmiendas de Chile, Japón y Australia, pues su aceptación tornaría la comprensión de la Convención todavía más difícil (12). También conviene recordar que el preámbulo de la Convención dice que "las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención". Esto quiere decir que los Estados son libres de aplicar sus leyes y reglamentos que no sean contrarios a la Convención.

Las exenciones de la Misión diplomática.

Una de las grandes virtudes de la Convención de Viena fue la de hacer, con una excepción, nítida distinción entre los privilegios e inmunidades de la Misión diplomática de aquellas reconocidas al Agente diplomático, en dos artículos distintos, o sea, los artículos 23 y 34, esto es, no incurrió en la falla que encontramos en la Convención de La Habana.

A este particular conviene resaltar la impropiedad del artículo 18 de la Convención de La Habana cuando dice que los funcionarios diplomáticos estarán exentos en el Estado acreditante "de todos los impuestos territoriales sobre la propiedad de la Misión, cuando éste pertenece al Gobierno respectivo". Poniendo de lado otras fallas de redacción, basta repetir que esta

(12) G. E. do NASCIMENTO E SILVA: "Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas" (Rio de Janeiro, 1967), pág. 236.

exención no es del Agente diplomático, pero sí del propio Estado, que no puede, en ninguna hipótesis, ser colocado bajo la jurisdicción del Estado de residencia, lo que sería una violación de la igualdad jurídica de los Estados. Es por ese motivo que caen en error los autores que preguntan si los predios ocupados por los Agentes diplomáticos se hallan sujetos al pago de impuestos en el Estado receptor. A. B. Lyons, que así encara el problema, concluye que "el consenso de las opiniones es que tales predios no son inmunes, pero parece que en la práctica sus tasas no son impuestas" (13).

En defensa de su opinión cita algunos autores, pero todos escribieron en el siglo XVIII y XIX, cuando la situación era otra y el énfasis del derecho internacional era en el *status* del Jefe de Misión.

El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional constaba de un solo párrafo que posteriormente en Viena se transformaría en el párrafo 1.º del artículo 23, cuya redacción es la siguiente:

"(1) El Estado acreditante y el Jefe de Misión están exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la Misión de que sean propietarios o inquilinos, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados."

Es curioso que una falla de la Comisión de Derecho Internacional fuese desapercibida en Viena, esto es, la referencia en el artículo 23 al Jefe de la Misión diplomática cuya situación jurídica en lo concerniente a los impuestos y gravámenes se halla reglamentada por el artículo 34. El artículo 23 debería decir sencillamente: "El Estado acreditante está exento de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la Misión de que sea propietario o inquilino, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados".

Una de las críticas al artículo 21 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional fue la que no aclaraba lo que se entendía por locales de la Misión. En Viena el comentario de la Comisión sobre lo que se debería entender por locales de la Misión fue transformado en el apartado i del artículo 1.º, donde encon-

(13) A. B. LYONS: "Immunities other than Jurisdictional of the property of diplomatic envoys", en *British Yearbook of International Law*, 1953, pág. 138.

tramos las definiciones de las palabras y expresiones. En consecuencia en la interpretación del artículo es necesario hacer esta remisión al artículo 1.º.

La Convención de Viena es clara cuando exige el pago de tasas que representan el pago de servicios particulares prestados. En este particular, conviene anotar que adopta la misma terminología que vamos a encontrar en el apartado e del artículo 34, que trata de la exención de tasas concedidas al Agente diplomático. En cuanto a la frase "el pago de servicios particulares prestados" (en inglés "payment for specific services rendered"), tratase de la forma acogida por la Comisión de Derecho Internacional, en 1958, que la juzgó preferible a aquella de 1957, donde se hablaba en "pago por servicios efectivamente prestados" ("payment for services actually rendered"). Conforme observó el Gobierno de Luxemburgo, la delimitación entre los impuestos por servicios prestados y los impuestos generales no es clara, en virtud de las divergencias entre las legislaciones de los diversos países. El Gobierno de Luxemburgo, en consecuencia, recordó que el criterio diferenciador debería ser el de naturaleza específica del servicio y no el de los servicios "efectivamente prestados", ya que todo servicio público es efectivamente prestado (14).

"(2) La exención fiscal a que se refiere este artículo no se aplica a los impuestos y gravámenes que, conforme a las disposiciones legales del Estado receptor estén a cargo del particular que contrate con el Estado acreditante o con el Jefe de la Misión."

El proyecto de la Comisión exenta al Estado acreditante de las tasas cuando los locales de la Misión son de su propiedad, y, en consecuencia, aclaraba en los comentarios que la regla no se aplicaba a los casos en que el propietario de un inmueble alquilado aclaraba en el contrato que tales tasas o gravámenes deberán ser pagadas por la Misión. Esta aclaración no fue considerada suficiente, pues, conforme muchas delegaciones demostraron, a veces la Misión diplomática pide la exención de tasas después de concordar en el contrato con el pago de las mismas. En realidad la regla es que el Derecho Internacional no reconoce en el caso de alquiler la exención en el caso de gravámenes o tasas que incumben normalmente al propietario del inmueble, ni tampoco en el caso del inmueble que el Agente diplomático posee a título particular y que alquiló a su Gobierno.

(14) *Yearbook International Law Commission*, 1957, vol. II, página 122.

En Viena algunas enmiendas fueron presentadas al artículo con el objeto de subsanar semejante falla, y finalmente la Conferencia aceptó una de autoría de México, España y Austria, que sería transformada en el párrafo 2.º del artículo 23 arriba transcrito.

En consecuencia, la Convención de Viena se refiere expresamente a dos situaciones: a la del inmueble perteneciente al Estado acreditante y a la del inmueble alquilado por el Estado acreditante. En el primer caso no hay duda de que siendo el Estado el propietario del inmueble no paga impuesto o gravámenes; en el segundo caso, la responsabilidad es del propietario del inmueble y si la Misión diplomática concuerda en efectuar el pago de las tasas y gravámenes deberá hacerlo.

Es interesante observar que en Viena el delegado húngaro, doctor Endre Ustor, hizo una ponderación que tiene cierta cabida. El artículo 23, tal como está redactado, no da el mismo tratamiento a todas las Misiones diplomáticas, ya que solamente los Estados propietarios del inmueble de la Embajada o Delegación gozarán de todas las exenciones previstas por el artículo (15). Los Estados, y generalmente son los más pobres, que alquilan un inmueble para en él instalar la Misión, pagarán algunos de los impuestos y tasas, ya que el propietario del inmueble aumentará el alquiler del mismo a fin de indemnizarse del perjuicio con el pago de los impuestos y tasas que la Misión Diplomática no pagaría si fuese propietaria del inmueble.

Las exenciones del Agente diplomático.

Los Agentes diplomáticos cuando están en el ejercicio de sus funciones gozan de exención de algunos impuestos personales directos y los impuestos sobre bienes muebles; pero al contrario están obligados al pago de los impuestos reales, como el territorial y predial, de transmisión de propiedad, de timbre, registros y gravámenes que resultan de servicios prestados (16). Esta enumeración debe ser encarada de manera ejemplificativa, pues las dos hipótesis sufren excepciones, como veremos más adelante.

Sea como fuere es indiscutible el progreso verificado de 1928 a 1961, o sea, desde la firma de la Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos a la Convención de Viena sobre

(15) *Conferencia de Viena*, 1961, vol. I, 23.º session, §63.

(16) G. E. DO NASCIMENTO E SILVA: "Diplomacy in International Law Leyden, 1972", pág. 133; RUBENS DE MELLO: "Tratado de Direito Diplomático", vol. 1 (2.ª ed., Río de Janeiro, 1944), núm. 260, pág. 304; Adolfo MARESCA: "La Missione Diplomática" (Milano, 1959), pág. 239.

relaciones diplomáticas, hay que considerar también que la Convención de Viena se ocupa en algunos otros artículos de la exención de aduana (art. 36), la exención de contribuciones militares (art. 31) y de las contribuciones sobre seguridad social (artículo 33).

Los autores por lo general se limitan a mencionar de manera superficial cuáles son los impuestos y gravámenes cuyo pago no es exigido de los diplomáticos; Raoul Genet buscó formular una teoría relativa a la exención de impuestos del Agente diplomático de la siguiente manera: "en principio, el Agente diplomático está exento de todos los impuestos personales directos; paga los impuestos indirectos; está sujeto a los gravámenes remunerativos administrativos; en fin, se beneficia de una amplia franquicia aduanera, en la entrada y en la salida" (17).

Teniendo en vista que en el futuro estos problemas serán estudiados a la luz de lo que dice la Convención de Viena, nos parece preferible, reconociendo los méritos de esta distinción cuatripartita, estudiar los impuestos y gravámenes siguiendo la enumeración del artículo 34.

No hay ventaja en hacer un análisis de los vocablos *impuesto* y *gravámenes*, así como de los diversos tipos de estas dos principales fuentes de renta del Estado, pero es interesante constatar que los conceptos clásicos de estos dos tributos nos ofrecen una solución apriorística satisfactoria en los casos que surgen en Derecho Internacional.

Como el impuesto es un tributo cuyo pago no aporta al contribuyente ningún beneficio personal directo e inmediato, y cuya finalidad se destina a los propósitos generales del Gobierno, y teniendo también con consideración la no-vinculación del Agente diplomático al sistema fiscal del Estado receptor, la exención se justifica fácilmente. Pero si los gravámenes visan a un servicio específico en el cual hay un beneficiario, en tal caso la exención no se justifica.

"Artículo 34.—El Agente diplomático estará exento de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con excepción."

Dentro de las exenciones fiscales de que el Agente diplomático disfruta, figuran en primer plano los impuestos directos, que se hallan cubiertos con el *caput* del artículo 34. Conviene

(17) Raoul GENET: "Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique", vol. 1 (París, 1931), núm. 396, pág. 424.

observar que ni la Convención de Viena ni la Convención de La Habana utilizan la expresión *impuestos directos*, aunque en la línea a) se encuentra la referencia a los impuestos indirectos.

La exención de los impuestos directos, reconocida por las dos citadas Convenciones, también era mencionada en los relatorios de Diena e Mastny y también en el Proyecto de la Universidad de Harvard (art. 22) y en las resoluciones del *Institut de Droit International* de 1895 (art. 11) y de 1929 (art. 18) y también en el relatorio original del Profesor Sandström (18).

Esta casi unanimidad también puede ser encontrada en los libros de doctrina (19) y una de las raras excepciones es el Profesor Laurent, para quien los diplomáticos deberán soportar las contribuciones sin las cuales el Estado no puede cumplir sus obligaciones. Esta opinión, emitida a finales del siglo XIX y basada en nociones nacionalistas, no tuvo la menor aceptación.

Lo importante es recordar que la doctrina, como la práctica de los Estados cuando reconocen la exención fiscal en lo concerniente a los impuestos personales directos, tienen en cuenta principalmente los salarios que el Agente diplomático recibe de su Gobierno y también las rentas provenientes de fuera del Estado receptor.

La legislación o la práctica de casi todos los Estados exceptúan al Agente diplomático del pago del impuesto de renta; la razón es sencilla, el Agente diplomático es obligado a pagar el impuesto de renta en su propio país y si tuviera que pagarlo también en el Estado receptor habría una bitributación. También no se comprende que el Estado receptor se juzgue con derecho de cobrar un impuesto sobre salarios pagados por el Estado acreditante.

Por lo general la concesión de la exención en lo concerniente a los salarios es condicionada a la reciprocidad. Muchas legislaciones también destacan que la exención no se aplica a los funcionarios de la Misión diplomática que tengan la nacionalidad del Estado receptor (20).

La Convención de La Habana, en su artículo 18, dice: que los funcionarios diplomáticos estarán exentos en el Estado donde estuvieran acreditados "de todos los impuestos personales, sean nacionales o locales". En realidad la exención de los impuestos directos no es una regla absoluta y la regla de la Convención

(18) Vide *Yearbook ILC*, 1957, vol. I, 407.^a session, §2.

(19) Philippe CARRIER: "Le Droit Diplomatique Contemporain" (2.^a ed. Genève, 1964), pág. 283.

(20) En Viena las delegaciones de Francia, Nigeria y Suiza presentaron enmiendas al artículo en tal sentido, pero fueron consideradas superfluas, pues el artículo 38 cubre la materia.

de La Habana puede permitir abusos. En el caso de la Convención de Viena, al contrario, encontramos dos excepciones a la regla general en los apartados b) y d).

a) *De los impuestos indirectos de la índole de los normalmente incluidos en el precio de las mercaderías o servicios.*

La primera excepción que encontramos en la Convención de Viena es precisamente la de los impuestos indirectos. En su relatorio de 1955 el profesor Sandström al enumerar los casos en que el Agente diplomático está obligado a pagar impuestos dice solamente "los impuestos indirectos".

En sus comentarios al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, que endosó la fórmula del Profesor Sandström, el Gobierno de Luxemburgo declaró que era favorable a la no cobranza de impuestos indirectos, con la excepción de aquellos productos ya puestos a la venta y en los cuales el precio de la mercadería está automáticamente incluida (21). En consecuencia, la Comisión, en su Proyecto final, añadió la frase "incluidos en el precio de las mercaderías o del servicio". En realidad, esta excepción a una exención que encontramos en la nueva redacción podría ser interpretada como diciendo "el Agente diplomático no pagará los impuestos indirectos, salvo si los mismos ya se hallan incorporados en el texto de la mercancía".

Conviene aún recordar que en la Comisión de Derecho Internacional el profesor Yokota, refiriéndose a la expresión impuestos indirectos y al aumento de la palabra *mercaderías* recordó que tales impuestos no se refieren solamente a mercaderías, y que en muchos países como el Japón los impuestos pueden ser cobrados sobre pasajes o sobre espectáculos (22). Por esta razón la Comisión de Derecho Internacional juzgó conveniente aumentar aún la referencia a los servicios.

En Viena, por iniciativa del Reino Unido, este apartado sufrió pequeña modificación con el aumento de la frase "de la índole de las normalmente". Fue criticada entonces ante la dificultad de interpretación, pues se preguntó quien decidirá lo que es normal (23).

b) *De los impuestos y gravámenes sobre los bienes inmuebles privados que radiquen en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante y para los fines de la misión.*

(21) Yearbook ILC, 1958, vol. II, pág. 122.

(22) Ibidem, vol. I, 461.^a session, §12.

(23) Conferencia de Viena, 1961, vol. I, 30.^a session, §50.

La idea básica de la regla que encontramos en el apartado b) es que si el Agente diplomático posee un inmueble a título privado en el Estado receptor, no podrá invocar su calidad diplomática para rehusarse al pago de los impuestos y gravámenes cobrados a todos los otros habitantes del país, pues la propiedad del inmueble no tiene ninguna conexión con las funciones diplomáticas. El apartado b) del artículo 34 está en armonía con la regla del apartado a) del artículo 31 que sujeta al Agente diplomático a la jurisdicción civil y administrativa local en las acciones reales sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor.

De acuerdo con una buena técnica de redacción, podría aparecer superflua la parte final del apartado, que dice: "a menos que el Agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante y para los fines de la misión". La Conferencia en este particular legisló *ex-abundante cautela* delante del recelo de que la palabra *privados* no cubriría satisfactoriamente la excepción que se tiene en ésta, esto es, el inmueble de propiedad del Agente diplomático, pues subsistiría aún la posibilidad de pensar en bienes privados de propiedad del Estado colocados en nombre de su Agente diplomático. Pero en este caso, si el Agente diplomático posee inmueble en nombre del Estado acreditante para las finalidades de la misión no será un bien privado, pero sí público. También hay que recordar que el artículo 23 de la Convención reconoce la exención de todos los impuestos y gravámenes sobre los locales de la Misión, lo que cubriría satisfactoriamente este caso.

Las palabras "para los fines de la Misión" tiene por objeto los bienes inmuebles que un Estado puede poseer en el exterior para otras finalidades, como hospitales, bancos, etc. Pero hay que recordar que la legislación de muchos países no permite a los Estados extranjeros poseer inmuebles en tales casos.

c) *De los impuestos sobre las sucesiones que corresponda percibir al Estado receptor, salvo lo dispuesto en el párrafo (4) del artículo 39.*

El proyecto de 1957 de la Comisión de Derecho Internacional hablaba solamente de los impuestos sobre las sucesiones. El Gobierno de los Países Bajos en sus comentarios observó que de acuerdo con las leyes de muchos países, inclusive el suyo, el Agente diplomático mantiene su domicilio en el Estado acreditante, cuya legislación es competente en materia de sucesión, inclusive para el cobro de derechos de sucesión. En consecuencia, la regla debería referirse apenas o exclusivamente a los impues-

tos sobre propiedad situada en el Estado receptor (24). Las observaciones del Gobierno holandés fueron incorporadas en el proyecto de la Comisión de 1958, que también se refería a los bienes dejados por miembros de la familia del diplomático. En 1961, en Viena, la Conferencia juzgó preferible eliminar la referencia a la familia haciendo una remisión específica al párrafo 4 del artículo 39 que se ocupa del caso de fallecimiento de un miembro de la misión o de un miembro de su familia que forme parte de su casa.

d) *De los impuestos y gravámenes sobre los ingresos privados que tengan su origen en el Estado receptor y de los impuestos sobre el capital que graven las inversiones efectuadas en empresas comerciales en el Estado receptor.*

La redacción del apartado d) es un ejemplo de ingreso que puede tener su origen en el Estado receptor y en el cual el Agente diplomático no usufructúa exención en relación a un impuesto directo.

La regla del apartado d) tiene que ser interpretada de una manera muy amplia, pues en el caso contrario podría conducir a una solución errada, como por ejemplo en el caso de venta de automóviles del diplomático. En algunos países, las ventas de automóviles da al vendedor un lucro apreciable y se trata de ingreso privado que tuvo su origen en el Estado receptor.

En 1958 el Gobierno holandés recordó que los ingresos provenientes de inmueble poseídos por el Agente diplomático podrían ser reglamentados por el apartado b) o d): en el caso de la letra d) todo el ingreso sería gravable; en el caso del apartado b) los impuestos y gravámenes sólo podrían ser cobrados en el caso de ingreso proveniente de propiedad poseída por el Agente diplomático en su calidad privada. En lo concerniente al apartado d) es muy importante tener en cuenta las observaciones del Gobierno de los Países Bajos y también el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, donde se lee que "los ingresos de propiedad inmueble que el Agente diplomático poseía por cuenta de su Gobierno no le pertenecen, y, en consecuencia, él no está sujeto a pagar impuestos y gravámenes sobre tales ingresos".

Si el Agente diplomático compra ocasionalmente acciones o títulos de compañías instaladas en el Estado receptor, los ingresos y dividendos estarán sujetos al pago de impuestos. Se trata de ingresos que tienen su origen en el Estado receptor y la in-

clusión de la enmienda de Suiza referente a tales ingresos fue una precaución más. En la Conferencia de Viena el delegado de Irán, profesor Matine-Daftary, declaró que comprendía la conveniencia de una cláusula semejante para países como Suiza que disponen de mucho capital, pero que no consideraba deseable para aquellos países que necesitan de inversiones extranjeras (25).

Conviene aún recordar que las inversiones mencionadas en el apartado d) tienen que ser hechas de conformidad con el artículo 42 de la Convención, que estipula que "el Agente diplomático no ejercerá en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio".

A primera vista las dos reglas son irreconciliables, pero en este caso existe una distinción muy sutil que lleva en consideración la intención del Agente diplomático y si la práctica del acto comercial es ocasional o regular.

e) *De los impuestos y gravámenes correspondientes a servicios particulares prestados.*

La práctica de los Estados, con endoso de la doctrina, exige del Agente diplomático, como de la Misión diplomática, el pago de tasas o gravámenes que representan el pago de una comodidad o de un servicio efectivamente prestado por las autoridades nacionales o locales, como en el caso de iluminación pública, agua, alcantarillado, pavimentación y recogida de basuras, correos y vigilancia nocturna. En muchos países la prestación de tales servicios incumbe a entidades privadas o semioficiales. Lógicamente, cuando tales servicios son prestados por los Gobiernos nacionales, regionales o municipales tienen el derecho de cobrar, aunque en muchos países, en virtud de tratados bi o multilaterales, o por cortesía, tales tasas no son cobradas.

Dijimos que uno de los motivos de la exención fiscal era la dificultad que tiene el Estado receptor de obligar al Agente diplomático en juicio a pagar los impuestos o gravámenes. En el caso de las tasas o gravámenes, objeto del apartado e), la dificultad de cobro judicial permanece, pero las autoridades pueden sencillamente suspender la prestación del servicio de agua, recogida de basuras, etc.

La Convención de Viena tuvo dificultad de armonizar los textos en español, francés e inglés en este particular. En los países de habla inglesa no son cobrados *dues oaxes* para tales servicios, sino *charges*. Las dos lenguas latinas mantienen las

(24) *Yearbook ILC*, 1958, vol. II, pág. 125.

(25) *Conferencia de Viena*, 1961, vol. I, 30.^a session, §74.

expresiones *impôts et taxes* e impuestos y gravámenes. En la Conferencia de Viena el representante de Austria pidió que constase en el acta que las transmisiones de radio y televisión por el Estado constituyen servicios específicos cuyo pago puede ser exigido (26). La interpretación es correcta en el caso de países en que tales servicios constituyen monopolio del Estado o de entidades reconocidas, pero generalmente la exención es reconocida a los diplomáticos como ocurre en Austria, pero en este caso mediante pedido expreso.

- f) *Salvo lo dispuesto en el artículo 23, de los derechos de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre, cuando se trate de bienes inmuebles.*

Esta excepción, que no se acostumbra ser mencionada por la doctrina, corresponde a una práctica generalizada y fue incluida por sugestión del Gobierno belga a la Comisión de Derecho internacional (27). Según el texto de la Comisión, la regla podría aplicarse igualmente a los bienes muebles y en consecuencia en Viena se aprobó enmienda de los Estados Unidos resaltando la naturaleza de los bienes fijados.

La referencia del artículo 23 tiene por finalidad excluir el pago de tales impuestos o gravámenes cuando se refieren al inmueble de la Misión diplomática.

La reciprocidad generalmente actúa decisivamente en la concesión o en la negativa de determinadas exenciones. Durante la Conferencia de Viena, como anteriormente en la Comisión de Derecho Internacional, hubo tentativas de incluir en la Convención esta regla, pero ante la fuerte resistencia, principalmente de los países socialistas, no fue posible hacerlo. Sin embargo, el artículo 47 reconoce el principio de la reciprocidad. El artículo prohíbe la discriminación entre los Estados, pero agrega que no se considerará como discriminatorio "que el Estado receptor aplique con criterio restrictivo cualquier disposición de la presente Convención, porque con tal criterio haya sido aplicada a su misión en el Estado acreditante". El artículo también reconoce a los Estados el derecho de conceder recíprocamente por costumbre o acuerdo un trato más favorable que el requerido en las disposiciones de la Convención.

El artículo 34 es, en consecuencia, uno de los más directamente visados por el artículo 47 en la aplicación de la Convención.

(26) *Ibidem*, 31.^a session, §3.

(27) *Yearbook ILC*, 1958, vol. I, 461.^a session, §10.

EN TORNO AL CONCEPTO DE DIPLOMACIA

Por Eduardo VILARINO PINTOS (*)

I. INTRODUCCION

No es necesario insistir que desde tiempos remotos de la Humanidad y, al menos, desde la Antigüedad de la que tenemos noticia, los pueblos se han relacionado entre sí a través de enviados que actuaban en nombre de la colectividad a la que representaban, para negociar pacíficamente asuntos de interés común, restablecer la paz o incluso declarar la guerra; reconociéndoseles, a tales enviados, un carácter sagrado que se concretaba en la concesión de un trato especial que incluía, principalmente, la inviolabilidad de sus personas, mantenida, en principio, aún en aquellos períodos en que dichos enviados eran objeto de cierto recelo y desconfianza (1). Se dan ya, así, los elementos de

(*) Profesor Adjunto de Derecho Diplomático y Consular en la Universidad Complutense de Madrid.

(1) Para la historia de la diplomacia pueden consultarse, entre otros, NUMELIN, R.: *Les origines de la diplomatie*, París, 1945 (hay traducción inglesa, *The beginning Diplomacy*, Copenhagen, 1950). NYS, E.: *Les origines de la diplomatie et le droit d'ambassade jusqu'à Grotius*, Bruselas, 1884. HILL, D. J.: *A History of Diplomacy in the International Development of Europe*, 3 vols., Londres, 1921. ANCOCK, F.: *Diplomacy in Ancient Greece*, Eastbourne y Londres, 1975. FLASSAN, G. DE: *Histoire de la diplomatie française*, 7 vols., París, 1811. GANSOF, F. L.: "Le Moyen Age", en RENUVIN, P.: *Historie des relations internationales*, T. 1, París, 1953 (hay traducción castellana por M. Suárez y F. Caballero, 4 vols., Madrid, 1964). QUELLER, D. E.: *The Office of Ambassador in the Middle Ages* Princeton, 1967. KRAUSKE, O.: *Die Entwicklung der staendigen Diplomatie*, Leipzig, 1885. MAULDE-LACLAVERIE, M. A. R.: *La diplomatie au temps de Machiavel*, 3 vols., París, 1892-93. WECKMANN, L.: "Les origines des missions diplomatiques permanentes", R.G.D.I.P., vol. LVI (1952), págs. 161-188. ADAIR, E. R.: *The Extraterritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, Nueva York, 1929. MATTINGLY, G.: *Renaissance Diplomacy*, Londres, 1955 (hay traducción castellana por el Conde de Campo Rey, *La diplomacia del Renacimiento*, Madrid, 1970). BELLINI, V.: *Note storico-giuridiche sull'evoluzione della diplomazia permanente*, Milán, 1968. POTEKIN, V. P., y otros: *Historia de la diplomacia*, 3 vols., traducción castellana por J. Lain, Méjico, 1966-1968. NICOLSON, H.: *The Evolution of Diplomatic Method*, Londres, 1954 (hay traducción francesa, *L'évolution des méthodes en diplomatie*, Neuchâtel, 1955). YOUNG, E.: "The development of the Law of Diplomatic Relations", B.Y.B.I.L., vol. XL (1964), págs. 141-182.

representatividad y negociación pacífica, mínimos esenciales de lo que se considerará diplomacia a lo largo de la Historia hasta nuestros días, con independencia de las funciones que en cada momento le sean encomendadas y del más amplio o reducido *status* que en todos los tiempos es reconocido y exigido como complemento de tal actividad.

Sin embargo, la palabra diplomacia, *Diplomacy*, no aparecerá hasta mediado el siglo XVII —en 1645— (2). A partir de entonces, el término adquirirá nuevos significados pero siempre en estrecha conexión con el originario, de representación y negociación, y como ampliación del mismo. Así, como indica RIVIER, la palabra diplomacia se usa en tres sentidos: a) la representación de Estados y la negociación; b) la totalidad de la representación de un Estado (Ministerio de Negocios Extranjeros y conjunto de agentes políticos); c) la carrera o profesión diplomática (3).

Por otra parte, desde la aparición de la palabra diplomacia, derivados de la misma se van a ir encontrando formando parte de expresiones que denominan conceptos en relación, más o menos directa, con el de diplomacia, pero que éste no incluye (4). Principalmente, cabe señalar: a) la denominación de las primeras colecciones de tratados y documentos oficiales de cancillería, como el *Codex iuris gentium diplomaticus* de LEIBNIZ, en 1693 y el *Corps universel diplomatique du droit des gens* de DUMONT,

(2) Utilizada por primera vez en Inglaterra, *vid.*, SATOW, E.: *A Guide to Diplomatic Practice*, 2.^a edición, 2 vols., Londres, 1922, vol. I, pág. 3 (hay cuatro ediciones, la última de 1958).

3. RIVIER, A.: *Principes du droit de gens*, 2 vols., París, 1896, vol. I, págs. 432-433, dice textualmente: "On appelle diplomatie, dans un sens technique et spécial, depuis le dix-huitième siècle, la science et l'art de la représentation des Etats, et des négociations. On enseigne la diplomatie, de même que l'on enseigne la science politique."

On emploie la même mot, dans un sens plus ou moins étendu, pour exprimer une notion complexe, comprenant soit l'ensemble de la représentation d'un Etat, y compris le ministère des affaires étrangères, soit l'ensemble de ses agents politiques. C'est dans ce sens que l'on parle du mérite de la diplomatie française à certaines époques, de la diplomatie russe, autrichienne.

Enfin, on entend encore par diplomatie la carrière ou profession de diplomate. On se voue à la diplomatie, comme on se voue à la magistrature, au barreau, à la enseignement, aux armes."

(4) Salvo, quizá únicamente, la expresión *diplomatic service*, que se encuentra por primera vez en el *Annual Register* de 1787, de Inglaterra, para designar la rama del servicio público de los Estados que comprende al personal de las misiones permanentes en países extranjeros y cuya creación responde a un momento de cristalización o burocratización de la actividad diplomática, *vid.* SATOW, *op. et loc. cit.* en nota 2.

en 1726 (5); b) la expresión *Corps diplomatique* para denominar al conjunto de representantes extranjeros acreditados en un país (6); c) la expresión *derecho diplomático* que no será empleada, probablemente, hasta 1866, año en que ALBERTINI publica su *Derecho diplomático en sus aplicaciones especiales a las repúblicas sud-americanas*.

Si bien la diplomacia va a responder al mismo contenido esencial desde sus orígenes hasta el presente, la ampliación de su significado, como se acaba de indicar, permite que se pueda hablar de diplomacia *lato y estricto sensu*. En sentido *lato* se entendería el conjunto de órganos de un sujeto de derecho internacional encargados de las relaciones pacíficas con otros sujetos, es decir, la Administración de los asuntos exteriores —tanto sus órganos, centrales y exteriores, como los miembros de unos y otros—; también podría abarcar la carrera o profesión diplomática. La diplomacia así entendida representa su aspecto estático.

No debería, por el contrario, extenderse el concepto de diplomacia, ni siquiera en sentido *lato*, al Poder exterior de los Estados, cuando éste existe, configurado con independencia y por encima de la Administración de los asuntos exteriores y constituido no sólo por órganos del Ejecutivo. Planteamiento que realiza WOLGAST al estudiar el Poder exterior (*Auswärtige Gewalt*), tomando como base el *Federative Power* de LOCKE, en cuanto poder estatal orientado hacia el exterior (7) y que también parece aceptar LUNA sobre la misma base "lockiana", aunque configura el Poder exterior con un alcance, en definitiva, muy limitado (8). Tal extensión no parece correcta porque el Poder exterior tiene únicamente un carácter político, de decisión y fijación de las directrices de la política exterior y, en cuanto tal, sin cometido diplomático alguno.

En sentido *estricto* la diplomacia significará la negociación llevada a cabo por los órganos y personas que ostentan la representación exterior de los sujetos de derecho internacional, pu-

(5) Colecciones que, en definitiva, recogen el principal resultado final de la actividad diplomática realizada con éxito y que ponen de manifiesto la estrecha conexión de la diplomacia con el derecho internacional.

(6) Al parecer utilizada por primera vez en Viena, en 1754, por una dama vienesa para referirse a los numerosos representantes extranjeros acreditados ante la Corte austríaca, *vid.* *Corps diplomatique*, vol. I (1946), I, pág. 4.

(7) WOLGAST, E.: "Le diplomate et ses fonctions", *R. des C.*, vol. 60 (1937-II), págs. 241-370 *passim* y págs. 256-291, principalmente.

(8) LUNA, A. DE: *El poder exterior*, conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Políticos en abril de 1962 y publicada por el Instituto en el mismo año.

diendo abarcar las funciones que, en cada momento, le sean encomendadas a tales órganos y personas. La diplomacia es, en este sentido, la actividad diplomática, es decir, el aspecto dinámico de la misma; su estudio es el que constituye el objeto de este trabajo (8 bis).

II. PRESUPUESTOS BASICOS

Para poder hablar de actividad diplomática en sentido propio, son necesarios, al menos, dos requisitos.

1. Relación entre sujetos de derecho internacional.

La diplomacia sólo puede tener lugar entre sujetos de derecho internacional, no cabe, pues, hablar de ella respecto a relaciones entre otros entes o entre un sujeto de derecho internacional y otro que no lo sea.

Ello es así, aún sin desconocer la existencia histórica de excepciones (9) y, en la actualidad, los particularísimos casos de Bielorrusia y Ucrania, sólo con representación diplomática en determinadas conferencias y organizaciones internacionales. Por otra parte, también hay que tener presente, la específica situación de los movimientos de liberación nacional, que aunque mantienen representaciones en buen número de Estados, éstas son consideradas tan sólo, por sus especiales características (10).

(8 bis) Estos conceptos *lato* y *estricto sensu*, son entendidos de manera distinta por Franco Florio, quien, al clasificar las diversas definiciones de diplomacia, incluye en el sentido *lato* aquellas formuladas teniendo presente "gli aspetti pelicitati, cioè il perseguimento degli interessi di uno Stato sul piano delle relazioni internazionali" y en el sentido *estricto* las que presentan "il profilo più strettamente strumentale, cioè i mezzi, le persone, le forme istituzionalmente predisposte per i negoziati fra Stati", *Nozioni di Diplomazia e Diritto Diplomatico*, 2.^a edición, Milán, 1978, pp. 5-6.

(9) P. e. un Estado federado, como Baviera en el Imperio Alemán (1871-1918), tenía reconocido el derecho de legación, que efectivamente ejercía en su aspecto pasivo; o en un Estado vasallo como Bulgaria, respecto al Imperio Otomano, que antes de su completa independencia, tenía agentes diplomáticos acreditados cerca de todas las grandes potencias; e incluso territorios coloniales, como la Federación de Rodesia-Nyasalandia, que llegó a participar en organizaciones internacionales y también a enviar y recibir agentes diplomáticos. Vid. MARESCA, A.: *La missione diplomatica*, 2.^a edición, Milán, 1967, págs. 46-47.

(10) En efecto, aún los movimientos reconocidos por la O.U.A., e incluso por la O.N.U., gozan en éstas de estatuto de observador y no de miembro. En los Estados no están acreditados ante el Estado mismo, sino ante su gobierno o ante el partido o coalición de partidos en el poder o, en aquellos con sistema de partido único, lo están ante el partido; por otra parte, el *status* diplomático de que disfrutaban no es el de una misión diplomática, sino que es concedido *ad hoc* por cada Es-

como "misiones paradiplomáticas", precisamente en base a su discutida o peculiar subjetividad internacional; sin embargo, teniendo en cuenta que el "agente diplomático" —cualquiera que fuese su nombre—, con independencia de las distintas épocas históricas y de la aparición del Estado, ha sido un representante de la comunidad o entidad política que le envía y en tal sentido representante de un pueblo, *iure condendo* no habría dificultad en que las representaciones de los pueblos aún no constituidos en Estados, pero organizados en forma de movimientos de liberación nacional, sean tenidas como verdaderas misiones diplomáticas en sentido propio, al menos respecto de aquellos movimientos que han alcanzado un reconocimiento internacional como tales (11) y considerarlos como plenos sujetos de derecho internacional, lo mismo que tantos otros que tampoco son Estados.

2. Representatividad debidamente otorgada.

Además de la subjetividad jurídico-internacional, hay que dejar sentada la necesidad de que los agentes de la acción diplomática gocen de representatividad debidamente otorgada para actuar válidamente en nombre del sujeto en cuestión, frente a otros sujetos. Entendiéndose por representatividad la representación de la generalidad del Estado en cuanto tal, es decir, en cuanto ente político sujeto de derecho internacional; y por "debidamente otorgada", la necesidad de que los instrumentos acreditativos de tal representatividad emanen de los órganos o personas legitimados para ello por el derecho interno de un sujeto y dirigidos a los, igualmente legitimados, órganos o personas del otro sujeto de modo que, en todo caso —salvo, claro está, una actuación *ultra vires*—, la acción diplomática sea imputada al sujeto representado y no al órgano o personas que ostentan la representación.

En cuanto a la representatividad de las personas, conviene tener presente que si bien sigue siendo necesaria, es constatable que cada vez más el eje de la acción diplomática se desplaza del jefe de la misión a la misión en cuanto tal, como órgano adecuado y específico, por tanto representativo, para las relaciones diplomáticas; de modo que las decisiones para tal ac-

tado, salvo los casos en que el representante de un determinado movimiento esté incorporado en una misión diplomática como miembro del personal diplomático de la misma. Vid. Moussa, F.: *Manuel de pratique diplomatique*. L'Ambassade, Bruselas, 1972, pág. 14.

(11) Verdaderamente se hace duro admitir, por ejemplo, aparte razones históricas, que estas representaciones no puedan tener el mismo carácter que las misiones de la Soberana Orden de Malta.

ción son, en consecuencia, tomadas por acuerdo del jefe y miembros del personal diplomático de la misión, siendo así ésta la que verdaderamente actúa cerca del sujeto receptor.

III. DELIMITACION: DIFERENCIAS CON CONCEPTOS AFINES

Para ir decantando una noción de diplomacia, es preciso diferenciarla de otros conceptos con los que está en estrecha relación, pero que no deben confundirse con ella.

1. Las relaciones internacionales.

Se ha de distinguir la diplomacia de las relaciones internacionales en tanto se consideren a éstas como el conjunto de las múltiples actividades exteriores de los sujetos de derecho internacional y las transnacionales entre los individuos y entes privados que en su forma plural de realización se entrecruzan e interaccionan conformando la vida internacional (12), mientras que la diplomacia no es más que una forma de llevar a cabo las relaciones interestatales o mejor intersubjetivas de carácter oficial formal.

2. La política exterior.

Pero, principalmente, hay que distinguir la diplomacia de la política exterior, acción *ad extra* de los sujetos de derecho internacional que llevan a cabo, fundamentalmente, órganos que quedan incluidos dentro de la diplomacia en sentido lato —como son los órganos centrales de las relaciones exteriores— o, en su caso, los órganos del Poder exterior. Dice NICOLSON que “Una y

(12) TRUYOL definirá las relaciones internacionales como “Aquellas relaciones entre individuos y colectividades humanas que en su génesis y su eficacia no se agotan en el seno de una comunidad diferenciada y considerada como un todo, que fundamentalmente (pero no exclusivamente) es la comunidad política o Estado, sino que trascienden sus límites”, *La teoría de las relaciones internacionales como sociología*, 2.^a edición, Madrid, 1973, pág. 28. Igualmente en la doctrina española, puede consultarse, GARCÍA ARIAS, L.: “Concepto y bibliografía general de la ciencia de las relaciones internacionales”, *Rev. Estudios Políticos*, núm. 93 (mayo-junio, 1957), págs. 247-275 (este estudio aparece, también, recogido en el vol. I, págs. 17-48 de la recopilación de trabajos del autor, en dos volúmenes, *Estudios sobre relaciones internacionales y derecho de gentes*, Madrid, 1972); MEDINA ORTEGA, M.: *La teoría de las relaciones internacionales*, Madrid, 1973; MESA GARRIDO, R.: *Teoría y práctica de las relaciones internacionales*, Madrid, 1977.

otra conciernen al ajuste de los intereses nacionales con los internacionales. La política exterior está basada sobre una concepción general de las exigencias nacionales y esta concepción se deriva de la necesidad de autodefensa, de las formas constantemente cambiantes, de las ventajas económicas y estratégicas y de la situación de la opinión pública, afectada en el tiempo por tan diversos factores como la enérgica actividad o el agotamiento, los perjuicios o las simpatías (ideológicas o humanas), la ambición para el futuro o el orgullo del pasado. La diplomacia, por otro lado, no es un fin, sino un medio; no un propósito, sino un método. Busca mediante los razonamientos, la conciliación y el intercambio de intereses, impedir que se planteen mayores conflictos entre Estados soberanos. Es el instrumento a través del cual la política exterior procura alcanzar sus fines mediante acuerdos más bien que por la guerra” (13).

Sin embargo, NICOLSON, después de esta pormenorizada distinción, termina, incomprensiblemente, con unas consecuencias que llevan a confusión al contradecir lo expuesto por situar en un mismo plano política exterior y diplomacia, señalando, así, que al hacerse la diplomacia inoperante la política exterior es la única que puede actuar (14), cuando debería decir que, en tales casos, la política exterior tendrá que actuar por otros medios.

Entre política exterior y diplomacia se pueden indicar, con POCH (15), las siguientes diferencias:

En primer lugar, la política exterior se ocupa de trazar las directrices de las decisiones internacionales, es decir, la *decision making*, mientras que la diplomacia se ocupa de su ejecución, aun sin desconocer que excepcionalmente, o incluso con cierta

(13) NICOLSON, H.: *El Congreso de Viena*, traducción castellana, Madrid, 1963, págs. 195-196. L. R. PEARSON, de manera clara y tajante, establece la distinción entre ambas, en estos términos: “The making of foreign policy is one thing. Diplomacy which is its preparation and its conduct in the relations between States, is something quite different”, “The New Face of Diplomacy”, en *Perspectives on Peace, 1910-1960*, Londres, 1960, p. 121.

(14) Lo que se viene a reiterar cuando se manifiesta que: (en una situación anormal) “...la diplomacia debe dejar de funcionar y debe entrar en juego la política exterior” o “...el conflicto se convierte en un asunto no de la diplomacia, sino de la política exterior” o “...el abandono de los métodos curativos de la diplomacia para acudir a los remedios quirúrgicos de la política exterior”, *El congreso... cit.*, pág. 196.

(15) POCH, A., en sus explicaciones de clase correspondientes al curso de licenciatura de Derecho Diplomático y Consular, en el año académico 1971-72, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid.

frecuencia, hay casos en que la diplomacia tiene que tomar decisiones que no le son propias, por fallos, a veces deliberados, de los órganos de la política exterior. Tiene, por tanto, la política exterior un carácter sustantivo, mientras que la diplomacia un carácter adjetivo.

En segundo lugar, la diplomacia es sólo un modo particular de realizar la política exterior, en tanto que actúa mediante un proceso *sui generis* que es la negociación pacífica, mientras que la política exterior puede ser llevada a cabo por otros medios que, aun siendo pacíficos, no son negociación, como la penetración ideológica y económica, los intercambios de orden cultural y científico, el turismo y el deporte, etc.; e incluso puede ser ejecutada por medios no pacíficos, como la guerra (16), si bien excluida actualmente no sólo en el ámbito de la Carta de las Naciones Unidas, sino también, al menos en cuanto tendencia general, por la comunidad internacional, como se deduce de tantas declaraciones y comunicados y de las diversas reuniones sobre desarme que en distintos niveles tienen lugar. Pero en todo caso, es necesario constatar con TUNKIN que la diplomacia, aunque no el único, es el medio más importante de llevar a cabo la política exterior (17). Utilidad y utilización de los medios diplomáticos que resultan hoy día particularmente potenciados, debido a la necesidad de mantener la coexistencia pacífica ante el caos a que llevaría una eventual guerra termonuclear.

LUNA, como WELLESLEY, en un intento de clarificar la distinción entre política exterior y diplomacia, acuden al símil de la estrategia y la táctica en el orden militar, correspondiendo la primera a la política exterior y la segunda a la diplomacia, que, como toda táctica, depende de la estrategia a la que sirve (18).

En suma, si no es exacto decir que ambas son complementarias, puesto que están en distinto plano, sí cabe decir que son *completivas* y que la diplomacia no tiene existencia separada de la política exterior (19).

No obstante, el carácter formal, adjetivo, de la diplomacia,

(16) Vid. CLAUSEWITZ, K.: *De la guerra*, traducción castellana, 2.ª edición, Barcelona, 1976, págs. 320-330, principalmente.

(17) TUNKIN, G. I.: *Theory of International Law*, traducción inglesa por W. E. Butler, Londres, 1974, pág. 273.

(18) LUNA, A. DE, en el Prólogo a la obra de FERREIRA DE MELLO, R.: *Tratado de derecho diplomático*, traducción castellana por F. Arias Parga, Madrid, 1953, pág. XI. WELLESLEY, V.: *Diplomacy in Fetters*, p. 30, apud REGALA, R.: *The Trends in Modern Diplomatic Practice*, Milán, 1959, pág. 26.

(19) Cfr. WELLESLEY, V.: Op. cit., apud REGALA, R.: Op. et loc. cit. en nota 18. DILLARD, H.: "Some Aspects of Law and Diplomacy", R. des C., vol. 91 (1957-I), pág. 535.

respecto a la política exterior, no significa que la diplomacia no pueda influir de alguna manera en ella; en efecto, como observa REGALA, "si bien los diplomáticos no trazan necesariamente los principios de la política exterior de sus respectivos Estados, participan, sin embargo, en parte importante, en la formulación o en la modificación de tal política a través de sus informes desde sus puestos en el exterior" (20); informes que pueden adquirir un valor decisivo en una determinada situación concreta. De ahí que la política exterior y diplomacia sean, en expresión de NICOLSON, interactivas (21).

Por otra parte, diplomacia y política exterior pueden mostrarse mezcladas en la diplomacia directa, es decir, en los casos en que actúan como agentes diplomáticos los órganos centrales de las relaciones exteriores, que son a la vez órganos definitivos de la política exterior, pero ambas funciones, política y diplomática, tienen sus momentos distintos y no pueden ni deben confundirse: se trata, simplemente, de una situación de "deshablamiento funcional".

Como consecuencia de lo dicho, el término "diplomacia" se usa, por tanto, equivocadamente en lugar de política exterior o de relaciones exteriores, en múltiples títulos de publicaciones y en expresiones como: "diplomacia gótica", "diplomacia del siglo XIX", "diplomacia china" o "diplomacia atómica".

IV. CARACTERÍSTICAS.

La diplomacia, en cuanto actividad, tal como se viene considerando, presenta las siguientes características:

1. Sistema de sujetos.

La diplomacia no puede darse más que en sistema (22); no es concebible sola, supone un sistema de sujetos con un mínimo de igualdad. Son necesarios diversos sujetos de derecho internacional, al menos dos, es decir, un sistema multipolar o si-

(20) REGALA, R.: Op. cit., pág. 27. Influencia constatada también por David KELLY, cuando manifiesta: "The ambassador can and should influence the course of events by his reports to his government and by his personal relations with the people with whom he is negotiating, but the broad lines of foreign policy should be settled by the governments", "The Lost Art of Diplomacy", *Foreign Service Journal*, enero 1956, págs. 34-35, 40, 42-45, vid., pág. 35.

(21) NICOLSON, H.: *La diplomacia*, traducción castellana por A. Alvarez Buyla, México, 1948, pág. 31.

(22) Cfr. POCH, A.: "Diplomacia y fuerzas armadas en la vida internacional: carácter analógico de ambas profesiones", *Rev. Política Internacional*, núm. 60 (marzo-abril, 1962), págs. 31-51, vid. pág. 37.

quiera bipolar; en un Estado mundial no habría diplomacia; tampoco sería necesaria o útil su existencia, si "los Estados, como dice VIDAL Y SAURA, pudiesen encauzar su vida dentro de sus fronteras, sin asomarse para nada al exterior" (23). Así entendida, "la diplomacia no es, al decir de NICOLSON, ni el invento ni el pasatiempo de algún sistema político determinado, sino un elemento esencial en cualquier relación racional entre hombres o entre naciones" (24).

2. Negociación.

La diplomacia significa negociación; la negociación es el proceso a través del cual la diplomacia conduce las relaciones entre los Estados (25); es, por eso, según MARESCA, "la esencia misma del método diplomático" (26), lo que se reconoce también por la Enciclopedia Soviética cuando dice que "Las negociaciones ocupan un lugar tan amplio en la diplomacia que ésta se define, frecuentemente, en sentido estricto, como el arte de dirigir las negociaciones y concluir tratados entre Estados" (27).

Pero la negociación exige una *conditio sine qua non* que es no aplastar a la otra parte ni siquiera dialécticamente, pues ello no conduce a nada duradero, sólo a una reivindicación (28). Por eso no es admisible considerar la amenaza de la fuerza, como

(23) Quien continúa diciendo: "Pero mientras los pueblos, como los individuos, sientan la necesidad de comunicarse entre ellos, será imprescindible el elemento adecuado, y ese elemento, llamémosle como se quiera, vendrá a ser la Diplomacia o su equivalente similar", *Tratado de derecho diplomático*, Madrid, 1925, pág. 17. En el mismo sentido se manifiesta CAHIER, PH.: *Le droit diplomatique contemporain*, Ginebra, 1962, pág. 4 (hay traducción castellana por J. V. Torrente, M. Oreja y J. González Campos, con notaciones de derecho y práctica española, Madrid, 1965).

(24) NICOLSON, H.: *La diplomacia*, cit., pág. 13.

(25) Vid. NICOLSON, H.: *La diplomacia*, cit., pág. 63. LALL definirá la negociación internacional como "the process of consideration of an international dispute or situation by peaceful means, other than judicial or arbitral processes, with a view to promoting or reaching among the parties concerned or interested some understanding, amelioration, adjustment, or settlement of the dispute or situation", *Modern International Negotiation*, Nueva York y Londres, 1966, pág. 5.

(26) "In quanto consiste nella difesa degli interessi dello Stato non mediante la spraffazione degli interessi dell'altro Stato, ma cercando in ogni situazione di raggiungere l'accordo con l'altra parte, tendendo, cioè, a conseguire un punto d'incontro fra le esigenze del propio Stato e quelle contrapposte dello Stato estero", op. cit., págs. 150-151.

(27) Apud TUNKIN, G. I.: Op. cit., pág. 274.

(28) Cfr. entre otros, QNARONI, P.: "Le Diplomate", en *Diplomatie unsere Zeit*, Graz, 1959, págs. 69-102, *passim* y pág. 89.

hace MORGENTHAU, como tercer medio de que dispone la diplomacia, junto con la persuasión y el compromiso, para alcanzar sus objetivos (29); pues aunque tal amenaza pueda tener lugar en concretas negociaciones diplomáticas, o con motivo de ellas, es ya, de por sí, un medio de ejecutar la política exterior distinto de la diplomacia y contrario a la idea misma de negociación; si bien responde a la orientación "realista" del autor, tal planteamiento implica una confusión de la realidad —que, en efecto, en ocasiones rodea la acción diplomática— con las características definitorias de la diplomacia; por otra parte, es de sobra conocido que la amenaza del uso de la fuerza está expresamente prohibida por la Carta de las Naciones Unidas y que, incluso, las amenazas a través de presiones económicas quedan igualmente proscritas por distintas resoluciones de la Asamblea General de tal Organización, principalmente por la Resolución 2.625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados", y por la Resolución 3.281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974, "Carta de derechos y deberes económicos de los Estados".

La diplomacia tiene, en consecuencia, un carácter transaccional, propio de la negociación; es así, en palabras de POCH, "un relativismo contrario a todo absolutismo" (30), siempre es necesario dar algo (31), no caben, por tanto, posturas intransigentes; hay que tratar de persuadir contemplando la postura contraria y buscando los posibles puntos de acuerdo (32).

Por eso la acción diplomática no puede plantearse en términos de victoria o derrota, una y otra son la negación de la diplomacia y no hay nada más desastroso que la victoria diplo-

(29) MORGENTHAU, H. J.: *Politics among Nations*, 3.ª edición, Nueva York, 1963, pág. 541.

(30) POCH, A., en sus explicaciones... cit.

(31) Así QUARONI observará: "a good diplomacy succeeds in ceding only the minimum necessary; bad diplomacy will give up more than is necessary. But in any case, it is necessary to give something". "The Profession of Diplomacy", *Foreign Service Journal*, junio 1954, páginas 34-36, *vid.* pág. 35.

(32) A este respecto son esclarecedoras las observaciones de NICOLSON y MATTINGLY. El primero dirá: "Todas las negociaciones deben basarse sobre la intercambiabilidad de unas concesiones dependientes entre sí; si las concesiones hechas por una de las partes han de ser consideradas como válidas, mientras que las hechas por la otra parte pueden ser rechazadas más tarde, toda negociación resulta imposible", *El Congreso...* cit., pág. 188. MATTINGLY manifestará: "Successful diplomatic negotiations require that the parties involved can at least imagine a mutually satisfactory settlement, that neither assumes that the only permanent solution is the total destruction of the other", op. cit., págs. 195-196.

mática (33); como indica REGALA, "El principal objetivo de cualquier forma de negociación es asegurar el acuerdo no la derrota" (34). Toda negociación debe evitar, así, cualquier tipo de resentimiento, de modo que siempre quede abierta la puerta para una nueva negociación cordial y serena (35).

La diplomacia, así entendida, significa previsión y cálculo (36) y muestra que no es el arte de la conversación, sino el arte de negociar acuerdos en forma precisa y ratificable (37). Por eso en la negociación diplomática no se debe llegar nunca a planteamientos ideológicos si no se quiere ir a un fracaso seguro, pues, como observa MATTINGLY, "Mientras los conflictos entre Estados son por prestigio o por ganancia o por poder, siempre hay áreas de acuerdo accesibles a los hombres sensatos. Pero el choque de los absolutos ideológicos excluye cualquier posibilidad de acción diplomática" (38).

3. Relación personal.

En directa conexión con la característica de negociación, la diplomacia supone una relación personal (38 bis), es decir, una relación inmediata entre quienes negocian, porque la diplomacia

(33) Cfr. GIBSON, H.: *Road to Foreign Policy*, pág. 77, apud REGALA, R.: *Op. cit.*, pág. 53. CABOT, J. M.: "Why Diplomats don't behave like Human beings?", *Foreign Service Journal*, abril, 1954, págs. 33-34, 37 y 46, *vid.* pág. 34.

(34) REGALA, R.: *Op. cit.*, pág. 53.

(35) En el mismo sentido, observa CH. R. WEBSTER, "A primary requisite is for the negotiator to show that he understands and appreciates the necessities of others, and that he is ready, even anxious, to satisfy them as far as he is able, 'The Art and Practice of Diplomacy', *Foreign Service Journal*, noviembre, 1952, págs. 15-18, 42, 44 y 59, *vid.* pág. 16. Igualmente hace hincapié en esta idea D. VARÉ, que recapitula manifestando muy expresivamente, que en la diplomacia, como en la propaganda, "nada fracasa tanto como el éxito", *Der lachende Diplomat*, Berlín, 1938, citado por LUNA en el Prólogo a la obra de FERREIRA DE MELLO indicada, pág. XII.

(36) Vid. ROHDEN, P. R.: *Esplendor y ocaso de la diplomacia clásica*, traducción castellana, Madrid, 1942, pág. 68.

(37) Vid. NICHOLSON, H.: *La diplomacia*, cit. pág. 79.

(38) MATTINGLY, G.: *Op. cit.*, pág. 196.

(38 bis) "When it (the bargaining is done by explicit verbal communication, we refer to it as negotiation", NICHOLSON, M.: *Conflict Analysis*, Londres, 1970, pág. 67 (hay traducción castellana por O. Monserrat, Madrid, 1974).

maneja fundamentalmente hombres y no ideas o cosas (39). Podrán irse plasmando por escrito las distintas fases de la negociación, podrá recogerse igualmente lo discutido hasta un determinado momento, para sobre ello seguir negociando, pero sin la relación personal inmediata no habrá diplomacia.

4. Búsqueda inmediata de la paz.

La diplomacia, por su propia naturaleza de negociación pacífica, busca la paz de una manera inmediata: bien su consecución, bien su mantenimiento o fortalecimiento. De ahí que la diplomacia pueda considerarse, a este respecto, en dos distintos niveles: uno, en cuanto medio para la solución de controversias y otro, en cuanto medio para producir y mantener un sistema de relaciones ordenado e intensificarlas y hacerlas más amistosas (40). La negociación diplomática se convertiría así en uno de los medios más importantes para elevarse al interés general a través de la prueba de fuerza de los intereses particulares contrapuestos (41).

Debido a esta búsqueda inmediata de la paz, la diplomacia se diferencia, también, de la guerra —aparte de ser un medio pacífico—, en que si bien la guerra, en cuanto instrumento de la política exterior, busca, igualmente la paz (42), lo hace de una manera mediata.

V. DEFINICIONES.

Las numerosas definiciones que de diplomacia en sentido estricto se han dado, no siempre responden a la totalidad de las características indicadas.

(39) Vid. POCH, A.: "Diplomacia...", cit., pág. 46.

(40) Cfr. DELLARD, H.: *Op. cit.*, pág. 499. Respecto al primer nivel, LUNA manifestaría que "el papel del diplomático es resolver pacíficamente, mediante la negociación, los conflictos internacionales que los Estados, subjetivamente, crean que se hallan en conexión con su esfera de poder", Prólogo repetidamente citado, pág. XV.

(41) Cfr. VAUCHER, M.: *Le problème de la justiciabilité et de la non justiciabilité en droit international des différends dits "politiques" ou "non politiques" et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*, París, 1951, pág. XIII.

(42) En reconocimiento de tal función, DEL VECCHIO hablaría de "La virtù pacificatrice della guerra; paradosso o ironia della storia", *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace*, Sassari, 1909, pág. 20.

1. Autores clásicos.

Los autores clásicos lo que hacen es definir al agente diplomático o, más en concreto, al jefe de misión, lo que, sin duda, se justifica por la identificación que entonces se produce entre la actividad y la persona que la realiza y por la falta, todavía, de una configuración de la misión diplomática como órgano del Estado, adecuado para su representación exterior. Entre estos autores clásicos hay que destacar principalmente a GENTILI (43), WICQUEFORT (44), BYNKERSHOEK (45) y VERA Y ZÚÑIGA (46).

2. Siglo XIX.

En el siglo XIX y comienzos del XX se define a la diplomacia como arte o ciencia —o como ambas cosas—; las definiciones se basan, en general, en las funciones diplomáticas, teniendo, normalmente carácter descriptivo y van desde una concepción como arte o ciencia de las negociaciones y de las relaciones entre Estados, como hacen, entre otros, CH. DE MARTENS (47), KLÜBER (48), CALVO (49) y PRADIER-FODÉRE (50), hasta considerarla “el derecho de gentes aplicado” como dice GOGORDAN (51), pasando por DE CUSSY, que, en lugar de arte o ciencia, la conceptúa como “conjunto de conocimientos” (52). Entre todos, GARDEN, aun manteniendo el carácter de arte o ciencia de las negociaciones, avanza en su definición características importantes del concepto de diplomacia al decir que “comprende el sistema entero de los intereses que nacen de las relaciones establecidas en-

(43) *De legationibus libri tres*, de donde merece destacarse la siguiente definición: “ut legatus is sit qui no modo publice, sed publice etia nomine, (et) publica indut^o persona missus est”, Libro I, cap. II, par. I, en la edición de 1594.

(44) *L'Ambassadeur et ses fonctions*, T. I, Libro I, Sección I, par. 3, en la edición en dos tomos de 1730.

(45) *De foro legatorum*, Capítulo I, par. 1, en la edición de 1744.

(46) *El Embaxador*, Discurso primero, pág. 14, vuelta, de la edición de 1620.

(47) MARTENS, CH.: *Manuel diplomatique*, París, 1822, pág. 2.

(48) KLÜBER, J. L.: *Droit des gens moderne de l'Europe*, París, 1831, pág. 10 (2.ª edición, París, 1861).

(49) CALVO, CH.: *Le droit international theorique et pratique*, 4.ª edición, 6 vols. París y Berlín, 1887, 1888 y 189, vid. vol. 3, pág. 165.

(50) PRADIER-FODÉRE, P.: *Cours de droit diplomatique*, 2.ª edición, 2 vols., París, 1899, vid. vol. 1, pág. 2.

(51) GOGORDAN, G.: “Le ministère des affaires étrangères pendant la période révolutionnaire”, *Revue des Deux-Mondes*, T. 22, Tercer período (agosto, 1877), págs. 870-899, vid. pág. 899.

(52) CUSSY, F. de: *Dictionnaire ou manuel-lexique du diplomate et du consul*, Leipzig, 1846, apud SATOW, op. cit., vol. I, pág. 2.

tre las naciones: tiene por objeto su seguridad, su tranquilidad, su dignidad respectivas (...), su objeto directo, inmediato, es el mantenimiento de la paz y la buena armonía” (53); lo mismo se puede decir de la definición de RIVIER, para quien, como se ha visto, la diplomacia en sentido estricto significa representación y negociación (54).

3. Siglo XX.

Ya entrado en este siglo, SATOW desecha la calificación de arte o ciencia y destaca el significado de relaciones oficiales entre Estados que tiene la diplomacia, así dirá que “la diplomacia es la aplicación de la inteligencia y del tacto a la dirección de las relaciones oficiales entre los gobiernos de Estados independientes, extendiéndose, a veces, también, a sus relaciones con Estados vasallos” (55). Esta definición va a tener gran éxito y será aceptada, en esencia, por la generalidad de los autores posteriores e incluso recogida casi exactamente por NICOLSON junto a otras varias que también maneja (56) y, en la doctrina española, por VIDAL Y SAURA (57); sin embargo, un autor tan destacado como GENET hace suya la definición de RIVIER por considerarla más concisa y completa (58).

4. Autores actuales.

En la doctrina actual, salvo excepciones como la de COPLIN (59) —que centra su definición en la condición de las personas que realizan la actividad diplomática—, las definiciones de diplomacia que se formulan dan un concepto basado en su consideración de medio de ejecución de la política exterior a través de la negociación pacífica, incluyendo sus requisitos básicos y, de manera más o menos completa y expresa, sus características. Entre ellas se encuentran principalmente las de

(53) GARDEN, Conde de: *Traité complet de diplomatie ou theorie générale des relations extérieures des puissances de l'Europe*, 3 vols., París, 1833, vid. vol. I, págs. 1-2.

(54) Cfr. supra nota 3.

(55) SATOW, E.: Op. cit., vol. I, pág. 1.

(56) NICOLSON, H.: *La diplomacia*, cit., pág. 40.

(57) VIDAL Y SAURA, G.: Op. cit., pág. 14.

(58) GENET, R.: *Traité de diplomatie et de droit diplomatique*, 3 vols., París, 1931-32, vid. vol. I, pág. 14.

(59) COPLIN, W. D.: “Recent Trends in the Social Sciences Related to Instruction in Diplomacy”, en *Instruction in Diplomacy: The Liberal Arts Approach*, monografía n.º 13 publicada por The American Academy of Political and Social Science, Filadelfia, abril, 1972, págs. 139-151, vid. pág. 139.

CAHIER (60) y POCH, definiéndola éste como "La actividad ejecutiva o realizadora de las directrices trazadas por la política exterior de un sujeto de derecho internacional, con el fin de solventar conflictos por medio de negociaciones pacíficas y alcanzar la paz o mantener transaccionalmente una situación de paz" (61). Un mismo planteamiento presenta la concepción soviética de la diplomacia, si bien entendida como medio para la coexistencia pacífica entre los Estados de diferentes sistemas sociales y al servicio de los intereses del pueblo trabajador —no sólo de la URSS, sino de todos los países— (62) y que es definida, en palabras de Levin, como "actividad (incluyendo el contenido, modos y métodos de la actividad de los órganos generales y especiales de las relaciones exteriores del Estado) de los jefes de Estados, de los gobiernos, de los departamentos de asuntos exteriores, de las delegaciones y misiones especiales y de las representaciones diplomáticas dedicadas a la realización por medios pacíficos de los propósitos y tareas de la política exterior de un Estado" (63).

En consecuencia con lo expuesto hasta ahora, cabe decir que la diplomacia es aquella actividad ejecutora de la política exterior de un sujeto de derecho internacional, llevada a cabo por órganos y personas adecuadamente representativos del mismo, cerca de otro u otros sujetos de derecho internacional y a través de negociaciones pacíficas, con el fin de alcanzar, mantener o fortalecer transaccionalmente la paz.

VI. ¿VIEJA Y NUEVA DIPLOMACIA?

En el transcurso de la Historia, la diplomacia va a ser impulsada y desarrollada por diversos factores y teorías (64), que

(60) Vid. op. cit., pág. 5.

(61) POCH, A., en sus explicaciones..., cit.

(62) Cfr. KOROVIN, Y. A., y otros: *Derecho internacional público*, traducción castellana, por J. Villalba, Méjico, 1963, págs. 288-289.

(63) LEVIN D. B.: *Diplomattia*, Moscú, 1962, págs. 14-15, apud TUNKIN, G. I.: Op. cit., págs. 273.

(64) Cfr. NICOLSON, H.: *La diplomacia*, cit., cap. II, págs. 28-44. Sin entrar en un estudio de estos factores y teorías, conviene, sin embargo, dejar aquí indicado que los principales factores que intervienen en la evolución de la diplomacia, son el derecho internacional, los cambios producidos en los sistemas políticos internos en relación con el depositario del poder, la expansión y competencia comercial, el progreso de las comunicaciones, la interdependencia creciente entre los Estados y la repercusión internacional de los hechos producidos en cada uno de ellos.

Entre todos hay que destacar al derecho internacional, en cuanto se refiere a la elaboración del concepto de diplomacia, objeto de este

estudio, y por su correlativa interdependencia. A este respecto son significativas las palabras de TUNKIN cuando señala: "Contemporary international law is the law of peaceful coexistence and the free development of peoples. The character of the influence of contemporary international law on the international relations, foreign policy, and diplomacy of states for the purpose of ensuring peaceful coexistence and freedom of peoples is also determined by this" (op. cit., págs. 279-280). "International law is a system of legal norms which are subject to observance by states. It consequently must be a guiding principle for diplomacy. There can not be peaceful coexistence without observance of the norms of international law" (idem, pág. 291).

harán de ella un instrumento siempre útil y adecuado para las relaciones pacíficas entre los pueblos —cualquiera que sea en cada época histórica su forma de organización política—, al adaptarla a las necesidades y manera de ser de las relaciones internacionales en cada momento; nacerán así nuevas formas de diplomacia, nuevos campos de acción o de acción preferente, como señala NASCIMENTO E SILVA (65), nuevos métodos, si se quiere —quizá tan sólo técnicas—, pero no se estará ante un concepto cambiante de diplomacia, como piensa REGALA (66). El concepto de diplomacia y las características que la definen, permanecen constantes desde sus orígenes, simplemente varían sus elementos externos o instrumentales o las funciones concretas a cumplir (67); por eso, según sean éstas aparecerán los heraldos, los presbites, los legados, los oradores, los bailíos, los embajadores, etc., incluso, aunque con dudoso carácter de enviado diplomático en sentido pleno, los apocrisarios y los procuradores (68). Pero tanto las distintas formas de diplomacia,

estudio, y por su correlativa interdependencia. A este respecto son significativas las palabras de TUNKIN cuando señala: "Contemporary international law is the law of peaceful coexistence and the free development of peoples. The character of the influence of contemporary international law on the international relations, foreign policy, and diplomacy of states for the purpose of ensuring peaceful coexistence and freedom of peoples is also determined by this" (op. cit., págs. 279-280). "International law is a system of legal norms which are subject to observance by states. It consequently must be a guiding principle for diplomacy. There can not be peaceful coexistence without observance of the norms of international law" (idem, pág. 291).

Pero tampoco se incurriría en error diciendo que la diplomacia juega un papel primario en el proceso de creación de normas de derecho internacional, de nuevo TUNKIN dirá: "Since diplomacy occupies the primary place in the foreign policy activity of a state, it is natural that customary norms of international law are formed to a significant extent in the process of diplomatic activity."

The role of foreign policy and diplomacy is even more significant in the final stage of the process of creating a customary norm of international law" (ibidem, págs. 275).

"The influence of a state's foreign policy and diplomacy upon the development of international law depend primarily upon the character of foreign policy and diplomacy and the character of international legal principles which this state adduces and advocates" (id, pág. 276).

(5) NASCIMENTO E SILVA, G. E. do: *Diplomacy in International Law* Leiden, 1972, pág. 13. LALL, A.: Op. cit., pág. 1.

(66) Op. cit., pág. 29.

(67) Cfr. GARCÍA ARIAS, L.: "Las antiguas y nuevas formas de la diplomacia", en *Derecho de Gentes y Organización Internacional*, vol. V (1964), págs. 141-184, vid. pág. 143 (puede verse también en una obra con el mismo título, publicada en 1966, pág. 9). NASCIMENTO E SILVA, G. E. do: Op. cit., págs. 13-15.

(68) Cfr. MATTINGELY, G.: Op. cit., págs. 31 y 65-67; consúltese igualmente la bibliografía citada en la nota 1.

como las diferentes misiones con funciones diversas, no sólo no son excluyentes, sino que coexisten, respondiendo unas y otras a un mismo concepto de diplomacia.

Por lo tanto, no es en rigor exacto hablar de "vieja" y "nueva" diplomacia, como hacen la casi totalidad de los autores; en tal sentido son reveladoras estas palabras de JULES CAMBON: "Diplomacia nueva, vieja diplomacia, son palabras que no corresponden a nada real. Lo que tiende a modificarse es el exterior o, si se quiere, el ornamento de la diplomacia. El fondo quedará el mismo porque la naturaleza humana no cambia, porque las naciones no tendrán nunca más que una manera de arreglar entre ellas las diferencias y porque la palabra de un hombre honrado será siempre el mejor instrumento de que un gobierno podrá servirse para hacer triunfar sus puntos de vista" (69).

En efecto, las características que se han venido señalando de la vieja diplomacia, sólo alguna se refiere realmente a la diplomacia y en ningún caso afectan al concepto de la misma, sino, cuanto más, al método; y respecto a la nueva, lo que se señala son, en ciertos casos, los factores y las razones de su aparición más que características (70).

(69) *El diplomático*, traducción castellana por V. Gutiérrez de Agüera, Madrid, 1928, pág. 150. SEPÚLVEDA hablará, incluso de "novísima diplomacia" para referirse a la negociación en "la cumbre", pero mantiene la identidad esencial de la diplomacia y el valor de la negociación clásica, lo que, sin embargo, no le impide anunciar que "se impone una revisión atrevida del vetusto derecho diplomático", *vid.* "Los nuevos destinados de la diplomacia", *Inter-American Law Review*, vol. II (1960), n.º 2, págs. 259-269, *cfr.* págs. 266 y 268-269.

(70) Para NICOLSON estas son las cinco características principales de la vieja diplomacia: "In the first place Europe was regarded as the most important of all the continents (...). It was thus in the chancelleries of Europe alone that the final issue of general peace or war would be decided".

"In the second place it was assumed that the Great Powers were greater than the Small Powers (...). Throughout this period the Small Powers were assessed according to their effect upon the relations between the Great Powers: there was seldom any idea that their interests, their opinions, still less their votes, could affect a policy agreed upon by the Concert of Europe".

"This axiom implied a third principle, namely that the Great Powers possessed a common responsibility for the conduct of the Small Powers and the preservation of peace between them".

"The fourth characteristic ... was the establishment in every European country of a professional diplomatic service on a more or less identical model".

"The fifth main characteristic of the old diplomacy was the rule that sound negotiation must be continuous and confidential".

Respecto a la nueva diplomacia, el mismo autor, no hablará de características, sino de factores y razones que producen la transición de

De ahí que "vieja" y "nueva" diplomacia sólo serán términos válidos si se entiende por la primera la diplomacia llamada tradicional o clásica, de gabinete, revestida por el secreto y alejada de la sociedad, típica de los siglos XVII, XVIII y buena parte del XIX; y por la segunda, la diplomacia llamada democrática, sometida al control parlamentario, influida por la opinión pública, con resultados públicamente conocidos e, incluso, en principio públicamente concluidos. Nueva diplomacia democrática que no aparecerá, como podría pensarse, salvo, quizá, en Estados Unidos de América, con el establecimiento de los sistemas parlamentarios, ya que ni la Revolución Francesa, con su "sentimiento antidiplomático" bien reflejado en la frase de Mably *L'art de negocier n'est que l'art d'intriguer* (71), ni siquiera el parlamentarismo británico, hasta después de muchos años llegaron a ella.

El proceso hacia esta nueva diplomacia no comenzará hasta cumplido el primer cuarto del siglo XIX, y puede verse personificado en el reconocimiento que George CANNING hace, en 1826, de la eficacia de la opinión pública en los asuntos internacionales, calificándola de "el poder más tremendo que quizá haya sido jamás puesto en acción en la historia del género humano" (72); proceso que puede decirse que culmina en 1918 con el punto primero de la declaración "wilsoniana", aunque la publicidad que en él se propugnaba quedase limitada, por vía de

una a otra, que para él comienza cien años antes de la "revolución" de 1919, así dirá: "The first factor was the desire for colonial expansion; the second, intense commercial competition; and the third, the increased speed of communications". Sin embargo, la verdadera razón fue "the belief that it was possible to apply to the conduct of internal affairs, had for generations been regarded as the essentials of liberal democracy". *Vid.* NICOLSON, H.: *The evolution ... cit.*, págs. 73-75, 79 y 84, y, en general, todo el cap. IV, págs. 72-93; *vid.*, también, del mismo autor, sobre este punto de la transición de la vieja a la nueva diplomacia, *La diplomacia, cit.*, cap. III, págs. 45-62.

Las características de la nueva diplomacia son recogidas así por REGALA: "The first significant feature is appeal over the heads of government, direct to the people in the adversary's camp; the second feature of new diplomacy is attempt to discredit the government by attribution of motives, by abuse, by smearing and other processes; the third feature is the prohibition of social contacts between the communist states and democratic states; the fourth feature is the appearance of effective propaganda and the conduct of negotiations in the press"; *vid. op. cit.*, pág. 31.

(71) *Vid.* ROHDEN, P. R.: *Op. cit.*, pág. 57, y, en general sobre el tema, págs. 55-60 especialmente; *cfr.*, también, POCH, A.: "Diplomacia...", *cit.*, pág. 45; asimismo GOGORDAN: *op. cit.*, en particular, páginas 398-399.

(72) *Vid.* NICOLSON, H.: *La diplomacia, cit.*, pág. 58. *Cfr.* GRANET, P.: *L'Evolution des méthodes diplomatiques*, París, 1939, págs. 68-74.

interpretación y de los hechos, a los pactos concluidos, sin extenderse al proceso de conclusión que es lo que, precisamente, constituye la actividad diplomática.

El máximo de publicidad se conseguiría, en principio, en los debates de las conferencias y de los órganos de las organizaciones internacionales, sobre todo en los correspondientes plenarios, es decir, en la diplomacia de conferencia y en la diplomacia parlamentaria, respectivamente (73). Pero aún, en estas formas de diplomacia, los resultados más positivos y concretos suelen obtenerse después de negociaciones siguiendo los métodos de la diplomacia tradicional, a través, por ejemplo, de las reuniones de expertos o de las reuniones al margen de las sesiones, entre las distintas delegaciones en tales conferencias u órganos de una organización. En las organizaciones internacionales, muy particularmente en las Naciones Unidas, reviste especial importancia, para la consecución de acuerdos o aprobación de resoluciones, la acción que con tales fines lleva a cabo el Secretario General (o equivalente), cerca de los representantes de los Miembros y denominada por Dag HAMMARSKJÖLD *quiet diplomacy*, y que la justificaría diciendo que "Una larga experiencia ha demostrado que la negociación en público por sí sola no da resultado (...); se necesita aplicar los principios y los métodos de la diplomacia tradicional más ampliamente, al lado de los procedimientos públicos" (74); diplomacia que, según PUENTE, "...ha contribuido a atenuar la rigidez y por tanto los inconvenientes que la diplomacia abierta o parlamentaria tiene..." (75).

(73) Sobre diplomacia de conferencia pueden consultarse, principalmente HANKEY, M.: *Diplomacy by Conference*, Londres, 1954 y KAUFMANN, J.: *Conference Diplomacy*, Leiden, 1968 (segunda impresión, 1970). Para diplomacia parlamentaria, RUSK, D.: "Parliamentary Diplomacy. Debate v. Negotiation", *World Affairs Interpreter*, vol. 26 (1955), n.º 2, págs. 121 y ss. y JESSUP, PH. C.: "Parliamentary Diplomacy. An examination of the legal quality of the rules of procedure of organs of the United Nations", *R. des C.*, vol. 89 (1956-I), págs. 181-320.

(74) HAMMARSKJÖLD, D.: "El papel vital de las Naciones Unidas en la diplomacia de reconciliación", discurso ante el Parlamento Británico, pronunciado el 2 de abril de 1958, *Revista de las Naciones Unidas*, n.º 274 (mayo 1958), pág. 7; más observaciones de Hammarskjöld sobre la *quiet diplomacy* y su valor, pueden verse recogidas en GARCÍA ARIAS, L.: "La diplomacia de las Naciones Unidas", en *Derecho de Gentes y Organización Internacional*, vol. VI (1966), págs. 59-100, *passim* (este estudio está reproducido en la obra *Las antiguas y nuevas formas de la diplomacia*, cit., págs. 51-90).

(75) PUENTE EGIDO, J.: "Funciones administrativas y diplomático-políticas del Secretario General de las Naciones Unidas según la Carta y la práctica de la Organización", *ZaöRV.*, Band 20 (1959-60), páginas 36-72 y 450-505, *vid.* pág. 451.

Por otra parte, frente a ese deseo de diplomacia, es un hecho que desde la Segunda Guerra Mundial el secreto de las negociaciones es cada vez mayor, sobre todo en las que están en juego los más trascendentales asuntos mundiales. Por todo ello, de hecho, ya que no en pura teoría (75 bis), se puede aún decir, con Sir David KELLY, que "diplomacia pública" es una *contra-dictio in terminis* (76).

En suma, las expresiones diplomacia vieja, nueva diplomacia, en su empleo usual responden principalmente a las formas de control de la política exterior y también a los cambios de objetivos de esta política o incluso a los factores determinantes de las relaciones internacionales "interestatales", en un momento dado, pero pocas veces hacen realmente referencia a la diplomacia, y aun en estos casos, no significará distinto concepto, sino la utilización, por la diplomacia, de nuevas técnicas o métodos conducentes a que su acción sea más eficaz (77).

(75 bis) Si bien PANIKKAR considerará que: "Negociation is essentially a secret method: nothing is more disastrous to it than ill-considered publicity and practically all publicity is ill-conceived when negotiations are in progress", *The principles and practice of diplomacy*, Bombay, 1954, pág. 94.

(76) KELLY, D.: *Op. et loc. cit.*

(77) A este respecto, cfr. WIMMEL, K.: "What is Public Diplomacy?", *Foreign Service Journal*, octubre 1978, págs. 31-34 y 42-44.

REESTRUCTURACION DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Por Antonio LINARES FLEYTAS

Miembro del IHLADI

Introducción.

Es necesario proceder a reestructurar el sistema interamericano en general, y la Organización de los Estados Americanos en particular, con miras a reformar, perfeccionar y ampliar sus objetivos, principios, estructuras y funcionamiento.

El sistema interamericano no solamente comprende a la Organización de los Estados Americanos, al cual sirve, sino a un conjunto muy diverso de organismos de diferentes rasgos y naturaleza en su ordenamiento, que requieren ser reestructurados. Podemos comprender dentro del sistema interamericano a todas las entidades, a todas las instituciones e instrumentos que funcionan al servicio de la causa interamericana en diversos ámbitos.

La labor de reestructuración del sistema interamericano podrá realizarse con más o menos amplitud y minuciosidad, pero nunca será difícil en su esencia.

El sistema interamericano es el más antiguo de todos los sistemas regionales, y es también el que mayor capacidad ha tenido para modificar sus fallos y las modificaciones decididas ponerlas en vigencia.

El propósito principal de la novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, desde el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, consistió en concretar la idea del sistema interamericano en una Organización de los Estados Americanos. Se pretendió reunir orgánica y coordinadamente una infinidad de convenciones, resoluciones, declaraciones y acuerdos de variada naturaleza y diferente valor, lo que dio lugar al surgimiento de la Carta. Mediante ésta se trató de institucionalizar el sistema. Pero con posterioridad, al surgir nuevos problemas se hizo necesario suscribir algunos instrumentos indispensables, que era necesario crear nuevas instituciones que no se encontraban comprendidas en la Organización, para satisfacer necesidades específicas.

El sistema interamericano, que es una esfera más dilatada que la Organización de los Estados Americanos, con el paso del tiempo ha incrementado su ámbito y además constituido una fuente de problemas y de debates que, muchas veces, exceden los límites de las cuestiones concretas y de lo que efectivamente tiene interés desde el punto de vista práctico para los Estados americanos.

El sistema interamericano ha establecido instrumentos que en estricto sentido no se han convertido en estructuras, ni tampoco en organismos. Me refiero a las convenciones de asilo, y al Código Bustamante de Derecho Internacional, que también forman parte de él.

Respecto a las convenciones de asilo se requiere que las disposiciones de las mismas sean unificadas, concertándose por supuesto una convención única sobre asilo, y reglamentando su aplicación. En cuanto al asilo diplomático debería la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos examinar la conveniencia de concertar previamente un acuerdo internacional general sobre los principios que deben regir el asilo diplomático, pues la falta de un acuerdo general americano sobre los principios aplicables ha conducido a malentendidos y confusiones respecto de los derechos y obligaciones de los Estados.

Es evidente que la concertación de un acuerdo internacional general a nivel americano sobre los principios que deben regir el asilo diplomático resultaría ventajoso para todas las Repúblicas americanas. Tal acuerdo ayudaría al Estado territorial en el sentido de que aclararía la posición jurídica del Estado al que se solicita la concesión de asilo diplomático y fomentaría la protección en el ámbito internacional americano de personas cuyas vidas o cuya libertad estuvieran amenazadas por sus actividades o por sus opiniones políticas.

En cuanto al Código Bustamante de Derecho Internacional Privado debería agregársele un capítulo que contenga disposiciones sobre la circulación de vehículos de motor, en el cual se establezcan además normas jurídicas en materia de seguro obligatorio de responsabilidad civil, en materia de accidentes de circulación cuyos elementos participantes, pertenecen a diferentes países, y en materia de actos ilícitos, responsabilidad por riesgo, regulación de paso de vehículos y anticipamientos.

El sistema interamericano y la Organización de los Estados Americanos son el producto de un extenso proceso evolutivo en el que han ocurrido fracasos y se han presentado periodos de abatimiento. Pero también han experimentado momentos en los cuales se ha vislumbrado la posibilidad de afirmar un orden jurídico regidor de la convivencia entre los Estados americanos.

El método de trabajo que vamos a utilizar ha de consistir en primer lugar en un análisis y evaluación críticos de los objetivos, principios, estructuras y funcionamiento del sistema interamericano, y en segundo lugar un estudio de los principios doctrinales que servirán para fundamentar las medidas concretas sobre la reestructuración del sistema.

ANÁLISIS Y EVALUACION CRITICOS DE LOS OBJETIVOS, PRINCIPIOS, ESTRUCTURAS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

1. Análisis y evaluación críticos de los objetivos y principios del sistema interamericano.

En líneas generales analizaremos y evaluaremos críticamente los objetivos y principios del sistema interamericano. Estos objetivos y principios, serán los que aparecen en los artículos 2 y 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967.

a) Los objetivos.

El objetivo que se refiere a afianzar la paz y la seguridad del continente americano comprende dos casos: el primero consiste en la garantía de la convivencia pacífica todos los días, y el segundo se refiere a la defensa de la seguridad económica y política intercontinental y la defensa de la seguridad económica y política frente a actividades y circunstancias originadas en el ámbito extracontinental.

Los métodos de afianzamiento de la paz y la seguridad en el continente americano no han sido aplicados eficazmente en lo que respecta a fomentar las condiciones de intercambio de los Estados americanos que hubiera brindado la mayor seguridad de que la paz no sería fácilmente quebrantada. Esto significa que la actividad de la Organización tendría que haber desplegado un esfuerzo tendente a eliminar, o a lo menos disminuir los motivos de fricción existentes entre los Estados, que muchas veces proviene de causas económicas y políticas, y que han motivado el quebrantamiento de la paz.

El propósito que concierne a prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros, tiene sus raíces en el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre las Repúblicas de Colombia, Centroamérica, Perú y Estados Unidos

Mexicanos de 15 de julio de 1826 en que se expresa la voluntad de las naciones hispanoamericanas de impedir los conflictos armados, de lograr que toda controversia pueda ser solucionada a través de arreglos pacíficos, mediante consultas y a través de mediaciones. El 23 de enero de 1865, en Lima, se firma el Tratado sobre la conservación de la paz entre los Estados de América contratantes; el 3 de mayo de 1923, en la Quinta Conferencia Internacional Americana, se aprueba el Tratado para evitar o prevenir conflictos entre los Estados Americanos, que lleva el nombre del jurista paraguayo Manuel Gondra. Posteriormente, el 10 de octubre de 1933, se suscribe en Río de Janeiro el Tratado Anti-Bélico de no Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra Lamas). Más tarde, en la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, celebrada en Buenos Aires del 1 al 23 de diciembre de 1936 se suscribe el Tratado relativo a la Prevención de Controversias, y se promueve el sistema de consulta entre las naciones americanas, al firmarse la Convención sobre Mantenimiento, Afianzamiento y Restablecimiento de la Paz, y luego, en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, y en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se continúa manifestando el deseo de que en territorio americano no se quebrante la paz entre las naciones, no se generen nuevos conflictos armados, no se fragüen situaciones que puedan conducir a que se produzcan estos casos que tanta dificultad traen en particular a los habitantes y en general a las naciones americanas.

El propósito señalado en el ordinal c) del artículo 2 de la Carta, que propugna organizar la acción solidaria de los Estados en caso de agresión, es un enunciado genérico que se presta a diversas interpretaciones y aplicaciones de instrumentos de seguridad.

Sobre la significación de los términos "organizar la acción solidaria", podemos expresar que como uno de los propósitos del sistema interamericano es organizar, el ordinal c) del artículo 2 de la Carta se encuentra redactado en forma que el acento se pone en primer lugar en la palabra "organizar". Organizar significa establecer los instrumentos y los organismos destinados a una acción común.

En cuanto a la expresión "acción solidaria", podemos manifestar que en su significado usual, la solidaridad se refiere a una obligación conjunta que deben desarrollar los Estados miembros porque forman parte de la misma obligación.

El concepto de agresión comprende varias formas de agresión, entre ellas la "agresión directa", que incluye la invasión

por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado o el ataque contra ese territorio, y toda ocupación militar, sea temporal o permanente, o toda anexión por la fuerza del territorio de otro Estado o de parte de él; el bombardeo por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o el uso de armas de cualesquiera naturaleza por un Estado contra el territorio de otro Estado; y el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas o contra la flota mercante o aeronaves civiles de otro Estado.

También entre las formas de agresión se encuentran la "agresión indirecta", la "agresión económica". La primera comprende el empleo por un Estado de la fuerza armada mediante la infiltración en el territorio de otro Estado de grupos armados, mercenarios, terroristas, saboteadores, y la realización de otras actividades subversivas, vinculadas con el uso de la fuerza armada, que tengan por finalidad de iniciar la revolución interna en otro Estado o la mutación de su política en beneficio del agresor. La segunda la constituyen las medidas coercitivas de naturaleza económica.

El contenido del inciso c) del artículo 2 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos tiene su fundamento en el ordinal tercero de la parte primera del Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz que expresa "que todo atentado de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio, o contra la soberanía o independencia política de un Estado americano será considerado como acto de agresión contra los demás Estados que firman el acta". Y seguidamente pone de relieve que "se considerará como un acto de agresión la invasión por fuerzas armadas de un Estado, al territorio de otro, traspasando las fronteras establecidas por tratados y demarcadas de conformidad con él constituirá actos de agresión".

El término agresión, tal como se emplea en el inciso c) del artículo 2 de la Carta, se refiere tanto a la agresión directa como a la agresión indirecta, sin hacerse ninguna precisión en cuanto a los límites de éstas.

Es evidente que los propósitos esenciales establecidos en los tres primeros ordinales del artículo 2 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos tienen analogías con aquellos que figuran en el artículo 1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que expresan que para mantener la paz y la seguridad internacionales deben tomarse medidas colectivas eficaces destinadas a prevenir y eliminar amenazas a la paz y a suprimir actos de agresión.

El auge de las actividades dirigidas a promover por medio de la acción cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural del Continente, ha declinado bastante en los tiempos actuales, particularmente en lo que se refiere al desarrollo económico y social.

Para que no continúe esa situación es indispensable realizar un esfuerzo combinado para garantizar el desarrollo económico y social dinámico y equilibrado de los países del Continente.

Se ha hecho imprescindible definir un nuevo enfoque de la cooperación en nuestro Continente e inquirir novedosas políticas, objetivos y programas que faciliten un desarrollo económico y social ecuánime de la región a un ritmo sustancialmente más acelerado.

La promoción mediante la acción cooperativa del desarrollo cultural a nivel interamericano no parece imperiosamente admisible, porque es una enunciación general que no obliga, no orienta de modo absoluto la labor de la Organización de los Estados Americanos, no ha sido satisfactoria, entre otras por las siguientes razones: a) no se ha iniciado el proceso de adaptación de las nuevas generaciones a las cambiantes realidades culturales que comporta el desarrollo económico, científico y tecnológico; b) no ha sido eficaz la colaboración de los Estados Americanos en la necesaria preservación y fomento de su patrimonio cultural; c) no se ha puesto a funcionar un sistema para el adiestramiento y capacitación del personal en el funcionamiento de los instrumentos de la cultura y la adecuada protección y utilización de su patrimonio cultural, y d) no se ha hecho una contribución valiosa a nivel interamericano para promover la adecuada legislación y las disposiciones administrativas que faciliten la mejor difusión de publicaciones de diversos caracteres.

b) *Los principios.*

Los principios que figuran en el artículo 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, son los mismos que aparecen en el artículo 5 de la Carta de Bogotá, y se originaron en la Declaración de México aprobada por la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz.

Los principios solamente hacen referencia a los aspectos generales del comportamiento que deben observar los Estados americanos y se admite que no es deber considerarlos como normas jurídicas obligatorias. Ellos han sido intentos de una política dilatada que habría de servir para edificar ordenamientos jurídicos en el porvenir.

El capítulo II de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que comprende los principios, presenta una desvinculación entre ellos. Ellos se refieren a los que tratan sobre el derecho internacional, el orden internacional, la condena de la guerra de agresión y a que las controversias de carácter internacional deben ser resueltas por procedimientos pacíficos. Existen también otros que han dejado de tener importancia porque han sido aventajados por las circunstancias actuales, como el relativo a que "la cooperación económica es esencial para el bienestar del Continente", que ha sido sustituido en el Proyecto de Reformas a la Carta de dicha Organización regional, aprobado por el Consejo Permanente en el mes de enero de 1976, en el sentido de que "la cooperación para el desarrollo es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente, y debe respaldar los objetivos nacionales de los mismos. Además enuncia que la cooperación para el desarrollo debe ser integral, no unilateralmente condicionada y abarcar los aspectos inherentes a los campos económico, social, cultural, educativo, científico y tecnológico".

La evolución de los principios internacionales americanos experimentada en los últimos veinticinco años hace imprescindible elaborar nuevamente un conjunto de principios de mayor actualidad que los Estados americanos reafirmarían. Ellos ya están comprendidos en el artículo 3 del Proyecto de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos que el Consejo Permanente aprobó en el mes de enero de 1976, y que consisten en que los Estados americanos reafirman en primer lugar que el derecho internacional y, en particular, las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas son normas de conducta de los Estados americanos en sus relaciones recíprocas; en segundo lugar, que el orden internacional debe fundamentarse en la convivencia pacífica y la cooperación; en el respeto a la personalidad, soberanía, independencia e integridad territorial de los Estados; en el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de los tratados internacionales válidos con arreglo a los principios y normas del derecho internacional generalmente reconocidos, y en el acatamiento de las emanadas de otras fuentes de ese derecho; en tercer lugar, que todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencia externa, su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo anteriormente expuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales; que los altos fines del sistema interamericano

y de solidaridad de los Estados miembros se fundamentan en la soberanía popular sobre la base del ejercicio de la democracia representativa y de participación plena; en cuarto lugar, que el mantenimiento de la paz y la seguridad requieren que se garantice la seguridad económica colectiva para el desarrollo de los Estados Miembros; en quinto lugar, que el recurso a los procedimientos pacíficos es imprescindible para la solución de las controversias internacionales; en sexto lugar, que la cooperación para el desarrollo es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente y debe respaldar los objetivos nacionales de los mismos. Ella debe ser integral, no unilateral y abarcar los aspectos inherentes a los campos económico, social, cultural, educativo, científico y tecnológico; en séptimo lugar, que es un deber imperativo el respeto pleno a los derechos fundamentales de la persona humana y la eliminación de las discriminaciones, distinciones por motivos de raza, sexo, opinión política o de cualquier otra índole, nacionalidad o credo; en octavo lugar, que la libertad de pensamiento, de investigación y de expresión son condiciones fundamentales para el desarrollo cultural de los pueblos; en noveno lugar, que la preservación del medio ambiente y la obligación de asegurarse de que sus políticas ambientales y las actividades dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio ambiente o las posibilidades de desarrollo de otros Estados o zonas situados fuera de su jurisdicción; en décimo lugar, que el trabajo es un derecho y un deber social, debe prestarse en condiciones que aseguren la existencia, la salud y un nivel de vida digno y decoroso, con salario justo, derecho a asociación sindical, negociación colectiva y huelga. Además que los trabajadores tienen derecho a una participación plena en el proceso de la creación social de la riqueza y de sus beneficios; en decimoprimer lugar, que los Estados americanos tienen soberanía sobre sus respectivas riquezas y recursos naturales y su derecho inalienable a la libre disposición de ellos, y en decimosegundo lugar, que los Estados ribereños tienen derecho a disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y del subsuelo sujetos a sus jurisdicciones nacionales, incluida la plataforma continental.

2. Análisis y evaluación críticos de las estructuras y el funcionamiento del sistema interamericano.

Iniciamos el análisis y evaluación críticos de las estructuras y del funcionamiento del sistema interamericano, refiriéndonos especialmente a los órganos superiores consignados en el artículo

51 de la Carta de la Organización de los Estados americanos. Dejaremos para el final los Organismos Especializados Interamericanos y las Conferencias Especializadas.

a) Observaciones relativas a la Asamblea General.

La Asamblea General, con excepción de algunos casos, se ocupa poco de analizar y evaluar profundamente los problemas políticos, económicos, sociales y culturales que afectan las relaciones entre los Estados americanos. En cambio ha desviado sus esfuerzos hacia funciones administrativas que carecen de importancia en la vivencia de relación de los países americanos.

Es una función indelegable, propia y privativa de la Asamblea General el decidir la acción y la política generales de la Organización. Dentro de esta función está comprendido todo lo político, todo lo jurídico, el desarrollo de los Estados en todos sus aspectos, los derechos de la persona humana, y la solución pacífica de las controversias. En forma no prevista, estas facultades han sido asumidas por otros órganos, y algunas conferencias interamericanas, sin que la Carta las dotara de estas atribuciones y sin tener función privativa para hacerlo, han definido la acción y la política generales de la Organización, acordando normas generales, y ejecutando las que habían aprobado.

Como realmente los órganos de la Organización, que son el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura se han excedido en sus facultades, definiendo la acción y la política de la Organización en algunas materias, a la Asamblea General en realidad no le ha quedado más recurso que meramente recibir los informes que presentan, que la mayoría de las veces no están lo bastante elaborados, sin adentrarse en el estudio de su contenido.

La razón que origina la forma defectuosa de cumplir funciones los otros órganos de la Organización y de las reuniones interamericanas, consiste en realidad en la estructura interna de nuestros Estados. La política internacional en la actualidad no la conducen únicamente los Ministerios de Relaciones Exteriores, sino que la llevan también otros Ministerios de Gobierno. La práctica imperante se manifiesta en el sentido de que la política internacional para asuntos políticos, para asuntos educativos y culturales, para asuntos laborales, para asuntos económicos, y para asuntos comerciales sea llevada a cabo por los respectivos Ministerios. Este hecho ha motivado el que las autoridades supremas en estas materias en las reuniones del Consejo Interamericano Económico y Social, en el Consejo Interameri-

cano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y en las conferencias interamericanas procedan a concretar las líneas de acción y pautar la política de la Organización de los Estados Americanos.

El ordinal f) del artículo 52 de la Carta consagra el derecho de la Asamblea General a considerar los informes anuales y especiales que deberán presentarle los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano. Como lo que aquí está consagrado es el derecho del citado órgano supremo a considerar esos informes; ello no expresa que tendría que hacerlo obligatoriamente en un instante determinado, como sería conveniente que lo hiciera, y formulara recomendaciones sobre su contenido o vetara esos informes. Es un hecho fehaciente que, salvo alguna que otra excepción, los informes recibidos por la Asamblea General en los períodos de sesiones celebrados han sido objeto de una resolución en la que se señala haber tomado nota del informe del respectivo órgano u organismo.

Se ha comprobado que la Asamblea General no tiene tiempo suficiente para considerar durante la celebración de su período ordinario de sesiones anuales todos los informes de los distintos órganos u organismos del sistema interamericano. Este problema se podría subsanar extendiendo la duración del período ordinario de sesiones y estableciendo una disposición en los estatutos de los respectivos órganos y organismos facultándolos para que hagan un estudio previo de las recomendaciones que la Asamblea General ha de emitir sobre el contenido de los informes.

El ordinal e) del artículo 52 de la Carta reformada por el Protocolo de Buenos Aires confiere a la Asamblea General la función de aprobar el programa-presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los Estados Miembros. Esta función no le corresponde a dicho órgano supremo porque es prácticamente imposible que la Asamblea General pueda conocer a fondo ciertos problemas relativos al programa-presupuesto, cuando se supone que tiene también que tratar problemas políticos y materias complementarias de importancia continental.

El ordinal b) del artículo 52 de la Carta le confiere a la Asamblea General la atribución de dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de los órganos, organismos y entidades de la Organización entre sí y de estas actividades con las de las otras instituciones del sistema interamericano. Precisamente por no haberse efectuado esta coordinación mediante normas apropiadas, es que existen órganos, organismos y entidades, no sólo de la Organización, sino también del sistema interamericano que tienen duplicidad de funciones.

Otra atribución de la Asamblea General que requiere ser re-

glamentada en el cuerpo de normas correspondiente, ya que las relaciones de cooperación con la Organización de las Naciones Unidas la consideramos sumamente importantes, es la de robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados.

Otra función que le ha de corresponder ejercer a la Asamblea General es la de promover la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, y con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos.

Esta función es consecuencia natural de la de carácter sustancial de la Asamblea General, que es la de adoptar normas sobre política de cooperación.

b) *Análisis general sobre los organismos especializados interamericanos.*

Existen dos clases de organismos especializados interamericanos. Los primeros son los que establecen programas, como por ejemplo, la Organización Panamericana de la Salud. Los segundos desempeñan funciones asesoras, estando comprendido dentro de esta última clasificación, el Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas.

Cuando el 27 de febrero de 1970 entró en vigencia la reforma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos mediante el Protocolo de Buenos Aires, comenzaron a estudiarse las normas relativas a la aplicación y coordinación de las normas que en la Carta tratan de los organismos especializados, y en tales normas se instituye un procedimiento que establece que son Organismos especializados los siguientes: a) los organismos especializados existentes y registrados hasta la fecha de aprobación de estas normas generales, y b) los organismos intergubernamentales que se establezcan por tratados o convenios multilaterales, que tengan determinados fines y funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos siempre que, sobre la base del informe del respectivo Consejo, la Asamblea General haya determinado en cada caso que el organismo llena las condiciones establecidas en la Carta y en estas normas.

A tenor del apartado b) no ha sido creado ningún organismo especializado con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires.

La reforma de los organismos especializados puede realizarse directamente por parte de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a sus fines y a otras limitaciones o ampliaciones que sean necesarias introducirles. De lo expuesto

se comprende que, sin excepción alguna, todos los organismos especializados, cualquiera que sea su procedencia, pueden ser reformados por la citada Organización. El artículo 71 de la Carta estipula que los "Consejos, en asuntos de su respectiva competencia, podrán... solicitar de la Asamblea General... la creación, modificación o supresión de organismos especializados...". Y el artículo 3 de las Normas sobre organismos especializados expresa que la Asamblea General podrá revocar la calificación de Organismos Especializados Interamericanos, previo informe del Consejo respectivo.

El estudio del asunto relacionado con los organismos especializados interamericanos lo realizaremos haciendo por el momento algunas breves consideraciones generales acerca de tales organismos.

Es evidente que los organismos especializados no han cumplido una función fundamental y esencial, pues la acción de algunos de ellos en realidad no ha sido enteramente compatible con la finalidad para que fueron creados. Esta situación ha planteado la necesidad de suprimir algunos y de reformar otros.

c) *Análisis general sobre las conferencias especializadas.*

Primeramente haremos una breve observación sobre los artículos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que tratan de las conferencias especializadas.

El artículo 128 ha establecido una norma general sobre las conferencias especializadas que determina que se celebrarán conferencias especializadas cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de algunos de los Consejos u Organismos Especializados.

Una cláusula excepcional ha establecido el artículo 72 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que expresa que cada Consejo, en casos urgentes, podrá convocar, en materias de su competencia, conferencias especializadas, previa consulta con los Estados miembros y sin tener que recurrir al procedimiento previsto en el artículo 128.

La razón para establecer la cláusula de excepción a la regla general del artículo 128, en lo concerniente a los Consejos, consistió en que al conferirles categoría de órgano con competencia para tratar problemas económicos, sociales, educacionales, científicos y culturales que requerían pronto tratamiento, no se podía esperar a que se reuniera una Asamblea General o una reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores para acordar la celebración de conferencias especializadas. En aque-

lla ocasión se puso de relieve que existían casos en que era imposible, si se deseaban obtener los fines propuestos, esperar el consentimiento de los referidos órganos de la Organización de los Estados Americanos.

Vamos a comenzar por el estudio de las normas fundamentales comprendidas en los artículos 72 y 128 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y, después, las normas secundarias que figuran en las normas generales que rigen a las Conferencias Especializadas Interamericanas.

En cuanto al examen de las normas fundamentales comprendidas en el artículo 72 de la Carta, podemos expresar que aun cuando las conferencias especializadas sean convocadas por iniciativa de un organismo especializado, por uno de los Consejos, por la Asamblea General, o de conformidad con el artículo 72, ello no implica la existencia de un orden jerárquico de sujeción entre la conferencia especializada y cualquiera de los órganos que la convoca, mas si se ha admitido que la pertinente convocatoria no puede establecer ningún orden que le confiera a la conferencia el deber de emitir un informe al órgano que la convocara. De esto se deduce que la conferencia especializada, generalmente, se supedita a la competencia señalada en la convocatoria, y, usualmente, hacen sus recomendaciones a los gobiernos de los Estados participantes directamente.

Con respecto a la armonización de las normas fundamentales que aparecen en la Carta con las normas secundarias que figuran en las de las Normas sobre Conferencias Especializadas Interamericanas, en términos concretos se ha manifestado que debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 72 de la Carta con la limitación establecida en el ordinal c) del artículo 4 y en el artículo 6 de dichas Normas, porque al calificarse por los Gobiernos el caso de urgencia, la conferencia especializada se celebrará bajo la responsabilidad de los Gobiernos.

Se ha reconocido que las conferencias especializadas interamericanas se caracterizan por componerse de partes de diversa naturaleza legislativa y ejecutiva, que no les confiere la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Son concebidas como entidades ejecutivas, porque cuentan con un aparato administrativo directamente vinculado a ellas. Además, convocan y celebran frecuentes reuniones de comisiones técnicas. También realizan acciones que tienen carácter decisorio y obligatorio para el respectivo órgano de la Organización de los Estados Americanos.

Las conferencias especializadas interamericanas tienen facultad para concertar instrumentos internacionales de carácter multilateral, porque de no tener capacidad jurídica para celebrar

tales instrumentos que se deriva de los plenos poderes que a cada representante le otorga el Estado que asiste a sus reuniones, no parece razonable que la Carta, mediante el artículo 71, confiera autorización a los Consejos a formular recomendaciones a las conferencias especializadas sobre algunos proyectos de instrumentos internacionales de carácter multilateral. El base a esa argumentación, el artículo 128 de la Carta, al afirmar que dichas conferencias tienen facultad para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, se puede interpretar de una forma amplia, porque de interpretarse en forma restringida habría que admitir que las referidas conferencias no tienen atribuciones para concertar convenios internacionales.

Puede depender de la convocatoria, en caso de interpretarse conjuntamente el artículo 128 y la última parte del artículo 71, que dispone que "igualmente los Consejos podrán presentar estudios, propuestas y proyectos de instrumentos internacionales a las Conferencias Especializadas", no es posible considerar que éstas tienen competencia, incluso para concertar ese tipo de instrumento, sin que sea considerado por otro órgano de la Organización de los Estados Americanos.

La Organización de los Estados Americanos está compuesta, además de los órganos principales, que son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos y la Secretaría General, que directamente ayudan a realizar las finalidades de la Organización, de los órganos secundarios, que son importantes en cuanto cumplan eficazmente con sus finalidades, que son las conferencias especializadas, que fundamentalmente tienen la función para ayudar, asesorar a los Estados, los cuales a su vez han de cumplir con los objetivos que la Organización tiene el deber de cumplimentar. Por consiguiente, las conferencias especializadas han de contribuir a los fines de la cooperación interamericana. Los Estados tienen obligaciones relacionadas con asuntos económico, social y cultural, pero también les incumbe prestarse cooperación, dentro del marco de la solidaridad interamericana, y entonces son las conferencias especializadas quienes han de ayudar directamente a los Estados.

Un punto que es importante aclarar es el relativo a que el artículo 51 de la Carta crea las conferencias especializadas, para disponer posteriormente, mediante el artículo 72 y los artículos 128 y 129, cómo deben ajustarse el funcionamiento y los fines de esas conferencias especializadas.

Según el artículo 128 de la Carta, los organismos especializados pueden convocar a las conferencias especializadas interamericanas. Cuando esto ocurre, tiene que ser el Consejo de la Or-

ganización de los Estados Americanos a quien le corresponde la competencia, quien tiene que dirigirse al organismo especializado para solicitar la convocatoria de una conferencia especializada, porque, de acuerdo con el artículo 71, los Consejos, en asuntos de su respectiva competencia, podrán presentar estudios, propuestas y proyectos de instrumentos internacionales a las conferencias especializadas. En torno a esto último surge el problema de las competencias de los Consejos que carecen de coordinación, particularmente en los Consejos técnicos, que no es posible efectuar una distinción sobre sus competencias.

Es un problema de falta de claridad el relativo a suprimir la categoría de órganos conferidos a las conferencias especializadas, porque, aun cuando no se ha podido concretar el problema de la proliferación de muchas conferencias especializadas de una misma especialidad, son muchas las ramas de la administración de los Estados las que hacen acto de presencia en los casos de conferencias especializadas.

Es necesario definir la esfera de acción de las conferencias especializadas, porque no existe duda de su utilidad cuando en ellas se celebran con la participación de ministros que tienen a su cargo diversos campos especializados o asisten personas especializadas que han sido convocadas especialmente para examinar asuntos que en ellas se debatirán. Esas conferencias han sido objeto de lineamientos de acción suficientes para orientar algunas de las tareas de la Organización, habiendo hasta elaborado documentos que con posterioridad se sometieron a conocimiento directo de los Gobiernos americanos. Sin embargo, no se ha definido lo suficientemente amplia y expresa de lo que son las conferencias especializadas y cuál es la labor que han de realizar.

Los altos funcionarios gubernamentales, es decir, los que tienen categoría de ministros, deben tener su propio foro donde puedan efectivamente manifestarse con el propósito de colaborar al establecimiento de lineamientos para la acción, tanto del Consejo Interamericano Económico y Social como del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y también para los otros órganos principales de la Organización de los Estados Americanos.

En caso de enfrentar las conferencias especializadas de este modo, es posible que surja la idea de que los Consejos Interamericanos Económico y Social, y para la Educación, la Ciencia y la Cultura se conviertan en conferencias especializadas, y que sus Comisiones Ejecutivas Permanentes no tienen razón de existir, porque ninguna de ellas tendrá asunto que ejecutar, mien-

tras que la Conferencia Especializada compuesta por ministros se verá obligada a ejecutar las líneas de acción que adoptara.

PRINCIPIOS DOCTRINALES QUE SERVIRAN PARA FUNDAMENTAR LAS MEDIDAS CONCRETAS SOBRE LA REESTRUCTURACION DEL SISTEMA INTERAMERICANO

1. Orientación doctrinal sobre objetivos y principios del sistema interamericano.

a) *Los objetivos.*

La Organización de los Estados Americanos ha de ampliar, definir y aclarar el significado de sus objetivos mediante una declaración formulada por la Asamblea General.

Las decisiones de los órganos competentes en torno a los objetivos deben adoptarse imponiendo la regla de la unanimidad o del consenso, para que los Estados miembros las pongan en práctica, pues ha de evitarse la aprobación de resoluciones mediante el voto mayoritario, por ser poco probable que sea aplicada por la minoría que vota en contra, frustrándose su aplicación colectiva.

b) *Los principios.*

Los principios enunciados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos no son lo suficientemente explícitos con respecto a la cooperación económica conducente a proporcionar prosperidad común a los pueblos del continente. Este principio debe referirse concretamente a que la cooperación ha de promover y establecer instrumentos eficaces en el ámbito industrial, científico, tecnológico y en los transportes terrestres, marítimos y aéreos, con el fin de desarrollar económicamente a los pueblos del continente.

La ausencia de referencias en el artículo 3 de la Carta al tratamiento que debe darse a la inversión extranjera. Aun cuando no existe en el plano doctrinal un acuerdo respecto a los principios de derecho internacional consuetudinario referentes al tratamiento de la inversión extranjera, es necesario contribuir a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

Como es necesario utilizar la inversión de capital privado extranjero para comprender el fomento de la riqueza de los pueblos del continente, los Estados americanos deben facilitar el acceso financiero extranjero de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales.

También debe figurar como uno de los principios a reafirmar por los Estados americanos, el que la nacionalización de bienes extranjeros puede hacerse a condición de que se pague una compensación equitativa.

Es de gran importancia introducir fundamentales modificaciones sociales destinadas a asegurar el rápido mejoramiento del bienestar social de los pueblos del continente. Por tal motivación debe introducirse en la Carta de la Organización de los Estados Americanos un principio que proclame que los Estados americanos reafirman la necesidad de promover modificaciones sociales e institucionales de bases democráticas para fines de progreso social.

La declaración aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, dispone que la cooperación internacional para la protección del medio ambiente debe realizarse teniendo en cuenta el principio de que los Estados tienen plena libertad para utilizar cuando lo desean sus recursos naturales. En la Resolución 2.295 (XXVII), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1963, también reconoce la necesidad de conservar una armonía entre los derechos de los Estados sobre sus recursos naturales y la obligación impuesta por la cooperación internacional. En particular, dicha Resolución expresa que la cooperación interestatal debe cimentarse en el "espíritu de cooperación y buena vecindad, sin que ello pueda ser interpretado como facultando a cualquier Estado a retardar o impedir los programas y proyectos de exploración, explotación y desarrollo de los recursos naturales de los Estados en cuyos territorios se emprendan tales programas y proyectos". Lo dispuesto en esta Resolución refleja un principio básico que tiende a imponer ciertas normas de conducta que han de observar los Estados americanos. Por consiguiente, en el capítulo relativo a los principios debería figurar uno que se manifestara en el sentido de que la cooperación internacional para la utilización de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente entre Estados aledaños, no afectará la soberanía y el legítimo derecho de cada Estado a disponer con libertad de sus recursos naturales.

La doctrina ha reconocido el concepto de que la violación del derecho internacional como norma de conducta de los Estados en sus relaciones mutuas implica responsabilidad internacional.

La importancia de este principio para el funcionamiento de la comunidad americana exige la enunciación del mismo como una modificación complementaria del numeral a) del artículo 3 de la Carta, en el sentido de que "el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas,

y el Estado que por cualquier circunstancia lo violara incurrirá en responsabilidad internacional”.

2. Orientación doctrinal sobre derechos y deberes fundamentales de los Estados americanos.

En el capítulo IV de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que trata de los derechos y deberes fundamentales de los Estados, no aparece ningún precepto referente al deber de los Estados americanos de prohibir la organización de fuerzas irregulares o compuestas de voluntarios o bandas armadas para realizar incursiones en el territorio de otro Estado, así como actos terroristas y de instigación de contiendas civiles en otros Estados. Con respecto a esta cuestión convendría incluir en dicho capítulo una disposición enunciando “que todo Estado americano tiene el deber de abstenerse de organizar, favorecer, fomentar, prestar ayuda financiera, instigar o permitir actividades subversivas, terroristas o armadas contra otro Estado y de tomar parte en conflicto bélico interno de otro Estado o en sus contiendas interiores”.

3. Orientación doctrinal relativa a la estructura y administración del sistema interamericano.

a) Organos.

Seguidamente nos concretaremos a trazar los lineamientos doctrinales que podrán servir de directivas fundamentales para modificar sustancialmente la estructura y funcionamiento de los órganos que dentro del sistema interamericano componen la Organización de los Estados Americanos.

i) Asamblea General.

Es indispensable encontrar el medio de garantizar a los Estados miembros su derecho legítimo a participar en los trabajos de las Comisiones Principales. También hay que buscar el procedimiento para que los representantes de los organismos especializados participen en calidad de observadores en dichas Comisiones, que funcionan como subsidiarias de la Asamblea General.

La Asamblea General podría en ciertos casos determinados crear grupos de trabajo, comités especiales y comisiones subsidiarias de composición limitada y establecer el procedimiento que deje el camino abierto para que representantes de otras or-

ganizaciones regionales, órganos u organismos especializados de la Organización de las Naciones Unidas participen como observadores.

Para impedir que las Comisiones Principales de la Asamblea General recarguen su volumen de trabajo este órgano supremo, mediante una resolución, debería recomendar a tales Comisiones que organizaran su trabajo de manera que pudieran examinar su programa en la forma más eficaz.

La Asamblea General debe mejorar la distribución del tiempo dedicado al debate general, y teniendo en cuenta la marcha de los trabajos podría aplazar el examen de ciertos temas del programa que estuvieren considerando en un período de sesiones hasta el período siguiente.

La Asamblea General podría formular recomendaciones respecto a que el trabajo de las Comisiones Principales sea mejor coordinado, eliminando las duplicaciones y, en general, simplificar y hacer más expedita la tramitación de los asuntos, estudiar la cuestión de la limitación del tiempo empleado para el uso de la palabra y, finalmente, garantizar la aplicación de iguales procedimientos en las sesiones plenarias y en las sesiones de las Comisiones Principales.

La Asamblea General debería tener particularmente en cuenta en sus deliberaciones que algunos temas que son de la competencia de otro órgano de la Organización de los Estados Americanos o de un organismo especializado y que todavía no hubiesen sido considerados por él, fueran enviados directamente a ese órgano y organismo para que los examinara y adoptara la decisión conveniente.

Es importante señalar que debería efectuarse una distribución racional y equilibrada de los temas del programa entre las diferentes comisiones principales de la Asamblea General.

La reducción de la duración de las intervenciones en las sesiones de la Asamblea General y en las Comisiones Principales podría permitir la utilización más eficaz del tiempo disponible. Por consiguiente, es recomendable que tanto en las sesiones plenarias de la Asamblea General y en las Comisiones Principales, la duración de las intervenciones de cada orador y el número de veces que cada representante pueda hacer uso de la palabra sobre un mismo asunto. Con anterioridad a que se adopte una decisión sobre una propuesta, sólo podrán hacer uso de la palabra dos oradores a favor y dos en contra. En caso de que un representante rebase el tiempo que se le hubiera asignado, el presidente le indicará que ha terminado su intervención.

La Asamblea General no debería tener limitaciones para convocar conferencias especializadas, pues como órgano soberano ha

de tener iniciativa propia. Considero que la idea de conferirle esta facultad a la Asamblea General podría concretarse en el sentido de que "la Asamblea General podrá convocar a las conferencias especializadas cuando considere que existan asuntos que por su naturaleza técnica o carácter especial no puedan ser adecuadamente considerados por los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos".

4. Orientación doctrinal sobre las funciones conferidas a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General.

Por la Resolución 125, aprobada en la decimotercera sesión plenaria de la Asamblea General celebrada el 15 de abril de 1973, se le confirió a la Comisión Preparatoria la función de coordinar las actividades de los Consejos y los otros órganos, organismos y entidades de la Organización de los Estados Americanos.

También la citada Resolución se refería a que dentro de las atribuciones conferidas a la Comisión Preparatoria la facultad de decidir en lo relativo a la coordinación de los Consejos entre sí y con los demás órganos, organismos y entidades de la Organización de los Estados Americanos.

Entre las funciones conferidas a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General por el artículo 58 de la Carta no figura expresamente ninguna disposición que le otorgue facultades de coordinación. Para que exista una base que le permita a la citada Comisión ejercer funciones de coordinación, se requiere agregar al mencionado artículo un inciso en el sentido de que tendrá la facultad de adoptar decisiones en lo concerniente a armonizar las actividades de los Consejos entre sí y con los demás órganos, organismos y entidades de la Organización y coordinar los casos especiales que sean necesarios tratar con las otras entidades del sistema interamericano.

La recomendación que formulamos de agregar un nuevo inciso al artículo 58 de la Carta también se inspira en el hecho de que la Comisión Preparatoria está realizando funciones de coordinación. Al intervenir en la elaboración del proyecto de programa-presupuesto lleva a cabo una función de coordinación, porque al recibir los informes y las resoluciones de los Consejos técnicos y de los organismos especializados, cuyo presupuesto lo atiende la Organización de los Estados Americanos, está haciendo un trabajo de coordinación.

5. Orientación doctrinal entre asuntos del Consejo Interamericano Económico y Social.

Los asuntos que específicamente corresponde tratar al Consejo Interamericano Económico y Social convendría ampliarlos

en el sentido de que tiene el deber de ocuparse también en primer lugar de revisar el sistema interamericano de cooperación en los ámbitos económico y social, con la finalidad de actualizarlo y perfeccionarlo dentro de la existencia política del continente americano; en segundo lugar, de promover y vigorizar la cooperación en los campos económico y social entre todos los Estados americanos, dentro del pleno reconocimiento de que cada Estado determine, de conformidad con su interés y sistema de gobierno, el medio hacia el desarrollo, sin limitaciones a la soberanía de cada uno de los Estados; en tercer lugar, de promover los medios para que la cooperación interamericana para el desarrollo comprenda los problemas concernientes al comercio, las inversiones, el financiamiento y la tecnología como instrumento para el desarrollo del hemisferio, y el mejoramiento de las relaciones económicas entre todos los países miembros del sistema interamericano; en cuarto lugar, de formular las directrices conducentes a que se ponga en práctica en los pueblos americanos una mayor justicia social internacional mediante la distribución más equitativa del ingreso y de las riquezas del hemisferio; en quinto lugar, de dictar pautas destinadas a asegurar el aumento de todas las fuentes de cooperación técnica para el desarrollo de los países de la región dentro del marco de las prioridades nacionales y regionales, y en sexto lugar, formular recomendaciones a los Estados americanos para que elaboren convenios de cooperación industrial en virtud de los cuales los sobrantes financieros de varios países en desarrollo sean complementados, en caso de ser necesario, con capital procedente de los países desarrollados y de los países en desarrollo, y que sean aprovechados en coordinación con los servicios tecnológicos, suministrados por los países desarrollados y con los recursos humanos y materiales de los países en desarrollo en los cuales se pongan en práctica los nuevos proyectos industriales.

Es urgente lograr una racionalización significativa de los métodos de trabajo del Consejo Interamericano Económico y Social a fin de que responda enteramente a los requerimientos de la cooperación interamericana económica y social contemporánea.

El Consejo Interamericano Económico y Social debe usar la formulación de su programa como procedimiento de definir en términos prácticos la forma en que ha de llevar a cabo sus funciones. Los temas del programa han de permitir al Consejo elegir los asuntos principales en que concentrar su trabajo, con el propósito de preparar recomendaciones y directrices de política económica y social interamericana.

6. Orientación doctrinal sobre materias que debe atender el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

a) *Propensión en materia educacional.*

En la presente década se observa una tendencia a poner en ejecución cabales reformas y renovación de los sistemas educativos, que tienden a modificar los criterios del planteamiento educativo respecto a que éste ha de vincularse a los planes generales de desarrollo.

También se pretende colocar a la educación tecnológica dentro de los sistemas educativos, como complemento obligatorio de la instrucción humanística y científica general y como vinculación directa con el servicio educativo y los requerimientos del desarrollo educacional.

En la esfera de la educación universitaria se intenta especialmente poner en práctica métodos racionales y modernizar su administración. También mediante diferentes actividades se posibilita la cooperación entre las instituciones de educación superior y se estimula la investigación sistemática y se lleva a cabo la publicación de trabajos especializados.

b) *Propensión en materia científica y tecnológica.*

Durante la década del sesenta la cooperación interamericana estuvo enfocada en gran medida a mejorar institucionalmente la ciencia y la tecnología con una orientación dirigida con mayor ímpetu hacia la calidad que hacia la cuantía. Con esto se ha perseguido principalmente acrecentar la capacidad para dar solución a los problemas del desarrollo, estimulando la educación científica a nivel de especialización, la investigación y la realización de estudios destinados a igualar los elementos formativos de políticas y planificaciones científicas y tecnológicas integradas con las políticas nacionales adoptadas en conjunto.

La conferencia especializada sobre la Aplicación de la Ciencia y la Tecnología al Desarrollo de América Latina, celebrada en Brasilia, Brasil, del 12 al 19 de mayo de 1972, al tratar su Comisión III el asunto relativo a la política y planificación del esfuerzo científico y tecnológico en América Latina consideró que "en la delineación de la política científica y tecnológica debe considerarse el contexto integral de las actividades de creación, difusión y utilización del conocimiento científico y tecnológico en relación con los objetivos generales del desarrollo".

En la declaración de principios que figura en el Consenso de Brasilia para la Aplicación de la Ciencia y la Tecnología al Desarrollo de América Latina se reconoce por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que en América Latina la ciencia y la tecnología tienen como función primordial contribuir al desarrollo integral y al mejoramiento de la calidad de la vida humana.

c) *Propensión en materia cultural.*

Los gobiernos americanos están obligados a preservar la personalidad histórica de los pueblos del hemisferio y los valores esenciales de la cultura con la finalidad de fortalecer a la persona humana como agente y beneficiario del desarrollo.

Se han formado en nuestro continente tendencias que propugnan en primer lugar la vinculación de la cultura con otros aspectos del desarrollo; en segundo lugar, la coordinación y unificación de los organismos nacionales de cultura; en tercer lugar, la creación y protección de valores culturales, y en cuarto lugar, la divulgación de la cultura en el seno del pueblo.

Es importante destacar que el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura debería estar dotado de atribuciones especiales para proceder a elaborar las directrices para poner la ciencia y la tecnología al servicio de los pueblos americanos y para elaborar los métodos destinados a racionalizar y modernizar la administración de la educación superior en nuestro continente.

7. Orientación doctrinal sobre soluciones que son necesarias adoptar para que los organismos especializados puedan desarrollar mejor sus actividades.

Seguidamente nos referiremos a las soluciones que son necesarias adoptar para que en el futuro los organismos especializados puedan desarrollar mejor sus actividades.

Un problema importante que atañe a las relaciones de los organismos especializados es el de la falta de coordinación interna de ellos. Para dar solución a este problema se requiere establecer un sistema de coordinación en el sentido de que debe impedirse la superposición de actividades, la duplicación de funciones, la duplicación de las obligaciones financieras y la ineficacia de los programas a realizar.

Otro problema que requiere solución es que los Consejos, en asuntos de sus respectivas competencias, deben supervisar

directamente las actividades de los organismos especializados y formular a la Asamblea General las recomendaciones para mejorar las deficiencias que de ellas se observasen.

8. Orientación doctrinal en torno a las conferencias especializadas.

En torno a las conferencias especializadas surgen dos aspectos que despiertan nuestra inquietud. El primero es el relativo a las conferencias especializadas institucionalizadas, que se rigen por sus propios estatutos, y las conferencias especializadas eventuales, que se celebran para tratar asuntos urgentes, de interés técnico y para considerar determinados aspectos de la cooperación, tanto económica, social, cultural, científica y educacional.

La definición adoptada para las conferencias especializadas por la Subcomisión Tercera de la Comisión Especial para estudiar el sistema interamericano y proponer medidas para su reestructuración, en sus sesiones de 1974 confiere carácter de eventualidad, la cual difiere de las conferencias especializadas institucionalizadas que implica la permanencia a través de órganos concretos y definidos.

A nuestro juicio, deben adoptarse normas que tiendan a armonizar la estructura y funcionamiento de las conferencias especializadas institucionalizadas con las conferencias especializadas eventuales, porque ambas, por su importancia, realmente justifican su existencia.

PERSPECTIVAS ACTUALES DE LOS LLAMADOS "DERECHOS REGIONALES"

Por Alegría BORRAS RODRIGUEZ

Asociada del IHLADI

I

El momento actual del Derecho internacional puede ser calificado como de muy interesante debido al proceso en el que se encuentra inmerso y que se manifiesta tanto porque se está asistiendo a una evolución radical del antiguo y clásico derecho internacional, como porque en los últimos años han venido proliferando una pluralidad de "derechos regionales", manifestación de determinadas peculiaridades de grupos más o menos reducidos de Estados.

La referencia a estas cuestiones parece de especial interés atendiendo al papel que los países de América han desarrollado en tal proceso de formación y que permite considerarlos como pioneros en esta materia y es precisamente la evolución sufrida en estas cuestiones el asunto que va a ser objeto del presente trabajo, centrándonos en la existencia actual, junto al Derecho internacional general, de unos derechos internacionales regionales, fruto de las características diferenciales de unos determinados grupos y el enfoque que han dado a las cuestiones objeto del Derecho internacional. Lo que ocurre es que ello se manifiesta tanto en la formulación de normas particulares como en la influencia que tales normas y la actitud de tales Estados tienen sobre el Derecho internacional general, de tal forma que deba distinguirse claramente lo que constituyen verdaderas normas de aplicación a la comunidad internacional en su conjunto de lo que constituyen meras normas de derecho internacional particular, aplicables a un grupo más o menos amplio de Estados.

En el siglo pasado era una postura muy extendida la de entender que no existía un derecho público externo universalmente reconocido, tal como se expresa, por ejemplo, HEFTTER (1),

(1) HEFTTER, A. G.: *Derecho Internacional Público de Europa*, trad. castellana. Madrid, 1875. pág. 12: "¿Existe un derecho público

sino un Derecho internacional público de Europa (2). Pero la independencia de los pueblos de América iba a iniciar una necesaria modificación de la situación, y así, gracias a su presencia, fueron ya 44 los Estados participantes en la Conferencia de La Haya de 1907. Tal número resulta hoy pequeño al compararlo con el número de miembros actuales de las Naciones Unidas, consecuencia directa del proceso descolonizador que ha tenido lugar, sobre todo, a partir de 1960 y que ha planteado con mayor acuidad la necesidad de la modificación del Derecho internacional anterior, que no podrá ser ni "europeo" ni "de las naciones civilizadas", sino que deberá ser permeable a la modificación sufrida por la realidad.

Se refería ya a estas cuestiones el juez Alvarez diciendo que "tras el último cataclismo social, no hay sólo un Derecho internacional americano, sino que existe también un Derecho internacional europeo y un Derecho internacional asiático en formación. Y fuera de estos tres derechos internacionales continentales se desarrolla un Derecho internacional de gran importancia, el derecho soviético" (3).

VALLADAO, en la apertura de la sesión de Niza (1967) del *Institut de Droit international* ponía de relieve la evolución del Derecho internacional, que al crearse el Instituto, en 1873, era "un *Derecho internacional europeo* individualista, aristocrático incluso, de las grandes potencias, de una asociación o de un club privado, el de la "familia europea", cerrado a los pueblos de otros continentes "no cristianos", "no civilizados" (4), poniendo de relieve cómo ya en el siglo XIX "en América Latina, los nuevos Estados que habían obtenido su independencia sobre la base de los principios democráticos y constitucionales,

externo universalmente reconocido? No, por cierto. Jamás ha existido en todas las naciones semejante derecho. Sólo en determinadas regiones del globo es donde se ha desarrollado; sólo en nuestra Europa cristiana y en los Estados por ella fundados en donde ha obtenido el universal asentimiento, de modo que se le ha dado con justa razón el nombre de Derecho europeo."

(2) Recoge JENKS, W.: *The Common Law of Mankind*. Londres, 1958, pág. 72, una antigua impugnación oriental a esta afirmación, de TCHOAN-PAO: *Le droit des gens et la Chine antique*, 1924, pág. 14, que dice que "los autores tienen una tendencia general de atribuir sólo a Europa el honor y la gloria de haber creado el Derecho internacional... Hay en esta actitud mucho de presunción, de orgullo racial; hay también mucho de ignorancia en cuanto a la historia de Oriente y del desarrollo de la China antigua".

(3) C. I. J.: *Affaire du droit d'asile*, *Recueil*, 1950, pág. 294.

(4) I. D. I.: *Annuaire*, vol. 52, II, pág. 299. En su intervención, VALLADAO sintetiza el contenido de su obra *Democratisation et socialisation du Droit international. L'impact latino-américain et afro-asiatique*. París, 1962.

los trasplantaron al Derecho internacional... Pusieron así las bases de un nuevo *Derecho internacional, americano, democrático, derecho de los pequeños Estados que consagraba principios avanzados, como la condena de la guerra, la condena de la conquista y el arbitraje obligatorio*" (5), situando todo ello en un movimiento generalizado a partir de la creación de la Sociedad de Naciones, con una creciente democratización del Derecho internacional, habiéndose dado un paso más en los últimos tiempos con la tendencia a dotarlo de un mayor dinamismo, que VALLADAO entiende se ha realizado, por una parte, en América Latina con la socialización del panamericanismo a través de dos etapas, la del movimiento para el desarrollo económico y social y la de la integración y, por otra parte, en Europa, a través de las Comunidades europeas (6).

II

La existencia de una pluralidad de fuentes del Derecho internacional debe ser tomada en consideración a la hora de examinar los denominados derechos regionales.

Como dice COHEN-JONATHAN, "la existencia de un tal derecho particular es evidente para el derecho convencional en el que un número de normas bilaterales, regionales o multilaterales restringidas, no tienen carácter universal" (7) y es que verdaderamente no ofrece dificultades entender que un convenio es aplicable a los Estados que son parte en el mismo y que puede, además, estar abierto a la adhesión de determinados Estados que formen parte de la misma región.

Sin embargo, junto a las normas convencionales existe un gran número de normas consuetudinarias, que presentan numerosas dificultades. Junto a las costumbres generales, obligatorias precisamente por su carácter de tales, se aplicarán en cada región una serie de costumbres particulares, a las que se denomina "costumbre regional" y que Díez DE VELASCO define como "aquellas que han nacido entre un grupo de Estados con características propias" (8). Tales costumbres regionales presentan mayores problemas, ya que mientras cuando se trata de una costumbre general en principio resultan obligados todos los Estados, salvo que conste expresamente su oposición durante

(5) I. D. I.: *Annuaire*, vol. 52, II, págs. 300-301.

(6) I. D. I.: *Annuaire*, vol. 52, II, pág. 303.

(7) COHEN-JONATHAN, G.: "La coutume locale", *A. F. D. I.*, 1961, pág. 120.

(8) Díez DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, tomo I, 3.ª ed. Madrid, 1976, pág. 84.

el período de formación de la costumbre (9), cuando se trata de una costumbre regional, como dijo el Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto del Derecho de Asilo, "la parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y una obligación que incumbe al Estado territorial" (10), poniendo así de relieve la cautela que hay que tener a la hora de admitir la existencia de costumbres particulares. El propio Tribunal, tras examinar los medios para la determinación de esa costumbre presentados ante el Tribunal, llegó a la conclusión de que "los hechos sometidos al Tribunal muestran tantas incertidumbre y contradicciones, tantas fluctuaciones y discordancias en el ejercicio del derecho de asilo diplomático... y la práctica ha sido influida de tal manera por consideraciones de oportunidad política en los distintos casos, que no ha sido posible deducir de este conjunto una costumbre constante y uniforme aceptada como derecho, en lo relativo a la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva del delito. El Tribunal no puede admitir que el Gobierno de Colombia haya probado la existencia de tal costumbre" (11).

De lo que no cabe duda es de que en el ámbito de América Latina fue donde primero se pusieron de relieve esas "características propias" o "comunidad de concepciones jurídicas y políticas" (12) que justifican la existencia de un derecho internacional particular, cuyo reconocimiento proponía ya ALVAREZ, en 1905, y era entendido entonces como un ataque a la universalidad del Derecho internacional (13).

Pasado casi medio siglo, en su opinión disidente en el asunto del derecho de asilo, el juez Alvarez dice que "por lo que concierne al Derecho internacional, los Estados de América, desde su independencia, han querido aportarle las modificaciones necesarias para que esté en armonía con las aspiraciones y los intereses de su continente... Si preceptos considerados como

(9) C. I. J.: *Affaire des pêcheries* (Royaume Uni c. Norvège), *Recueil*, 1951, pág. 131.

(10) C. I. J.: *Affaire du droit d'asile*, *Recueil*, 1950, pág. 276.

(11) C. I. J.: *Affaire du droit d'asile*, *Recueil*, 1950, pág. 278.

(12) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho Internacional Público*, 6.ª ed. Madrid, 1974, pág. 223.

(13) A este respecto, véase CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Aspectos doctrinales del problema de la universalidad del derecho de gentes (un ensayo de interpretación histórica)", *R. E. D. I.*, 1964, págs. 3-15.

universales no son aceptados por los países del continente americano, es evidente que dejan de tener ese carácter y si preceptos americanos no son reconocidos por los países de otros continentes, deben recibir aplicación sólo en el Nuevo Mundo", a lo cual añade que "el Derecho internacional americano ha ejercido una influencia considerable sobre el derecho internacional universal y le ha dado su verdadera fisonomía" (14).

Como consecuencias de la tan conocida y comentada sentencia en el asunto Haya de la Torre (15), en lo que aquí nos interesa, extraeríamos las siguientes: a) que las normas generales, para tener tal carácter, han de ser aplicables a toda la comunidad internacional y no tienen tal carácter desde el momento que son contestadas por algunos de los sujetos de ésta y, en este caso, reconocer la no oponibilidad de una costumbre al Estado que la ha venido sistemáticamente rechazando. b) Que el Derecho internacional particular de América, a su vez, influye en el nuevo Derecho internacional general que, en definitiva, irá recogiendo los principios de los diferentes grupos que pueden ser admitidos por toda la comunidad internacional. c) Existencia de un verdadero y propio Derecho internacional americano (16), consecuencia de que América tiene una tradicional actividad jurídica. Reconoce así el Tribunal que junto a la costumbre general existen costumbres regionales y locales.

Sin embargo, se produce a veces una cierta imprecisión en las normas y ciertas dificultades en la aplicación de las mismas.

(14) C. I. J.: *Affaire du droit d'asile*, *Recueil*, 1950, págs. 293-294.

(15) A la que se refieren casi todos los trabajos que tratan del asilo: BARCIA TRELLES, C.: "El derecho de asilo y el caso Haya de la Torre. Glosas a una sentencia", *R. E. D. I.*, 1950, págs. 753-802; CAICEDO CASTILLA, J. J.: "El derecho de asilo", *R. E. D. I.*, 1957, páginas 446-464; DÍEZ DE VELASCO, M.: "El derecho de asilo diplomático en la convención de Caracas de 1954", *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Prof. Camilo Barcia Trelles*. Santiago de Compostela, 1958, págs. 291-305; FRANCIONI, F.: *Asilo diplomático*. Milano, 1973; GREÑO VELASCO, J. E.: "La calificación unilateral en materia de asilo diplomático", *R. E. D. I.* 1951 págs. 889-1.011; RONNING, C.: *Diplomatic Asylum. Legal norms and political reality in Latin American Relations*. La Haya, 1965; TORRES GIGENA, C.: *Asilo diplomático: su práctica y su teoría*. Buenos Aires, 1960; VILLAGRÁN KRAMER, F.: *L'asile diplomatique d'après la pratique des Etats latino-américains*. Bruselas, 1958; VIEIRA, M. A.: *Derecho de asilo diplomático*. Montevideo, 1961; ZÁRATE, L. C.: *El asilo en el Derecho internacional americano*. Bogotá, 1958, entre otros.

(16) Al que, junto a tantas veces citado Juez ALVAREZ, se refieren numerosísimos autores, entre ellos J. C. PUIG: *Les principes du Droit international public américain*. Paris, 1954; SEPÚLVEDA, C.: "Derecho y política en el sistema interamericano", *Estudios de Derecho internacional. Homenaje a don Antonio de Luna*. Madrid, 1968, páginas 141-160.

En efecto, es altamente interesante el proceso codificador en América a partir de la V Conferencia Panamericana (Santiago de Chile, 1932) y sobre todo en los últimos tiempos con la actividad desarrollada por el Comité Jurídico interamericano y las funciones que le atribuye el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, que modifica la Carta de Bogotá. Pero, como se ha puesto de relieve en la realidad, "la revisión de convenios anteriormente pactados produce con frecuencia el hecho de que unos Estados ratifiquen el nuevo y otros se abstengan de hacerlo, con lo que se produce la consecuencia que los del primer grupo sigan ligados por el convenio antiguo con respecto a Estados que lo están por el más moderno" (17).

III

Si, como siempre, el Derecho internacional ha ido a remolque de nuevas realidades, nos encontramos que las modificaciones sufridas por el entorno internacional iban a producir nuevas modificaciones en nuestra disciplina, que conducirán a la aparición de diversos brotes de particularismo (que debe entenderse sin perjuicio de la universalidad de la comunidad internacional).

Si el primer brote estuvo constituido por el denominado Derecho internacional americano, la revolución de 1917 marcaría el inicio de la aparición de unas normas propias de la Comunidad socialista de naciones o Derecho internacional socialista, que se contrapondría al Derecho internacional europeo o capitalista.

Por otra parte, el movimiento descolonizador y el hecho de que la descolonización "se nutre y se alimenta de sus propios éxitos" (18), ha llevado a que pueda hablarse de un derecho internacional propio de los Estados africanos o asiáticos.

Finalmente, y como dice GONZÁLEZ CAMPOS, "paradójicamente, la élite creadora del Derecho internacional general segrega otro Derecho particular" (19), derivado de la aparición de las Comunidades europeas y de las características especiales que éstas presentan.

Se pone así de relieve, como dice el propio GONZÁLEZ CAMPOS, que el particularismo es fruto "de la formación de cier-

tas afinidades o solidaridades entre Estados, que conduce a la creación de grupos de Estados. En unos casos, esta solidaridad se basa en una posición geográfica común y en un común destino histórico (Estados europeos, americanos, africanos, etc.); en otros, la solidaridad del grupo deriva de factores étnicos y culturales comunes (Estados árabes) o de unas mismas concepciones ideológicas (Estados socialistas)" (20).

A estos distintos aspectos nos iremos refiriendo seguidamente, si bien hay que poner de relieve la parcialidad de toda exposición y el hecho de que todo tipo de división peca de imprecisa, como también peca de ello toda denominación bajo la cual se pretendan englobar realidades a veces distintas. Así, por ejemplo, Japón y su desarrollo anterior a la segunda guerra mundial, hacen aparecer a este país como diferenciado del resto de Asia, como en el propio continente asiático es peculiar la posición de China, que no coincide plenamente ni con la postura de los Estados socialistas ni se le puede incluir entre los demás Estados asiáticos. Igualmente nos encontramos con que América, pionera en la impugnación del Derecho internacional europeo y en la existencia de un derecho particular, es incluida por LISSITZYN (21) entre los países occidentales sin hacer aclaración alguna, entendiéndose que le corresponde estar en este grupo tanto por llevar más de un siglo de independencia como por su herencia cultural.

Digamos, finalmente, que no se puede hablar todavía de un derecho propio de la zona del Pacífico y ello por una serie de razones, entre las que resaltaríamos: a) La gran extensión geográfica ocupada y, como consecuencia de ello, existencia de muy diversas culturas, economías, etc. b) El hecho de que es una zona en la que la descolonización ha llegado muy tardíamente. c) El escaso desarrollo de conceptos jurídicos propios en las distintas islas. Poco puede ayudar a este respecto la existencia de la Comisión del Pacífico Sur o el Fórum del Pacífico Sur, tanto por su origen colonial, como por la evolución que han venido sufriendo en los últimos años (22).

IV

La revolución de octubre de 1917 marcó el inicio de una nueva etapa que, lógicamente, tendría un reflejo importante

(17) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho internacional público*, 6.ª ed. Madrid, 1974, pág. 223.

(18) VIRALLY, M.: "Droit international et décolonisation devant les Nations Unies", A. F. D. I., 1963, pág. 509.

(19) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Curso de Derecho internacional público*, tomo I. Oviedo, 1975, pág. 199.

(20) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Curso de Derecho internacional público*, tomo I. Oviedo, 1975, pág. 3.

(21) LISSITZYN, O. J.: "International Law in a divided world", *International Conciliation* núm. 542, marzo de 1963, y, del mismo autor, *International Law today and tomorrow*, Dobbs Ferry, New York, 1965.

(22) A este respecto, véase Goy, R.: "L'évolution du régionalisme dans le Pacifique Sud", A. F. D. I., 1975, págs. 217-240, y también

en el Derecho internacional, primero con la actitud de la URSS y más adelante en los demás Estados socialistas, con la evolución sufrida en los años transcurridos.

La aportación de este nuevo bloque, como la de todo grupo de Estados, se ha dejado sentir a un doble nivel: frente al clásico Derecho internacional denominado general y en cuanto a la creación de un Derecho internacional particular.

Como dice TUNKIN, "el Derecho internacional general es actualmente universal" (23) y ello porque "bajo la influencia de las fuerzas progresistas han cambiado esencialmente los principios básicos del Derecho internacional que determinan, en esencia, su fisonomía" (24), si bien "el problema de reconciliar la aparente aceptación de un Derecho internacional que ligue a los Gobiernos comunistas y no comunistas con la concepción marxista del derecho ha sido una fuente perenne de dificultades para los juristas teóricos marxistas" (25).

Consecuencia de ello es que, por una parte, han dejado de considerarse como normas de Derecho internacional general aquellas que, en definitiva, constituían sólo el derecho de los Estados europeos; por otra parte, han mantenido y reforzado algunas normas preexistentes que verdaderamente tenían tal carácter de universales y, finalmente, han colaborado activamente en la aparición de nuevas normas de Derecho internacional general, como la coexistencia pacífica (26), la autodeterminación de los pueblos, etc.

LUCCHINI, L.: "Vers un nouveau statut de la Micronésie ou la disparition prochaine de la tutelle", A. F. D. I., 1975, págs. 155-174.

(23) TUNKIN, G.: "La coexistencia pacífica y el Derecho internacional". *El derecho internacional contemporáneo*. Moscú, 1973, pág. 18.

(24) TUNKIN, G.: "La coexistencia pacífica y el Derecho internacional". *El derecho internacional contemporáneo*. Moscú, 1973, pág. 28.

(25) LISSITZYN, O. J.: *International law today and tomorrow*, Dobbs Ferry, New York, 1965, pág. 47.

(26) Tema esencial tratado por diversos autores, preferentemente soviéticos, entre los que citáramos: BOBROV, R.: "Principios básicos del derecho internacional contemporáneo". *El Derecho internacional contemporáneo*. Moscú, 1973, págs. 40-64; KRYLOW, S.: "Les notions principales du droit des gens", *Recueil des Cours*, vol. 70 (1947-II), págs. 411-475; KULSKI, W.: "The Soviet interpretation of International Law", A. J. I. L., 1955, págs. 518-534; Mc WHINNEY, E.: "Le concept soviétique de 'coexistence pacifique' et les rapports juridiques entre l'URSS et les Etats occidentaux", *Revue générale de Droit international public*, 1963, págs. 549 y sigs.; Mc WHINNEY, E.: *Peaceful coexistence and Soviet-Western international Law*, Leyden, 1964; TUNKIN, G.: "Coexistence and international law", *Recueil des Cours*, vol. 95 (1958-III), págs. 1-81; TUNKIN, G.: "Le droit international de la coexistence pacifique", *Mélanges offerts à Henri Rolin*. Paris, 1964, págs. 407-418; TUNKIN, G.: "Le conflit idéologique et le droit international contemporain", *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul*

No se tratará, pues, de mantener la existencia de dos derechos internacionales, uno socialista y otro capitalista, como pudiera hacer la doctrina soviética de los primeros tiempos, sino que de lo que se tratará es de que las normas de Derecho internacional general sean verdaderamente aplicables a toda la Comunidad internacional, si bien junto a ellas existirá, entre otros, un derecho propio de la comunidad socialista de naciones, pues, como advierte TUNKIN, "es evidente que ni las relaciones internacionales se reducen a las relaciones existentes entre los Estados de los dos sistemas opuestos, ni las contradicciones que se manifiestan en las relaciones internacionales se reducen a las contradicciones entre los Estados socialistas y capitalistas" (27), sino que existen unas peculiaridades propias de las relaciones entre los países socialistas, pues "los países que forman parte de esta comunidad han establecido entre sí estrechas relaciones fraternas en la esfera económica, política, social y cultural que forman, en su conjunto, las relaciones internacionales de nuevo tipo" (28) entre estos pueblos, que abarcan las formas más variadas de colaboración entre los distintos países del grupo: política, militar, económica, técnica, científica, etcétera.

El problema planteado es si se trata de un verdadero "Derecho internacional socialista" o de unos "principios socialistas de las relaciones internacionales", cuestión ampliamente debatida, pero respecto a la cual la discusión doctrinal entre los propios autores soviéticos no está concluida (29), pero a través de la cual se pone de manifiesto cómo de sus principios específicos derivan también específicos derechos y obligaciones para los Estados socialistas y así el internacionalismo proletario justificaría, desde el punto de vista soviético, los acontecimientos de Hungría y Checoslovaquia, cuando tales acontecimientos no son compatibles con las normas que rigen las relaciones internacionales en general, que lo consideran una flagrante violación del Derecho internacional.

Guggenheim, Genève, 1968, págs. 888-898; TUNKIN, G.: *Theory of International Law*, trad. inglesa de W. E. Butler, Harvard University Press, 1974. Importancia especial en un contexto tercermundista en M. BEDJAOUI: "Non-alignement et Droit international", *Recueil des Cours*, vol. 151 (1976-III), especialmente págs. 415-428.

(27) TUNKIN, G.: "La coexistencia pacífica y el Derecho internacional". *El Derecho internacional contemporáneo*. Moscú, 1973, pág. 18.

(28) SHURSHALOV, V.: "El Derecho internacional en las relaciones entre los Estados socialistas". *El Derecho internacional contemporáneo*. Moscú, 1973, pág. 65.

(29) Sobre esta cuestión, véase BUTLER, W. E.: "Socialist international law", or Socialist principles of international relations? A. J. I. L., 1971, págs. 796-800.

En la actitud china en el mundo de las relaciones internacionales se han observado "contradicciones" (30) que básicamente radican, por una parte, en negar el Derecho internacional clásico, pero, por otra parte, admitir la existencia del mismo Derecho internacional.

Examinando diversos hechos, dice FOCSANEANU que "las concepciones que el Gobierno de Pekín profesa actualmente respecto al Estado, la comunidad internacional y las relaciones internacionales parecen incompatibles con los principios fundamentales del Derecho internacional público" (31). Sin embargo, TSIEN TCHE-HAO explica la actitud china diciendo que "China no rechaza el Derecho internacional en cuanto tal, sino únicamente el Derecho internacional burgués y más aún los principios y los métodos imperialistas de este derecho" (32).

No cabe duda de ello si examinamos diversas manifestaciones de MAO TSE-TUNG, ya sea en el discurso de apertura del VIII Congreso Nacional del Partido Comunista Chino, el 15 de septiembre de 1956 (33), ya al decir que "en cuanto a los países

(30) El estudio de las contradicciones realizado conforme al método dialéctico se encuentra en la base de la postura china. Mao Tse-Tung (*Libro Rojo*, pág. 180) dice que "la causa fundamental del desarrollo de las cosas no es externa, sino interna; reside en su carácter contradictorio interno. Todas las cosas entrañan este carácter contradictorio, de ahí su movimiento y desarrollo. El carácter contradictorio interno de una cosa es la causa fundamental de su desarrollo, en tanto que sus interrelaciones o interacción con otras cosas son causas secundarias".

El método dialéctico propio de la teoría de las contradicciones es utilizado por Ch. CHAUMONT: "Cours General de Droit international Public", *Recueil des Cours*, vol. 129 (1970-I), págs. 348-353, para indicar las grandes contradicciones sobre las que reposa el Derecho internacional actual y, entre nosotros, recoge este método J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho internacional público*, vol. I. Oviedo, 1975, págs. 37-38.

(31) FOCSANEANU, M.: "L'attitude de la Chine à l'égard du Droit international à l'époque de la Revolution culturelle", *A. F. D. I.*, 1968, pág. 60.

(32) TSIEN TCHE-HAO: "Conception et pratique du Droit international", 1976, núm. 4, pág. 895.

(33) FOCSANEANU, M.: "L'attitude de la Chine à l'égard du Droit international", 1976, núm. 4, pág. 895.

(34) Que dijo que "para lograr una paz duradera en todo el mundo debemos continuar desarrollando nuestra amistad y colaboración con todos los países hermanos del campo socialista y reforzar nuestra unidad con todos los países amantes de la paz. Tenemos que esforzarnos por establecer relaciones diplomáticas normales sobre la base del respeto recíproco a la integridad territorial y la soberanía, de la igualdad de derechos y del beneficio mutuo, con todos los países que deseen vivir en paz con nosotros. Tenemos que prestar activo apoyo

imperialistas, debemos unirnos también con estos países, comerciar con ellos y conjurar toda posible guerra" (34), con lo que reconoce la necesidad de un derecho internacional general.

Al Derecho internacional general, al que denominan "principios generalmente reconocidos del Derecho internacional moderno" esperan verlo "suplantar al Derecho internacional burgués aplicado por el imperialismo (americano) y el social-imperialismo de los revisionistas modernos (soviéticos)" (35), lo que implica que el Derecho internacional deberá evolucionar, pero su desaparición sólo sería posible cuando hubieran desaparecido los Estados.

Pese a que los estudios chinos en materia de Derecho internacional público que nos son asequibles no son muchos, parece, sin embargo, que tienen conciencia, como dice HUNGDAH CHIU, de que "las normas de Derecho internacional general no son suficientes para regular las relaciones entre Estados socialistas" (36), lo que conduce a la necesidad de conclusión de tratados, tanto con Estados socialistas, como con Estados capitalistas, como con los Estados del Tercer Mundo. Pero lo que ocurre es que en sus relaciones internacionales adopta una postura particular (37), ya que si bien adopta la teoría marxista que considera que el Derecho es sólo un instrumento de la política, no puede ser incluida en el mismo grupo que la URSS o, más en general, con los demás países socialistas, sino que su peculiar postura política ha tenido su reflejo en esta materia y ha hecho que en China se hayan desarrollado puntos de vista diferentes respecto al Derecho internacional (38).

Por otra parte, aunque en numerosas ocasiones su actitud es coincidente con la de los Estados afroasiáticos, sin embargo, tampoco son posturas idénticas, como consecuencia de causas

al movimiento de liberación e independencia nacionales de los países de Asia, Africa y América latina, así como al movimiento por la paz y a las luchas justas de todos los países del mundo", *Libro Rojo*, trad. castellana. Barcelona, 1976, págs. 68-69.

(34) Ensayo filosófico sobre el tratamiento correcto de las contradicciones en el seno del pueblo, presentado el 27 de febrero de 1957 y recogidos numerosos fragmentos en el *Libro Rojo*, trad. castellana. Barcelona, 1976, pág. 69.

(35) TSIEN TCHE-HAO: "Conception et pratique du Droit international public en Republique populaire de Chine", *Journal du Droit international*, 1976, núm. 4, pág. 896.

(36) HUNGDAH CHIU: "Communist China's attitude towards international law", *A. J. I. L.*, vol. 60, 1966, pág. 256.

(37) Véase a este respecto *China's practice of International Law. Some case studies*, editado por J. A. COHEN, Harvard University Press, 1972.

(38) Como se pone de relieve en los distintos estudios citados en este apartado.

políticas, económicas, culturales, etc. Lo que debe hacerse resaltar es que la actitud de China hacia estos países pretende no tener el carácter hegemónico de una superpotencia (39), sino basándose, sobre todo, en los ocho principios de la concesión de ayuda económica y técnica a los países del Tercer Mundo (40).

VI

La descolonización masiva producida, especialmente, a partir de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas iba a tener unas consecuencias inmediatas en el Derecho internacional, igual que las tuvo la actitud de los pueblos de América tras su independencia. Refiriéndose a la importancia de la entrada en bloque en la escena internacional de las naciones asiáticas y sobre todo africanas, dice VALLADAO que "su misión histórica, a mitad del siglo XX estará a la altura de la que cumplieron las Américas del siglo XIX y el principio del XX. África tendrá con la independencia recientemente adquirida, como los tuvo América, problemas delicados, difíciles y ciertamente apasionantes, relativos a la formación política y económica de los nuevos Estados y sus relaciones mutuas y con las antiguas potencias colonizadoras" (41).

Los nuevos Estados, celosos de su recién ganada independencia, toman ampliamente conciencia de la situación y someten a revisión el Derecho internacional anterior (42), ordenamiento en cuya elaboración no han participado y que, sin embargo, por tratarse en gran parte de normas consuetudinarias generales (43), resulta que les obliga, aunque en muchos casos

(39) *Solidarité afro-asiatique contre l'imperialisme. Documents relatifs aux visites effectuées par des dirigeants chinois des treize pays d'Afrique et d'Asie*. Pekín, éditions en langues étrangères, 1965, páginas 154-160.

(40) Sobre este tema, véase FOCSANEANU, L.: "L'aide internationale au développement dans la doctrine de la République Populaire de Chine", A. F. D. I., 1976, págs. 563-588 y, especialmente, págs. 582-585.

(41) VALLADAO, H.: *Democratisation et socialisation du Droit international. L'impact latino-américain et afroasiatique*. París, 1962, página 84. Más recientemente se refiere a la democratización de las relaciones internacionales M. BEDJAOU: "Non-alignement et Droit international". *Recueils des Cours*, vol. 151 (1976-III), especialmente páginas 408-414.

(42) En este sentido es interesante ELÍAS, T. O.: *Africa and the development of International Law*. Leyden, 1972.

(43) Con la dificultad que presenta, como dice J. A. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.^a ed. Madrid, 1976, pág. 137, el hecho de que "si de un lado no debe admitirse a la ligera que un grupo de Estados pueda sustraerse a la aplicación de normas consuetudinarias de carácter general, de otro hay que reconocer que la vigencia de normas que no cuentan con el apoyo de un amplio sector de la comunidad internacional es muy dudosa".

pueda incorporar principios que sean contrarios a sus intereses, ya que en general se trata de normas elaboradas por unas cuantas potencias colonizadoras y que les habían excluido de toda participación en la vida internacional (44).

Y es que la actividad de estos Estados, sobre todo en el seno de las Naciones Unidas, iba a ser importante, hasta el punto de modificar el equilibrio de fuerzas existente anteriormente en la Organización. Evidentemente, el número de votos con que cuentan los países afroasiáticos influye grandemente a la hora de adoptar una resolución en la Asamblea General, lo que lleva a GREEN a poner de relieve cómo el equilibrio de poderes en las Naciones Unidas ha sido radicalmente alterado, de tal forma que no será posible alcanzar una mayoría de dos tercios, en los asuntos que la requieren, sin el voto del bloque afroasiático que, además, en muchos casos, es apoyado por los Estados de América Latina e incluso por los Estados del Este, que lo que pretenden es oponerse así a la ideología de sus contrarios (45).

Para VIRALLY, "el Estado nuevo sólo está obligado a someterse a aquellas reglas que estén bien establecidas y cuyo alcance, asimismo, se halle aclarado. Siguiendo el mismo criterio, sin embargo, el Estado nuevo no tiene derecho de negarse a cumplir tales reglas, a no ser en relación con aquellos Estados que expresamente han consentido en renunciar a que se apliquen; y un acuerdo de esta naturaleza sólo es posible si las normas en cuestión no forman parte del *ius cogens*" (46) y en esta misma línea había que citar la conclusión de CARRILLO SALCEDO en el sentido de que "cuando se afirma que una costumbre establecida obliga a todos los Estados, sin necesidad de su consentimiento, se afirma algo que es cierto; pero sólo cuando se trate de una costumbre establecida y no de lo que un grupo de Estados pretenda hacer pasar por tal" (47). La marcha de los acontecimientos y el sentido que adoptan las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas apoyan tal

(44) FLORY, M.: "Décolonisation et succession d'Etats", A. F. D. I., 1966, pág. 577 y sigs.

(45) GREEN, L. C.: "De l'influence des nouveaux Etats sur le droit international". *Revue générale de Droit international public*, 1970, número 1, págs. 92-93. En el mismo sentido, LEONART ANSELM, A. J.: "Impacto de los nuevos Estados en el Derecho internacional". *Anuario Hispano-luso-americano de Derecho internacional*, núm. 4, 1973, página 194 especialmente.

(46) VIRALLY, M.: "Fuentes de Derecho internacional". *Manual de Derecho internacional público*, editado por Max Sörensen, trad. castellana. México, 1973, pág. 167.

(47) CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.^a ed. Madrid, 1976, pág. 150.

manifestación y sitúan en su lugar adecuado el problema planteado (48).

De esta forma podrían ser ciertas las palabras del destacado jurista nigeriano ELÍAS que dice que el Derecho internacional público se encuentra en el más dinámico e interesante grado de desarrollo, incluyendo, como hace, a los nuevos Estados de distintos colores, credos y circunstancias sociales y económicas, que juntos configuran la moderna sociedad internacional. El cambio de los tiempos requiere que se muestre capaz de adaptación y expansión, para permitirle así cumplir su destino, que es posibilitar la conversión de la sociedad internacional actual en una verdadera comunidad internacional, basada en el respeto a la dignidad humana y la supremacía del Derecho" (49), aunque quizá exagera este autor al valorar el papel de los nuevos Estados y decir que el Derecho internacional al terminar los trabajos pendientes de la Comisión de Derecho internacional "habrá sido formulado nuevamente y reelaborado hasta tal punto que habrá dejado de ser un derecho de orientación europea para convertirse en un moderno derecho mundial" (50), si bien es evidente la importancia dada por los nuevos Estados a los trabajos de la Comisión, poniendo el acento en la necesidad de atender no a la mera codificación del Derecho internacional, sino a su desarrollo progresivo (51), que permite precisamente la deseada evolución del Derecho internacional (52). Igualmente, y con la misma finalidad de renovación del Derecho internacional, los nuevos Estados dan gran importancia a la conclusión de tratados, como forma rápida y efectiva de terminar con las dudas sobre la aplicación de normas preexistentes, teniendo en cuenta que a veces la necesidad de mantener relaciones eco-

(48) Para S. BASTID: "L'état du Droit international public en 1973". *Journal du Droit international*, 1973, núm. 1, pág. 17, la actitud de los nuevos Estados se justifica por la preocupación de asegurar la supervivencia del Estado, si bien entiende que tal actitud es una fuente de dificultades y de inseguridad en la vida internacional.

(49) ELÍAS, T. O.: "The expanding frontiers of public international Law". *International Law in a changing world*. New York, 1963, página 104.

(50) ELÍAS, T. O.: "Modern sources of International Law". *Essays in honor of Philip C. Jessup*. New York-London, 1972, pág. 41.

(51) ABELLÁN, V.: "Codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional del desarrollo" *R. E. D. I.*, 1976, núms. 2-3, págs. 369-396.

(52) FALK, R. A.: "The new States and International Legal Order". *Recueil des Cours*, vol. 118 (1966-II), pág. 34, dice que "...muy pocos juristas internacionales piensan que los intereses de los nuevos Estados presentan una incompatibilidad permanente con el Derecho internacional existente, o que la práctica de los Estados nuevos es hasta tal punto irresponsable que no debería permitirse a estos Estados influenciar el desarrollo del Derecho internacional futuro".

nómicas normales con los Estados exportadores de capital les lleva a no adoptar posturas más extremas (53), persiguiendo así un nuevo derecho pensado para las circunstancias presentes y que les ayude a salir del subdesarrollo en que se encuentran la mayoría de ellos (54), aunque debamos advertir, con LISSITZYN, que "las generalizaciones sobre "Asia" o "Africa" son peligrosas porque tienden a ocultar la gran variedad de culturas y tradiciones que existen en estos continentes" (55).

Además, es difícil en muchos casos, como antes indicábamos al referirnos a China, conocer verdaderamente tanto las normas utilizadas como la doctrina existente en China. Dice CHAUMONT que "Extremo Oriente, teniendo en cuenta su poca representación en las organizaciones internacionales y las luchas e intervenciones extranjeras que ha sufrido, no ha llegado a introducir conceptos originales y a influenciar verdaderamente el Derecho internacional, de tal forma que hay un desequilibrio considerable entre la importancia política de este continente, especialmente desde 1950 y la parquedad de expresión jurídica internacional de sus civilizaciones" (56).

En el caso de Africa, es cierto, como dice BOUTROS-GHALI, que "el Derecho internacional clásico ha sido una mera proyección colonialista" (57), lo cual ha conducido, dice CHAUMONT, a que el continente africano ha tomado una conciencia creciente, especialmente a través de la ONU, sin haber salido todavía de una cierta nebulosidad conceptual, atendiendo, sin duda, a las contradicciones entre la influencia de sistemas jurídicos de las antiguas metrópolis y la aspiración, todavía difusa, a conceptos jurídicos propios" (58). Coincide así, en parte, con las manifestaciones de ELÍAS, en el sentido de que las normas jurídicas de las distintas áreas de Africa dejan ver la influencia de las antiguas metrópolis, de las cuales no se alejan mucho en numerosos aspectos. Es el propio ELÍAS el que pone de relieve dos

(53) LISSITZYN, O. J.: *International Law today and tomorrow*, Dobbs Ferry, New York, 1965, págs. 81-85.

(54) ANAND, R. P.: "Attitude of the Afro-Asian States toward certain problems of International Law". *International and Comparative Law*, vol. 15, 1966, pág. 55.

(55) LISSITZYN, O. J.: *International Law today and tomorrow*, Dobbs Ferry, New York, 1965, pág. 94.

(56) CHAUMONT, Ch.: "Cours général de Droit international public". *Recueil des Cours*, vol. 129 (1970-I), pág. 443. Sobre los nuevos Estados de Asia, véase SYATAUW, J. J. G.: *Some newly established Asian States and the development of International Law*. La Haya, 1961.

(57) BOUTROS-GHALI, B.: "The Addis-Abeba Charter". *International Conciliation*, núm. 546, enero de 1964, pág. 5.

(58) A este tema se refiere además el propio T. O. ELÍAS, en "The expanding frontiers of Public International Law". *International Law in a changing world*. New York, 1963, especialmente págs. 99-103.

hechos importantes, a su juicio, para comprender el papel de Africa (59) en el mundo actual, que son los siguientes: en primer lugar, que las Comunidades y Estados africanos han tenido durante siglos contactos con los países de Asia y Europa, lo que le da una cierta experiencia de las relaciones internacionales; en segundo lugar, la existencia de similares condiciones políticas y económicas han hecho nacer similares normas consuetudinarias, "lo que hace posible hablar de la existencia de un cuerpo universal de principios de derecho consuetudinario africano que no es esencialmente diferente a los amplios principios del Derecho europeo" (60). Y ello sería así, en primer lugar, por la tradición del mantenimiento de algún tipo de relaciones con otros países; en segundo lugar, la huella jurídica dejada por los antiguos colonizadores no es fácilmente olvidada y, finalmente, tal olvido tampoco sería absolutamente interesante a la hora de relacionarse con países de otras áreas geográficas y culturales. Además, hay que pensar que junto a estas relaciones extra-africanas existen unas relaciones entre los países africanos, entre los cuales existirá un cuerpo de normas jurídicas, preferentemente consuetudinarias, aunque también convencionales, que incorporarán normas aplicables únicamente dentro de esa área geográfica, tan activa, por otra parte, en todo tipo de organizaciones internacionales, ya sean regionales o subregionales (61).

La colaboración jurídica afro-asiática se institucionalizó a partir de 15 de octubre de 1956, fecha de creación del Comité Jurídico Consultivo Africano-asiático, que desde entonces ha venido colaborando activamente con la Comisión de Derecho internacional en materia de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, pero, además, se preocupa especialmente de la colaboración afro-asiática, tomando en consideración las diferencias sociales, económicas, culturales, políticas, etc., existentes entre los Estados que constituyen este amplio grupo. De esta forma el Comité se preocupa, por una parte, del desarrollo de un derecho propio de los países de Asia y Africa y, por otra, no pierde de vista la necesidad de colaborar con los demás países del mundo, por la interdependencia que caracteriza la vida internacional actual.

(59) ELÍAS, T. O.: *Africa and the Development of International Law*. Leyden, 1972, pág. 43.

(60) ELÍAS, T. O.: *Africa and the development of International Law*. Leyden, 1972, pág. 43.

(61) Entre las más recientes habría que citar la Comunidad Económica de Africa Occidental. Véase a este respecto GAUTRON, J. C.: "La Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest: Antécédents et perspectives". *A. F. D. I.*, 1975, págs. 197-215.

VII

Referirse al Derecho comunitario europeo implica un cambio total de perspectiva respecto a los derechos regionales a que nos hemos referido anteriormente y ello desde los más diversos puntos de vista:

No se trata aquí de países subdesarrollados o con concepciones o ideologías diferentes a los pueblos de la antigua Europa que dieron vida al Derecho internacional clásico, sino que se trata de los propios pueblos de Europa occidental.

No se trata aquí tampoco de realizar una impugnación de las normas clásicas de Derecho internacional general (62), si bien también tiene su papel en la evolución de éste (63).

Se trata, por el contrario, de una experiencia nueva que la vieja Europa aporta al Derecho internacional debido al nacimiento en su seno de una nueva forma organizativa, cual es la formación de una organización "supranacional", con un ordenamiento propio y diferenciado, con un alto nivel científico, con una dilatada práctica, con un Tribunal de Justicia, etc.

Además, se trata de un derecho esencialmente escrito, no habiéndose desarrollado, quizá por la juventud del Derecho comunitario, la costumbre, pero en el que los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia han venido desarrollando un importante papel (64).

En conjunto, pues, es todo diferente de lo examinado en apartados anteriores.

Aunque la expresión Derecho comunitario europeo (65) sea ampliamente utilizada, ello no quiere decir que no se trate de algo lleno de problemas y, en especial, en la cuestión de la superioridad del orden jurídico comunitario.

El Tribunal de Justicia caracterizó a la CEE en la sentencia

(62) REUTER, P.: "Le droit international comme source de droit communautaire". *Les Nouvelles. Droit des Communautés Européennes*. Bruselas, 1969, págs. 437 y sigs.

(63) PESCATORE, P.: "L'apport du droit communautaire au Droit international public". *Cahiers de Droit européen*, 1970, págs. 501 y sigs., y del mismo autor "International Law and Community Law. A comparative analysis". *Common Market Law Review*, 1970, págs. 167 y sigs.

(64) KAISER, J. H.: "Rechtsquellen im Recht der Europäischen Gemeinschaften. Ausgewählte Probleme und Rechtsauffassungen". *The integration of Europe and Greece*. Tesalónica, 1965, págs. 107 y sigs.

(65) MIAJA DE LA MUELA, A.: "Un nuevo mundo jurídico: el derecho comunitario europeo". *Jurídica*, 1974, núm. 6 julio, págs. 511-558.

de 15 de julio de 1964 en el asunto Costa/ENEL (66), recogida en otras posteriores (67).

Pone la sentencia citada el acento en el hecho de que lo que sirve para distinguir a la Comunidad Europea frente a las demás Organizaciones es el hecho de tener un ordenamiento jurídico integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que es directamente aplicable tanto a los Estados como a sus súbditos, lo que tiene como consecuencia que la relación entre los derechos nacionales y el ordenamiento comunitario difiera en algunos puntos de la tradicional relación entre Derecho internacional y Derecho interno (68). En definitiva, será a esta compleja cuestión a la que se referirá el término "supranacionalidad" aplicado a las Comunidades Europeas, término, por lo demás, plagado de dificultades (69).

La realidad es que adentrarse en el mundo del derecho comunitario es adentrarse en un mundo nuevo. Dice CH. DE VISSCHER

(66) Asunto 6/64. *Recueil*, vol. X, 1964, págs. 1.158-1.159: "... a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado de la C. E. E. ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a sus jurisdicciones...

... en efecto, al instituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, con capacidad de representación internacional y, sobre todo, con poderes reales que proceden de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad aquellos han limitado, aunque sólo sea en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos."

(67) Como, por ej., en la decisión Internationale Handelsgesellschaft, asunto 11/70, de 17 diciembre 1970. *Recueil*, vol. XVI, págs. 1.125 y sigs., y también en el asunto Politi, 43/71, de 14 diciembre 1971. *Recueil*, vol. XVII, en especial, pág. 1.049.

(68) Obra básica en este sentido IPSEN, H. P.: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Tübingen, 1972, y también LAGRANGE, M.: "Du conflit entre loi et traité en droit communautaire et en droit interne". *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1975, págs. 44 y sigs.; PESCATORE, P.: *Le droit de l'intégration*. Genève, 1972; TREVES, G.: "Le droit des Etats membres et le droit des Communautés européennes". *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, tomo II. Bruselas, 1972, págs. 513 y sigs. Entre los españoles, MIAJA DE LA MUELA, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho internacional y del Derecho Comunitario europeo". *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, núm. 3, págs. 987-1.029; MEDINA, M.: *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*. Madrid, 1974, págs. 167-183.

(69) CONSTANTINESCO, V.: *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*. París, 1974; IGLESIAS BUIGUES, J. L.: "La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas". *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, núm. 1, págs. 73-117; WAELEBROECK, M.: "Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes". *Mélanges offerts à Henri Rolin*. París, 1964, págs. 506-516.

que "abordar las relaciones de la soberanía estatal con las Comunidades europeas, es salir del orden estatal tradicional en que la soberanía juega plenamente para entrar en un orden de ideas y de intereses nuevos en que el convenio se aplica para reducir ciertos derechos soberanos en favor de un sistema comunitario" (70), pero tales peculiaridades no deben llevarnos a perder de vista que se trata de un verdadero Derecho internacional. Dice PAUL DE VISSCHER que "el Derecho comunitario europeo está en el vértice del progreso del Derecho internacional, en el bien entendido que, de forma primaria o derivada, es Derecho internacional lo que constituye el conjunto de sus normas. No se sirve a una rama del Derecho desacreditando al árbol en que está inserta" (71).

Todo ello no hace sino poner de relieve las dificultades que presenta el estudio del Derecho comunitario (72), derivadas de que "el carácter específico del Derecho comunitario resulta de la originalidad de su sistema institucional, de la peculiaridad de sus fuentes y de la eficacia de sus normas" (73).

VIII

De todo lo que hemos examinado hasta aquí resulta claramente que se han producido en los últimos tiempos una serie de hechos que han tenido una clara repercusión en el Derecho internacional clásico, que ha debido evolucionar por razones tanto políticas como económicas. Como resumen de las consideraciones realizadas, diríamos lo siguiente:

1.º Por lo que respecta a las normas de Derecho internacional general, las impugnaciones realizadas por determinados

(70) VISSCHER, CH. DE: *Théories et réalités en Droit international public*, 4.ª ed. París, 1970, pág. 149.

(71) VISSCHER, P. DE: "Cours général de Droit international public". *Recueil des Cours*, vol. 136 (1972-II), pág. 42.

(72) CONSTANTINESCO, L. J.: "La spécificité du droit communautaire". *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1966, págs. 3 y sigs.; IGLESIAS BUIGUES, J. L.: "La nature juridique du droit communautaire". *Cahiers de Droit Européen*, 1968, págs. 501 y sigs.; PÉREZ VERA, E.: "Reflexiones sobre los procesos de integración regional". *Revista de Instituciones Europeas*, 1977, núm. 3, pág. 695, especialmente.

(73) RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: "El ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas: caracteres generales y elementos constitutivos". *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, núm. 2, pág. 602, y en el mismo sentido en Díez de VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, tomo II. Madrid, 1977, págs. 321-337, en el que dice que el examen del derecho comunitario europeo "pone de manifiesto que en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas confluyen una pluralidad de elementos: jurídico-internacionales, específicamente comunitarios y del derecho interno de los Estados miembros".

grupos de Estados han conducido, por una parte, a que no se consideren como tales normas las que en realidad eran sólo propias de un determinado grupo de Estados y, por otra parte, la aportación de estos grupos de Estados ha tenido como consecuencia la aparición de nuevas normas de Derecho internacional general.

2.º Unicamente las normas de *ius cogens* no son susceptibles de pacto en contrario, pues aunque una norma sea considerada de Derecho internacional general, no obligará a aquel Estado que de forma clara y consecuente la ha venido rechazando sistemáticamente, tal como demuestra el examen de la jurisprudencia internacional.

3.º Estamos asistiendo en los momento actuales a un protagonismo creciente de determinados grupos de Estados, cuya actitud está en función de necesidades propias y peculiares, como se pone de relieve en la tercera Conferencia sobre el derecho del mar. Ello se manifiesta:

a) Por una parte, influyen y modifican el Derecho internacional general, como podríamos ver en materia de responsabilidad internacional.

Sin olvidar, además, la actitud de los nuevos Estados en las Naciones Unidas y sus consecuencias en las resoluciones adoptadas a partir de su incorporación masiva a la Organización.

b) Por otra parte, vienen creando diversos cuerpos de derechos regionales, constituidos tanto por normas escritas como no escritas y que se aplican dentro de su ámbito geográfico determinado.

4.º En la vieja Europa también ha aparecido un nuevo derecho regional, el Derecho internacional propio de las Comunidades europeas, presidido por la idea de la llamada "supranacionalidad", que lo diferencia de la situación examinada en los anteriores supuestos.

5.º La necesidad de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional viene cristalizado en la celebración de tratados multilaterales, que favorecen más tal codificación y desarrollo cuanto más amplio es el número de Estados parte, pero que encuentran un terreno especialmente apto para desarrollarse en ámbitos regionales limitados, como los que hemos examinado.

EL ROL DE LA COSTUMBRE EN LA FORMULACION DEL NUEVO DERECHO DEL MAR

Por Hugo LLANOS MANSILLA

Asociado del IHLADI.

Se acepta universalmente que un Estado está obligado por las reglas del derecho internacional consuetudinario.

Una norma consuetudinaria obliga al Estado en razón de su aceptación general y continuada, al ser un producto directo de las necesidades de la vida internacional. Surge, como señala Sorensen (1), cuando los Estados adquieren el hábito de adoptar, con respecto a una situación dada, y siempre que la misma se repita, una actividad determinada, a la cual se atribuye significado jurídico.

En el caso del Asilo, entre Colombia y Perú, la Corte Internacional de Justicia, basándose en el artículo 38 de su Estatuto, establecía los requisitos de la costumbre internacional:

"La parte que se basa en la costumbre... está obligada a probar que dicha costumbre está en tal forma establecida que obliga también a la otra parte...; que la norma que se invoca es conforme a un uso constante y uniforme de los Estados en cuestión y que dicho uso constituye la expresión de un derecho a favor del Estado que concede el asilo y de una obligación que incumbe al Estado territorial..." (2).

Se distinguen así, en la costumbre internacional, dos elementos: uno material o histórico, la *práctica*; y otro subjetivo o psicológico, la *opinio juris*.

(1) MAX SORENSEN: *Manual de Derecho Internacional Público*, México, 1973, pág. 160.

(2) CIJ. Reports, págs. 276 y 277.

1. *La práctica* (3). La costumbre es la expresión de una práctica común, constituida "por cierto número de actos —precedentes— suficientemente reiterados y acaecidos en un medio social, convenientemente distanciados los unos de los otros" (4).

La norma consuetudinaria debe basarse en un uso "constante y uniforme", como lo señaló la Corte Internacional en el caso del Asilo.

Dijo la Corte:

"...La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza (regional o local) debe probar que se ha establecido de forma tal que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla que invoca ha surgido con arreglo a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho propio del Estado que otorga el asilo y un deber a cargo del Estado territorial. Esto deriva del artículo 38 del Estatuto de la Corte que hace referencia a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho."

Finalmente, el gobierno de Colombia ha mencionado un gran número de casos particulares en los que el asilo diplomático fue en realidad acordado y respetado. Pero no se ha demostrado que la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva se haya invocado o que —en algunos casos en que en efecto fue invocada— se haya aplicado, independientemente de estipulaciones convencionales, por los Estados que acordaron el asilo, como derecho que les perteneciera, y respetada por los Estados territoriales como deber que les incumbiera, y no solamente por razones de oportunidad política. Los hechos sometidos a la Corte revelan tanta incertidumbre y contradicciones, tantas fluctuaciones y discordancias en el ejercicio del asilo diplomático y en los puntos de vista expresados oficialmente en diversas ocasiones; ha habido una tal incoherencia en la sucesión rápida de los textos convencionales relativos al asilo ratificados por ciertos Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido influida en un grado tal por consideraciones de oportunidad política en los diversos actos, que no es posible deducir de todo ello una costumbre constante y uniforme acep-

(3) Siendo la práctica la principal fuente de la costumbre, han nacido de ella reglas de derecho internacional, como son las que rigen la jurisdicción territorial, las inmunidades, la responsabilidad de los Estados, etc.

(4) PAUL REUTER: *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1961, pág. 38.

tada como derecho en lo concerniente a la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva del delito.

"La Corte no puede, por tanto, admitir que el gobierno de Colombia haya probado la existencia de tal costumbre..."

La costumbre nace como consecuencia de la repetición concordante de ciertos actos en el tiempo.

En sentencia de fecha 17 de julio de 1965, relativa a la interpretación de un acuerdo aéreo entre los Estados Unidos e Italia, el tribunal arbitral declaró:

"Sólo una práctica constante, efectivamente seguida y sin cambios, puede llegar a generar una regla de Derecho internacional consuetudinario" (5).

¿Qué duración debe tener la práctica general para que dé origen a una costumbre?

Ella ha variado en la jurisprudencia internacional.

Antes se exigía "una práctica inmemorial" para originar una costumbre internacional. Así, el juez rumano Negulesco, en su opinión disidente a la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia, de 8 de diciembre de 1927, en el caso de la *Competencia de la Comisión Europea del Danubio* exigió un "uso inmemorial, consistente en una repetición ininterrumpida de actos efectuados en el dominio de las relaciones internacionales..." (6).

La Corte Permanente de Justicia —caso Wimbledon, 17 de agosto de 1923— exigió una "práctica internacional constante" (7).

Luego, en su Opinión Consultiva, de 26 de agosto de 1930, *participación de la ciudad libre de Dantzig en la OIT*, admitió que generaba derecho una práctica de sólo algunos años que, en el caso, no se remontaba más allá de 1920 (8).

Por el contrario, la sentencia arbitral dada en 1951 por Lord Asquith de Bishopstone, entre el Sheik de Abu Dhabi y la Petroleum Development Co., rehusó admitir la existencia de una costumbre internacional sobre la plataforma continental, sobre la base de que esta teoría, que hizo su aparición en la práctica a partir de 1942, era demasiado reciente para modifi-

(5) R.G.D.I.P., 1968, pág. 484, citado por CHARLES ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1966, pág. 318.

(6) Serie AB, núm. 25, pág. 105, citado por ROUSSEAU, obra citada, pág. 318.

(7) Serie AB, núm. 5, pág. 25, citado por ROUSSEAU, obra citada, pág. 318.

(8) Serie AB, núm. 38, pág. 12, citado por ROUSSEAU, obra citada, pág. 318.

car "los caracteres rígidos de una regla establecida por el derecho internacional" (9).

No siendo posible precisar con exactitud el tiempo que debe transcurrir para que una costumbre llegue a nacer, sostiene Sorensen que "sólo es posible decir que una costumbre surge cuando lo que se tiene en consideración no es un mero fenómeno pasajero atribuible a circunstancias especiales, sino, por el contrario, una práctica constante y bien establecida reconocida como tal... Además, en relación con cualquier aspecto de las relaciones internacionales en que existe intensa actividad que fuerce a los Estados a actuar constantemente —como ejemplo, en materias de intercambio diplomático—, puede surgir con rapidez una práctica de tal índole que produzca una regla consuetudinaria, siempre que la práctica implique algo más que simples consideraciones de cortesía o conveniencia. El caso es igual cuando atañe a intereses vitales de los Estados... como, por ejemplo, en relación con los derechos sobre el espacio aéreo o la plataforma continental" (10).

Si la práctica se hace discontinua o es interrumpida, ello impedirá su transformación en norma de derecho.

Si la costumbre cesa de ser generalmente observada —desuso— o se le abandona por efectos de una regla que la contradiga —convencional o consuetudinaria—, dejará también de producir efectos legales.

Si bien el desuso se plantea generalmente respecto de los tratados, no por ello se puede dejar de invocar respecto a la costumbre. Esto se hizo evidente en las dos guerras mundiales, cuyo carácter total destruyó la distinción entre combatientes y no combatientes, objetivos militares y objetivos no militares, etcétera, sin que se pueda precisar aún el alcance que tales inobservancias tendrán en el futuro sobre la validez de las reglas de la guerra, sean ellas convencionales o consuetudinarias.

2. La *opinio juris* (11). El mismo Estatuto de la Corte Internacional reconoce este elemento psicológico en su artículo 38: "...generalmente aceptada como derecho..."

Este elemento es la respuesta a la pregunta de por qué los

(9) ROUSSEAU: Obra citada, pág. 318. Ver el criterio sustentado por la Corte Internacional en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, *infra*, pág. 9 y siguientes.

(10) SORENSEN: Obra citada, pág. 162.

(11) Es RIVIER, en su "Principes du droit des gens", 1896, quien observa por primera vez en la costumbre la "manifestación de la conciencia jurídica internacional" y la define como la repetición continuada de ciertos hechos, "con la conciencia de su necesidad" (ROUSSEAU, obra citada, pág. 324). Es en los arbitrajes del siglo XIX donde aparece la primera manifestación de este elemento psicológico.

Estados al observar un determinado comportamiento dan origen a una regla jurídica: es por la convicción de que la práctica por ellos efectuada responde a una exigencia del derecho internacional; de que al observar una conducta determinada es porque con ella están aplicando una regla jurídica, ejecutando una obligación o ejerciendo un derecho; con ello, esta práctica se diferencia de los simples usos dictados por cortesía, conveniencia u oportunidad.

Es así que tanto la Corte Permanente como la Corte Internacional han negado el carácter de regla consuetudinaria a una práctica invocada contra un Estado, si ésta no refleja la convicción de corresponder a un deber jurídico, la conciencia del "deber de abstención", como se dijo en el caso *Lotus* (12).

Pero, ¿cómo entrar a averiguar la existencia de este elemento psicológico tan incierto en entidades legales como los Estados?

¿Se debe presumir, simplemente, o debe probarse la existencia de la *opinio juris*?

Si bien se ha sostenido que la *opinio juris* se presume, por lo que no debe probarse su existencia, sino tan sólo la de un conjunto de precedentes, justamente el caso del *Asilo* echa abajo esta teoría, ya que en él la Corte Internacional sostuvo que "en ausencia de datos precisos es difícil determinar el valor de tales casos como precedentes que tienden a establecer la existencia de una obligación legal sobre un Estado territorial...". Con ello quiso significar la Corte que no le bastaba una presunción (13).

De lo que se trata, al parecer, es inferir la *opinio juris* en forma indirecta del comportamiento de los Estados. Se determinará si este comportamiento revela o no el ejercicio de un derecho por el Estado y la obligación correspondiente del otro.

Como lo señala Akehurst, es necesario examinar no sólo lo que el Estado hace o deja de hacer, sino también cómo reaccionan ante estas actuaciones los otros Estados, sea examinando si prestan su consentimiento o protestan (14). Y, agrega: "En lo que se refiere a las reglas permisivas —ejemplo, procesar a súbditos extranjeros por delitos cometidos en su territorio—, basta con probar que algunos Estados han actuado en forma determinada y que otros Estados, cuyos intereses resultarían afectados por dichos actos, no han protestado contra los mismos, es decir, que los restantes Estados han dado aquiescencia a tal comportamiento."

(12) CPJI, 7 de septiembre de 1927, Serie A núm. 10.

(13) SORENSEN: Obra citada, pág. 164.

(14) MICHAEL AKEHURST: *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, 1972, págs. 54 y 55.

En el caso de las reglas que imponen deberes, no basta con probar que los Estados se han ajustado a los requisitos de la supuesta regla y que otros han dado su aquiescencia a tal forma de actuar, sino que también resulta necesario probar que los Estados consideran obligatoria tal forma de actuación y no puramente facultativa (15). Es, pues, primordial la existencia de una práctica uniforme y constante, etc.

En el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte determinó las condiciones de existencia de la *opinio juris*.

Los gobiernos de Dinamarca, República Federal de Alemania y Holanda acordaron someter al Tribunal Internacional de Justicia las diferencias existentes entre ellos referentes a los criterios que deberían presidir la delimitación de la plataforma continental en el Mar del Norte.

Esta delimitación presentaba especiales dificultades, debido a que la plataforma continental en dicho mar no alcanza una profundidad superior a los 200 metros y a las concavidades y convexidades que forman las costas de los países ribereños.

Dinamarca y Holanda alegaron la existencia de una norma obligatoria llamada "equidistancia-circunstancias especiales", inspirada en el artículo 6 del convenio de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental que estipula que "en defecto de un acuerdo entre las partes que empleen otro método... toda delimitación de la plataforma continental debe seguir la línea de equidistancia, salvo en la medida en que se reconozca la existencia de circunstancias especiales" (que ambos países negaban se dieran en este caso).

La República Federal de Alemania rechazó la obligatoriedad de esta norma respecto a los países que no eran partes del Convenio de Ginebra, estimando que debía acordársele una "parte

(15) Id., pág. 55.

Así, la Corte Internacional en el caso del *Asilo*, al referirse a la argumentación colombiana de la existencia de una costumbre regional o local aplicable a los Estados latinoamericanos, dijo: "La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla de la que se prevalece está de acuerdo con un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho perteneciente al Estado que concede el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial...". *CIJ, Recueil*, 1950, pág. 276.

Prueba que en una costumbre general que perjudica a un Estado se haría innecesaria. Si, por otra parte, el Estado se ha negado a aceptarla reiteradamente, ella no le podrá ser aplicable (ver al efecto el caso de las Pesquerías, de 18 de diciembre de 1951).

justa y equitativa" de la plataforma continental proporcional a la longitud de su litoral.

Dinamarca y Holanda sostuvieron, entre otros argumentos, que la norma establecida en el Convenio de Ginebra era aplicable respecto a Alemania Federal en virtud de consagrar una norma consuetudinaria ya existente. En todo caso, si dicha norma no existía en el momento de la redacción del Convenio, adquirió posteriormente el rango de norma consuetudinaria internacional en virtud de la influencia ejercida por el propio Convenio y por la práctica posterior de los Estados:

"Aunque el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional, continúa siendo indispensable que, por breve que haya sido dicho período de tiempo, la práctica de los Estados, incluidos aquellos que están especialmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que se haya manifestado de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma y obligación jurídicas..."

(El Tribunal señaló que existían unos quince casos de delimitación de acuerdo con la norma de equidistancia, pero declaró que existen, a priori, varios motivos que les restan valor de precedentes en este caso.)

"Para determinar la existencia de la *opinio juris*, tienen que darse dos condiciones. Los actos en cuestión no solamente deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. La necesidad de tal creencia se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben sentir que cumplen lo que supone una obligación jurídica" (16).

Costumbre general y costumbre regional.—La distinción se refiere al número de Estados sobre los cuales se aplica la regla consuetudinaria. Así, será *general* si es seguida por un gran número de Estados. El Estatuto de la Corte habla de una práctica "generalmente" aceptada. No todos los Estados que componen la comunidad internacional deben, por cierto, aceptarla.

(16) *Recueil*, 1969, págs. 43 y 44.

En el caso de *Africa Sudoccidental* —*Recueil*, 1966, pág. 64— se estableció que para engendrar derechos y obligaciones jurídicas, una práctica debe tener "una expresión y una forma jurídica".

Si la costumbre es seguida sólo por un número limitado de Estados, estaremos en presencia de una costumbre *regional* o *local*, que puede o no constituir una región geográfica.

¿Qué número de Estados deben aceptar, en este caso, una regla consuetudinaria?

Al efecto, es muy esclarecedor el caso del derecho de paso (17).

Los antecedentes de este caso se referían a la situación de dos enclaves portugueses en territorio de la India: Dadra y Nagar-Aveli. En 1954 el gobierno portugués había sido depuesto en Dadra, aprovechando la India esta situación para suspender todo derecho de paso por su territorio desde y hacia dichos enclaves. Hay que recalcar que la India, desde 1950, había deseado anexionarse dichos enclaves, a fin de terminar toda manifestación de colonialismo europeo en su territorio:

"La demanda portuguesa definía el objeto del conflicto como "el derecho de los funcionarios portugueses y de sus ciudadanos, así como el de los extranjeros autorizados por Portugal, a atravesar la India al dirigirse a los territorios portugueses de Dadra y Nagar-Aveli, o al pasar de uno de ellos al otro" (18).

Dicho derecho de paso solicitado por Portugal incluía no sólo el tránsito de personas y cosas, y los representantes de las autoridades, sino que también las tropas necesarias para asegurar el completo ejercicio de la soberanía portuguesa sobre los enclaves disputados.

"En tanto que esta pretensión de Portugal a un derecho de paso se formula por este país sobre la base de una costumbre local, se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse únicamente entre dos Estados. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una práctica prolongada deba ser necesariamente superior a dos. El Tribunal no ve la razón para que una práctica prolongada y continua entre dos Estados, práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones, no constituya la base de derechos y obligaciones recíprocas entre estos dos Estados..." (19).

¿Cuáles actos constituyen precedentes y contribuyen, por ello, a formar una costumbre internacional?

Dice Michael Akehurst, en su libro "Introducción al Derecho internacional", Madrid, 1972, páginas 48 a 51, lo siguiente:

(17) *Recueil*, 1960, pág. 44.

(18) SHABTAI ROSENNE: *El Tribunal Internacional de Justicia*, Madrid, 1967, pág. 155.

(19) *Recueil* 1960, págs. 39 a 43.

“¿Dónde buscar la prueba de derecho consuetudinario?

La prueba primordial del Derecho consuetudinario se halla en la práctica de los Estados, y una idea general de ésta puede encontrarse en materiales publicados, como los informes de la prensa sobre las medidas adoptadas por los Estados y las declaraciones de representantes de los gobiernos ante los parlamentos, la prensa, conferencias internacionales o reuniones de organismos internacionales, así como en leyes internas (20) y decisiones judiciales estatales, porque tanto el poder judicial como el legislativo forman parte del Estado en la misma medida que el ejecutivo. En ocasiones, el ministerio de Asuntos Exteriores de un Estado publica parte de sus archivos; así, cuando un Estado va a la guerra o resulta envuelto en una disputa importante, puede publicar los documentos que justifiquen su actitud ante el mundo. Pero la gran mayoría de los materiales que podrían iluminar la práctica estatal en cuestiones de Derecho internacional (correspondencia con otros Estados o dictámenes de los asesores jurídicos dentro de cada Estado) no suelen ser publicados; o, para hablar con más precisión, sólo últimamente se han emprendido esfuerzos por publicar extractos de la práctica seguida por los diferentes Estados (21).

A veces encontramos pruebas del Derecho consuetudinario en otras fuentes del Derecho internacional, como en las obras de iusinternacionalistas o las sentencias de tribunales nacionales o internacionales, que son mencionadas como fuentes independientes (aunque auxiliares) del Derecho Internacional por el artículo 38-1 d) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Aunque no intenten formular el Derecho consuetudinario, adquieren un paso considerable al dejar de ser fuente auxiliar del Derecho para convertirse en prueba de una fuente principal.

Del mismo modo, los tratados pueden constituir prueba del Derecho consuetudinario, pero hay que observar sumo cuidado en la deducción de las reglas consuetudinarias de los tratados.

(20) Cf. la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *The Scotia* (1871), 14 Wallace 170.

(21) CLIVE PARRY: *The Sources and Evidence of International Law*, 1965, págs. 67 a 82. No debemos exagerar, sin embargo, las consecuencias de que gran parte de la práctica estatal no se encuentre publicada, pues las recientes publicaciones de prácticas de los estados no han hecho sino confirmar, en gran medida, lo que ya sabíamos al respecto. Ahora bien, al quedar pendiente de publicar tal cantidad de práctica estatal, no podremos nunca demostrar de forma absoluta la existencia de una regla de Derecho consuetudinario, sino sólo en forma relativa; es decir, que sólo podremos probar que la mayor parte de la prueba disponible va en apoyo de la regla invocada.

Por ejemplo, los tratados relativos a una cuestión determinada pueden contener habitualmente una disposición determinada; así los tratados de extradición casi siempre disponen la no extradición de delinquentes políticos. En ocasiones se ha sostenido que una disposición normal de este tipo se ha hecho tan habitual que debe ser considerada como regla de Derecho consuetudinario, y que existe aun cuando un tratado mantenga silencio sobre el particular. Por otro lado, ¿qué sentido tiene que los Estados se molesten en incluir tales disposiciones normales en sus tratados, si existe ya una regla de Derecho consuetudinario? El problema es de difícil solución y es preciso saber más sobre la intención de las partes al concluir los tratados en cuestión antes que podamos invocar de modo concluyente una disposición de este tipo como prueba de Derecho consuetudinario.

Existe, sin embargo, otro modo por el que un tratado puede llegar a constituir prueba concluyente de Derecho consuetudinario; a saber, cuando el tratado pretende ser declaratorio de tal Derecho, o cuando se propone codificar las normas consuetudinarias. En estos supuestos puede ser citado como prueba de Derecho consuetudinario incluso frente a un Estado que no sea parte en él mismo. Dicho Estado no está obligado por el tratado, pero sí por el Derecho consuetudinario; por consiguiente, si puede aportar otras pruebas en el sentido de que el tratado no recoge efectivamente el Derecho consuetudinario, escapa a la regla que el tratado incluye. Esta posibilidad no puede beneficiar a los Estados partes en el tratado, ya que estos resultan obligados por él mismo, aunque no recoja adecuadamente la costumbre vigente.

Existe la posibilidad, por último, de que el Derecho consuetudinario cambie para adaptarse a un tratado anterior. Por ejemplo, la Declaración de París de 1856 modificó ciertas reglas sobre la guerra marítima; en cuanto tratado, sólo podría aplicarse a las relaciones entre las partes: Austria, Cerdeña, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Rusia y Turquía. Posteriormente, sin embargo, las reglas de la Declaración fueron aceptadas por gran número de Estados como reglas consuetudinarias.

Problemas similares presentan las resoluciones adoptadas en reuniones de organizaciones internacionales, en particular las soluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (22).

Muchas de estas son ajenas al Derecho internacional, pueden reducirse a la recomendación de cambios y no cabe decir que su texto pueda ser considerado prueba del Derecho vigente.

(22) Salvo raras excepciones, no son obligatorias; y, todo lo más, sólo constituyen prueba del derecho consuetudinario.

Sólo en aquellos contados casos en que una resolución se proponga declarar el Derecho existente, puede hablarse de que constituye prueba de una norma consuetudinaria, y en tal caso se trata tan solo de una prueba en el sentido de que una determinada concepción del Derecho consuetudinario es aceptada por los Estados que votaron en favor de la resolución y ésta pudo haber sido adoptada por simple mayoría. Este tipo de resoluciones puede, de hecho, tratar de alterar el Derecho con la pretensión de formularlo, y este objetivo es legítimo. Aun así, constituye prueba de Derecho consuetudinario, aunque sea un Derecho consuetudinario cambiante. En definitiva, el Derecho consuetudinario es esencialmente un Derecho en cambio constante.

La Plataforma Continental.

El 28 de septiembre de 1945, el presidente Truman, de los Estados Unidos de América, mediante una declaración unilateral estableció que los recursos naturales del subsuelo y del lecho de la plataforma continental que están bajo la alta mar, pero contigua a las costas de los Estados Unidos, quedaban sujetos a su jurisdicción y control y que las aguas que cubrían dicha plataforma conservarían su situación jurídica de alta mar.

Consagró así el derecho que tiene el Estado ribereño sobre la plataforma continental situada frente a sus costas.

El Reino Unido había establecido un precedente en 1945 y luego en 1948, al reivindicar la plataforma continental de diferentes territorios coloniales o bajo protectorado en el Caribe, en el Sudeste Asiático y en la península arábiga.

A la proclamación estadounidense siguieron las declaraciones unilaterales de Argentina (11-X-1946), México (29-X-1946), Panamá (17-XII-1946), Chile (23-VI-1947), Perú (1-VIII-1947), Costa Rica (27-VII-1948), El Salvador (14-IX-1950) y Honduras (17-I-1951).

A las declaraciones anteriores se agregaron otras como las de Islandia, Irán, Arabia Saudita, etc., continuando con la "Declaración de Santiago", de 1952, en la que los gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, junto con proclamar la soberanía y jurisdicción exclusiva sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta la distancia mínima de 200 millas marinas, expresan que esta soberanía se extiende también "al suelo y subsuelo" de las respectivas zonas (23).

Se reivindicó así el suelo y subsuelo del mar contiguo a las costas de estos tres países, hasta una distancia mínima de 200 mi-

(23) Ver pág. 12.

llas marinas, compensando la desventaja natural que sus costas presentan, las que descienden bruscamente bajo el mar, careciendo, por tanto, de una amplia plataforma continental.

La importancia de la plataforma continental es considerable, ya que constituye una fuente importante de abundantes recursos, entre ellos petróleo y minerales.

La plataforma continental: Su consagración como norma del Derecho internacional.—En la primera referencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Ginebra en 1958, se consagró legalmente esta práctica generalizada de los Estados, que en sólo trece años se constituyó en una nueva expresión del Derecho internacional vigente.

Antes se reconocía la soberanía sobre el suelo y el subsuelo que se encontraba bajo el mar territorial de cada Estado. Más allá del límite del mar territorial, el suelo y subsuelo formaban parte de la alta mar, sujetos a la libre exploración y explotación de cualquier Estado.

Con la declaración de Truman y las declaraciones unilaterales que siguieron, los Estados reconocen *ipso facto* y *ab initio*, y en virtud de la soberanía que tienen sobre su territorio, su soberanía permanente sobre la plataforma continental que se extiende más allá de su mar territorial.

Es así que la Conferencia de Ginebra aprobó, entre otras Convenciones, la referente a la plataforma continental (24), definiendo ésta como “el lecho del mar y el subsuelo de la zona submarina adyacentes a las costas, pero situados fuera del mar territorial hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos de dichas zonas”. Incluye además el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas adyacentes a las costas de las islas (art. 1.º).

Agrega la Convención que “el Estado ribereño ejerce el derecho de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales”. Y continúa expresando que los derechos de que goza el Estado ribereño son exclusivos, por lo que si no “explora la plataforma

(24) Por 57 votos a favor, tres en contra y ocho abstenciones. Incluyó los votos de la mayoría de los Estados de América Latina: Colombia, Cuba, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, Méjico, Trinidad y Tobago y Venezuela. Todos son partes de esta Convención. Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y Uruguay reivindican en sus legislaciones, como parte de su territorio, la correspondiente Plataforma Continental. Costa Rica, El Salvador y Panamá, al igual que Chile, Ecuador y Perú, la vinculan a su jurisdicción marítima de 200 millas (EDMUNDO VARGAS, *op. cit.*, págs. 95 y 96).

continental o no se explotan los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades o reivindicar la plataforma continental sin expreso consentimiento de dicho Estado”. Dichos derechos “son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa”.

La Convención considera “recursos naturales” a los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo y a los organismos vivos pertenecientes a “especies sedentarias, es decir, aquellas que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo, o sólo pueden moverse en constante contacto físico con dichos lechos y subsuelos” (art. 2.º núm. 4) (25).

La Convención estableció en su artículo 3.º que los derechos de Estado ribereño “no afectan al régimen de las aguas suprayacentes, como alta mar, ni al espacio aéreo situado sobre dichas aguas”.

La Convención impone al Estado ribereño algunas limitaciones: no pueden impedir el tendido ni la conservación de cables o tuberías submarinas; no pueden causar entorpecimiento injustificado de la navegación, la pesca o conservación de los recursos vivos del mar, ni entorpecer las investigaciones oceanográficas u otras investigaciones, etc.

La Convención de Ginebra sobre plataforma continental, aunque no vigente, tiene autoridad de norma de Derecho internacional, ya que, además de haber sido ratificada por muchos Estados, varios de los Estados que no son parte de ella la han seguido en sus tratados bilaterales o en sus proclamaciones unilaterales.

Así lo confirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso de los asuntos sobre la plataforma continental del mar del Norte: “Esos tres artículos (artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Convención de Ginebra sobre plataforma continental) se consideran como de aquellos que evidentemente han reflejado o cristalizado normas de Derecho internacional consuetudinario admitidas, o al menos en formación, relativas a la plataforma continental; entre ellas, el problema de la extensión de la misma mar adentro, el carácter jurídico de los títulos del Estado ribereño; la naturaleza de los derechos que pueden ejercerse; la clase de recursos naturales a que se refiere, y el mantenimiento del régimen jurídico de las aguas suprayacentes a la pla-

(25) No se incluyen las especies vivas que nadan en las aguas suprayacentes a la plataforma continental: langostas, jaibas, crustáceos en general, lo que originó posteriormente dificultades.

taforma continental, como alta mar, y del régimen jurídico del espacio aéreo situado encima de esas aguas" (26).

Este reconocimiento efectuado por la Corte Internacional, unido a los actos unilaterales realizados por diferentes Estados, permiten concluir que el tiempo muy breve en que se gestó esta nueva concepción jurídica de la plataforma continental, no constituyó un obstáculo para su consagración como norma de Derecho internacional consuetudinario. Bastó para ello una práctica constante y uniforme de los Estados que reflejara la convicción jurídica de estar ejerciendo un derecho.

Naturaleza de los derechos del Estado ribereño sobre la Plataforma Continental según la Convención de Ginebra.—De acuerdo a lo que hemos transcrito de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, el Estado ribereño ejerce derechos soberanos exclusivos y plenos para la exploración y explotación de los recursos contenidos en su plataforma.

Los derechos del Estado se extienden sólo a sus recursos. Se salvaguarda la libertad de navegación de todos los Estados en las aguas suprayacentes a la Plataforma Continental.

El fundamento de los derechos del Estado ribereño sobre su Plataforma Continental está, según la Corte Internacional de Justicia, en "el hecho de que las aguas submarinas correspondientes pueden ser consideradas como parte del territorio sobre el cual el Estado ribereño tiene ya dominio, en el sentido de que, aunque cubierta con aguas, éstas son una prolongación o continuación de ese territorio, una extensión de éste bajo el mar (27).

Lo que confiere al Estado ribereño, en consecuencia, un título "ipso jure", como dice la Corte Internacional de Justicia, sobre su Plataforma Continental, es la consideración de que ésta constituye la *prolongación o continuación del territorio terrestre* del Estado.

Problemas del límite exterior de la Plataforma Continental.—La definición de Plataforma Continental dada por la Convención de Ginebra combina dos criterios: el de la *profundidad*, 200 metros y el de la *explotabilidad*: la Plataforma Continental puede extenderse más allá de 200 metros, hasta donde la pro-

(26) CIJ, Report, 1969, pág. 39. Problema planteado entre la República Federal Alemana, Dinamarca y Holanda.

(27) CIJ, Reports, 1969, pág. 31. Caso de los asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte.

fundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales (28).

Esta definición dada por la Convención de Ginebra ha sido criticada justificadamente en razón de que el criterio de explotabilidad permite que la jurisdicción marítima del Estado se pueda extender a enormes distancias, llegándose en la práctica, a un virtual reparto de los océanos.

Además, dicha definición jurídica no coincide con la Plataforma Continental real o física ya que ésta se extiende desde la misma costa hasta el accidente físico que constituye el descenso brusco a los fondos del océano (29).

La delimitación exterior de la Plataforma Continental es de vital importancia, ya que a partir de ella empiezan los fondos marinos y oceánicos, cuyos recursos constituyen "patrimonio común de la humanidad", no están sujetos a apropiación y ningún Estado reivindicará soberanía ni derechos soberanos sobre parte alguna de ellos (30).

En consecuencia, dichos fondos comienzan donde termina la Plataforma Continental.

Se han propuesto así distintos criterios para redefinir la Plataforma Continental, basándose fundamentalmente en criterios que preserven su contenido geomorfológico.

El artículo 76 del Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación, de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene una definición de Plataforma Continental que reemplaza la dada por la Convención de Ginebra. Dice así: "La Plataforma Continental de un Estado ribereño comprende el lecho y subsuelo de las zonas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta la distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia".

Esta definición tiene el mérito de respetar los derechos de la mayoría de los países de América Latina que han declarado su jurisdicción de 200 millas, que incluye su soberanía sobre los recursos naturales existentes en el suelo y subsuelo de dicha zona,

(28) En 1958 no se previó que la explotación comercial podría llegar, técnicamente, a más de 200 metros de profundidad.

(29) Del libro *El Derecho del Mar*, de JORGE A. AJA, pág. 73.

(30) Resolución 2.749 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 17 de diciembre de 1970. Dicha zona contiene riquezas minerales de tal cuantía, que su explotación afectará fundamentalmente la economía de todos los países en desarrollo.

como también los derechos de países como Argentina y Uruguay, cuya Plataforma Continental excede esa distancia.

Todo lo expuesto hace concluir que la delimitación hecha por la Convención de Ginebra de la Plataforma Continental es hoy día impugnada por los Estados, los que se oponen resueltamente a ella por considerarla obsoleta e incierta.

La misma Corte Internacional de Justicia, en el caso de los asuntos sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte impugnó que la delimitación de la Plataforma Continental debía regirse, como lo sostuvieron Dinamarca y Holanda, por el principio de la equidistancia, establecido en la Convención de Ginebra. Declaró que no puede afirmarse que dicho principio constituía una norma de Derecho Internacional en uso.

Por otra parte la Corte no aceptó tampoco la argumentación de la República Federal Alemana de que la delimitación de la Plataforma debería estar gobernada por el principio de "que cada Estado costero tiene derecho a una porción justa y equitativa". Dijo la Corte que cada Estado tiene un derecho inherente y soberano a las zonas de la Plataforma que constituye la prolongación natural de su territorio bajo el mar.

En conclusión, podemos afirmar que si bien el nuevo derecho del mar en su actual evolución ha aceptado la concepción jurídica de Plataforma Continental y los derechos del Estado soberano sobre ella, existe incertidumbre en cuanto a la extensión que alcanza dicha Plataforma. Es así, que en el grupo de negociación 6 de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el séptimo período de sesiones celebrado en Ginebra, del 28 de marzo al 19 de mayo de 1978, se dejó constancia de las dificultades de lograr un consenso en lo relativo a los límites externos de la Plataforma Continental en aquellos casos en que el margen continental se extiende más allá de las 200 millas (31).

Contribución de América Latina al nuevo Derecho del Mar.

Como consecuencia de las proclamaciones del Presidente Truman de los Estados Unidos de América, el 28 de septiembre de 1945, que estableció "que el Gobierno de los Estados Unidos de América considera los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental por debajo de la alta mar próxima a las costas de los Estados Unidos, como per-

(31) Ver proposiciones de Irlanda y la Unión Soviética —Doc. G. E. 78-85883— Naciones Unidas, Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar. Séptimo período de sesiones, 19 de mayo de 1978.

tenecientes a éstos y sometidos a su jurisdicción y control" y que los Estados Unidos se reservan el derecho de establecer "zonas de conservación en cierta áreas de alta mar contiguas a las costas de los Estados Unidos cuando las actividades pesqueras han sido desarrolladas y mantenidas o pueden serlo en el futuro en una escala sustancial" se inician un conjunto de proclamaciones latinoamericanas que originan lo que algunos autores han dado en llamar *Doctrina Latinoamericana sobre el derecho del mar* (32).

La Declaración de Santiago de 1952, sobre zona marítima.

Chile, Ecuador y Perú adoptan en 1952, en la Primera Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, la primera declaración multilateral latinoamericana y mundial sobre la soberanía y jurisdicción exclusivas del Estado ribereño sobre una zona adyacente a las costas de 200 millas marinas.

Dice tan trascendental declaración lo siguiente: "...los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

La soberanía y jurisdicción exclusivas sobre la zona marítima indicada, incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde..."

Esta Declaración fue ratificada por los tres países, incorporándose, en consecuencia, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Su adopción inició una estrecha colaboración de los tres países para la defensa conjunta de la zona marítima y permitió la

(32) Argentina, el 11 de octubre de 1946, declara perteneciente a la soberanía de la nación el mar epicontinental y el zócalo continental argentino; México, el 29 de octubre de 1946, reivindica la plataforma continental o zócalo continental adyacente a sus costas; Panamá, el 17 de diciembre de 1946, declara que la jurisdicción nacional para los efectos de la pesca en general se extiende a todo el espacio comprendido sobre el lecho marítimo de la plataforma continental; Chile, el 23 de junio de 1947, Perú, el 1 de agosto de 1947, y Costa Rica, el 27 de junio de 1948, establecen la soberanía y jurisdicción sobre la plataforma o zócalo continental adyacente a las costas e islas de dichos Estados cualquiera que sea la profundidad de las aguas y establecen que la soberanía y jurisdicción sobre el zócalo continental y sobre las aguas adyacentes a las costas alcanza hasta una distancia de 200 millas marinas; Honduras, en 1951, proclama su jurisdicción marítima de 200 millas.

coordinación de sus políticas marítimas a través del establecimiento de la Comisión Permanente del Pacífico Sur. Dicha solidaridad se acrecentó en todos los foros internacionales en que se han debatido problemas propios del Derecho del Mar.

Fuera de esta Declaración, cabe mencionar otros instrumentos internacionales que han contribuido al valioso aporte dado por Latinoamérica al Nuevo Derecho del Mar: las resoluciones de algunos órganos interamericanos, tales como el Comité Jurídico Interamericano (33), las Conferencias Interamericanas (34) y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (35).

Cabe señalar, además, tres declaraciones latinoamericanas que contribuyeron a acelerar el desarrollo del derecho del mar en el ámbito latinoamericano:

1. La Declaración de Montevideo (36).

De marzo de 1970, que declaró como principios básicos del derecho del mar, entre otros, el derecho de los Estados ribereños de disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas y el suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos; el derecho de establecer los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas, de conformidad con sus características geográficas y geológicas; el derecho de explorar, conservar y explotar los recursos vivos del mar adyacente a sus territorios y a regular el régimen de la pesca y caza acuáticas...

(33) Proyecto de Convención, de 1952, sobre mar territorial y cuestiones afines. Dictamen, de 1965, sobre la anchura del mar territorial. Dictamen, de 1973, sobre el derecho del mar.

En el Proyecto de Convención de 1952, el artículo 2.º establecía: "Los Estados signatarios reconocen igualmente el derecho de cada uno de ellos para fijar una zona de protección, control y aprovechamiento económico, hasta una distancia de *doscientas millas marinas* contadas desde la línea de más baja marea de sus costas y de las posesiones insulares, dentro de la cual podrán ejercer la vigilancia militar, administrativa y fiscal de sus respectivas jurisdicciones territoriales".

(34) Resolución LXXXIV de la Décima Conferencia Interamericana, de 1954, celebrada en Caracas.

(35) Principios de México sobre Régimen Jurídico del Mar, Resolución XIII. Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Ciudad de México, 1956.

En estos Principios se estableció que cada Estado ribereño tiene competencia para "... adoptar las medidas de conservación y vigilancia necesarias para la protección de los recursos vivos del mar próximos a sus costas, más allá del mar territorial..."

(36) Participaron Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

2. La Declaración de Lima (37).

De agosto de 1970, que reconoce "que existe un nexo geográfico, económico y social entre el mar, la tierra y el hombre que la habita, del que resulta una legítima prioridad en favor de las poblaciones ribereñas para el aprovechamiento de los recursos naturales que le ofrece su ambiente marítimo".

"Como consecuencia de esa relación permanente, ha sido reconocido el derecho de los Estados ribereños a establecer los alcances de su soberanía y jurisdicción marítima de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus realidades geográficas, geológicas y biológicas y a sus necesidades y responsabilidades socio-económicas".

"Declara: El derecho inherente del Estado ribereño a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacente a sus costas... para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos".

"El derecho del Estado ribereño a establecer los límites de su soberanía y jurisdicción exclusivas de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus características geográficas, geológicas y biológicas y a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos".

3. La Declaración de Santo Domingo (38), de junio de 1972.

Establece que el Estado ejerce derecho de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en las aguas, en el lecho y en el subsuelo de una zona adyacente al mar territorial denominada mar patrimonial. La anchura debe ser objeto de acuerdo internacional. La suma de esta zona y la del mar territorial, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas, no deberá exceder de 200 millas acuáticas.

Como lo señala E. Vargas (39), todo el fundamento, así como los objetivos perseguidos por la posición latinoamericana sobre el derecho del mar, son exclusivamente de orden económico-social. Así, la extensión de la jurisdicción marítima o el ejercicio de competencias del Estado ribereño sobre vastas zonas del mar obedece a la necesidad de ejercer una política de

(37) Participaron veinte Estados latinoamericanos.

(38) Participaron: Barbados, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Trinidad-Tobago y Venezuela.

(39) EDMUNDO VARGAS: "América Latina y los Problemas Contemporáneos del Derecho del Mar", Stgo., 1973, pág. 49.

aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, tanto ictiológicos como minerales existentes en aquellos espacios marítimos en que el Estado, de acuerdo a sus condiciones geográficas, ha proclamado su jurisdicción.

Se preservaban las libertades de comunicación internacional: navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas, protegiéndose los recursos naturales mediante el ejercicio por los Estados ribereños de derechos de soberanía sobre ellos, hasta la distancia de 200 millas marinas; asimismo, se ejercía jurisdicción exclusiva en materia de otros usos económicos, investigación científica, contaminación, etc.

El establecimiento de competencias especiales del Estado ribereño sobre la zona marítima situada más allá del mar territorial, ha sido confirmada, no sólo por la práctica de los Estados latinoamericanos, sino que se ha extendido a la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional. Estos han ampliado su jurisdicción marítima más allá del mar territorial, con el fin específico de proteger los recursos naturales de los mares adyacentes a sus respectivas costas y fortalecer así sus economías.

Las tablas anexas al final del presente texto, ilustran la situación actual de los diferentes países.

Como lo consigna el Informe del Comité de Pesca de la FAO (40), "... pese a que los debates en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no han llegado a conclusiones finales, el número de extensiones de facto de la jurisdicción por la mayoría de los países que poseen recursos vivos frente a sus costas ha alcanzado un grado tal que actualmente se lleva a cabo muy poca actividad pesquera dentro de las 200 millas en las que el Estado ribereño respectivo reclama jurisdicción, ya sea individualmente, o como parte de un grupo regional".

La Ley de los Estados Unidos de 1976, que fijó una zona de conservación y administración de pesca en una zona de 200 millas, provocó un sinnúmero de acciones similares, mediante las cuales los diferentes Estados proclamaron los derechos de soberanía sobre los recursos contenidos en un área de 200 millas.

Como señala el juez de la Corte Internacional de Justicia, el profesor Oda, "el control del Estado ribereño sobre los re-

(40) Document COFI/77/5 Suppl. 3, March, 1977. Review of the state of exploitation of the world fisheries resources: the state of stocks in 1975. Committee on Fisheries. Eleventh session, Roma, 19-26 April, 1977.

curso pesquero dentro de las 200 millas aparece ahora inevitable" (41).

Este reconocimiento de los derechos de los Estados ribereños sobre los recursos de la Zona Económica Exclusiva, no sólo ha recibido la adhesión de las grandes potencias marítimas —Unión Soviética, los países que integran la Comunidad Económica Europea, etc., sino que ha sido confirmado vigorosamente por los países No Alineados, en la reunión celebrada en el marco de la Organización de la Unidad Africana —OUA—, por los Jefes de Estados, en 1973, en Addis-Abeba.

El límite máximo para la extensión de esta zona adyacente, denominada zona económica exclusiva, es de 200 millas marinas, incluyendo al mar territorial.

Esta anchura ha sido reconocida en el Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas, que en su artículo 57 establece lo siguiente: "La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de las 200 millas marinas a partir de las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial".

Nacimiento de un Derecho Internacional consuetudinario, de carácter general, que proclama la existencia de una zona marítima de 200 millas.

Del cuadro señalado más arriba, así como de las declaraciones, dictámenes y resoluciones internacionales que se han anotado, se desprende que la mayoría de los Estados han proclamado unilateralmente la existencia de una zona intermedia entre el mar territorial y la alta mar, en la cual ejercen sus derechos de soberanía sobre los recursos naturales existentes en ella. Han ampliado así su jurisdicción marítima más allá de su mar territorial, con el objeto de proteger sus recursos naturales en las zonas marítimas adyacentes a sus costas.

Esta zona *sui generis* que el Texto Integrado Oficioso, en su artículo 55, la sujeta a un *régimen jurídico específico*, no es mar territorial, ya que en ella existe libertad de navegación, lo que es incompatible con la noción de mar territorial, donde sólo rige el derecho de paso inocente. No es tampoco alta mar, ya que el Estado ribereño ejerce sobre ella poderes muy amplios sobre sus recursos, sobre la investigación científica, preservación del medio marino, sobre la instalación de islas artifi-

(41) "The Law of the sea in our time, New development 1966-1975". Sijthoff, Leyden, 1977, pág. 170.

ciales, etc. (Ver al efecto el artículo 56 del Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas. Por su parte, el artículo 86 excluye a la zona económica exclusiva de las disposiciones aplicables a la alta mar.)

Si bien no existe aún un tratado de carácter multilateral que consagre en forma universal la existencia de una zona económica exclusiva, es evidente que la suma de estas proclamaciones unilaterales de la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional, ha contribuido a ir cristalizando una norma internacional de carácter consuetudinaria que reconoce la existencia de dicha zona adyacente a sus costas, para los efectos de que los Estados ejerzan su competencia especializada en el orden económico, para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, asegurando así su subsistencia y desarrollo (42).

Esta costumbre internacional ha sido establecida mediante actos internos de los Estados, con repercusión en el orden internacional, manifestados a través de decretos, leyes, declaraciones de gobierno, unilateral o multilaterales, intervenciones de representantes gubernamentales en foros regionales o universales, etc.

Esta suma coincidente de voluntades de la mayoría de los Estados que integran la comunidad internacional para establecer una zona marítima adyacente a sus costas, que se ha dado en llamar zona económica exclusiva, se caracteriza por reunir los elementos que distinguen una costumbre internacional, como lo señalamos más arriba: una *práctica*, constituida por cierto número de actos —*precedentes*— reiterados en el tiempo y con la convicción de que responden a una exigencia del derecho internacional: la *opinio juris*.

Estos precedentes, realizados por un grupo mayoritario de Estados, ha sido reiterado durante un lapso de tiempo de más de treinta años, tiempo suficiente si, como lo señalábamos más arriba, se ha exigido sólo una práctica internacional “constante” (43) o de sólo algunos años (44), o muy breve, como lo es el caso de la Plataforma Continental.

Sobre el particular, César Sepúlveda (45) sostiene que “aho-

(42) Se protegen así intereses económicos vitales para la población. Ello es coincidente con lo declarado por la CIJ, en 1951, en el caso de las *Pesquerías Anglo-Noruegas* (ver más adelante, pág. 18).

(43) *Caso Wimbledon* CPJI, Serie AB, núm. 5, pág. 25.

(44) Opinión Consultiva en *Participación de la Ciudad libre de Danzig* en la OIT. CIJ, Serie AB, núm. 38.

(45) *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, pág. 49. Citado por ANDRÉS A. ARAMBURU M. en *La Costumbre y la delimita-*

ra se ha visto que puede crearse costumbre jurídica en el transcurso de un lapso muy breve; v. g., en lo relativo al espacio aéreo y a lo de la Plataforma Continental”. Lo mismo puede decirse respecto a la práctica del asilo diplomático en América Latina, cuando se suscribió en La Habana, en 1928, la primera Convención (46).

La práctica de los Estados manifestada a través de actos unilaterales se ha visto confirmada en el consenso logrado por los Estados en la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación consagra, en su artículo 55, la existencia de una zona económica exclusiva: “La zona económica exclusiva es una zona situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en la presente parte, de acuerdo con el cual los derechos y jurisdicciones del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Convención”.

Si bien este Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación ha sido negociado como un documento informal que no compromete a ningún Estado, su importancia deriva de emanar de una Conferencia, tal vez la más importante y numerosa que se haya celebrado jamás por la comunidad internacional, y refleja las fórmulas que a juicio de los Presidentes de las Comisiones Principales de la Conferencia servirán de base para las negociaciones ulteriores. En él están representadas las tendencias jurídicas actuales de los diferentes Estados, así como la práctica de éstos. Se han incorporado a dicho Texto todas las propuestas que han ido reflejando el grado de consenso a que han arribado los Estados que participan en esta importante Conferencia internacional.

No podemos dejar de anotar, además, un hecho singularmente nuevo en materia de negociación internacional.

Los textos legales que han ido emergiendo de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar de Naciones Unidas han influido ya de tal manera en las conductas nacionales de los Estados participantes en la Conferencia, que estos han ido incorporando en sus ordenamientos jurídicos nacionales aquellos institutos nacidos del consenso de la comunidad internacional (47),

ción de los espacios marítimos en el Continente Americano, Lima, 1976, pág. 26.

(46) ANDRÉS A. ARAMBURU: *Op. cit.*, pág. 26.

(47) Ver al efecto, en las tablas anexas al final del presente trabajo, la incorporación en las legislaciones nacionales, del concepto de ZEE, con posterioridad a 1974.

pero que aún no han sido perfeccionados según las técnicas de procedimiento del Derecho internacional.

O sea, los Estados incorporan en su legislación nacional lo que estiman ya una costumbre internacional, que a la fecha, aún no es recogida en un tratado internacional de carácter multilateral.

Esta actitud asumida por los Estados participantes en la Tercera Conferencia de Naciones Unidas los compromete, por otra parte, a vigorizar sus esfuerzos para que el Texto Integrado Oficioso, que contiene en el orden internacional aquellas disposiciones que los Estados han ido incorporando en el orden interno, sea incluido exitosamente. Pero, aun si así no lo fuera, ya algunas de sus disposiciones se han empezado a aplicar en la práctica a través de la legislación nacional de cada Estado, otorgándole así un carácter eficaz que, por otra parte, ya lo tiene en el orden internacional, al haber sido objeto del consenso de la comunidad internacional.

Ya en Caracas, 111 Estados apoyaban el concepto de una zona económica, y casi todos los Estados, durante el desarrollo de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, han presentado propuestas que tienen un elemento común: la creación de una zona económica. Hay, pues, una aceptación de una zona económica de 200 millas, donde los Estados ejercen derechos soberanos y jurisdicción, la que ya ha sido consagrada además en numerosas legislaciones. Junto con la aceptación por la comunidad internacional de esta zona marítima de 200 millas hay también un acuerdo básico sobre las modalidades de la soberanía y jurisdicción que ejerce el Estado ribereño sobre ella, sin que esto signifique desconocer que aún resta por solucionar importantes aspectos sostenidos sobre el particular por los Estados sin litoral o geográficamente desfavorecidos, quienes defienden una participación prioritaria o preferencial en las zonas económicas exclusivas vecinas. Pero aun estos ya no cuestionan el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona de las 200 millas.

Persiste, asimismo, un desacuerdo sobre la naturaleza de la zona económica exclusiva, problema que será objeto más adelante de la exposición del profesor Ferrero.

Como anota Charles de Visscher (48), "determinados actos de Derecho pueden contribuir a la formación de una práctica internacional que se halla en la base de la costumbre internacional. Así ocurre con ciertas leyes, decretos, prescripciones u

(48) *Teorías y Realidades en Derecho Internacional*, Barcelona, 1961, págs. 165-166.

ordenanzas y decisiones judiciales, adaptados o dictados en materias que, sea en lo principal, sea en ciertos aspectos, se relacionan con el Derecho internacional. La relevancia de estas actividades reside en el hecho de que constituyen un elemento a tomar en consideración cuando el número y la importancia de sus manifestaciones paralelas autorizan a ver en ellas una línea de conducta adoptada por los Estados con la idea de conformarse con el Derecho internacional... La actividad del Derecho interno es simplemente complementaria de las actividades interestatales: es un mero instrumento de generalización de Derecho internacional en su expresión consuetudinaria... Por último, una serie de condiciones particulares comunes a diversos Estados pueden determinar a estos a promulgar leyes que por su concordancia y su aplicación constante engendren costumbres regionales o locales...".

Dentro de la teoría de los actos unilaterales como fuente generadora de Derecho internacional, coincidimos con lo expresado por el representante ante el Comité Jurídico Interamericano, embajador Antonio Gómez Robledo, quien afirma la existencia de una costumbre internacional en la suma de actos unilaterales análogos de una gran mayoría de los Estados (49). Así, la zona contigua surgió por los actos unilaterales de los Estados, principalmente de los Estados Unidos de América y del Reino Unido, quienes la establecieron en razón de sus intereses fiscales, sanitarios, aduaneros, etc. Fue consagrada en la Conferencia de Ginebra de 1958.

De igual opinión se manifiesta el jefe de la Delegación de Chile en la Comisión Ampliada de Fondos Marinos, Fernando Zegers, quien expresa lo siguiente: "unos pocos Estados formaban antes la costumbre, que correspondía a la práctica de ellos y al equilibrio de poder existente. En nuestros días, será necesario tener en consideración la práctica de todos los Estados y, fundamentalmente, de aquellos que son usuarios naturales del mar. Esa costumbre —como lo han sostenido los profesores Mac Dougall, Burke y Clingan, y, más recientemente, una destacada tratadista escandinava, Karen Jorgensen— no evoluciona ni se forma sólo por la práctica inveterada de los Estados, sino también por actos unilaterales y la reacción que suscitan. No se expresa sólo en actos estatales, sino también en manifestaciones políticas tales como las declaraciones regionales y las expresiones responsables de delegados de los Estados ante las Naciones Unidas. Es así como el tratamiento de los temas del mar

(49) JORGE A. AJA ESPIL: *El Derecho del Mar*, Bogotá, 1973, pág. 9.

en las Naciones Unidas y la negociación internacional anticipan y contribuyen a formar la costumbre" (50).

Los actos unilaterales son aquellos que, siendo independientes de todo otro acto jurídico, emanan de los Estados al restringir estos su propia competencia, y tienen un alcance jurídico de significación internacional.

Si bien se ha negado por algunos autores su valor como fuente de Derecho internacional y otros condicionan su validez a lo que establezca el Derecho internacional (51), debemos mencionar que la Corte Internacional de Justicia, en reciente fallo, de 1974 (52), les reconoció el efecto de crear obligaciones legales.

Frente a la crítica de aquellos que condicionan la validez de dichos actos a lo que establezca el Derecho internacional y que se basan en el fallo de la Corte Internacional de Justicia —*caso de las Pesquerías Anglo-Noruegas*—, que parece sugerir que, en el caso de la delimitación de los espacios marítimos, "la validez de la delimitación con respecto a otros Estados depende del Derecho internacional", actos que no habrían obtenido aún reconocimiento internacional; el profesor Alvaro Alvarez (53) expresa: "Si bien es la Comunidad Internacional, a través de sus órganos y de acuerdo con los procedimientos establecidos por el Derecho internacional, quien tiene competencia primaria para la elaboración de las normas, los Estados tienen también una competencia supletoria para la elaboración de normas de carácter provisorio hasta tanto los órganos primariamente competentes formulen las normas apropiadas".

Además, y es importante señalarlo, estos actos unilaterales no han significado violación alguna del Derecho internacional vigente, desde que no existía regla alguna en éste que fijara una extensión de mar donde cada Estado ejerciera su soberanía y jurisdicción, para los efectos de proteger sus recursos naturales.

(50) JAVIER ILLANES F.: *El Derecho del Mar y sus problemas actuales*, Buenos Aires, 1974, págs. 46 y 47.

(51) La Corte Internacional de Justicia, en el *caso de las Pesquerías Anglo-noruegas*, de 1951, expresó: "La delimitación de los espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional; no podría depender de la sola voluntad del Estado ribereño, tal como ella se expresa por su derecho interno. Si bien es cierto que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, dado que sólo el Estado se halla capacitado para realizarlo, la validez de la delimitación respecto a terceros Estados, depende, en cambio, del Derecho Internacional".

(52) CIJ, Rec. 1974, pág. 457.

(53) *Los nuevos principios del Derecho del Mar*, Montevideo, 1959, pág. 50, citado por JAVIER ILLANES en *El Derecho del Mar y sus problemas actuales*, Buenos Aires, 1974, pág. 14.

No debemos olvidar que todos los Estados han fijado su jurisdicción marítima por declaraciones unilaterales, sea ella de 3, 12 ó 200 millas marinas.

Es importante recalcar también que la validez de dichas proclamaciones unilaterales tienen un asidero legal en la legítima defensa de los Estados. En efecto, ante la necesidad que les asiste a los Estados costeros de defender los recursos marítimos, fuente principal muchas veces para su subsistencia y desarrollo económico-social de la explotación extranjera, resulta justificado en Derecho internacional tomar medidas para proteger sus riquezas en una zona marítima contigua a sus costas y adyacentes a su mar territorial.

Estos intereses económicos fue lo que consideró la Corte Internacional de Justicia en su fallo en el *caso de las Pesquerías Anglo-Noruegas* (54), al consignar lo siguiente: "Por fin, no debe dejarse de lado una consideración cuyo alcance excede a los supuestos meramente geográficos, la de los intereses económicos propios de una región cuando su realidad e importancia están claramente demostrados por un largo uso".

El mismo profesor Alvarez (55) consigna sobre el particular lo siguiente: "Las declaraciones unilaterales de los países latinoamericanos son el resultado, por un lado, de su conciencia de la existencia de ingentes riquezas en el complejo marino que le es contiguo, en cuya explotación económicamente posible ellos tienen mejores y preferentes derechos, y, por otro lado, de una medida de autodefensa contra la explotación de las mismas por parte de otros Estados, explotación que asumía a veces los caracteres de una verdadera depredación."

Responden al deseo de preservar para sí y para el futuro de las riquezas marítimas que albergan las aguas circundantes, ante la ausencia total de normas de Derecho internacional que regulen las nuevas posibilidades económicas y los conflictos de intereses que plantean las incursiones de las grandes potencias marítimas y las grandes empresas armadoras.

Cabe enfatizar también, la idea de que dichas proclamaciones unilaterales no trataron de crear nuevos derechos, sino de verificar derechos preexistentes. Esto fluye de la vinculación natural que existe entre el territorio con su mar adyacente —geografía, biológica y climáticamente—, que crean una íntima relación y dan título a la población de un Estado para aprovechar los recursos económicos de ese mar en su subsistencia y desarrollo (56).

(54) *Recueil*, 1951, págs. 116-144.

(55) JAVIER ILLANES: *Op. cit.*, pág. 13.

(56) *Id.*: *Op. cit.*, pág. 14.

Concluiremos, afirmando que en la etapa actual del Derecho Internacional se ha ido cristalizando la existencia de una costumbre internacional que consagra una zona económica adyacente al mar territorial y dentro de la cual los Estados ribereños protegen, como lo consigna el artículo 56 del Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación, ya citado, "derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y subsuelo del mar y las aguas suprayacentes, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, como la producción de energía derivada del agua de las corrientes y de los vientos;

- a) jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Convención, con respecto a:
 - i) el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;
 - ii) la investigación científica marina; y
 - iii) la preservación del medio marino..."

Extensión de la Zona Económica.

El Derecho Internacional consuetudinario ha consagrado la extensión máxima de la zona económica: 200 millas marinas.

Del cuadro señalado en las páginas finales, se observa que los Estados han proclamado unilateralmente diferentes distancias, sobre las cuales ejercen su jurisdicción y soberanía. Ninguna de ellas excede la distancia de 200 millas marinas.

Lo anterior está en consonancia con las diferentes Declaraciones y Resoluciones multilaterales señaladas más arriba (57).

Este criterio de la distancia máxima, originada en América Latina, ha sido también recogido en el Texto Integrado Oficioso para fines de Negociación tantas veces mencionado, el que en su artículo 57 establece: "La Zona Económica Exclusiva no se extenderá más allá de las 200 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial".

¿Por qué esta anchura máxima de 200 millas? La fundamentación de la distancia de la ZEE tiende a la conservación y pro-

(57) Ver Resolución del Comité Jurídico Interamericano, de fecha 9 de febrero de 1973, y Declaración de Santo Domingo, aprobada el 9 de junio de 1972.

tección de los recursos naturales, atendiendo a factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas.

Las características del océano Pacífico hicieron que la Declaración de Santiago fundamentara la anchura de 200 millas marinas en razones científicas: constituye el límite natural de las comunidades bióticas que viven en dicha zona y donde transcurre, además, la corriente de Humboldt.

No todos los Estados extienden sus derechos a la distancia de 200 millas. La anchura de la zona marítima deberá ser determinada por factores geográficos, geológicos y biológicos, como también según las necesidades económicas de su población.

Como lo consigna el Protocolo de Adhesión a la Declaración sobre Zona Marítima: "...cada Estado puede determinar la extensión y forma de delimitación de su respectiva zona, ya sea frente a una parte o a la totalidad de su litoral, de acuerdo con la realidad geográfica peculiar, con la magnitud de cada mar y con los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la flora y fauna marítimas en sus aguas" (58).

Ello está en armonía con lo señalado por la Corte Internacional de Justicia, en el caso de las *Pesquerías Anglo-Noruegas*, arriba citado, de que "es la tierra la que confiere al Estado ribereño derecho sobre las aguas que bañan sus costas".

Derechos del Estado ribereño en la zona económica.

El Derecho Internacional reconoció en la Resolución número 1.803, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1962 —Declaración de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales—, "el derecho inalienable de todos los Estados de disponer libremente de sus recursos naturales de acuerdo con su interés nacional", derecho que debe ejercerse en interés de su desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del Estado interesado. Se consigna, además, que los recursos naturales son un constituyente básico del derecho de autodeterminación.

La Resolución 3.171 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1973, también relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, no sólo reitera que es una condición intrínseca del ejercicio de la soberanía de los Estados que ella se ejerza completa y efecti-

(58) Protocolo de Adhesión a la Declaración sobre zona marítima, de Santiago, firmado el 6 de octubre de 1955. "América Latina y la extensión del mar territorial". Régimen jurídico, Montevideo, 1971, pág. 135. Citado por JORGE A. AJA, op. cit., pág. 36.

vamente sobre todos los recursos naturales del Estado, bien se encuentren en la tierra o en el mar, sino que reafirma el derecho inalienable de los Estados a la soberanía permanente sobre todos sus recursos naturales y apoya resueltamente los esfuerzos de los países en desarrollo y de los pueblos de los territorios bajo dominación colonial y racial o bajo ocupación extranjera, para recuperar el control efectivo sobre sus recursos naturales.

Por su parte, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución número 3.281 (XXIX), en 1974, establece que "todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposiciones sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

CONCLUSION

1. Afirmamos el reconocimiento otorgado por el Derecho Internacional a la noción de Plataforma Continental, como también a los derechos que el Estado ejerce sobre los recursos contenidos en ella, si bien subsiste aún el problema de la delimitación exterior de ella.

2. Afirmamos que en el desarrollo actual del Derecho Internacional se ha ido cristalizando la existencia de una costumbre internacional que ha hecho nacer una zona económica adyacente al mar territorial, con una extensión no superior a las 200 millas marinas, en la que los Estados ribereños ejercen ya determinados derechos.

Prueba de lo anterior es la incorporación del concepto de Zona Económica Exclusiva contenida en el Texto Integrado Oficioso de Negociación, en las legislaciones nacionales de diversos Estados, no obstante que dicho texto no ostenta aún el carácter de tratado internacional. Ha empezado, pues, a tener validez en el orden nacional aquel consenso ya obtenido en el orden internacional.

LIMITES DEL MAR TERRITORIAL, LAS ZONAS PESQUERAS Y LAS ZONAS ECONOMICAS (59)

Estado	Mar territorial	Pesca o zona pesquera	Zona económica exclusiva	Otros
Albania	15 mi. (1976).		200 mi. (1975).	
Angola... ..	20 mi. (1975).			
Argelia... ..	12 mi. (1963).			
Argentina... ..	200 mi. (1966).			
Australia... ..	3 mi. (1978).	12 mi. (1967).		
Alemania (República Democrática)... ..	3 mi.	Hasta la línea mediana (1978).		
Alemania (República Federal)... ..	De conformidad con la línea internacional (1977).	200 mi. (1977).		
Arabia Saudita	12 mi. (1958).	Límites externos de aguas suprayacentes de la plataforma continental (1974).	200 mi. (1977).	
Bahamas	12 mi. (1977).		200 mi. (1974).	
Bahrein	3 mi.			
Bangladesh	12 mi. (1974).			
Barbados	12 mi. (1977).			
Bélgica	3 mi.	200 mi. (1977).		
Benin	200 mi. (1976).			
Brasil	200 mi. (1970).			
Bulgaria	12 mi. (1951).			
Birmania	12 mi. (1968).			
Cabo Verde	12 mi. (1978).			
Camerún	50 mi. (1974).			
Canadá	12 mi. (1970).	200 mi. (1977).	200 mi. (1978).	
Colombia	12 mi. (1970).	200 mi. (1977).	200 mi. (1978).	

(59) FAO/COFI/78/Inf. 9 junio 1978.

Estado	Mar territorial	Pesca o zona pesquera	Zona económica exclusiva	Otros
Comoras (Islas) ...	12 mi. (1976).		200 mi. (1976).	
Congo (República Popular) ...	200 mi. (1978).			
Costa Rica ...	12 mi. (1972).			200 mi. (1972). (Mar patri- monial).
Cuba ...	12 mi. (1977).	200 mi. (1977). 20-200 mi. (1952-54).		
Corea (Rep. de) ...				
Corea (Rep. Pop. Dem.)	12 mi. (1977).			
Costa de Marfil ...	12 mi. (1977).	200 mi. (1952).	200 mi. (1977).	
Chile ...	3 mi.			
China ...	12 mi. (1958).			
Chipre ...	12 mi. (1964).			
Dinamarca ...	3 mi. (1966).	200 mi. (1977).		
Djibouti (Rep. de) ...	12 mi. (1971).			
Ecuador ...	200 mi. (1966).			
Egipto (Rep. Ara- be de) ...	12 mi. (1958).			
El Salvador ...	200 mi. (1950).			
EE.UU. ...	3 mi. (1973).	200 mi. (1977).		
Emiratos Arabes Unidos ...	3 mi. (12 mi. en el caso de Sharga).			
España ...	12 mi. (1977).		200 mi. (1978).	
Etiopía ...	12 mi. (1953).			
Fiji ...	12 mi. (1976).		200 mi. (1977).	
Filipinas ...	De conformidad con tratados de 1898, 1908 y 1930. Líneas base recta que circundan archipiélago (1961).			
Finlandia ...	4 mi. (1956).		200 mi. (1977). (Excepto Me- diterráneo).	
Francia ...	12 mi. (1971).			
Gabón ...	100 mi. (1972).			
Gambia ...	12 mi. (1969).	200 mi. (1978).		
Ghana ...	200 mi. (1977).			
Granada ...	3 mi. (1878).			
Grecia ...	6 mi. (1934).	200 mi. (1976).		
Guatemala ...	200 mi. (1965).			
Guinea ...	150 mi. (1974).			
Guinea-Bissau ...	12 mi. (1970).			
Guinea Ecuatorial ...	12 mi. (1977).	200 mi. (1977).	200 mi. (1977).	
Guyana ...	12 mi. (1972).			
Haití ...	12 mi. (1965).	200 mi. (1951).		
Honduras ...	12 mi. (1967).		200 mi. (1977).	
India ...	Líneas bases rectas que cir- cundan archipiélago.			
Indonesia ...	12 mi. (1959).	Límites externos de aguas suprayacentes de platafor- ma continental. Línea me- diana en el mar de Omán (1973).		
Irán ...		200 mi. (1975).		
Islandia ...	12 mi. (1958).	200 mi. (1977).		
Irak ...	3 mi. (1959).			
Irlanda ...	6 mi. (1959).			
Israel ...	12 mi. (1974).			
Italia ...	12 mi. (1971).			
Jamaica ...	12 mi. (1977).			
Japón ...	3 mi. (1943).	200 mi. (1977) (provisional).		
Jordania ...	12 mi. (1969).			
Kampuchea ...	12 mi. (1969).			
Kenya ...	12 mi. (1967).			
Kuwait ...	12 mi. (1967).			
Libano ...	200 mi. (1976).	6 mi. (1921).	200 mi. (1977).	
Liberia ...	12 mi. (1959).			
Libia ...	50 mi. (1973).			
Madagascar ...	12 mi. (1968).			
Malasia ...	Límites territoriales definidos por coordenadas geográfi- cas (aprox. 3-55 mi.).	Superficies definidas por coordenadas geográficas (aprox. 100-150 mi.).		
Maldivas (Islas) ...	6 mi.	20 mi. (1975).		
Malta ...	12 mi. (1973).	70 mi. (1973).		
Marruecos ...	30 mi. (1972).			
Mauritania ...				

Estado	Mar territorial	Pesca o zona pesquera	Zona económica exclusiva	Otros
Mauricio	12 mi. (1970).		200 mi. (1977).	
México	12 mi. (1969).		200 mi. (1976).	
Mónaco	12 mi.		200 mi. (1976).	
Mozambique	12 mi. (1976).			
Namibia	3 mi.	12 mi. (1964).		
Nauru	12 mi. (1971).		200 mi. (1977).	
Nueva Zelandia... ..	12 mi. (1977).	200 mi. (1965).		
Nicaragua... ..	30 mi. (1971).			
Nigeria	4 mi. (1912).		200 mi. (1977).	
Noruega				
Omán	12 mi. (1972).			
Pakistán	12 mi. (1966).	200 mi. (1977).		
Países Bajos	3 mi. (1989).			
Panamá	200 mi. (1967).	200 mi. (1977).		
Papua Nueva Guinea	12 mi. (1978).			200 mi. (1978). (Aguas costeras). Soberanía y jurisdicción sobre el mar, su suelo y subsuelo hasta 200 mi. (1947).
Perú				
Polonia	3 mi. (1932).	Hasta la línea mediana (1978).		
Portugal	12 mi. (1977).		200 mi. (1977).	
Qatar	3 mi.	Límites externos de aguas suprayacentes de plataforma continental (1974). 200 mi. (1977).		
Reino Unido	3 mi. (1978).			
Rep. Árabe Siria... ..	12 mi. (1964).			
Rep. Dominicana... ..	6 mi. (1967).			
Rumania	12 mi. (1951).			
Samoa... ..	3 mi.	6 mi.	200 mi. (1977).	
Sao Tomé... ..	6 mi.	12 mi.		
Senegal	150 mi. (1976).	200 mi. (1976).		
Seychelles... ..	12 mi. (1977).		200 mi. (1977).	
Sierra Leona... ..	200 mi. (1971).			
Singapur	3 mi. (1978).			
Somalia (República Dem.)	200 mi. (1973).			
Sri Lanka	12 mi. (1971).			
Sudáfrica	12 mi. (1977).			
Sudán	12 mi. (1960).			
Suecia	4 mi. (1979).			
Surinam	12 mi. (1978).	200 mi. (1977).		
Tailandia	12 mi. (1966).			
Tanzania	50 mi. (1973).			
Togo	200 mi. (1977).			
Tonga	Límites territoriales definidos por coordenadas geográficas 173°-177° W y 15°-23° S (1987).			
Trinidad y Tobago	12 mi. (1969).			
Túnez	12 mi. (1973).			
Turquía	6 mi. (1964).	12 mi. (1964).		
Uruguay	200 mi. (1969).			
U.R.S.S.	12 mi. (1909).			
Venezuela... ..	12 mi. (1956).	200 mi. (1970) (provisional).	200 mi. (1978).	
Viet Nam... ..	12 mi. (1977).		200 mi. (1977).	
Yemen (República Árabe)	12 mi. (1967).			
Yemen (República Dem. Pop.)	12 mi. (1970).			
Yugoslavia	10 mi. (1969).			
Zaire	12 mi. (1974).			

NOTA:

- En Venezuela, la disposición legal anotada se encuentra en proceso de promulgación.
- En los casos de Argentina, Brasil, El Salvador y Uruguay se ha hecho público el propósito de suscribir la fórmula de "zona económica exclusiva".
- Los países africanos están comprometidos "por un acuerdo a nivel de Jefes de Estado" a apoyar la "zona económica exclusiva".
- En los mencionados países está implícita la aceptación de un mar territorial de 12 millas.

LA CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CONTINENTE AMERICANO, ANTES Y DESPUES DE PANAMA

Por Manuel Adolfo VIEIRA

Miembro del IHLADI

1. Congreso de Lima.

La codificación del Derecho internacional privado, anticipada por Savigny, tuvo como propulsor entusiasta al ilustre Mancini, pero sus esfuerzos cayeron en el vacío, y una invitación del Gobierno italiano con aquella finalidad, en 1881, no tuvo un resultado positivo (1).

Es el continente americano quien por primera vez en la historia del Derecho internacional moderno puede enorgullecerse de lograr los primeros éxitos en la codificación del Derecho internacional privado. Fue en Lima, en el año 1877, y a iniciativa del Gobierno peruano, datada de 1875, que tuvo lugar el primer congreso internacional relativo a esta materia. En el congreso se suscribió un "Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho internacional privado", constando de sesenta artículos comprendiendo el Estado y la capacidad de las personas, el matrimonio, la sucesión, los actos jurídicos, la jurisdicción en materia penal, la ejecución de sentencias extranjeras y las legalizaciones (2).

El congreso fue dominado por una fuerte controversia entre los partidarios del domicilio y los de la nacionalidad, ésta última defendida tenazmente por el jurista peruano Arenas. El tratado solamente fue ratificado por el Perú y careció de vigencia efectiva. Una posterior tentativa de Arenas para uniformar las legislaciones mercantiles americanas no fue recogida por el Congreso peruano (3).

(1) ALFONSÍN, en su *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Montevideo, 1955, pág. 276, señala que la invitación italiana ostentaba la firma de Mancini y que incluía a Argentina, Brasil y Chile.

(2) Se atribuye la iniciativa de la reunión a Pradier Fodéré. Ver al respecto ALFONSÍN, o. c., pág. 277, y VALLADAO: *Direito Internacional Privado*. 4.^a ed. Freitas Bastos. Río de Janeiro, 1974, pág. 185.

(3) ALFONSÍN: O. c., pág. 278.

2. Tratados de Montevideo de 1889.

El éxito se logró en 1889 en el Congreso de Montevideo, reunido a raíz de una iniciativa del jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, acogida por el Canciller argentino Quirino Costa. Los Gobiernos de la República Argentina y del Uruguay convocaron a los de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela a un congreso a reunirse en Montevideo con la finalidad de discutir la firma de varios tratados de Derecho internacional privado. Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Perú señalaron su voluntad de asistir. Colombia indicó que por razones constitucionales que implicarían cambios en la legislación interna no podría concurrir, reservándose el derecho de adherir posteriormente a los tratados aprobados por el Congreso —cosa que efectivamente realizó con posterioridad—. El Ecuador no pudo asistir, invocando que sus autoridades estaban por cesar en sus mandatos, y Venezuela no pudo hacerse presente por falta de tiempo.

El Congreso fue un éxito, pues se suscribieron una serie de tratados sobre Derecho civil, comercial internacional, Derecho penal internacional, propiedad literaria y artística, marcas de fábrica y comercio, profesiones liberales y un protocolo adicional (4).

La bondad de dichos tratados se demuestra por el hecho de que todos ellos se encuentran vigentes y de que algunos han recibido la adhesión de Estados no americanos (5).

3. Trabajos en Centroamérica y los países bolivarianos.

Simultáneamente a la reunión de Montevideo, en Washington se echaban las bases del panamericanismo y el establecimiento de lo que iba a ser en el futuro la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En Centroamérica, en 1897, por iniciativa de Guatemala se celebraba un primer congreso jurídico centroamericano suscribiéndose una serie de tratados —no ratificados— tomando como

(4) Es de hacer notar que en el Tratado de Derecho Penal Internacional se consagraba por primera vez en la historia, el derecho de asilo diplomático.

(5) Un estado de la ratificación de estos tratados puede verse en VIEIRA: "Le Droit International Privé dans le développement de l'intégration latinoaméricaine". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 130, o del mismo en el *Anuario del IHLADI*, t. 2 (1963), pág. 180.

modelo los de Montevideo (6). Posteriormente, en 1901, a instancias de El Salvador se reunió un segundo congreso para revisar lo acordado en el de 1897. Estos esfuerzos centroamericanos no tuvieron el éxito deseado.

De mayor importancia y con resultados satisfactorios fueron los textos internacionales suscritos por las naciones bolivarianas, esto es: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, suscribiéndose cinco convenios: propiedad literaria y artística, títulos académicos, extradición, marcas de fábrica y ejecución de sentencias (7).

4. La obra de la OEA. El Código de Bustamante.

Mientras tanto, dentro del marco de la incipiente organización de los Estados Americanos se iban celebrando sus conferencias panamericanas con una regularidad loable, suscribiéndose en ellas una serie de tratados relacionados con el Derecho internacional privado, en especial en el campo de la propiedad intelectual.

Es con el Código de Bustamante que el Derecho internacional privado continental alcanza su cumbre. Es de hacer notar que hasta ese momento el movimiento legislativo internacional en Europa se contentaba —en el aspecto multinacional— con algunas convenciones emanadas de la Conferencia de La Haya y en el sector del Derecho marítimo (8).

Antecedido de estudios por parte del Instituto Americano de Derecho Internacional, fundado por Alejandro Alvarez y James Brown Scott, el Código de Bustamante —que debe su nombre a su ilustre autor, el jurista cubano Sánchez de Bustamante— es un completísimo código que contiene más de cuatrocientos artículos abarcando todo el Derecho internacional privado en su aspecto civil, comercial, procesal e incluso el derecho penal. Trata el Código de establecer un equilibrio entre el principio del domicilio y el de la nacionalidad mediante fórmulas de compromiso, lo que significó que en el momento de la firma o de la ratificación fuera objeto de numerosas reservas. Sin embar-

(6) Ver RAMÍREZ: "Pactos internacionales del Salvador". El Salvador, 1910.

(7) Como dato interesante cabe señalar que estos países son los que integran actualmente el Pacto de Cartagena, dentro del marco de la ALALC.

(8) Convenciones suscritas bajo los auspicios del Comité Maritime International: Sobre abordaje (1910), Asistencia y salvamento (1910), Limitación de la responsabilidad de los propietarios de barcos de mar (1924), Conocimiento de carga (1924), Privilegios e hipotecas marítimas (1926), Inmunidad de buques de Estado (1926).

go, es el texto internacional americano que ha recogido el mayor número de ratificaciones. Todos los Estados de la OEA de habla española y Brasil lo han ratificado, con la excepción de Argentina, Paraguay, Colombia y Uruguay. El Canadá no pertenece a la Organización, y los Estados Unidos, a causa de su especial sistema no participó en la elaboración del Código.

El éxito del Código de Bustamante fue el apogeo de la codificación del Derecho internacional privado en América.

5. Los Tratados de Montevideo de 1940.

Es recién, diez años después, para celebrar el cincuentenario de los Tratados de Montevideo de 1889, que se reúnen varios países latinoamericanos en Montevideo, en 1939 y 1940 (9).

Como resultado de sus deliberaciones vieron la luz algunos tratados cuyo objeto era el de sustituir los correspondientes de 1889. Ellos versaron sobre Derecho civil internacional, penal internacional, procesal internacional, profesiones liberales, navegación comercial internacional, propiedad intelectual y sobre el asilo y el refugio. No puede considerarse que en los hechos el Congreso lograra un resultado satisfactorio, por cuanto los tratados —no todos— fueron ratificados únicamente por Argentina, Paraguay y Uruguay. Esto significa que la vigencia de los textos de 1889 continúa entre los países del área de los Tratados de Montevideo (10), salvo entre Argentina, Uruguay y Paraguay.

6. El Comité Jurídico Interamericano.

El estallido de la segunda guerra mundial y la posibilidad de que ella se extendiera hasta las costas continentales americanas obligaron a los países de esta región a tomar una serie de medidas. Entre ellas, y atinente a nuestro tema, debe señalarse que se estableció un Comité de Neutralidad en 1939 y que en 1941 se transforma en el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro. Tanto el Comité como el Consejo Interamericano de Jurisconsultos han desempeñado una tarea de alto nivel científico (11), siendo imposible, dada la extensión que

(9) Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Perú y el país sede, Uruguay.

(10) Estos países son Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

(11) En la Carta de la OEA de 1948 se establece el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, siendo el Comité Jurídico su Comisión Permanente. En la reforma de la Carta de la OEA en Buenos Aires

se nos ha indicado para este artículo, reseñarla en breves líneas (12). Lo que es de lamentar es el hecho de que los Gobiernos de los países americanos no hayan dado curso a una serie de proyectos elaborados por estos organismos, que en algún momento alcanzaron un alto nivel técnico.

Luego de la reunión de Montevideo, en 1939-40, fue necesario que pasaran treinta y cinco años para que se celebrara una nueva reunión multilateral para tratar temas de Derecho internacional privado, aunque debe hacerse notar que el último cónclave de carácter continental se reunió en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana en 1928, en la cual se suscribió el Código de Bustamante, o sea casi cincuenta años...

Para dar una idea de la inercia de nuestros países en lo relativo a la codificación del Derecho internacional, tanto público como en el privado y en otros aspectos importantes de cooperación y colaboración entre los Estados, señalemos que en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el período de la postguerra se suscribieron en sus diferentes reuniones veintisiete convenios y que el Consejo de Europa, creado en 1949, o sea casi paralelamente a la institucionalidad de la OEA, que tenía por detrás sesenta años de actividad, elaboró en su seno alrededor de ochenta textos internacionales.

Cabe agregar que nuestros países no son muy proclives a la ratificación o adhesión de tratados internacionales, en los cuales la intervención continental es bastante precaria, salvo quizá los Estados Unidos.

7. Los antecedentes de la reunión de Panamá.

Fue en la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos del año 1965 que encontramos una resolución —la II— que recomienda al Consejo de la Organización de la OEA la convocatoria de una conferencia especializada, para 1967, sobre Derecho internacional privado a fin de proceder a una revisión parcial del Código de Bustamante. Se encomienda al Comité Jurídico de Río de Janeiro la elaboración de una serie de estudios.

En el curso de varias de sus reuniones el Comité dio a la luz una serie de trabajos sobre temas de Derecho internacional privado como ser procedimientos judiciales, venta internacional de bienes muebles, arbitraje comercial y otros.

(1976) se elimina el Consejo de Juristas, manteniendo el Comité, con casi todas las funciones que poseía el Consejo.

(12) Un resumen de las actividades de estos órganos puede verse en el curso cit. de Vieira, en *Recueil*, t. 130, págs. 413-418.

La Asamblea General de la OEA en su décima sesión plenaria celebrada en el año 1971, y teniendo en cuenta la opinión favorable de la mayoría de sus integrantes, resolvió convocar una conferencia especializada sobre Derecho internacional privado, la cual se celebraría antes de 1974, recomendando al Consejo Permanente de la Organización la elaboración del temario y al Comité Jurídico Interamericano la preparación de una serie de estudios y proyectos. Con los trabajos del Comité, y conociendo las opiniones de los Gobiernos, el Consejo Permanente aprobó el temario de la Conferencia, integrado con los siguientes temas:

1. Convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias.
2. Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.
3. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas.
4. Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques.
5. Convención interamericana sobre el arbitraje comercial internacional.
6. Convención interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero.

Sobre todos estos temas existían proyectos elaborados por el Comité Jurídico Interamericano (13).

El Consejo Permanente, por resolución 109, del 20 de marzo de 1974, designó a la ciudad de Panamá sede de la conferencia.

El cónclave se inició el 14 de enero de 1975, designándose presidente al jurista panameño Juan Materno Vázquez, dictándose, además, algunas resoluciones atinentes al reglamento de la conferencia y la constitución de dos comisiones de trabajo, asignándose a cada una de ellas los temas correspondientes. También se establecieron las prioridades asignadas a los temas de la agenda. Estas prioridades fueron: letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional, asignados a la primera comisión; tramitación de exhortos y comisiones rogatorias, reconocimiento de sentencias extranjeras, obtención de pruebas en el extranjero en asuntos civiles y comerciales y el

(13) Otros antecedentes de la Conferencia de Panamá y un prolijo detalle acerca de su desarrollo pueden verse en PARRA ARANGÜEN: "La Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado". *Actas Procesales del Derecho Vivo*. Caracas, vol. XVI, números 46-48 (1975).

régimen legal de los poderes a ser utilizados en el extranjero, a la segunda comisión.

El punto 11, relativo a la acción de tomarse para el desarrollo de otros temas de Derecho internacional privado, sería considerado en sesión plenaria, al igual que los otros puntos considerados en el orden de prioridades.

En el curso de los debates se percibió que no existía un clima favorable para la consideración del punto concerniente a la ejecución de sentencias, dada la oposición de algunos países; en cuanto al complejo aspecto de las sociedades multinacionales, la representación del Perú intentó en la última sesión plenaria la aprobación de una declaración que dado su eminente tono político y polémico no obtuvo el apoyo necesario.

La conferencia contó con una nutrida representación de los Estados que integran la OEA, pues asistieron, según el orden de precedencia para las votaciones, Perú, Trinidad Tobago, Uruguay, Honduras, Estados Unidos, Barbados, Argentina, Costa Rica, Nicaragua, Ecuador, Guatemala, Jamaica, Brasil, Panamá, Paraguay, Venezuela, República Dominicana, El Salvador, México, Chile y Colombia —21 Estados—. No concurrieron Haití y Bolivia.

El acta final fue suscrita por todas las delegaciones, y las convenciones fueron suscritas por catorce Estados: Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Asistieron a la conferencia numerosos observadores del UNIDROIT, de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, de la ALALC, del Comité Jurídico Interamericano, etc.

Es de lamentar que el reglamento de la conferencia era muy restringido en cuanto a la participación de los observadores en los debates. A vía de ejemplo, cabe destacar que el observador de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, el distinguido jurista G. Droz, participó una sola vez en una sesión, lo que es de lamentar porque sus conocimientos y experiencia hubiera colaborado en una forma mucho más eficaz en los debates.

Las delegaciones, en su casi totalidad, contaban con especialistas de Derecho internacional privado, por lo que el nivel de la conferencia fue altamente técnico.

En el seno de la conferencia se suscribieron las siguientes convenciones: convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de

cheques; convención interamericana sobre el arbitraje comercial internacional; convención interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias; convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, y convención interamericana sobre el régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero.

Examinemos, muy brevemente, cada uno de estos textos internacionales.

8. Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas.

Inicialmente el temario de la conferencia incluía dentro del mismo rubro las letras de cambio, los cheques y los pagarés de circulación internacional. A iniciativa de una delegación —México— se resolvió desglosar de la convención a los cheques de circulación internacional.

El debate inicial se centró sobre la denominación de la convención, pues en el proyecto del Comité se mencionaba convención sobre los “conflictos de leyes” en materia de letras de cambio.

Este aspecto fue combatido por varias delegaciones, entre ellas la de Uruguay, que, concretamente, propuso que se sustituyera aquella denominación por la de “Derecho Internacional Privado”.

Para evitar un largo debate en la materia se pretendió soslayar el tema utilizando una denominación más breve —pero más indefinida— de “Convención Interamericana sobre Letras de Cambio”. Sin embargo, la mayoría resolvió mantener el título con el concepto de “Conflicto de Leyes”.

En el artículo primero de la convención se abandona el domicilio como punto de conexión para regular la capacidad cambiaria. Esto, que constituye una innovación por parte de los países hispanoamericanos, tiende hacia una armonización con la posición norteamericana que regula la capacidad cambiaria por la ley del lugar en donde se contrae la obligación.

La aplicación de la ley del acto, criticable en otros campos, tiene en esta materia una ventaja de suma importancia, pues constituye un factor de seguridad ya que se basa en un criterio de fácil percepción y se evitan dificultades que perjudicarían la circulación de un título de crédito internacional.

En el segundo párrafo del artículo se introduce una excepción, propuesta por el distinguido jurista del Brasil Haroldo Valladao. Este apartamiento consiste en que si la obligación hubiera sido contraída por quien fuera incapaz en ese lugar, tal

incapacidad carecería de valor en el territorio de cualquier Estado cuya ley estimare que la obligación fuera válida. Se trata de otro ejemplo más de la doctrina del “favor Negotii”, basado en exigencias del comercio internacional. Ya el eminente Battifol propiciaba en una obra relativa a los conflictos de leyes en materia de contratos que la localización del contrato a lo que denominó “ley de la validez”, o sea, la sumisión del contrato a la ley que mantiene su validez, si otra con vocación a regularlo conduce a una solución contraria.

El artículo segundo —relativo a las formas— sigue el clásico sistema de la “*locus regit actum*”, al regular las formas del giro, endoso, aval, intervención, aceptación de la letra a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. Se consagra la teoría alemana sobre títulos de crédito.

El régimen de las obligaciones cambiarias tiene un lejano antecedente en los Congresos de Lima (1877) y en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Para el artículo 3.º todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar en donde hubieran sido contraídas. Ello le proporciona una gran seguridad y certidumbre en cuanto a la ley aplicable y coincide con el criterio territorialista establecido para la capacidad cambiaria.

Esta norma debe completarse con el artículo 5.º, cuyo origen radica en propuestas del Uruguay y Venezuela, tendente a localizar el lugar en donde se contrae la obligación, cuando la letra no lo estableciera —tal como ocurriría con un endoso en blanco—.

El artículo 5.º dispone que cuando ocurriera tal circunstancia, la obligación cambiaria se regiría por la ley del lugar del pago, y, si éste no constare, por la del lugar de la emisión.

El artículo 4.º reafirma la tesis germana en materia de letras de cambio, consagrando el sistema de la autonomía de las obligaciones cambiarias. La invalidez de una obligación contraída en una letra de cambio no afecta las obligaciones válidamente adquiridas de acuerdo con la ley del lugar en donde haya sido contraída. Esto, por tanto, se aplica a la capacidad, a la forma, etcétera. Esta solución se inspira en el artículo 24 del Tratado de Montevideo de 1940.

También tiene un contenido territorial lo dispuesto en materia de procedimientos y plazos, que se someten a lo dispuesto por la ley en donde se realizan dichos actos.

De interés es el artículo 7, propuesto por Uruguay y basado en el artículo 31 del Tratado de Montevideo de 1940 y en el Código de Bustamante (art. 272). El punto de conexión para regular los casos de hurto, falsedad, extravío o destrucción de la letra

está dado por el lugar del pago, por estimarse que es el lugar más afectado por estas circunstancias.

La jurisdicción en materia cambiaria fue objeto de interesantes discusiones, pues algunas delegaciones no estaban de acuerdo en incluir en la convención una norma de carácter procesal. La delegación de Uruguay, autora de la inclusión de un artículo en materia de jurisdicción, se basaba en la necesidad de posibilitar la ejecución de una sentencia en materia de letras de cambio dictada en un Estado, para ser ejecutada en otro. La falta de principios en materia jurisdiccional no daría certeza alguna al vencedor en la litis, por la falta de normas en materia jurisdiccional.

El artículo 8 autoriza dos jurisdicciones competentes: a) la del domicilio del demandado, o b) los tribunales del lugar en donde debe cumplirse la obligación cambiaria. Ambas a opción del actor. Se trata de dar la mayor facilidad de accionar al tenedor del título de crédito. Los artículos 9 y 10 se refieren a los pagarés y facturas, que se regirán por lo establecido para las letras de cambio. Se trata de una norma restrictiva que no cubre otros documentos negociables. Llama la atención el silencio en la conferencia acerca de las aceptaciones bancarias latinoamericanas, de reciente creación y que a nuestro juicio hubiera merecido algún comentario por su estrecha vinculación con las letras de cambio.

9. Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques.

El proyecto del Comité Jurídico Interamericano daba a los cheques el mismo tratamiento que el establecido en el artículo 33 del Tratado de Montevideo. Sin embargo, la delegación de México propuso desglosar el tema y dejarlo para una futura convención. Esta propuesta contó con el asentimiento de varios delegados, teniendo en cuenta especialmente la aparición de nuevas formas de cheques: como el viajero y los proyectos de cheque latinoamericanos o centroamericanos. La delegación de Uruguay, al adherir a este criterio, hizo notar que un nuevo texto sobre cheques llevaría mucho tiempo, siendo necesario establecer algún régimen provisorio. Para Uruguay el artículo 33 del Tratado de Montevideo había funcionado satisfactoriamente, y dado que el artículo 9 del proyecto reiteraba el texto, podría llenarse la laguna en materia de cheques con lo establecido en el proyecto.

Esta propuesta uruguaya logró el asentimiento de los demás delegados y se resolvió elaborar una convención en materia de

conflicto de leyes sobre cheques. La conferencia resolvió solicitar al Consejo de la OEA que encomendara al Comité Jurídico Interamericano el estudio y la elaboración, en forma prioritaria, de un proyecto de convención sobre conflicto de leyes en materia de cheques de circulación internacional y de un proyecto de ley uniforme sobre el mismo punto.

La convención sobre conflicto de leyes en materia de cheques nos merece la misma observación en cuanto a su denominación que la anterior, pues al menos en nuestro continente la expresión conflicto de leyes se encuentra superada por la de derecho internacional privado.

En cuanto a su contenido, reitera la solución dada en el texto de Montevideo de 1940, o sea, la gran preponderancia a la ley del lugar del pago.

10. Convención Interamericana sobre el Régimen Internacional de los Poderes.

mité Jurídico Interamericano. En el grupo de trabajo el delegado

Los antecedentes que tenía la conferencia en la materia eran la convención de 1940, vigente entre Brasil, México, Colombia, El Salvador y Estados Unidos, y un proyecto emanado del Co-de México presentó un proyecto sustitutivo que fue la base de los debates.

El primer dilema que se presentó a los delegados fue el de escoger entre la alternativa de elaborar una convención sobre conflicto de leyes o ir hacia una etapa más avanzada reglamentando los poderes en base a reglas materiales uniformes para todos los Estados.

Otro problema que enturbiaba el trato a darse al tema era el de lograr una solución aceptable para los Estados Unidos. El resultado fue un régimen mixto.

La regla básica es la contenida en el artículo primero, que en una regla típica de conflicto dispone que un poder válidamente otorgado en un país poseerá valor en todos los demás, a condición de que respete reglas mínimas establecidas en la convención.

Ardua fue la discusión del artículo segundo, relacionado con las formas de los poderes, pues varias delegaciones no aceptaban los que no fueran extendidos en escritura pública, cuando tal requisito era exigido por su legislación. Se llegó a decir que ello contrariaba su orden público. El artículo finalmente adoptado establece una disyuntiva: el poder estará redactado con sujeción a las formas del lugar en donde se otorga, salvo que

el otorgante prefiera adoptar las formalidades exigidas por las leyes en donde el poder se ejercerá. La delegación uruguaya deseaba solucionar los problemas de miles de poderes extendidos en los Estados Unidos, en donde se desconoce la solemnidad de la escritura pública. Como fórmula de transacción se incluyó la facultad de redactarlo bajo la forma del lugar de su cumplimiento.

Sin embargo, y vía de transacción, se dispuso que el poder conferido según las leyes del lugar de su otorgamiento debería llenar una serie de requisitos básicos que se enumeran en el artículo siete. Esos requisitos, algunos totalmente prescindibles, pero aceptados para lograr un texto satisfactorio para los opositores, son: declaración jurada acerca de la veracidad de las declaraciones del otorgante acerca de su estado, nacionalidad, edad y domicilio y la necesidad de agregar copias certificadas u otras pruebas respecto al derecho de la persona para conferir un poder, la existencia de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se extiende el poder y la representación que tiene el otorgante para conferirlo. Además, la firma debe ser certificada, añadiendo el último inciso que se deberán cumplir con los demás requisitos establecidos por la ley del otorgante. Como se puede percibir, se trata de una serie de trámites que complican enormemente el otorgamiento de los poderes.

El artículo cuarto se refiere a los requisitos de publicidad, que se someten a lo que establezca la ley del lugar en donde se utilizará el poder, y el quinto regula los efectos y ejercicio del poder por las normas del lugar de su cumplimiento.

El artículo octavo exige la legalización, en evidente retraso con la actual tendencia de eliminar este requisito complicado y costoso; el noveno se refiere a la necesidad de traducir el poder a la lengua oficial del Estado en donde se utilizará.

El artículo décimo, incluido a instancias de los países ligados por la Convención de 1940, es, a nuestro juicio, innecesario. Hubiera bastado la indicación de que esta convención no restringiría las convenciones anteriores y nada más, porque la mención relativa a las convenciones futuras significa una restricción a la facultad de los Estados en materia de tratados.

El artículo once, incluido a solicitud de Guatemala, favorece la circulación de los poderes, para evitar algunas exigencias nacionales que imponen para la validez del poder una declaración del apoderado aceptando el mandato.

11. Convención Interamericana sobre exhortos y Cartas Rogatorias.

La convención comprende a los exhortos y cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados partes. Se ha establecido un concepto más amplio que el meramente judicial. El artículo 16 faculta a los Estados a formular declaraciones que extiendan la convención a exhortos referidos a materia laboral, criminal, contencioso administrativo, arbitral u otras materias objeto de jurisdicción especial. Se trata de una norma saludable. Creemos, sin embargo, que en materia civil o comercial la convención abarca los pedidos procedentes de tribunales arbitrales.

El objeto de la convención abarca los actos procesales de mero trámite: notificaciones, citaciones, emplazamientos en el extranjero y la recepción de pruebas e informes en el extranjero (artículo 2).

El artículo tercero excluye de la aplicación de la convención a actos procesales no enumerados en el artículo anterior, lo que nos parece un retroceso, ni a los actos que impliquen ejecución coactiva. Esta salvaguardia parecería suficiente y, por tanto, hubiera sido más conveniente no establecer la restricción apuntada anteriormente.

El artículo cuarto autoriza la transmisión de los exhortos por las propias partes, por vía judicial, por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso, o, y esto es novedoso en el ámbito continental, por los Agentes diplomáticos y consulares, sin perjuicio de la comunicación directa entre sí.

La intervención diplomática o consular armoniza el sistema continental con el del common law, que utiliza generalmente a sus cónsules en el extranjero para la tramitación de este tipo de actos procesales. Los cónsules y los Agentes diplomáticos podrán practicar tales diligencias, siempre que a ello no se oponga el Estado local, y no podrán emplear medios que signifiquen coerción (art. 13).

Los exhortos se cumplirán siempre que ellos se encuentren debidamente legalizados, norma que no comentamos por haber expresado nuestro pensamiento anteriormente, y también deberán ser traducidos al idioma oficial del Estado requerido. Cuando sea por vía diplomática o consular o por medio de la autoridad central no se exigirá la legalización. Esta tampoco procederá en los tribunales de las zonas fronterizas, pudiendo ser transmitidas en forma directa. Esto sí es un adelanto.

El artículo octavo establece los requisitos que deberá con-

tener el exhorto: copia autenticada de la demanda, sus anexos y de los escritos que sirvan de fundamento a la demanda; información acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, los términos que dispondrá la persona interesada para actuar y las consecuencias que entrañará su inactividad. También una información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio del Estado requirente u organismo similar.

Para efectuar una clara separación entre la cooperación jurisdiccional propiamente dicha y las normas sobre competencia se dispone en el artículo noveno que la tramitación del exhorto no implicará el reconocimiento de la competencia del órgano exhortante ni el compromiso de proceder a la ejecución de la sentencia.

La tramitación del exhorto se efectuará de acuerdo a las leyes procesales del Estado requerido. Sin embargo, el Estado requirente podrá solicitar una tramitación especial o el cumplimiento u observancia de formalidades adicionales, las cuales dependerán de la legislación del requerido.

Para agilizar el trámite del exhorto se reconoce la competencia de los órganos del país requerido para conocer en las cuestiones que se susciten con motivo del diligenciamiento del exhorto. Si se declarase incompetente deberá transmitir al requirente y de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad judicial —debería decir jurisdiccional— de su Estado.

Las demás normas no merecen comentarios especiales: los gastos a cargo del interesado, la posibilidad de indicar la identidad del apoderado del interesado y el reconocimiento del beneficio de pobreza que se regulará por las leyes del Estado requerido.

El artículo 14 dispone que los Estados partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares más expeditivos que los previstos en esta convención. Aunque esta disposición no quita ni pone nada, pues los Estados son soberanos para acordar entre sí —y con validez únicamente entre ellos— normas más favorables, el mérito de esta norma es la de recordar que en materia de integración pueden establecerse normas y principios que tengan relación con otros aspectos que los meramente económicos y comerciales.

El principio de la libertad soberana de los Estados en esta materia se encuentra reafirmado en el artículo 15, al establecer que la convención no restringirá las disposiciones que hubieran suscrito o que suscriban en el futuro los Estados, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la ma-

teria. Esta norma nos merece el mismo comentario que la similar en materia de poderes, y en cierto sentido suple a la anterior.

12. Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

La convención abordó un tema de suma importancia como la obtención de las pruebas en el curso de un proceso, aspecto en el cual la legislación de los Estados Unidos se aparta sensiblemente del resto de las del continente americano.

El artículo primero de la convención se refiere exclusivamente a los exhortos relacionados con la prueba y comienza con algunas definiciones, muy necesarias, pues su objeto fue el de establecer un texto armonizando legislaciones diferentes en contenido y utilizando lenguas distintas (castellano, portugués, inglés y francés).

Para que la medida probatoria pueda diligenciarse es necesario que la diligencia solicitada no contrarie una disposición del Estado requerido que la prohíba especialmente y que el interesado proporcione los medios necesarios para su cumplimiento (artículo 2).

El diligenciamiento de la carta rogatoria se ceñirá a lo establecido por las leyes del país requerido, principio de universal recibo (art. 5) y su cumplimiento no significará el futuro reconocimiento de la sentencia, ni tampoco el reconocimiento de la competencia jurisdiccional del requirente (art. 8).

El artículo cuarto establece los requisitos necesarios para su cumplimiento: indicación clara y precisa del objeto de la prueba, documentos en que se funda el pedido, nombre y dirección de las partes, de los testigos, etc. El órgano jurisdiccional del Estado requerido estará calificado para conocer las cuestiones que se susciten o con motivo del diligenciamiento del exhorto. Los órganos del Estado requerido podrán utilizar las vías de apremio previstas por su propia legislación (art. 3).

Los gastos correrán por cuenta de los interesados y el beneficio de pobreza se regirá por las leyes del Estado requerido (artículo 7).

El artículo décimo establece los requisitos formales que deberán revestir los exhortos, entre ellos el de estar legalizados, aspecto sobre el cual nos hemos pronunciado negativamente. La novedad de la convención es la de autorizar el diligenciamiento de la prueba por los Agentes diplomáticos y consulares (artículo 11).

Se establece la posibilidad de que un testigo se niegue a declarar cuando invoque un impedimento, una excepción o el de-

ber de rehusar su testimonio conforme a la ley del Estado requerido o la del requirente, si tales impedimentos han sido confirmados por la autoridad requirente. La convención no aclara qué sucede si ambas leyes son contradictorias.

El artículo quince faculta a los Estados a ampliar la convención en materia criminal, laboral, contencioso administrativo, etcétera, disposición que estimamos acertada.

13. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial.

La importancia de esta convención radica en que es el primer texto internacional que se suscribe en el continente americano sobre el arbitraje comercial internacional. Hasta la fecha el arbitraje se regulaba por lo establecido en la Resolución XLI del año 1933, que no revestía la calidad de tratado internacional. Los tratados de Montevideo se refieren únicamente a la ejecución de los laudos arbitrales y no tratan el procedimiento arbitral.

La convención regula los aspectos procesales del arbitraje, tales como la validez del compromiso arbitral y la eficacia del laudo. Con respecto al compromiso arbitral la convención lo limita a los negocios mercantiles. El compromiso deberá estar redactado por escrito, pudiendo ser concertado mediante cartas, telegramas o comunicaciones por télex. Hay una recepción loable de los actuales medios de comunicación (art. 10).

Las partes tienen una amplia libertad para la designación de los árbitros: inclusive se puede delegar en un tercero su designación. Los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros, superándose antiguas concepciones que negaban a los extranjeros la posibilidad de ser árbitros.

También se concede amplia libertad a las partes para establecer las reglas procesales a las cuales se deberá sujetar el procedimiento arbitral. Si no hay indicaciones en ese sentido, se utilizarán, en forma preceptiva, las reglas de la Comisión Interamericana sobre arbitraje, que, por otra parte, son utilizadas con suma frecuencia.

El laudo arbitral es asimilado por su fuerza y ejecutoriedad a las sentencias dictadas por los tribunales del Estado en donde se ejecuten y de conformidad con lo que establezcan los tratados internacionales (artículo 4).

El artículo quinto enumera las causales hábiles para negar la ejecución del laudo, siguiendo las normas de la Convención de Nueva York.

14. El orden público.

Hemos dejado para el final esta importante cuestión. El artículo 17 de la convención relativa a los exhortos y cartas rogatorias establece que se podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto cuando sea manifiestamente contrario a su orden público. Esta norma se repite en el artículo 16 de la convención, concerniente a la recepción de pruebas en el extranjero; en el artículo 12 del texto relativo a los poderes; en el 11 del convenio sobre letras de cambio. No figura en la convención sobre cheques, y en la del arbitraje no se utiliza la expresión "manifiestamente". La delegación uruguaya se opuso vehementemente a la inclusión de este artículo, por considerar que la escueta mención del orden público significaría, ni más ni menos, el dar la prevalencia del orden jurídico interno sobre el internacional. Para Uruguay la fórmula satisfactoria hubiera sido la de mencionar el orden público "internacional", con lo cual se restringiría sensiblemente la utilización de esta excepción, que en muchas oportunidades aparece como la negación del Derecho internacional privado.

15. La futura Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado

A propuesta de la delegación de Brasil, la conferencia solicitó a la Asamblea General la convocatoria de una segunda conferencia especializada para continuar el estudio de los temas que a juicio de los Gobiernos exijan una urgente solución. Sugirió el delegado de Brasil, el ilustre profesor Valladao, que esa conferencia se celebrase en Uruguay "teniendo en cuenta, de manera muy especial, la brillante contribución al desarrollo del Derecho internacional aportada por los congresos de Derecho internacional privado celebrados en Montevideo en 1888-89 y 1939-40".

La Asamblea General, en ese mismo año —1975—, convocó la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, recomendando al Consejo Permanente la preparación de proyectos de temario y de reglamento y que los sometiera a la consideración de los Gobiernos. La Secretaría General consultaría a los Gobiernos sobre los asuntos que deban formar parte del temario.

En la primera conferencia de Panamá se aprobaron, como hemos visto, seis convenciones, pero se dejó de considerar otros puntos de la agenda, como las sociedades mercantiles multinacionales, sociedades mercantiles, compraventa internacional de

mercancías, transporte marítimo internacional con especial referencia a los conocimientos de embarque y reconocimiento de ejecución de sentencias judiciales extranjeras.

En el Consejo Permanente, pese a la opinión de algunos Gobiernos, se eliminó el tema de las sociedades multinacionales, dado que se trata de un punto con profundas consecuencias económicas y políticas, no siendo aconsejable introducir las en una reunión eminentemente técnica.

Influyó en la confección del temario una recomendación de la Federación Interamericana de Abogados que en su sesión de Cartagena, en septiembre de 1975, propuso la inclusión de los siguientes temas: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de Derecho civil, comercial, laboral y Derecho de familia; cumplimiento de medidas cautelares decretadas en procesos judiciales en lo civil, comercial y laboral; prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos; conflictos de leyes y ley uniforme en materia de cheques de circulación internacional y normas generales de Derecho internacional privado.

El Consejo Permanente redactó un proyecto de temario que incluye las siguientes materias:

1. Reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras.
2. Cumplimiento de medidas cautelares en procesos judiciales en materia civil y comercial.
3. Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos.
4. Conflictos de leyes y ley uniforme sobre cheques de circulación internacional, a que se refiere la Resolución I de la CIDIP I.
5. Actualización de las normas vigentes en América sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles.
6. Compraventa internacional de mercancías.
7. Transporte marítimo internacional, con especial referencia a los conocimientos de embarque.
8. Normas generales de Derecho internacional privado.

Como la conferencia parece que se celebrará en Uruguay a comienzos del año 1979, es posible que este temario sufra modificaciones.

Estimamos que los puntos relativos a la compraventa mercantil internacional y el transporte marítimo internacional debieran ser eliminados de la agenda por cuanto se encuentra actualmente a estudio de la Comisión sobre el Derecho Mercantil

Internacional de las Naciones Unidas, siendo inminente la convocatoria de una conferencia diplomática para considerar la compraventa internacional de mercaderías. En cuanto al transporte, los estudios se encuentran muy adelantados. No me satisface la redacción del punto relativo a la prueba del derecho extranjero, por cuanto hay varios países que consideran que el derecho extranjero, al ser Derecho, no debe ser probado, basando un texto relativo a la información, como lo ha hecho el Consejo de Europa, por lo que limitaría el punto a la información del derecho extranjero. Tampoco me satisface el último punto, relativo a las normas generales de Derecho internacional privado. Se trata de un tema demasiado complejo para abordarlo sin estudios muy profundos. Por otra parte, los proyectos que se han dado a la luz no agregan ni quitan nada a lo contenido en el Código de Bustamante, los tratados de Montevideo y los diferentes pactos sobre Derechos Humanos.

16. El futuro.

La conferencia de Panamá representó una etapa fundamental en la codificación del Derecho internacional del continente americano. La participación —eficaz por otra parte— de las delegaciones de los Estados Unidos y México, hasta ahora ausentes en todo el proceso que se iniciara hace alrededor de noventa años, y la presencia de los nuevos miembros de la Organización, como Jamaica, Trinidad-Tobago y Barbados, deben ser bien venidas.

Sin embargo, algunas nubes en el horizonte limitan algo el optimismo que se pueda abrigar. Por un lado hay rumores acerca de que la segunda CIDIP, a realizarse en Montevideo, será, al menos por ahora, la última, y ello debido a razones presupuestarias. De confirmarse esta versión, una decisión en tal sentido sería lamentable y relegaría —una vez más— el Derecho hacia posiciones secundarias.

La OEA ha utilizado cuantiosos recursos en una serie de reuniones, que, sin desconocer su importancia, no superan a la que pueda tener el Derecho, instrumento jurídico único para regular el comercio y las relaciones internacionales.

Cuando se olvida el Derecho al inicio de una etapa integracionista es fatal volver a él, pero en condiciones más difíciles. Mientras que en Europa se reservan rubros de importancia para el desarrollo del Derecho, en el continente americano se piensa en la economía.

En la hipótesis de que las relaciones interamericanas continúen, estimamos, sin embargo, necesario ajustar algunos resortes de suma importancia. El Comité Jurídico Interamericano,

que ha desempeñado una función muy eficaz en la codificación del Derecho internacional, debería ser reorganizado. Pensamos en ello porque la mayoría de sus integrantes son distinguidos juristas en el campo del Derecho internacional público, y la minoría —muy distinguida, distinguidísima diríamos— es representativa del Derecho internacional privado. De tal suerte, la responsabilidad en la elaboración de estudios recae pesadamente en los hombros de muy pocos.

Por tal razón pensamos que sería necesario reorganizar el Comité, con la base de dos secciones o divisiones: una para entender en los problemas del Derecho Internacional Público y otra con especial referencia al Derecho Internacional Privado y, pecando de optimistas, para la elaboración de un derecho uniforme, como ocurre con el Consejo de Europa.

El órgano jurídico debe ser tecnificado en la mayor medida posible, evitando la incorporación de hombres y problemas políticos. Es sabido que algunos integrantes del Comité han sido políticos —muy distinguidos por cierto—, pero que han llevado —por instrucciones de sus Gobiernos— problemas políticos. Ello no debería ser así, porque para el planteamiento de cuestiones políticas están el Consejo y la Asamblea. Para lo jurídico se encuentra justamente el Comité. La decisión política surgirá —luego de los debates— en los órganos políticos.

EXCEPCIONES QUE TIENEN CARACTER INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO VENEZOLANO

Por Juan María ROUVIER

Asociado del IHLADI

Introducción.

Por medio del proceso las partes litigantes tratan de hacer efectivos sus derechos, mediante la sentencia judicial dictada en el juicio, esta situación produce como consecuencia que los problemas estudiados tanto por el Derecho Procesal Interno, como por el Derecho Procesal Internacional, tengan un evidente interés no sólo teórico y científico, sino también práctico. Uno de los aspectos más interesantes del proceso es el que se refiere al poder que tiene el demandado de oponer excepciones a la demanda que fuere intentada en su contra, esta posibilidad es admitida tanto por el Derecho Procesal Interno, como por el Internacional, pero en este último esas defensas están reducidas a tres: la excepción de litispendencia, la de cosa juzgada y la declinatoria de jurisdicción.

Como haremos especial referencia a la legislación venezolana, nos vemos obligados a exponer brevemente el criterio de nuestro legislador en esta materia. El Código de Procedimiento Civil de Venezuela clasifica las excepciones en tres clases: dilatorias, de inadmisibilidad y perentorias. Las excepciones dilatorias paralizan el proceso, con la finalidad de corregir los errores y fallas que posteriormente puedan perjudicar su desarrollo; las de inadmisibilidad se oponen a la acción del demandante e impiden la entrada al juicio; las perentorias son defensas que hacen al fondo, contradicen el derecho del demandante, permitiendo la entrada al juicio. Pasaremos ahora a estudiar las tres excepciones admitidas por el Derecho Procesal Internacional.

Litispendencia.

FUNDAMENTO.

Interesa al Derecho Procesal evitar que más de un Juez o Tribunal conozcan de un mismo proceso, porque esta situación

puede dar lugar a que se dicten fallos contradictorios sobre el mismo asunto, lo que resulta contrario a los fines superiores de la justicia, porque la certidumbre de los derechos que se pretenden obtener con las decisiones judiciales, resultaría negada, ello es la razón de que tanto en el Derecho Procesal Interno, como en el Internacional, se admita la excepción de litispendencia.

Su objetivo es evitar que uno de los jueces que esté conociendo del asunto continúe en su labor, para así evitar las indeseables consecuencias a que antes nos referimos.

En relación a esta excepción el Profesor Bustamante y Sirvén dice: "Un interés doble, el de la justicia y el de las partes, exige que no haya para cada asunto sino un solo litigio o proceso. Ello evita a los particulares molestias y gastos inútiles; a la administración pública, duplicidades enojosas y quizá en parte de resultado estéril; y al concepto y aplicación del derecho, el peligro de resoluciones divergentes o contradictorias. Si en cualquier momento, por obra del error o de la mala fe, se produce esa duplicidad de jueces o tribunales conociendo de un mismo asunto, es preciso que los litigantes o los procesados o los acusadores tengan medios de evitarla y ponerle fin. El más indicado y el que han discurrido de tiempo atrás las legislaciones nacionales, estriba en acudir a uno de los juzgadores para que cese en su tarea, previa comprobación de los hechos que motivan esta solicitud, conocida en la técnica procesal como excepción de litispendencia" (1).

Requisitos.

Para que esta excepción pueda prosperar es necesario cumplir dos requisitos:

- 1.º Que ambos jueces o tribunales sean competentes de acuerdo a su propia legislación.
- 2.º Que haya identidad de personas, cosas y acciones.

PLANTEAMIENTO Y CONSECUENCIAS DE LA EXCEPCION.

Esta excepción procede en la oportunidad en que habiéndose intentado un proceso ante los Tribunales de un Estado, el mismo juicio se intenta también ante los Tribunales de otro; su finalidad es hacer que el segundo proceso se paralice hasta tanto haya sido resuelto el primero. Después de sentenciado el pri-

(1) BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio Sánchez de: "Derecho Internacional Privado". Cultural, S. A., La Habana, tomo III, 1943, pág. 231.

mero, los interesados pueden hacer uso de otra excepción que es la de cosa juzgada.

En nuestra opinión, para que pueda aceptarse la excepción de litispendencia extranjera, es preciso que las sentencias del país que ha conocido primero, sean ejecutadas sin revisión de fondo en el país donde la excepción es opuesta. A este respecto, el Profesor Bustamante y Sirvén dice: "Por consiguiente, en las relaciones internacionales, para que pueda hablarse de litispendencia, es necesario que entre los países interesados existan reglas comunes de competencia y que además se haya regulado la ejecución de sus fallos respectivos" (2).

El Instituto de Derecho Internacional, en Sesión de La Haya de 1898, discutió un proyecto sobre la materia, el cual admite en su artículo 1.º el ejercicio de la excepción de litispendencia, expresa que deben admitirse, en las relaciones con las jurisdicciones extranjeras, las mismas reglas sobre la litispendencia existentes en las relaciones entre las jurisdicciones nacionales de cada Estado, con las reservas contenidas en el artículo 2.º. En éste se expresa que para admitir la excepción de litispendencia extranjera, es necesario que los fallos pronunciados en el país que en primer término haya conocido del asunto, sean susceptibles de ser cumplidos, sin revisión al fondo, según la ley del país en que la excepción se utiliza.

Es de notar que no todos los autores admiten el ejercicio de esta excepción, para algunos es inadmisibles. En apoyo de esta opinión, se ha dicho que las normas sobre competencia internacional son obligatorias en las jurisdicción en que han sido dictadas. De igual manera, la jurisprudencia de algunos países se ha pronunciado en contra.

CÓDIGO BUSTAMANTE.

El Código admite la excepción de litispendencia en su artículo 394, el cual dispone:

"La litispendencia por pleito en otro de los Estados contratantes podrá alegarse en materia civil cuando la sentencia que se dicte en uno de ellos haya de producir en el otro los efectos de cosa juzgada".

Como se desprende del contenido del artículo transcrito, además de los dos requisitos antes mencionados, el Código exige que el fallo que se dicte en uno de ellos pueda ser ejecutado en el otro.

(2) BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio Sánchez de: Op. cit., pág. 232.

La litispendencia en materia penal.

Esta excepción no se admite en materia penal. Opinamos que su inadmisión está en un todo conforme con el carácter eminentemente territorial de las leyes penales.

CÓDIGO BUSTAMANTE.

El Código Bustamante acepta la inadmisibilidad de la excepción de litispendencia en materia penal, cuando en su artículo 395 establece:

"En asuntos no podrá alegarse la excepción de litispendencia por causa pendiente en otro Estado contratante."

LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

Nuestra legislación procesal civil prevé la excepción de litispendencia; en efecto, el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, en su ordinal 1.º, establece como excepción dilatoria la existencia de la litispendencia. Como es lógico pensar, esta disposición está dirigida a resolver los casos de litispendencia cuando los procesos cursan ante dos de nuestros Tribunales, es una disposición encaminada a resolver el problema desde el punto de vista interno, pero si la excepción existe en el orden interno, y en el Código Bustamante, y nosotros no nos reservamos el artículo correspondiente, es demostración evidente que la mente del legislador venezolano ha sido admitir la excepción en orden internacional.

Cosa juzgada.

FUNDAMENTO.

La razón de ser de la excepción de cosa juzgada está en la necesidad de que los litigios tengan fin, asegurando de esta manera la seriedad de las decisiones judiciales y al mismo tiempo su estabilidad. La doctrina clásica admitió la función negativa de la cosa juzgada, o sea, que la consideró como el medio de evitar de una manera general la posibilidad de abrir nuevos procesos; por el contrario, la doctrina moderna ha destacado la función positiva de la cosa juzgada, que conduce a evitar que un nuevo proceso se sentencie en forma contraria a como antes lo fue. Cualquiera que sea la posición doctrinaria que se adopte, en nuestro concepto, esta excepción evita que un litigio ya sentenciado pueda ser iniciado nuevamente entre las mismas partes.

Requisitos.

El Derecho Civil ha fijado tres requisitos para que proceda la excepción de cosa juzgada, los cuales ha tomado para sí el Derecho Internacional Privado, pero al mismo tiempo ha creado dos más, que son una lógica consecuencia de la naturaleza de los conflictos que esta materia estudia.

- 1.º Es necesario que haya identidad de objeto.
- 2.º Es preciso que exista identidad de causa.
- 3.º Debe existir identidad de personas y las calidades con las cuales vienen al proceso, salvo que se trate de las acciones que modifican el estado.

A estos requisitos que hemos señalado como establecidos por el Derecho Civil, el Derecho Internacional Privado ha agregado dos que le son propios:

- 1.º Que la sentencia haya sido dictada con la citación o presencia de las personas a quienes favorece o perjudica la excepción, bien personalmente o por medio de sus legítimos representantes.
- 2.º Que la competencia del Tribunal sentenciador no haya sido puesta en duda.

El requisito previo del "exequatur" para poder oponer la excepción de cosa juzgada.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la necesidad de que la sentencia en la cual se funde la excepción de cosa juzgada, haya obtenido, previamente o no, el "exequatur", en el país donde se quiere hacer valer. Hay quienes pensamos que el requisito previo del "exequatur", es necesario, porque al oponer la cosa juzgada como excepción se está reconociendo eficacia a la sentencia extranjera. El Estado en el cual se pretende oponer la excepción, tiene el derecho de ejercer el control previo para lograr el conocimiento de la sentencia extranjera, en cuya realización no ha tomado parte su Poder Jurisdiccional. Por ello, todo tipo de sentencia, bien sea mero declarativa, constitutiva o de condena, debe someterse al control previo del "exequatur".

Este criterio nuestro deriva del hecho de considerar que la cosa juzgada tiene no sólo un valor negativo, que permite utilizarla como un medio de defensa, sino que también hay en ella un aspecto eminentemente positivo, que impone al Juez el deber de reconocer la declaración del derecho contenido en la sentencia.

Aclaremos que nuestra posición es intermedia entre las dos corrientes extremas, pues consideramos que cuando se quiere hacer valer el efecto de la cosa juzgada de la sentencia, el "exequatur" debe discutirse en forma incidental en el proceso en el cual se le quiere hacer valer, porque su finalidad es en este caso declarativa y no ejecutoria.

Esta discusión doctrinaria no es nueva, ya Giuseppe Saredo en 1874 había sostenido la opinión favorable a la necesidad del "exequatur". Sin embargo, es con Gabba, en 1875, cuando la doctrina se robustece y es seguida por internacionalistas como Fiore y Anzilotti. Posteriormente, procesalistas como Mortara, Chiovenda y Carnelutti, sostuvieron el mismo criterio.

Podemos señalar que en América hay internacionalistas que sostienen la opinión contraria a la que hemos venido exponiendo, así el Profesor Bustamante dice: "Se ha discutido la posibilidad de exigir en lo internacional que la sentencia en que descansa la excepción de cosa juzgada haya obtenido el "exequatur" en el país donde se invoca; pero esa regla no puede tener carácter general, ya que hay sentencias inejecutables respecto de las cuales el "exequatur" no es necesario ni concebible. Una persona demanda a otra en determinado país, con objeto de que le pague cierta suma de dinero, y la sentencia firme se limita a declarar sin lugar la demanda porque el demandado no la debe. No cabe pedir la ejecución de ese fallo en otro país, y es absurdo que no se pueda alegar la excepción de cosa juzgada si vuelven a reclamarle la misma suma en este último. Lo propio sucedería en lo penal con una sentencia absolutoria dictada por el juez competente en la esfera internacional" (3).

La misma posición doctrinaria sigue el Profesor Víctor Romero del Prado, quien expone: "Se discute si es necesario que la sentencia haya obtenido el "exequatur" en el país donde se invoca. Esta regla no puede tener un carácter general, ya que si ha sido dictada no habiendo lugar a la demanda, porque no existe causa para ello, no cabe pedir la ejecución de ese fallo en otro país y es lógico que se pueda invocar la excepción de cosa juzgada. En materia penal sucedería lo mismo cuando la sentencia fuera absolutoria y dictada por juez competente en la esfera internacional" (4).

Algunos procesalistas americanos son también partidarios de la corriente que niega la necesidad del "exequatur" previo para ejercitar la excepción de cosa juzgada.

(3) BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio Sánchez de: Op. cit., pág. 234.

(4) ROMERO DEL PRADO, Víctor: "Derecho Internacional Privado". Córdoba, 1961, tomo III, pág. 414.

CÓDIGO BUSTAMANTE.

La excepción de cosa juzgada está admitida en el Código Bustamante, en efecto, en su artículo 396 establece:

"La excepción de cosa juzgada que se funde en sentencia de otro Estado contratante, sólo podrá alegarse cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o de sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero, basada en disposiciones de este Código."

Luego, en el artículo 431, dispone:

"Las sentencias firmes dictadas por un Estado contratante, que por sus pronunciamientos no sean ejecutables, producirán en los demás los efectos de cosa juzgada si reúnen las condiciones que a ese fin determina este Código, salvo las relativas a su ejecución."

Como es fácil comprender del contenido de las dos normas citadas, el Código admite de la manera más amplia el ejercicio de la excepción de cosa juzgada.

Antes dijimos que el Derecho Internacional Privado, ha hecho suyos los requisitos exigidos por el Derecho Civil, pero ha agregado dos que le son propios, y el Código Bustamante es un claro ejemplo de ello, pues del contenido del artículo 396, antes transcrito, vemos que se exige que se *haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o de sus representantes legítimos, y que no se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones del Código.*

LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

En el libro tercero, parte primera, del Código de Procedimiento Civil venezolano, que trata de los Procedimientos Especiales Contenciosos, en el título XIX está regulada la materia: "De la ejecución de los actos de autoridades extranjeras", en los cuales se incluyen las sentencias provenientes de tribunales extranjeros y otras providencias, como examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y demás actos de mera instrucción.

Es evidente que en Venezuela las sentencias extranjeras son ejecutadas, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por nuestra ley.

La excepción de cosa juzgada, resultante de una sentencia extranjera, puede ser opuesta en nuestro país, no sólo en virtud de lo estatuido en el Código de Procedimiento Civil, sino también porque el artículo 396 del Código Bustamante tiene plena vigencia entre nosotros.

La autoridad de la cosa juzgada, en la legislación venezolana, tiene su origen en el artículo 1.395 del Código Civil, el cual, al legislar sobre las presunciones establecidas por la ley, dispone: "La presunción legal es la que una disposición especial de la ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos". Luego, al enumerar tales presunciones, en el numeral 3.º, establece:

"La autoridad que da la ley a la cosa juzgada.

La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior."

La legislación procesal venezolana incluye la excepción de cosa juzgada, entre las excepciones de inadmisibilidad, las cuales, como sabemos, rechazan el procedimiento e impiden la entrada al juicio, son excepciones que enervan la acción y las sentencia que las deciden, producen el efecto de cosa juzgada, lo cual impide que la acción pueda ser intentada nuevamente. El artículo 257 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Las excepciones de inadmisibilidad proceden";

y al enumerarlas, en el numeral 2.º, dispone:

"Por la cosa juzgada."

Como antes dijimos, no hay ninguna duda, en cuanto a la posibilidad de hacer uso entre nosotros de la excepción de cosa juzgada, fundada en la autoridad que emana de una sentencia extranjera, luego que la ejecución de esa sentencia ha sido declarada.

El requisito previo del "exequatur" en Venezuela.

El sistema vigente en la legislación venezolana exige el "exequatur" como requisito previo, para que la sentencia extranjera pueda producir cualquiera de sus efectos en el país, entre ellos

el de la cosa juzgada. No tenemos ninguna duda en este sentido, pues el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil es terminante; en efecto, dispone:

"Corresponde a la Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia) declarar la ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, sin lo cual no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas."

Esta disposición fue incluida por nuestro legislador en la reforma de 1897, y ha sido norma hasta el vigente, que es de 1916. A pesar de que su contenido no deja dudas, en cuanto a la necesidad del "exequatur" previo, han existido criterios diferentes, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. En apoyo de nuestra opinión, nos permitimos citar al ilustre maestro, doctor Lorenzo Herrera Mendoza, quien en su trabajo: "El valor de las sentencias de divorcios, dictadas en el extranjero", dice:

"El Derecho internacional proclama:

a) Que para la ejecución material de las sentencias extranjeras se requiere el exequatur o pareatis, otorgado, en cada caso, por la autoridad judicial competente del Estado donde se requiere ejecutarla, y ello, de conformidad con la ley territorial, que determina si, cómo y cuándo, el fallo extranjero puede ser ejecutado.

b) Que cada Estado puede, con la más completa autonomía, fijar las condiciones legales necesarias para reconocer eficacia extraterritorial a la cosa juzgada resultante de una sentencia extranjera. Y también puede limitar, por razones de orden público, el valor de esta sentencia, desde el punto de vista de los efectos que ella puede producir.

Es necesario, indudablemente, que la decisión de que se trata llene las condiciones requeridas para que pueda considerársela como un fallo verdadero y legítimo. La determinación de estas condiciones características, en ausencia de reglas establecidas por un tratado internacional, entra en el dominio de la autonomía legislativa de cada Estado.

Los postulados que proceden forman los artículos 204 y 205 del *Derecho Internacional Codificado*, por Pasquale Fiore.

Ahora bien, el legislador venezolano fue mudo en la materia hasta el año 1873. Vino a ser en el Código de Procedimiento Civil de ese año cuando concluyó disposiciones sobre

la "ejecución de los actos de autoridades extranjeras", y las cuales fueron íntegramente repetidas en el Código de 1881. En aquella época sólo se exigía el "exequatur" para la ejecución material de los fallos extranjeros. Entonces, habría podido sostenerse que el efecto declarativo de la cosa juzgada en el exterior se producía en Venezuela sin necesidad de "exequatur". Pero nuestro legislador introdujo cambios radicales desde el Código en 1897: pasó del sistema italiano, que había sido el nuestro, al llamado sistema germánico, en lo relativo a la exigencia de reciprocidad como condición para admitir cualquier eficacia a una sentencia extranjera, y equiparó el efecto declarativo de la cosa juzgada al efecto realmente ejecutorio, exigiendo para ambos el "exequatur", bajo idénticas condiciones o requisitos.

De este modo, el artículo 713 del Código de 1897, al apartarse del sistema legislativo que antes tuvimos (y el cual rige aún en Italia, Uruguay y algunas otras naciones), proscribió, desde entonces, la tesis que ha llegado a prevalecer en 1943, respecto de las sentencias de divorcio extranjeras, por los votos de una mayoría de los jueces de nuestra Corte Federal y de Casación (cuatro votos contra tres). En repetidos fallos se descartó la solicitud del "exequatur", por creerlo innecesario, al efecto de que la sentencia pudiese servir de prueba de divorcio en ella declarado y, de consiguiente, de la libertad de cada cónyuge para contraer en Venezuela nuestro matrimonio" (5).

En el mismo sentido podemos citar la opinión del eminente procesalista doctor Luis Loreto, quien, en su trabajo "La Sentencia Extranjera en el Sistema Venezolano del Exequatur", expone:

"A pesar de la reforma del año de 1897, que fijó y definió el sistema adoptado por el derecho venezolano en lo tocante a la ejecución de sentencias de autoridades extranjeras, y actualmente en vigor, la tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales fue, hasta hace poco, la de someter únicamente al procedimiento de "exequatur" aquella sentencia que requiriesen ejecución material sobre los bienes o coacción sobre las personas que se encontrasen en el territorio de la República, y excluir de su alcance todos los demás efectos que no fueran propiamente de ejecución o

(5) HERRERA MENDOZA, Lorenzo: "El Valor de las Sentencias de Divorcio Dictadas en el Extranjero", en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*. Caracas, 1960, págs. 298-299.

coacción (cosa juzgada en sentido amplio). Esa doctrina pretende apoyarse en varias razones, muy especialmente por alegarse que cuando se invoca la sentencia extranjera en tal supuesto, se lo hace en su condición de instrumento público probatorio de su dispositivo, careciendo entonces Venezuela de todo interés en el control material y revisión del fallo. Por aplicación de este criterio, la Corte Federal y de Casación, en sentencia de 3 de mayo de 1943, asentó la doctrina que permitía dar directamente, es decir, sin la formalidad previa del "exequatur", valor probatorio de las sentencias extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas, cuando a su reconocimiento no se opusieran razones de orden público, lo cual era, por lo demás, tradicional en Venezuela.

Esta jurisprudencia fue modificada radicalmente por el Alto Tribunal a partir de la sentencia de 8 de febrero de 1946, en la cual se desechan aquellos argumentos y se sustenta la teoría que afirma en todo caso la necesidad del "exequatur", por tratarse siempre de hacer valer en la República actos de autoridades extranjeras, cumplidos en ejercicio de una función jurisdiccional extraña. Desde entonces a esta parte, la doctrina así establecida ha permanecido inalterada, haciendo constante aplicación de ella la Corte Federal" (6).

Más adelante, dice:

"Toda sentencia extranjera que haya decidido una causa de naturaleza contenciosa está sujeta al "exequatur", así sea mero declarativa, constitutiva o de condena. Los diferentes resultados a que en otros países han llegado la doctrina y la jurisprudencia, excluyendo de su alcance la sentencia sobre el estado y la capacidad de las personas, no pueden acogerse en nuestro derecho positivo, porque ellos no corresponden ni al espíritu ni a las normas que lo integran. Allí, esos resultados diferentes del nuestro se han alcanzado con fundamento en normas positivas expresas o por obras de una dilatada elaboración jurisprudencial" (7).

Concluimos esta cita del eminente Loreto, trasladando su opinión en relación a la cosa juzgada:

"Si la sentencia extranjera no exequaturada se hiciere valer en un juicio para apoyar en ella la excepción de cosa

(6) LORETO, Luis: "La Sentencia Extranjera en el Sistema Venezolano del Exequatur", en *Studia Iuridica*. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1957, núm. 1, págs. 193-194.

(7) LORETO, Luis: Op. cit., pág. 207.

juzgada o hacer valer cualquiera otro de sus efectos, éstos le serán desconocidos de pleno derecho. Menos todavía podría admitirse una acción dirigida a obtener en un proceso autónomo la mera declaración de la existencia o inexistencia de los efectos producidos por la sentencia extranjera, como se ha sostenido por la doctrina de otros países. Ese interés no puede alcanzarse en nuestro derecho, sino únicamente por la vía del procedimiento de "exequatur". Tal es el único camino abierto para la tutela de ese interés" (8).

Antes dijimos que nuestra posición es intermedia entre las dos corrientes extremas que examinan el problema del requisito previo del "exequatur", lo cual es una consecuencia de que consideramos que, cuando la sentencia extranjera se quiere hacer valer para oponer la excepción de cosa juzgada, debe tramitarse el "exequatur" en forma incidental, porque quiere hacerse valer su efecto declarativo y no ejecutorio. Esta es una posición doctrinaria que exigiría una reforma en nuestra legislación procesal, la cual, como antes hemos dicho, es imperativa en la materia, y exige el previo "exequatur" obtenido en el respectivo proceso.

La Declinatoria de Jurisdicción.

FUNDAMENTO.

Nos corresponde ahora examinar la excepción declinatoria de jurisdicción, la cual, en nuestro concepto, es siempre, en el fondo, un problema de jurisdicción. La finalidad de esta excepción es evitar que un juez incompetente conozca de un proceso, y ese objetivo se logra, bien por la declinatoria o bien por la inhibitoria.

La declinatoria es el derecho que corresponde al demandado de solicitar del juez que la ha citado que se abstenga de seguir conociendo del proceso, por ser incompetente. La inhibitoria, por el contrario, se dirige al juez a quien se considere competente para que éste promueva el conflicto de incompetencia al juez que está conociendo.

Opinamos que la excepción de declinatoria sólo puede promoverse entre tribunales de países que hayan regulado los problemas de competencia de sus jueces por medio de tratados. Cuando no existen estos acuerdos, la falta de un tribunal superior que decida tales conflictos impide su ejercicio.

(8) LORETO, Luis: Op. cit., págs. 208-209.

En apoyo de nuestra opinión, nos permitimos citar a Bustamante y Sirvén: "En cuanto a las relaciones entre Estados que no tienen contractualmente fijadas sus reglas de competencia judicial, el problema se refiere más bien a la jurisdicción y entraña un problema absoluto de fondo. Pero cuando estas disposiciones sobre competencia se regulan detalladamente en un tratado, convenio o código, la dificultad cambia de aspecto y no hay inconveniente alguno en que la competencia se decline, utilizando los mismos trámites y fórmulas que se usan para dirimirla de esa manera entre jueces nacionales" (9).

La inhibitoria es prácticamente imposible de ejercer, por no existir un tribunal internacional que conozca de estos conflictos cuando el juez requerido de incompetencia se niegue a admitirlo.

CÓDIGO BUSTAMANTE.

La excepción por declinatoria está contemplada en el artículo 397 del Código, el cual dispone:

"En todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a este Código, podrán promoverse cuestiones de competencia por declinación fundada en sus preceptos."

Este artículo tiene plena vigencia para Venezuela.

LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

En nuestra legislación, la excepción declinatoria está prevista en el Código de Procedimiento Civil como una excepción dilatoria; en efecto, el artículo 248 de dicho Código, dice:

"Son excepciones dilatorias:"

y en el numeral 1.º de ese artículo, se dispone:

"La declinación de la jurisdicción del tribunal ante el cual se haya propuesto la demanda, por incompetencia de éste o por litis-pendencia, o porque el asunto deba acumularse a otro proceso de que esté conociendo un tribunal distinto."

Por otra parte, en los artículos del 93 al 104, el Código ha establecido el medio de dirimir los conflictos de competencia entre los jueces del país. Estos conflictos pueden ser positivos

(9) BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio Sánchez de: Op. cit., pág. 236.

o negativos, o sea, de conocer o de no conocer. Estas disposiciones tienen una finalidad fundamental interna, por medio de ellas se resuelven los conflictos entre los jueces nacionales.

En cuanto a la excepción por declinatoria de jurisdicción, consideramos que es aplicable a los procesos en que existan conflictos en relación a otros Estados firmantes del Código Bustamante, por ser para nosotros derecho vigente.

Opinamos que no es posible admitir esta excepción cuando se trate de Estado no firmante del Código Bustamante, porque estos asuntos entrañan problemas de jurisdicción que tocan la soberanía del Estado venezolano.

DERECHOS HUMANOS Y NACIONES UNIDAS: NUEVAS ESTRUCTURAS ORGANICAS

Por Alberto J. LLEONART Y AMSELEM

Asociado del IHLADI

En el presente estadio de desenvolvimiento del Derecho internacional general y del Derecho de las organizaciones internacionales no es fácil, ni acaso discreto, referirse en términos de "viejas" o de "nuevas" estructuras orgánicas. Un universo de cambio nos rodea, en efecto, pues muchas instituciones jurídicas hoy nuevas, dejan de serlo al día siguiente. Lo que creíamos una conquista del derecho se vuelve enseguida en obsoleto y desfasado. Las bibliotecas como testimonios vivos permanecen, pero no las instituciones concretas y la ley (1). Pero, además, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*International Human Rights*, en la fría pero precisa terminología en inglés, como se ha observado), es ya, de suyo, un cuerpo de leyes innovador y cambiante. De él, podría decirse, que todo es novedoso o casi novedoso, sobre todo, en relación a los viejos dogmas institucionales y doctrinales. Es significativo, por ejemplo, que Ch. De Visscher intitule su informe en el *Institut de Droit International*, renovadas sus actividades después de la guerra, bajo el epígrafe "Los derechos fundamentales del hombre, base de una restauración del Derecho internacional" (2), y que en el mismo año de 1947, otro importante jurista, Hersch Lauterpacht, pronuncie un curso en la Academia en este mismo sentido (3). Estas, novísimas para la época, actitudes intelectuales y de método eran representativas del surgimiento o de la elaboración de un nuevo concepto. Sin embargo, por la importancia del tema en el "nuevo" Derecho interna-

(1) Recuérdese a tal propósito la reproducida frase de Kirchmann.

(2) *Annuaire* (Lausanne), 1947. La ponencia y su anteproyecto de Declaración ponen de relieve la declaración de los derechos del hombre y del desarrollo técnico del Derecho internacional. También la conexión entre los derechos humanos y el derecho natural. La Resolución aprobada excluyó la referencia a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a diferencia de su inserción en el texto original propuesto. V. págs. 1, y sigtes; 258 págs.

(3) H. LAUTERPACHT: *The International protection of Human Rights*. "Rec. des Cours", 1947, I, págs 5 y sigtes. A los efectos de un cuadro de conjunto antes y después de 1945, v. "Introducción".

cional (que diría otro notable jurista de la época, Alejandro Alvarez), y recordando al tiempo de redactar estas páginas los treinta años pasados desde que la Asamblea General proclamara uno de sus más insignes documentos, y, así, a fin de verificar los progresos o cambios institucionales en este campo, hemos preferido mantener ese título general dentro de las reservas que acaso podrían suscitarse.

* * *

Esbozamos, primero, algunos rasgos introductorios a nivel histórico y a nivel de textos de la Carta de las Naciones Unidas.

Sabemos que el Derecho internacional "moderno" surge como *conditio sine qua non* del Estado "moderno"; esto es, en el contexto de un sistema de Estados soberanos. Era la época del Renacimiento en lo cultural y de los llamados tiempos modernos en lo histórico (4). La lucha (dialéctica y real) entre el principio de la soberanía y el de la preeminencia del Derecho marca desde entonces la historia del Derecho internacional (Vitoria, Grocio, etc.). La teoría y la praxis de los "derechos fundamentales de los Estados" forma parte de esta dialéctica y de esta lucha. Definir y proteger estos "derechos fundamentales" es tarea típica de los siglos XVIII y XIX. Todavía hoy encontramos huellas vivas de ese pasado (5). En el marco de esa estructura, y a consecuencia de ella, el Estado, único sujeto del Derecho internacional, era dueño y señor dentro de su competencia, la cual juzgaba discrecionalmente. Esta competencia incidía intensamente en cuestiones de "dominio reservado". El *ius ad bellum* y la autodefensa eran ejemplos a este título. Ahora bien, este estado de cosas no ha cambiado radicalmente. En la hora actual, las grandes potencias y el segundo mundo protagonizan las relaciones internacionales. Los Estados en general siguen siendo los actores principales de la escena. Estas afirmaciones se deben matizar bajo dos severas sustantivas: a) la proliferación de organizaciones internacionales, nuevos sujetos de Derecho internacional; b) una preocupación por el "factor humano" (el hombre como real destinatario de toda norma) y una introducción del individuo en la vida internacional, como persona

(4) A. J. LEBONART: *El Derecho Internacional como producto de la civilización occidental*. "Anuario IHLADI", 3, 1967, págs. 45 y sigtes.

(5) Valga el ejemplo de la "Declaración sobre los derechos y deberes de los Estados" (Asamblea General, Res. 375 (IV), de 6 de diciembre de 1949). Su punto 6.º, sin embargo, introduce una significativa excepción en el contexto señalado. El documento en L. GARCÍA ARIAS: *Corpus Iuris Gentium*. Zaragoza, 1967, págs. 322-3.

jurídico-internacional. Una búsqueda mediata de esto último estaría en la base de los horrores de la Segunda Guerra. Michel Virally, por ejemplo, ha insistido en este punto dentro de lo que él llama la "ideología primitiva de la ONU" (6).

Las propuestas en San Francisco de algunos países iberoamericanos (Panamá, en primer lugar; luego, Brasil, República Dominicana y México), destinadas a asegurar no sólo la "promoción" de los derechos humanos, sino también la "protección" de los mismos (al igual que otras propuestas también, acaso, demasiado ideales), no prosperaron. Los Estados temían ver comprometido su "dominio reservado". En la Carta, como es sabido, se otorga el Derecho internacional de los Derechos Humanos (art. 1, 3.º). Y el artículo 68 instituye una estructura orgánica, subsidiaria del Ecosoc. Otros artículos (el 55 y sobre todo el 56) son de máxima importancia a los efectos del dispositivo general. Son seis artículos, aparte el preámbulo, asistemáticos y asimétricos, pero que constituyen la "fuente" (7). Nada de esto figuraba en el sistema anterior del Pacto, el cual careció incluso de un órgano comparable al Ecosoc. Sólo en los finales años de su ya lánguida existencia, la sociedad tomó conciencia de los problemas de índole social y económica (8). Esto no quiere decir que el Pacto de 1919 ignorase un cierto número de cuestiones (art. 22, 1.º, art. 23, a). Los tratados de minorías celebrados a la terminación de la guerra suministran otra prueba.

La Carta constituye, pues, una innovación en la materia. Y en este sentido es más bien un tratado-marco que la praxis de la Organización irá a desarrollar. Así, los poderes de la Asamblea General le vienen del artículo 13. De la Asamblea General han partido las grandes decisiones (convenciones, declaraciones, pactos, etc.). Su Tercera Comisión es otra estructura clásica al respecto. Otras Comisiones de la misma Asamblea también han entendido los derechos humanos (en especial, Comisiones 2.ª, 4.ª y 6.ª). Por otra parte, la Asamblea General, por el momento, único órgano representativo de la comunidad total, ha instituido múltiples Comisiones especiales, como las establecidas, por citar un ejemplo clásico, en virtud de la celebrada Resolución de 14 de diciembre de 1960 (9).

(6) M. VIRALLY: *L'Organisation Mondiale*. París, 1972, pág. 302.

(7) *The United Nations and Human Rights*. U. N. Nueva York, 1973, págs. 2 y sigtes.

(8) Bruselas (1920), Ginebra (1927), Londres (1933), marcaron tres intentos de organización económica internacional bajo los auspicios de la Sociedad. Los esbozos de un órgano afín al Ecosoc fueron trazados por la SDN en sus últimos años.

(9) Asamblea General, Resoluciones 1.654 (XVI) y 1.800 (XVII).

Los poderes del Ecosoc son muy concretos y de vocación natural (art. 62, v. gr.). Los temas sobre los derechos del hombre son corrientemente objeto de debate en el curso de sus dos regulares sesiones anuales. Su Comisión de asuntos sociales está particularmente especializada. La Comisión de Derechos Humanos, ya aludida, cuyas funciones desde 1946 serán crecientes a partir de la década de los 60, constituye otra estructura clásica, pero también, a consecuencia de su desarrollo, moderna, por lo cual dejamos su estudio para el apartado siguiente. Otra estructura orgánica y funcional igualmente clásica dentro del Ecosoc es la Comisión para la condición de la mujer, asimismo establecida en 1946. Otros "órganos principales" como el Consejo de Seguridad, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Secretaría General (en especial su División de Derechos Humanos) se han ocupado de estos temas, los cuales han hecho inscribir en la agenda de la Asamblea General. La Carta no ha conferido al Consejo de Seguridad, único órgano ejecutivo, competencias específicas en este campo, mas su intervención en él le ha venido de la relación entre la paz y la violación de los derechos humanos como amenaza de paz. El Consejo de Administración Fiduciaria, habiendo prácticamente cumplido su misión, está llamado a convertirse en un órgano de igual rango ("principal", en los términos de la Carta) para los derechos humanos. Agreguemos que la Corte Internacional de Justicia se ha ocupado en ocasiones varias de estas cuestiones. Importa recordar como atribuciones concretas de la Corte, las opiniones consultivas de 28 de mayo de 1951 y 21 de junio de 1971 (10).

Hemos aludido, dentro de la rapidez de estas consideraciones introductorias, al concepto de "dominio reservado". Aparte los ejemplos referidos en ellas, múltiples materias figuraban en esta esfera de competencias soberanas y por ende exclusivas. El Derecho internacional de las organizaciones mundiales tampoco ha podido prescindir de este postulado (art. 15, 8.º del Pacto; artículo 1, 7. de la Carta). Recordemos las circunstancias que decidieron a Wilson, desengañado luego en su retiro de Washington, a la inserción de aquella norma. También la delegación norteamericana jugó un papel en la elaboración del artículo 2, 7.º (discusiones que se prolongarían luego en el Senado), uno, sin dudar, de los más complicados de interpretar y aplicar (11),

(10) "Reservations to the Convention on Genocide", ICJ, Reports, 1951, págs. 15 y sigtes. "Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)", ICJ, Reports, 1971, págs. 3 y sigtes.

(11) V. monografía de E. PECOURT: *La soberanía de los Estados ante la Organización de las Naciones Unidas*. Barcelona, 1962.

y que ya en el primer período de sesiones de la Asamblea General suscitara la controversia (cuestión española (12), situación de los hindúes en África del Sur).

Ahora bien, la interdependencia interestatal creciente (proceso que ya en el XIX tiene sus orígenes inmediatos), la interrelación de los planteamientos a nivel mundial, las implicaciones e imbricaciones de problemas aparentemente de competencia nacional, etc., hacen que cada vez sean más inusuales "los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados". Pues los derechos del hombre y sus libertades, cuestiones típicas de Derecho interno, son hoy de Derecho internacional (13). Las Naciones Unidas han influido en esta inversión de perspectivas o de ángulos de enfoque, independientemente de los decepcionantes debates ante sus foros en esta materia. Lo político, una vez más, ha prevalecido sobre lo estrictamente jurídico (14).

Con el reconocimiento por la Carta de los derechos humanos, el Derecho internacional ya no podemos reducirlo ni minimizarlo a un Derecho entre Estados, ni tampoco a un sistema entre Estados y organizaciones internacionales. El Derecho internacional ya no es tanto un sistema regulador de competencias y de áreas, como un Derecho de la Humanidad, como preconizara, ya hace años, Wilfred Jenks. El término "derecho de gentes" que intentó restaurar Georges Scelle, precisamente cuando la escalada de violaciones de derechos humanos estaba en su inicio, parece pues volver a iluminar aquella idea. Otra cosa sería la de considerar a efectos metodológicos, científicos y académicos la elaboración de una ciencia y disciplina autónomas en la materia. La Unesco ya ha programado planes en tal sentido. Estimamos que esta especialidad no debería partir de 1945 —fecha de su incorporación al Derecho positivo—, ni de 1919, ni de 1909. Los nombres de los clásicos españoles tienen que reaparecer una vez más a propósito de la intervención por motivos de humanidad (15). El siglo pasado, del que tanto depende éste, también contribuyó con notables aportes (trata, esclavitud, Convenciones de Ginebra, primeras conferencias sobre cuestiones laborales, etc.).

(12) V. el volumen *España y ONU. I. 1945-46. Documentación básica, sistematizada y anotada*. Dir. A. J. LLEONART. Inst. "F. de Vitoria". Madrid, 1978.

(13) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: *La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas en el colectivo ONU. Año XX*. Madrid, 1966, pág. 255.

(14) F. ERMACORA: *Human Rights in domestic jurisdiction* (art. 2.7 of the Charter). "Rec. des Cours", 124, 1968, II, pág. 443.

(15) L. GARCÍA ARIAS: *La intervención internacional por causa de humanidad*. Mélanges J. Spiropoulos, Bonn, 1957, págs. 163 y sigtes.

La promoción y protección de los derechos del hombre asocia inmediatamente a un problema antiguo: el del interrogante del individuo como sujeto jurídico. Vivimos hoy la contradicción entre la creciente maquinaria del Estado moderno y los derechos humanos. Si son éstos, pongamos, una cuestión de moda, es porque jamás fueron violados y conculcados como ahora. Un método test para verificar el papel del individuo como sujeto de derecho es el de someter a examen su titularidad jurídica ante y en relación a instancias internacionales. Analizar así sus posibilidades de acceso, como persona procesal-internacional, en los procedimientos y órganos jurisdiccionales. Este apartado es el central en este ensayo.

Hemos apuntado que el individuo como sujeto o actor jurídico de la vida internacional ha sido analizado en función del método de su capacidad legal-internacional. De ahí que mientras las puertas del palacio de La Haya le sean cerradas no podamos hablar de un protagonismo en tal sentido. Sin embargo, son ya varias las vías o instancias existentes a nivel mundial (pues a nivel regional occidental-europeo los desarrollos procedimentales son evidentemente superiores). En el curso del breve espacio que ya nos resta, quisiéramos destacar aquí tres de estas vías.

En primer lugar, la novedad de los artículos 8 y 9, y sobre todo el artículo 14 de la Convención Internacional para Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Asamblea General, Resolución 2.106, XX, de 21 de diciembre de 1965) (16). Debida a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y en especial a su Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, esta Convención es de las más fundamentales dentro del actual Derecho internacional de los Derechos Humanos. La creación (art. 8) de un "Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial", que en los términos del artículo 14 estará abierto a las personas o grupos de personas comprendidas dentro de la jurisdicción del Estado parte, mediante "cláusula facultativa" (*optional clause*), en relación a violaciones de derechos estipulados por la Con-

(16) Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante su vigésimo período de sesiones (21 de septiembre-22 de diciembre). AG. Docs. Ofs. Spul. núm. 14 (A/6014), págs. 52-58. (La Convención fue objeto de un precedente inmediato y decisivo: La Declaración de 20 de noviembre de 1963; AG. Res. 1904, XVII). La Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969.

vencción (art. 5), constituye un nuevo avance en esta ruta (17). Algunas delegaciones ante las Naciones Unidas interpretaron este artículo 14 como de "concepto nuevo" en el Derecho internacional (18).

Importa, no obstante, poner de manifiesto por lo significativo, la reticencia de los Estados a aceptar las condiciones del artículo 14, conscientes de este modo de las suscitaciones y repercusiones en la práctica que de su aceptación, sin más, podrían derivarse. Hay, así, una tensión que podría resumirse en una contradicción de soberanías: la estatal clásica y la individual en vías de formación. También interesa señalar que el artículo 14 fue un producto de proposiciones de pequeños Estados del Tercer Mundo (Filipinas, Ghana, Mauritania) y que la votación del texto fue de 66 votos a favor, cero negativos y 19 abstenciones (19). Un dato más de la influencia de los pequeños Estados es el actual desarrollo progresivo del Derecho.

Naturalmente, no se incluyen aquí otras eventuales o potencialidades del Comité, tales como buenos oficios, conciliación, etcétera, entre Estados partes (arts. 11 a 13). Así, en los términos del artículo 11, párrafo 1: "Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención, podrá señalar el asunto a la atención del Comité". La Convención prevé a estos efectos, a través del Comité, todo un sistema orgánico cuya originalidad reside en el carácter automático de sus mecanismos principales, a diferencia, por ejemplo, de los previstos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 41-43).

En segundo lugar, los Pactos internacionales, y concretamente, el "Comité de Derechos Humanos" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General, Resolución 2.200, XX, de 16 de diciembre de 1966). Este Comité

(17) Art. 14, párr. 1.º: "Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado parte que no hubiera hecho tal declaración".

(18) Ver Marc SCHREIBER: *La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme*. "Recueil des Cours", 145, 1975-II, pág. 349.

(19) Sobre el Proyecto de Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ver tema 58 del Programa. Anexos. Vigésimo período de sesiones. Asamblea General. Anexos, vol. II, Tercera Comisión. Docs. A/C. 3/L.1221 (Filipinas); A/C. 3/L.1274/Rev. 1 (Ghana); A/C. 3/L.1289 (Mauritania).

(fruto en su día de la Tercera Comisión), introduce, como es sabido, un derecho de petición individual (el texto no habla de "personas" o de "grupos de personas") contra un Estado (parte, claro está, al Protocolo) en materias relativas a los derechos enunciados por el Pacto (art. 1 del Protocolo Facultativo) (20). En este documento se han puesto muchas esperanzas, quizá excesivas. En la "larga marcha" de las Naciones Unidas representa en cualquier caso un hito significativo. La entrada en vigor de los Pactos y del Protocolo Facultativo (los textos referidos aquí el 23 de marzo de 1976), y la constitución de los 18 miembros del Comité el 20 de septiembre de 1976), añaden una nueva etapa. Por lo pronto, según últimos datos verificados, sólo 17 son los Estados partes al Protocolo Facultativo (21), cifra que es de esperar que aumente. Diez años han tardado los Pactos en entrar en vigor y muchos más fueron necesarios para su elaboración en las Naciones Unidas (1949-66). Este largo tiempo es significativo de la reticencia de los Estados dentro del contexto de tensión ya referido. El resultado de la aprobación del Protocolo Facultativo fue expresivo a estos respectos: 66 votos contra dos, y 38 abstenciones.

Este Comité desempeñará además otras funciones. Mas la más destacable y novedosa, con mucho, será la aludida en el párrafo precedente, mecanismo que, de todas formas, no alcanza los niveles de los introducidos por la Convención Europea de

(20) "Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte que no sea parte en el presente Protocolo". Asamblea General, Docs. Ofs. Vigésimo primer período de sesiones. Suplemento número 16 (A/6316), pág. 64. Los textos de los Pactos Internacionales y del Protocolo Facultativo complementario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en L. GARCÍA ARIAS: *Corpus*, págs. 527 y sigtes. Interesa reseñar que el "Comité de Derechos Humanos" establecido por la Parte IV del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 28 a 45), parece haber calcado en su totalidad la estructura orgánica del "Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial" (18 miembros, elección y ejercicio de sus cargos a título personal, duración del mandato, 10 instrumentos de ratificación a los efectos del derecho de petición individual, etc.).

(21) De momento han aceptado las disposiciones del Protocolo Facultativo: Barbados, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Jamaica, Madagascar, Mauricio, Noruega, Panamá, República Dominicana, Suecia, Surinam, Uruguay, Zaire. Por otro lado, 46 Estados son ya los que han ratificado el Pacto internacional que le precede y del que aquél forma parte. *ONU Chronicle*, marzo 1978, pág. 32.

10 de noviembre de 1950 y Protocolos sucesivos. En ese otro orden de funciones, el Comité considerará también: a) informes dentro del año siguiente al de la entrada en vigor del Pacto y en otras circunstancias a iniciativa del Comité (art. 40); b) comunicaciones de Estados partes, en el caso de haber reconocido la competencia del órgano en los términos del artículo 41 (22).

Los mecanismos del Comité de Derechos Humanos, dentro de los tres niveles son, sin embargo, demasiado débiles. La letra y el espíritu de los artículos 40 y 41 son extremadamente limitados y modestos ("El Comité... transmitirá sus informes y los comentarios generales que estime oportunos a los Estados partes", artículo 40, párrafo 4.º); (véase también el texto del párrafo letra i, artículo 41). El protocolo Facultativo es asimismo de un alcance reducido. No parece, sin embargo, que los individuos interesados vayan a disponer de un debate oral (así, art. 5 p. 2, 4.º) (23) ni que sus informes o resoluciones aparezcan sancionados jurídicamente. Ya se ha aludido a las imperfecciones o limitaciones del sistema en relación a la Convención Europea, cuyo artículo 25, por ejemplo, presenta una gama de sujetos o sectores procesales mucho mayor que la estricta del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

En cuanto a los mecanismos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nada nuevo parece que vayan a introducir en la práctica (24). En todo caso, no da la impresión que van a superar a los ya tradiciona-

(22) Art. 41, párr. 1.º: "Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración."

(23) Art. 5, párr. 2.5.º: "El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo." Una fuerte crítica contra el Protocolo Facultativo en *International Law Association*, 57 Conf. Madrid, 1976, Report: John HUMPHREY: *International Committee on Human Rights*, págs. 507 y sigtes.

(24) Art. 16, párr. 1: "Los Estados en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las materias que se hayan adoptado y los progresos realizados... 2.a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social, para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto..."

les del Ecosoc, con la diferencia, además, de que los informes transmitidos a este órgano son obligatorios para todos los Miembros de la Organización.

En tercer lugar, los nuevos sistemas o procedimientos introducidos por la Asamblea General, Resolución 2.144, XXI, de 26 de octubre de 1966, así como el establecido por el Ecosoc, Resolución 1.503, XLVIII, de 27 de mayo de 1970. En este apartado tenemos ante todo que referirnos al papel ascensional de la Comisión de Derechos Humanos, así como al de su Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. Estos órganos, como hemos visto, fueron modestos a la época de su constitución, pues sus resoluciones instituyentes les conferían competencias a título informativo y recomendatorio (Ecosoc, Resolución 5, I. Resolución 9, II). Realmente, el artículo 68 de la Carta no alineaba a la Comisión entre los "órganos principales". Como estructura funcional o subsidiaria del Ecosoc, órgano a su vez dependiente de la Asamblea General, la Comisión nacía ya como organismo de potencialidades restringidas. Además, tampoco se tuvieron en cuenta las directrices de la Comisión Preparatoria para la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1945.

Dicho papel creciente se reflejará, por una parte, en la composición del órgano, estabilizado en 18 miembros hasta 1961; en 1962 aumenta su efectivo a 21 y en 1966 a 32 (Ecosoc, Resolución 1.147, XLI). La ampliación de la Comisión de Derechos Humanos recuerda en cierta medida a la del Ecosoc (27 miembros en 1963 (25), y 54 en 1971) (26), órganos que además están llamados a cambios estructurales y competenciales paralelos. Como bien es sabido, los nuevos Estados son los beneficiados en estos incrementos. En la Comisión, veinte puestos están destinados a Estados de África, Asia y Latinoamérica.

La Comisión de Derechos Humanos, cuya inicial historia permanecerá siempre asociada a los nombres de la señora Roosevelt, Cassin, luego Premio Nobel de la Paz, Dehousse, Malik, etcétera, y a la gran Declaración Universal (Resolución 217 A, III), se declaró muy pronto inhábil a los efectos de recibir comunicaciones o quejas de particulares lesionados. El Ecosoc, órgano oligárquico, sobre todo en su primera fase, reafirmó o presionó dicha incompetencia. Todavía en 1959, el Consejo se afirmaba en sus actitudes precedentes (Resolución 728 F, XXVIII). La citada Resolución 2.144 A, XXI, dirigida en gran parte contra la política de "apartheid" del Gobierno de la República de

(25) En vigor, el 31 de agosto de 1965.

(26) En vigor, el 24 de septiembre de 1973.

Sudáfrica, marcará, en cierto modo, un punto de partida importante. En este contexto nuevo (Punto 12), la Asamblea General... "Invita al Ecosoc y a la Comisión de Derechos Humanos a examinar con carácter de urgencia el modo de reforzar los medios de que las Naciones Unidas disponen para poner término a las violaciones de derechos humanos dondequiera que ocurran" (27). En realidad, precedente más específico sea a estos respecto la Resolución 1.102 (XL), de 4 de marzo de 1966, del Ecosoc, cuyo Punto 1 establece que el Consejo Económico y Social, "Invita a la Comisión de Derechos Humanos a que examine en su 22.º período de sesiones, como cuestión importante y urgente, la cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y de segregación y la política de "apartheid" en todos los países y territorios coloniales y dependientes" (28).

Desde 1967 (Ecosoc, Resolución 1.235, XLII, de 6 de junio) y sobre todo desde 1970 (Ecosoc, Resolución 1.503, XLVIII, de 27 de mayo), la Comisión y su Subcomisión son dotadas de funciones más fuertes a fin de examinar las comunicaciones sobre violaciones en materia de derechos humanos y libertades fundamentales. En virtud de la Resolución 1.503, XLVIII, el Consejo Económico y Social autoriza a la Subcomisión a designar un "Grupo de trabajo" con competencias para examinar las comunicaciones que se reciban en la Secretaría General. Este Grupo de trabajo, que se reúne en sesión privada, podrá llamar la atención de la Subcomisión respecto a aquellas comunicaciones que a su juicio parezcan revelar la existencia de "violaciones flagrantes y sistemáticas" (*gross violations*). La Subcomisión someterá después sus informes confidenciales a la Comisión de los Derechos Humanos. El Grupo de trabajo quedó constituido en aplicación de la Resolución 2 (XXIV) de la Subcomisión el 16 de agosto de 1971 (29).

(27) "Cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y de segregación y la política de *apartheid* en todos los países y, en particular, en los países y territorios coloniales y dependientes." Véase también punto 10. *Asamblea General. Resoluciones. Supl. N.º 16 (A/6316)*, pág. 52.

(28) ECOSOC. Docs. Of. 40 período de sesiones. Anexos (tema 10 del programa).

(29) El Grupo de trabajo se reunió del 20 al 31 de agosto, habiendo examinado más de 7.000 comunicaciones, las cuales le habían sido presentadas en su primera sesión. La Comisión decidió comunicar los documentos pertinentes a los gobiernos afectados y cuyas observaciones deberían serle transmitidas a la Secretaría General antes del 1 de diciembre de 1974. La Comisión decidió, por otra parte, constituir un Grupo de trabajo de cinco miembros a fin de examinar todo los in-

En consecuencia, los nuevos mecanismos son susceptibles de producir un proceso complejo —Grupo de trabajo (de la Subcomisión y de la Comisión), Subcomisión, Comisión de Derechos Humanos—, ya que esta última, además, puede designar un Comité especial o una Comisión de encuesta, habida cuenta de que el Estado en cuestión diera expresamente su consentimiento. Tales mecanismos y procedimientos constituyen un paso más hacia la institucionalización del derecho de petición individual en Naciones Unidas. Y en este sentido, la Subcomisión estima que las comunicaciones individuales pueden emanar de cualquier persona o grupo de personas, así como de aquellas personas que hayan tenido un conocimiento directo en dichas violaciones. Estos procedimientos han dado origen a grupos especiales de expertos que han realizado parte de sus investigaciones en base a testimonios de particulares en viajes a Europa y Africa (cuestiones sobre Africa del Sur, Namibia, Rodesia del Sur, Angola, Mozambique, Guinea-Bisau). Las misiones de encuesta han extendido su campo de trabajo, ya a temas de orden general ("apartheid", discriminación racial), ya específicos (tratamiento a detenidos políticos, condiciones laborales a trabajadores africanos, pena capital, etc.). No obstante, estas misiones no han podido tener acceso a los países referidos *in situ*. Tampoco han podido realizarse las encuestas *in situ* propiciadas por la Comisión respecto a los territorios ocupados por Israel, ni sobre la situación de los derechos humanos en Chile (30).

La entrada en vigor de los Pactos Internacionales y del Protocolo Facultativo (3 de enero y 23 de marzo de 1976), ha marcado un paso —y tiene un valor de símbolo—, en la ya "larga marcha" de la ONU. Las Naciones Unidas, que han fracasado en tantas cuestiones de paz y seguridad, pero que también han conseguido un cierto número de éxitos en estas cuestiones, son acreedoras desde ahora de un nuevo logro. Pues la paz también depende de la situación de los derechos humanos. Los derechos humanos son igualmente un problema de paz. El Consejo de Seguridad, que es órgano específico en materia de paz o de amenaza grave a la paz, también ha entendido en múltiples ocasiones en derechos humanos. La Carta no le ha conferido poderes especiales en tal sentido, pero la praxis ha mostrado esta extensión de competencias.

formas suministrados por la Subcomisión. Este Grupo de trabajo quedó constituido el 17 de mayo de 1974 (Ecosoc, decisión 15, LVI). *Annuaire des Droits de l'Homme pour 1973-74*, Nueva York, 1977, pág. 31.

(30) J. B. MARIE: *La situation des droits de l'homme au Chili: enquête de la Commission des Droits de l'Homme*. Ann. Français de D. I., 1976, págs. 305 y sigtes.

Estos instrumentos auspiciados por la ONU están llamados a desempeñar un papel estimable. La institución de una estructura *ad hoc* en la que además los particulares tengan el acceso libre es una novedad dentro del derecho positivado de las Naciones Unidas. Es más, las nuevas estructuras (el Comité en los términos de la parte IV del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo anexo), pondrán en evidencia la necesidad de transformar una gran parte del sistema. Su repercusión afectará al más perfeccionado y experimentado de la Convención Europea. No parece, sin embargo, que vaya a plantearse una supuesta incompatibilidad (por así decir) entre el Comité de Derechos Humanos y la Comisión de la Convención Europea, ya que los Estados partes a esta última (así, los países nórdicos) se revelan más inclinados a utilizar los mecanismos regionales que los universales (31). Dentro del sistema orgánico de la ONU esta verosímil transformación o revisión será cada vez más manifiesto. Ya se ha aludido a una eventual conversión del Consejo de Administración Fiduciaria en un Consejo de Derechos Humanos.

Pero tampoco conviene ilusionarse demasiado en estos puntos. La incertidumbre y la aleatoriedad permanecen como elementos vivos en ellos (32). Los Estados partes del Protocolo, como hemos visto, no son muchos y además heterogéneos. En este último contexto, sólo es acaso excepción la comunidad nórdica. Las renuncias y las reticencias de los Estados a formar parte del Protocolo son evidentes. Y aunque desde diciembre de 1973, diez Estados ya lo habían ratificado (por lo cual, teóricamente ya podía haber entrado en vigor, art. 9, 1.º), el número de adhesiones o ratificaciones posteriores es insignificante a todas luces. Las Grandes Potencias y los países más industrializados parecen ignorar el Protocolo. Por otra parte, los poderes del Comité de Derechos Humanos y sus mecanismos son poco eficaces. En consecuencia los Estados siguen siendo *de facto* (incluso *de iure*) los centros históricos y reales del poder. Sus maquina-

(31) Este problema ya fue previsto por A. H. ROBERTSON: *The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights*. British Year Book of I. L., 1968-69, págs. 21 y sigtes., también v. M.-A. EISSEN: "Coexistence" de la *Convention européenne des Droits de l'Homme avec le Pacte des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques: décisions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*. Zeitschrift für ausländisches öffentliches R. und V., 30, 4, dic. 1970, págs. 646 y sigtes.

(32) J. MOURGEON: *L'entrée en vigueur des Pactes Internationaux relatifs aux droits de l'homme*. Ann. Français de D. I., 1976, págs. 290 y sigtes. Bajo este mismo título, el artículo de EGON SCHWELB, en "American Jour. of I. L.", julio 1976, págs. 511 y sigtes.

rias tecnocráticas, burocráticas y autocráticas ("monstruos fríos", que diría Nietzsche), resultan dominantes.

Tampoco, no obstante, esto sería una reevaluación o reflexión correcta. Pues las Naciones Unidas (sus foros, su diplomacia parlamentaria y en cierta medida democrática, etc.) son como los guardianes del orden público, alertados y atentos. La sociedad universal es una sociedad de Estados y de Organizaciones institucionalizadas. Como de círculos concéntricos que no se superponen. Formar parte de una organización es sacrificar, en cierto modo o en otro, algún sector de ese poder. Estructuras como la Comisión de Derechos Humanos y su Subcomisión, según ya vimos, han ido acreciendo en funciones (primero promocionales, después institucionales (33). Este aumento de cantidad de poder no ha podido adquirirse sin una pérdida correlativa de soberanía estatal. Mediatizados en una primera etapa por el Ecosoc, donde las Grandes Potencias siempre han tenido asegurado de hecho un puesto, aquellos órganos han pasado así, tras veinte años de esfuerzos, en centros dinámicos y denunciadores de violaciones flagrantes y sistemáticas. La politización ("galopante", como la ha llamado un especialista en la materia) (34), no es ciertamente en estos centros una nota positiva. Pero la ONU es una institución política (aparte naturalmente de su estructura jurídica) y la politización de sus estructuras resulta en estas condiciones "lógica". Desgraciadamente, no puede ser de otra manera. Hay que aceptar a las Naciones Unidas, que no son un organismo científico, aunque algunas de sus estructuras técnicas puedan serlo, con sus vicios y virtudes. Aceptarlas así no significa por eso abandonarlas a esta suerte. Los miembros de estas estructuras son expertos..., pero designados y propuestos por Estados (por ejemplo, art. 29, 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Hemos aludido a los derechos humanos como objeto de una filosofía o ideología determinada en el curso de los primeros años de la organización mundial. El impacto natural de la segunda Guerra era dominante en ella. Después, el fenómeno descolonizador (la autodeterminación política y económica) (35),

(33) Una primera monografía de conjunto sobre estos órganos, en J. B. MARIE: *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*. París, 1975.

(34) K. VASAK, en el Prólogo al libro de J.-B. Marie (cit).

(35) A. J. LLEONART: *Derecho de los Estados a disponer libremente de sus recursos naturales*. Madrid, 1976, esp. págs. 191 y sigtes. Por otra parte, los Organismos especializados, particularmente la OIT, la UNESCO, la FAO y la OMS, también han contribuido a dicho ensanchamiento de temas. Por vía de ejemplo, merecerían destacarse las Convenciones de la OIT núm. 29 (1930), núm. 87 (1949), núm. 105

imprimió un carácter distinto, vivo aún en la corriente. El tema ha ido ensanchándose (población, alimentación, etc.), en donde los factores económicos parecen prevalecer. En el Nuevo Orden Económico mundial, los derechos humanos recobran una dimensión de primer plano. Pero también conviene no perder de vista que la división actual política y económica del mundo permite difícilmente un análisis y elaboración uniformes y menos aún ordenada de estos derechos y libertades. Recuérdense los debates, en plena guerra fría, en el curso de la redacción de la Declaración Universal. La aprobación del famoso texto, sin embargo, no pudo ser objeto de ningún voto en contra. Para los Estados del grupo socialista, dando prioridad a los derechos económicos y sociales, los derechos humanos son asuntos de la esfera interna. Otras Potencias tampoco se han mostrado interesados por incompatibilidades diversas (así, Estados, China, Japón, Francia) respecto a acceder al Protocolo. Este último país, como sabemos, fue enormemente reticente a ratificar la Convención Europea. La guerra fría, intermitente en ocasiones, ha estallado una vez más a propósito de la ratificación de los Pactos por la República Federal de Alemania. La URSS ha hecho valer el Acuerdo tripartito de 3 de septiembre de 1971 y se ha opuesto a la extensión de aquella ratificación al Berlín-Oeste. El problema permanece.

Creemos, por otro lado, que el tema de los sujetos del Derecho Internacional ya no puede ignorar al individuo. El valor jurídico de la Declaración Universal, aun cuando inicialmente no intentaran sus autores darle más que un carácter de programa o preprogramático, es manifiesto hoy, treinta años más tarde. Los pactos Internacionales han consolidado este valor, pues de otro modo no tendría ningún sentido que éstos fueran (como son) derecho positivo, y que aquella siguiera siendo un documento de validez únicamente "política". En cuanto a la Convención de 1965, también examinada, sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, al instituir asimismo nuevas e innovadoras estructuras, refuerza igualmente este proceso. Es preciso insistir en estas afirmaciones y convencer a los Estados que ya no son los únicos protagonistas de la vida internacional. Es ésta una labor pedagógica y de investigación científica y humanística en la que el campo de la ciencia puede aportar algo. Es más: un concepto filosófico y simbólico de la comunidad en su conjunto, pero ya incorporado al derecho posi-

(1957), núm. 111 (1958) y de la UNESCO la Convención contra la Discriminación en Educación (1961). Otra cosa sería el discutir aquí el llamado "derecho de Ginebra" (en especial las Convenciones de 1949 y de 1977).

tivo, esto es, la humanidad, también debe ser incluido en el marco de esta labor (36).

La relación entre el hombre y el Estado (el suyo propio u otro) producirá cada vez más una tensión, una diferencia, que recuerdan, salvando las distancias, a la que existe entre el Estado y la Organización Internacional desde que el fenómeno de las Organizaciones fue institucionalizado. Pero la lucha entre el hombre y el Estado es más desigual, mas no por eso menos enconada. Sólo unas estructuras cada vez más capaces de asegurar no sólo la promoción, sino también la promoción de los derechos humanos enriquecerá el proceso, en el que esos cinco documentos referidos forman como la parte nuclear de un nuevo concepto del Derecho Internacional (37).

II. Noticias de libros

(36) Ver L. LEGAZ y LACAMBRA: *La Humanidad, sujeto de derecho*, Homenaje al Prof. L. SELA, II. Oviedo, 1970, págs. 549 y sigtes.

(37) Esta última idea sobre el nuevo concepto del Derecho Internacional ya fue expuesta y desarrollada en mi artículo *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, "Arbor", núms. 359, 1975, páginas 75 y sigtes. Una bibliografía básica en la materia, A. J. LLEONART, en "Rev. de Derecho español y americano", núm. 23 (1969), págs. 293 y sigtes. Una bibliografía actualizada en el curso (cit.) de M. SCHREIBER, págs. 393 y sigtes.

Geraldo Eulalio NASCIMENTO E SILVA: *Diplomacia y Protocolo*. Rosario. Imprenta de la U. N. R., 1973, 285 págs.

No es frecuente en la bibliografía latinoamericana encontrar obras dedicadas a un tema de tanta tradición como la diplomacia, cuya existencia, al margen del contenido del concepto y su evolución terminológica, se remonta al momento mismo en que los pueblos primitivos sintieron la necesidad de relacionarse, cualesquiera fueron las formas y las características de los vínculos.

Es notoria la circunstancia de que el término "diplomacia" comprende diversas acepciones y ha sido utilizado para referir variadas situaciones. No es de extrañar entonces que el autor haya dedicado el primer capítulo de la obra a desentrañar su contenido y su genuino alcance. Así, la lexicología admite que el término sea usado para caracterizar la política exterior de un Estado, o con un sentido genérico (diplomacia argentina), o para referirse a las funciones propias del diplomático o, en su acepción vulgar, para significar tacto, cortesía, delicadeza.

En pos de una definición sintética y clara, el autor pasa revista y desmenuza los conceptos vertidos por distintos tratadistas y tras reconocer la evolución experimentada respecto de los sujetos, métodos y objetivos, nos dirá que la diplomacia procura el logro por medios pacíficos de cierto resultado en el campo internacional, de conformidad con una política exterior previamente establecida o, en otros términos, "la ejecución de una política exterior, tratando de concretar los objetivos nacionales en el campo internacional, mediante procedimientos que excluyen la guerra".

Diplomacia multilateral y diplomacia parlamentaria, parecieran constituir las nuevas modalidades. Aquélla, otrora relegada a épocas post bélicas, eclipsa a la diplomacia bilateral y adquiere singular trascendencia a partir del siglo pasado para, en la medida en que se acentúa la cooperación en los diversos campos de la vida internacional y se aceleran los progresos tecnológicos, constituir un medio habitual y corriente en el siglo XX. En alguna medida ha sido institucionalizada en las cartas fundamentales de no pocas organizaciones internacionales, trayendo aparejada la revitalización o el debilitamiento de las técnicas de la diplomacia tradicional.

Los fines u objetivos de la diplomacia parlamentaria no di-

fieren mayormente de los de la diplomacia tradicional, aunque la variante se registra en los métodos. Congresos y conferencias, discusiones y debates en el seno de los órganos de la ONU, de la OEA y de otras organizaciones intergubernamentales, con procedimientos debidamente reglamentados y una consentida publicidad, constituyen adecuados escenarios para su materialización. El medio de manifestación de la voluntad estatal —el voto—, constituye, según el autor, el eje sobre el que gira la problemática atinente a la diplomacia parlamentaria, sin restar importancia a la controvertida cuestión del veto de las grandes potencias. Diplomacia tradicional y diplomacia parlamentaria, en su opinión, constituyen el anverso y el reverso de una misma moneda.

Los medios de comunicación, especialmente los de carácter masivo, han constituido un medio idóneo y eficaz para el desarrollo de la llamada "diplomacia pública", que ha permitido a los Estados, aun en otras épocas, una calculada "penetración" en la opinión pública de otros miembros de la comunidad internacional.

Advirtiéndole contra cierta literatura intrascendente, el autor estudia las cualidades del diplomático. Patriotismo, inteligencia y sentido común, integridad, sociabilidad, adaptabilidad y condiciones de trabajo, que unidas a la prudencia, reserva y paciencia entre otras, complementadas recíprocamente, son las virtudes que deben signar la personalidad del diplomático. Con acendrado realismo se ponen al desnudo las dificultades y vicisitudes que acompañan la vida diplomática y se destaca la imagen poco favorable del agente diplomático que arrojaba la literatura especializada de siglos anteriores.

A la indagación de los orígenes de la práctica diplomática y la evolución de la institución han sido dedicados varios capítulos de la obra. Un hito en este estudio lo constituye el advenimiento de las embajadas permanentes al promediar el siglo xv, hecho éste que determinó el comienzo de la diplomacia como actividad estatal y que habría de prolongarse hasta nuestros días, si bien con ciertos altibajos.

Las recientes investigaciones desechan ciertas teorías sobre la época de gestación de la diplomacia. Desde la lejana antigüedad, los pueblos han celebrado acuerdos defensivos y ofensivos, tratados de comercio y otros actos que contribuyeron a crear un importante cuerpo de normas consuetudinarias que tendrían vigencia durante muchas centurias hasta épocas muy recientes, en las que tras algunos fallidos intentos se abordaría definitivamente la tarea de su codificación.

El Código de Manú en la India, la "proxenia" en el mundo

griego, el "jus feciale" en Roma, entre otros documentos e instituciones, proporcionan fehacientes muestras de una práctica estrechamente vinculada con la actividad diplomática. No menos incidencia tendría el servicio de los negocios exteriores en Bizancio: las credenciales, las instrucciones detalladas, la clasificación de los enviados, el protocolo, el afianzamiento de los privilegios e inmunidades, la "comitas gentium" diplomática, constituirían inestimables aportes.

En el renacimiento italiano deben ubicarse los primeros atisbos de la que constituiría la diplomacia actual, desempeñando un papel de preeminencia Venecia, Florencia y los Estados Pontificios, además, la popularización de la función consular, también con características muy semejantes a las de nuestros días.

El tránsito de la misión *ad-hoc* a la permanente y sus primeras manifestaciones, en nacimiento de los órganos estatales encargados de las relaciones internacionales, la introducción del idioma francés, los primeros aportes doctrinarios especializados, el Congreso de Viena de 1815 y su trascendencia en variadas cuestiones como la precedencia, el "alternat" de la firma de los tratados y la clasificación de los agentes diplomáticos, la diplomacia brasileña del siglo pasado, la diplomacia secreta, las consecuencias de la primera y segunda guerras mundiales en esta actividad, la diplomacia de posguerra y su secuela, entre otros hechos, han atraído la atención del autor en orden a la determinación de las pautas que rigieron la evolución histórica de la diplomacia, siendo de destacar la selecta bibliografía que nutre su exposición.

El descubrimiento de la energía nuclear y su impacto en las relaciones internacionales, como la conquista del espacio ultraterrestre y otros eventos, constituyen hechos de consecuencias todavía imprevisibles que sin hesitación permite presagiar el ingreso a una nueva era en la diplomacia. La multiplicidad de relaciones de toda índole, la necesidad de conocimientos técnicos otrora no tan imprescindibles, las nuevas formas de vida llevadas al plano internacional como consecuencia del advenimiento de las ex colonias a la vida independiente, la determinación y concreción de las pautas del progreso nacional en los países subdesarrollados, requieren una diplomacia especializada, ágil y eficaz.

En sucesivos capítulos, Nascimento e Silva incursiona en los antecedentes, tarea preparatoria y puntos conflictivos de la Conferencia de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, en la ampliación del marco tradicional de la diplomacia hacia esferas económicas, comerciales y sociales antes desconocidas o al menos subestimadas, en las cuestiones de protocolo y ceremo-

nial, señalando el principio de la igualdad jurídica de los Estados como fundamento del primero, en el trámite de presentación de credenciales, en el conflictivo tema de la precedencia, en el status jurídico del cuerpo diplomático, en el protocolo de despedida de los agentes diplomáticos, matizando frecuentemente todos estos temas con citas de acontecimientos reales y ejemplificadores.

El autor ha proporcionado así, en diecinueve capítulos de lectura amena y simple, una visión global y sintética de la amplia problemática que encierra la diplomacia, ha señalado con todo acierto la evolución doctrinaria en lo atinente a las dotes y características de los Agentes diplomáticos y ha brindado una amplia casuística que aunque a veces de apariencia doméstica, resulta de gran trascendencia en el mundo diplomático. La obra adquiere relevancia por ser su autor un diplomático avezado y de carrera, que ha vertido con juicio sereno y realista su amplia experiencia.

Ernesto J. REY CARO

Asociado del IHLADI

L. LUCCHINI y M. VOELCKEL: *Les Etats et la mer*. París, 1977. "La Documentation Française", 460 págs.

Los mares han cesado de ser un espacio abierto. Ciento cincuenta Estados reunidos desde 1973 en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar intentan definir un nuevo régimen jurídico para el espacio marino, en todas y cada una de las perspectivas de este medio, el cual viene siendo objeto de crecientes apropiaciones unilaterales. Aunque el interés por los problemas del mar sea común a todos los Estados, no debe ser entendido —en el parecer de los autores cuya obra comentamos— como expresión del *bien común* de la comunidad de las naciones: no se puede tener una visión clara de las tentativas de edificación de un nuevo orden marítimo sin tener en cuenta las diferentes situaciones específicas y particulares de los Estados respecto al mar.

Lucchini y Voelckel, bajo los parámetros anteriormente expuestos, dividen la obra —cuyo subtítulo ("Le nationalisme maritime") es bien significativo— en dos partes: en la primera, que va precedida de una Introducción en la que estudian el fenómeno del nacionalismo marítimo, se ocupan de "los Estados en situación", analizando en la segunda parte, a la que siguen sendos apartados de Conclusiones y de Anexos documentales, los comportamientos de "los Estados en confrontación". El contenido de la obra estudia, pues, la relación de los Estados con el mar, desde una doble perspectiva estática y dinámica. A nuestro modo de ver, en "los Estados en situación" priva una concepción "anatómica" de los Estados ante el mar, mientras que en "los Estados en confrontación" asistimos a un análisis "circulatorio", con una cierta dosis de aportaciones sociológicas, de la conjunción Estados y medio marino.

En la Introducción (págs. 9-41), partiendo del examen del nacionalismo marítimo clásico, caracterizado por su concepción homogénea y por la generación de un Derecho del mar *unitario y limitado* (pág. 13), se estudian las transformaciones sufridas por ambos, mediante el análisis de los diferentes factores de evolución que los autores dividen en políticos (transformación de la composición de la sociedad internacional, nuevas exigencias de la seguridad nacional y relativa inadaptación de las organizaciones internacionales), económicos (cambios habidos en la navegación marítima y en la explotación de las riquezas biológicas

y minerales) y de aceleración tecnológica, hasta llegar a la situación actual en la que el nacionalismo marítimo se presenta, al lado de un Derecho del mar *totalitario* (pág. 30) que intenta reglamentar todas las actividades del medio, como un nacionalismo amplificado, diversificado, ambiguo, fáctico —por carencia de un soporte ideológico— y de naturaleza sustancialmente económica.

Tales condiciones llevan a una división geográfica de los océanos, a una parcelación del Derecho del mar, fruto de una actitud hiperanalítica, y a un sinnúmero de conflictos y tensiones, factores todos que conducen a los autores a finalizar esta parte introductoria con la pregunta siguiente: “¿Contribuye el “nacionalismo marítimo” a la construcción de un nuevo orden marítimo internacional?” (pág. 41).

A nuestro juicio, el contenido de esta parte introductoria es sustancial en sí mismo, por ser la indagación de la *substantia* del nacionalismo marítimo tarea obligada para la comprensión del porqué de las transformaciones habidas en el Derecho del mar durante los últimos años.

Del estudio de las singularidades de los Estados, en conexión con el nacionalismo marítimo, se ocupa la primera parte (“LES ETATS EN SITUATION”, págs. 45-296). Aquí, siendo los autores conscientes de las interpenetraciones existentes, los sujetos estatales son estudiados esquemáticamente bajo una triple perspectiva: geográfica, económica y política. Tal vez hubiera sido deseable que los intereses de seguridad que representa el mar para los Estados, hubieran sido estudiados con la suficiente autonomía, de modo que pudiésemos gozar de una cuarta perspectiva.

Bajo la perspectiva geográfica se examina la situación de los Estados costeros en relación con la localización geográfica de las riquezas biológicas y minerales, plataforma continental, zona económica exclusiva (de la cual se afirma que “amplía considerablemente las desigualdades entre los Estados” —pág. 67—) y estrechos, ocupándose asimismo de las particularidades de los Estados sin litoral, Estados-archipiélagos y de aquellos que se encuentran en situación geográfica desventajosa.

El estudio de la situación económica de los Estados en relación con el mar gira en torno a la siguiente pregunta: “¿Los recursos del mar son de tal naturaleza que influya sensiblemente sobre la actitud de los Estados?” (pág. 92). Lucchini y Voelckel, estudiando la importancia que hoy día tienen la pesca, el petróleo, los nódulos polimetálicos y los transportes marítimos, los cuales han llegado a ser capítulos de vital importancia en muchas economías estatales, llegan a la conclusión de la procedencia de una respuesta afirmativa, respuesta que, en buena parte,

será la causa de conflictos y tensiones en el medio, y algunas veces, incluso, de carácter interno.

La situación política es estudiada mediante el análisis de las posiciones mantenidas por los Estados respecto a la anchura del mar territorial, Convenciones de Ginebra de 1958, Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, participación en las organizaciones internacionales que tienen que conocer de problemas marítimos, presupuestos oceanológicos y capacidad y composición de las distintas flotas militares. Pero tan importante como las posiciones nacionales en sí mismas, es la observación del comportamiento de los elementos que intervienen en el proceso de formación de la *posición nacional*. Lucchini y Voelckel se ocupan del tema al responder a la pregunta: “¿Qué es una posición nacional?” (pág. 274). Estados y fuerzas transnacionales conforman las posiciones de los diferentes países: los primeros lo hacen en virtud de su calidad de centros de decisión no exclusivamente racionales y no únicos y con los elementos de diversificación políticos y administrativos que les son propios; las segundas lo hacen, bien a través de las organizaciones internacionales, bien por medio de las firmas multinacionales.

En la segunda Parte de la obra (“LES ETATS EN CONFRONTATION”, págs. 299-425), la confrontación de los Estados, entendida como *encuentro* de éstos en el medio marino, es tratada desde la doble vía del enfrentamiento y de la entente.

En el campo de los enfrentamientos se analizan, primeramente, las técnicas jurídicas utilizadas en la formación del derecho, estudiándose, preferentemente, la importancia del acto jurídico unilateral en sentido estricto o bajo la forma de declaración conjunta, señalándose, igualmente, la acentuación del nacionalismo en la composición y estructura de los órganos internacionales especializados al mismo tiempo que a través de la futura Autoridad internacional. A continuación se delimitan los “objetos” de los enfrentamientos. Estos, con base en una nacionalización espacial progresiva, se mueven en torno a los fenómenos de extensión de las aguas interiores, mar territorial —con especial incidencia en la actualización del derecho de paso inocente y en la problemática de los estrechos—, zona contigua, plataforma continental, y muy especialmente en torno a la institución de la zona económica exclusiva —con el problema de su naturaleza jurídica a cuestas—, zona sobre la que los autores hacen un balance poco alentador: “La institución de la zona económica exclusiva no parece ser el correctivo inicialmente imaginado, tendiente a compensar las desigualdades de riqueza” (pág. 361); apreciación ésta, apoyada en determinadas comparaciones esta-

dísticas, que merece de nuestra parte reservas a la luz de la presente dinámica socio-económica en relación con dicha zona (licencias, empresas mixtas, reglas para un aprovechamiento racional de los recursos, defensa ambiental, etc.). Ocupan, en fin, también un lugar predominante en el terreno de la confrontación, el desarrollo de competencias por parte del Estado ribereño y el uso de la fuerza naval que con su carga simbólica lleva consigo un peso psicológico de gran importancia.

Ante todo lo anteriormente expuesto, la entente se nos ofrece como algo de difícil consecución. La solidaridad, cuando la hay, no se desarrolla en nombre de un ideal elevado de fraternidad humana, sino por meras razones de supervivencia. En este sentido, las solidaridades regionales son calificadas como *relativas* y la zona económica regional, en la forma que quiere dársele, es juzgada como claramente insuficiente, siendo incierto, por lo demás, el futuro de los fondos marinos como patrimonio común de la Humanidad. La III Conferencia no arroja demasiados puntos de luz: "Ella llegará quizá a un acuerdo global. Pero según toda verosimilitud, éste será mucho más un compromiso entre las pretensiones nacionalistas respectivas que un texto que exprese la solidaridad" (pág. 409).

Como resumen del apartado de Conclusiones podríamos invocar: "De moyén, la mer est devenue objet de conquête" (página 433).

La obra es estimable por la aportación de una gran cantidad de datos sobre el tema que sirven de soporte a los argumentos teóricos y por el realismo que se trasluce a lo largo de ella. Ahora bien, en alguna medida, es víctima del amplio objetivo que se propone, como es el de ofrecer un estudio global de un problema que es objeto de discusiones múltiples y que demanda un profundo y parcelado tratamiento monográfico. De todos modos, tal como está concebida, tiene su razón de ser y constituye una aportación muy valiosa para el entendimiento de la evolución habida últimamente en el Derecho del mar.

Antonio MARTINEZ PUÑAL

Profesor Ayudante de Derecho Internacional

Facultad de Derecho, Santiago.

III. Noticiario del IHLADI

Esta sección de Noticiario del IHLADI ha venido apareciendo en cada volumen de nuestro ANUARIO y, a veces, de manera retrospectiva y recopilatoria, con objeto de que, dada la difícil y anormal periodicidad del mismo, no quedasen sin recoger los acontecimientos y acuerdos de los Congresos celebrados anteriormente.

En el volumen 1, como era lógico, sólo se ofrecieron las crónicas del Congreso fundacional, de Madrid (1951), y las de los de Sao Paulo (1953) y Quito (1957).

En el volumen 2 se recogió el IV Congreso, de Bogotá (1962).

En el volumen 3, la crónica del V Congreso, celebrado en Santiago de Compostela (1966).

En el volumen 4 se estimó conveniente recopilar los Acuerdos adoptados en los anteriores Congresos IV y V, de Bogotá y Santiago de Compostela, pero ofreciendo, también, los de los Congresos VI, de Caracas-Médida (1967); VII, de Buenos Aires (1969); VIII, de Lima (1970), y IX, de Lisboa (1972).

Debe correspondernos, por tanto, ofrecer en el presente volumen 5 los Acuerdos de los dos últimos Congresos celebrados: el X, de México-Guanajuato (1974), y el XI, o de las "Bodas de Plata del IHLADI", celebrado en Madrid-Salamanca, como el fundacional (1977).

Asimismo, por su indudable interés, recogeremos en esta sección los discursos pronunciados durante la celebración del último Congreso, por el entonces Presidente saliente del Instituto, Licenciado César Sepúlveda (México), el 5 de octubre de 1977, en la Solemne Sesión Inaugural del mismo; por el Doctor Héctor Gros Espiell (Uruguay), en la emotiva ceremonia del Aula "Miguel de Unamuno" de la Universidad de Salamanca, el 9 de octubre del citado año, y por el Doctor Antonio Gómez Robledo (México) en el Convento de San Esteban de Salamanca, en el mismo día, en el Homenaje a Vitoria.

Lamentándolo muchísimo, no nos ha sido posible recoger, ni siquiera en síntesis, las numerosas intervenciones de los distintos Miembros y Asociados, durante las reuniones de trabajo de los citados congresos y las palabras improvisadas que, a manera de breve discurso, pronunciaron en los actos sociales del último el Doctor Fabio Fournier (Costa Rica), en la Casa de la

Villa de Madrid; el Doctor Juan Munguía Novoa (Nicaragua), en el Centro de Cooperación Iberoamericana; el Doctor Martinho Nobre de Mello (Portugal), en la Sesión de Clausura, y, obviamente, los discursos que en las ocasiones solemnes de Inauguración y Clausura del Congreso pronunciaron el Secretario General, el Director y el Presidente, respectivamente, los Doctores Azcárraga, Sela y Legaz.

PALABRAS DEL LICENCIADO CESAR SEPULVEDA (MEXICO), PRESIDENTE SALIENTE DEL IHLADI, EN LA CEREMONIA INAUGURAL DEL XI CONGRESO.

(Madrid, 5 octubre 1977)

Aligero mi responsabilidad de haber ejercido estos tres años la presidencia del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional con una nota de alegría y de optimismo, al ver que al fin ha podido congregarse este histórico, trascendente XI Congreso, hecho que me descarga de no pocas inquietudes. No oculto mi profunda satisfacción porque los esfuerzos de la Comisión Organizadora y de las autoridades españolas se hayan visto coronados por el éxito. Realmente, este trienio que me tocara al frente de nuestra corporación ha sido de bastante incertidumbre, de algún desaliento, ante las complicaciones políticas, fuera de nuestro alcance, que hacían dudosa la celebración de nuestro jubileo, y con ello, producían temor de que nuestra institución llegara al naufragio, por falta de continuidad, de permanencia.

Superadas a la postre tales contingencias, no he de regatear reconocimiento público a la comprensión, la simpatía y la asistencia del canciller don Marcelino Oreja hacia nuestro predicamento que hicieron factible esta reunión, y a las cuales debemos corresponder, haciendo que el Congreso de Madrid se distinga por la profundidad de sus deliberaciones, por la mayor solidaridad entre sus miembros, por conclusiones que constituyan una genuina y valiosa aportación al orden jurídico internacional y por propósitos muy constructivos. Deseo que este Congreso resulte una piedra sillar señalada en el devenir de nuestro Instituto.

Quisiera expresar mi particular complacencia, como mexicano, porque hayan desaparecido los obstáculos, formales o materiales, reales o aparentes, que impedían el flujo pleno de relaciones oficiales entre los gobiernos de México y de España. Es

verdad que ello no significó para el IHLADI óbice de ninguna naturaleza, como lo comprueba el X Congreso de Guanajuato, con más de doscientas personas asistentes, pero no dejaba de dolernos que esa falta de tratos a nivel oficial superior cegaba algunos canales de entendimiento entre nuestros pueblos, e impedía tal vez conocernos mejor y dirimir conjuntamente algunos problemas que nos afectan por igual en el mundo, como naciones muy similares que somos. En tanto que internacionalistas no podíamos permanecer impasibles ante ese fenómeno, y hoy que por fortuna, hemos vuelto a la normalidad, no omitiremos esfuerzo de nuestra parte para ensanchar los cauces de la comprensión, de la cooperación bien entendida, de la fraternidad entre ambos países.

Estoy persuadido que el futuro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional se refuerza con la oportunitísima realización de este Congreso, y que desde ahora podemos entregarnos a las tareas habituales con mayor certidumbre, seguros hoy que han quedado reparadas las grietas de nuestro edificio. Mucho es lo que puede aportar el IHLADI a la causa de los pueblos latinos, pues nuestra corporación es en cierto modo un baluarte del pensamiento legal internacional de España, de Portugal y de Iberoamérica; es expresión de una conciencia jurídica colectiva bien articulada, herencia legítima de aquella que expusieron a distancia los padres hispanos del derecho de gentes, y que imprime al orden mundial un sentido de lo que es justo, de lo que es apropiado, de lo que más conviene al linaje humano. Debemos, pues, robustecer nuestros empeños para amacizar, dilatar y difundir esa conciencia de la latinidad, esa gran tradición latina, que de algún modo tiembla la acción penetrativa de las magnas potencias, y los conceptos de la *Macht-politik*, tan en boga entre ellas, e introduce el elemento moral, tan saludable en las relaciones contemporáneas, y que es consustancial a la convivencia de nuestras naciones.

Este Congreso, pues, que asegura la pervivencia del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, debe servirnos de inspiración para llevar adelante, con renovada firmeza, nuestros propósitos de contribuir activamente a la formación de un orden internacional más justo, fundado en la ética; de coadyuvar a la creación de instituciones universales, buenas para la convivencia pacífica y la cooperación interestatal; de no cejar en la tarea de crear una doctrina auténticamente hispanoamericana, que sea uno de los pilares sobre los que descansa el nuevo derecho de gentes, que todos anhelamos, que sea el palio del cabal bienestar material y moral y de la seguridad e integridad de la persona humana.

En medio de ese gran designio, debemos proponernos realizar desde luego algunas modestas empresas que nuestra crónica limitación presupuestaria no impedirá. Por ejemplo, ha de procurarse que el Anuario se publique puntualmente cada año, aun cuando sea en forma sencilla y sin lujo, dedicando sus páginas a los tópicos de contenido más actual. Junto con él podrían editarse de cuando en cuando estudios específicos hechos en forma colectiva por varios de nuestros mejores juristas, sobre temas de gran modernidad. Al mismo tiempo, deberían simplificarse los premios "García Arias" y "Yanguas Messía" a fin de que constituyeran un vehículo de promoción de nuestra ciencia, en su versión americana e ibérica, alentando a los jóvenes.

Debiéramos intentar también revivir la Escuela de funcionarios internacionales, que tan excelentes resultados produjo en otro tiempo, para lo cual podría nombrarse de entre nosotros una comisión selecta que busque el financiamiento apropiado para esta encomienda, que traería prestigio y provecho al Instituto.

Podrían asimismo designarse comités, encargados, entre Congreso y Congreso, de la preparación de recomendaciones sobre los tópicos jurídicos internacionales de mayor actualidad, para mantener al día los estudios internacionales. Esas recomendaciones podrían discutirse, a la par que las ponencias, en cada reunión general, y una vez depuradas, se convertirán en resoluciones del IHLADI, dándole la debida propagación. En fin, queda campo y optimismo para realizar mucho, si nos lo proponemos.

Como antes dije, los tres años de mi ejercicio fueron sólo una transición hacia cosas mejores que habrán de venirnos. De esa transición sólo debe culparse a las circunstancias, no a los humanos. Mas, por lo menos, mantuvimos la integridad de la corporación y no dejamos apagar la flama, en medio de cierto explicable desánimo. Ahora que la coyuntura se presenta propicia, no dejemos decaer el numen del Instituto. Nunca como ahora está tan necesitado el mundo de una fuerza moral, de la acción de hombres de buena voluntad, resueltos y capaces, y eso lo puede aportar el IHLADI. Que este incierto período ya rebasado nos sirva de lección.

Propongo que se transmita un voto de reconocimiento del Instituto al Ministro de Asuntos Exteriores de España, don Marcelino Oreja, por su atingencia para salvar los impedimentos que nos cercaban. Tenemos que agradecer a la Comisión Organizadora en la que forman el distinguido maestro don Luis Sela Sempil, maestro diligente Secretario General, el doctor José Luis de Azcárraga, y el joven profesor don Manuel Pérez González, y a su distinguido Presidente, el renombrado filósofo don Luis

Legaz Lacambra, sus desvelos para lograr este XI Congreso. A mis colegas del Consejo Directivo, he de expresar mi gratitud por su constante apoyo moral durante esta incierta época.

Señoras, señores, concluyo esta breve intervención manifestando mi mayor beneplácito por encontrarme en esta tierra maravillosa, a la que tanto debe el derecho internacional que profesamos y que nos congrega, y en medio de tan selecto grupo de intelectuales.

PALABRAS DEL DR. HECTOR GROS ESPIELL (Uruguay)

"Aula Unamuno", de la Universidad de Salamanca

(9 - octubre - 1977)

Podría parecer inútil que comenzara estas palabras expresando la honda e incontenible emoción que me embarga al hablar hoy aquí, en esta Universidad de Salamanca, en nombre de los asistentes al XI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional.

Sin embargo no puedo, y creo que no debo, ocultar esta emoción.

Primero, por el honor insigne, aunque inmerecido, que significa hacer uso de la palabra por mis ilustres colegas del Congreso, representantes de la gran tradición jurídica de los países hispanoamericanos, es decir de España, Portugal y los de nuestra América. Esta tradición nos une a todos en una concepción, en cierta forma, común, del hombre y de su destino, de su naturaleza y de su trascendencia, del derecho y de su necesario contenido ético, y de la justicia como fin del orden jurídico y como valor que determina su esencia y su sentido.

Este sentimiento mío de turbadora emoción se encuentra, y es la segunda precisión justificadora que deseo hacer, fundado en lo que significa decir algo, con una representación como la que invisto, en la Universidad de Salamanca.

¿Quién de entre nosotros, en efecto, al pronunciar su nombre no lo une a los fundamentos mismos de nuestra cultura y a las manifestaciones más nobles de nuestra civilización, sin las cuales no existirían ni la cultura ni la civilización de Occidente?

¿Quién de entre nosotros, al pensar en Salamanca, puede dejar de lado el recuerdo del aporte de su Universidad a la difusión del saber, tanto en tierras hispanas como en tierras americanas, y a la formación del verdadero humanismo, que supone

la adecuada y justa valoración del hombre y la armónica integración de todas las disciplinas intelectuales?

Salamanca, gloria universitaria, patrimonio de todos nosotros, orgullo de los que comulgamos en el amor y el respeto al pensamiento libre, y símbolo de lo que una alta Institución de enseñanza puede aportar como contribución a la solución justa de los acuciantes problemas que la vida presenta, nos acoge hoy. Y nosotros llegamos aquí, con emoción, respeto y humildad, pero también con el orgullo de ser sus hijos espirituales, que saben que esta visita impone un compromiso con la cultura, con la justicia y con la libertad.

Yo quisiera hoy recordar dos nombres unidos entrañablemente a Salamanca. Dos nombres que son el patrimonio común de los pueblos hispánicos. A dos españoles que, separados por cuatro siglos, constituyen dos ejemplos de la grandeza y de la proyección universal del alma hispánica: Francisco de Vitoria y Miguel de Unamuno.

Todos nosotros somos vitorianos, a todos nos une, a través del estudio del Derecho de Gentes, una admiración honda y sincera por quien, antes que nadie, frente a la nueva situación que resultaba el fin del mundo medievo y mediterráneo, del nacimiento de los tiempos modernos, con el surgimiento de los Estados Nacionales y las consecuencias del descubrimiento de América, elaboró los fundamentos del futuro Derecho Internacional.

Quiero recordar hoy que en nuestros días, ante los problemas actuales, la idea vitoriana de la Comunidad Internacional tiene una vigencia y una proyección enorme. Cuando hemos salido de una Sociedad Internacional, para entrar en lo que ha de ser una Comunidad, caracterizada por derechos y obligaciones entre los Estados que la integran y de éstos con la Comunidad, las ideas vitorianas adquieren una renovada modernidad, que nos obliga a reestudiarlas en función de su aplicabilidad actual.

En segundo término tenemos que rememorar, especialmente en los tiempos trágicos en que vivimos, la significación que Vitoria da en su sistema al hombre, que no puede concebirse sino como un ser libre, poseedor de una dignidad eminente. Si el Derecho no está dirigido a garantizar el valor esencial de la libertad humana por medio de un orden justo, ese Derecho, o mejor dicho ese pseudo Derecho, carece de sentido y de validez y se transforma en un mandato falto de fundamento legítimo y de sentido nacional.

Vitoria impone a nuestros trabajos y da a las labores de

nuestro Instituto, un fundamento jusnaturalista que todos, en principio, aceptamos.

Pero Salamanca es también, y el lugar en que hablo hace expresamente pertinente el recuerdo, Miguel de Unamuno.

Unamuno, vasco genial, y por ser vasco español integral, Rector Magnífico de esta Universidad, en la que ejerció la cátedra de griego, pero desde la que siempre enseñó por encima de todo a pensar, a creer y a dudar, es el símbolo del hombre hispánico, que vive en la agónica búsqueda de su sentido, angustiado por su incansable hambre de inmortalidad.

Este gran español, que tantas veces habló y escribió contra los abogados, ha hecho quizá el mejor alegato contra una concepción del derecho, caduca y vacía, que ha sido y es la sola manifestación de un positivismo insípido y sin alma.

El jurista no es el leguleyo que Unamuno tanto combatió, es, necesariamente, alguien que cree y que combate por la Justicia y por la Libertad, mediante el diálogo y el uso de la razón, como instrumentos dirigidos a lograr el convencimiento.

Sólo me cabe ahora, para terminar, agradecer a nuestros queridos amigos españoles, representantes actuales de la gran escuela hispánica del Derecho Internacional, por habernos traído a Salamanca, dar las gracias a la ilustre Comisión Organizadora del XI Congreso del IHLADI por haber preparado esta visita inolvidable y a las Autoridades de la Universidad de Salamanca que la hicieron posible al recibirnos.

Este viaje a Salamanca nos ha unido más en torno a pensamientos y principios comunes.

Partimos de Salamanca con alegría por el encuentro y con tristeza por el adiós, pero reforzados en nuestras creencias y fortalecidos en nuestros ideales.

"ANTE LA TUMBA DE FRANCISCO DE VITORIA"

(PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL DR. D. ANTONIO GOMEZ ROBLEDO (MEXICO), EN EL CORO DEL CONVENTO DE SAN ESTEBAN, EN SALAMANCA (9 OCTUBRE 1977))

"Llegó el plazo de soltar el espíritu de un cuerpo viejo y enfermo y bien trabajado, y que volase a su Hacedor, que experimentó su paciencia para adelantar sus coronas. Rompió Dios sus ataduras y llevóle consigo para verle cara a cara y penetrar en sus secretos mejor que acá los entendía, de sesenta y tres años de edad, a los doce días de agosto, año de 1546, en el octavo día

de la fiesta del bienaventurado confesor y padre Santo Domingo. Púsose el sol de Salamanca y de toda España; en suerte secáronse las corrientes caudalosas de aquella fuente clara. Lloráronle los religiosos, la nobleza, los doctores, la Universidad, y todos celebraron sus exequias, llevando su cuerpo en hombros los catedráticos de prima de todas las facultades, y pusieron la luz debajo de la tierra."

De este modo narraba el viejo cronista de San Esteban de Salamanca el tránsito y sepultura de Francisco de Vitoria, en la doble perspectiva, la de acá y la de allá, que se nos entra por los ojos en el entierro del conde de Orgaz. Hoy, en la tierra que cubre sus huesos, sus hijos espirituales —a fuer de internacionalistas y de hispanoamericanos— queremos recibir de nuevo y lo más de cerca posible, el claror de esta luz victoriosa de cualquier sepultura.

"De su origen primera esclarecida" —como lo dijo el otro genio sucesor de Vitoria en el mismo general de teología— debe estar siempre, para fortalecerse y renovarse, todo propósito o actividad humana, y nosotros también, por ende, al palpar hoy al unísono con el padre y fundador del Derecho internacional moderno; al sentir hoy en pleno rostro el gran aliento de humanidad, *le grand souffle d'humanité*, que Joseph Barthélemy sentía emanar de las páginas vitorianas.

Hoy efectuamos todos nosotros, hasta físicamente, el retorno a nuestra fuente primera; aquel *pelérinage aux sources* que tanto reclamaba Péguy para la creación literaria; y el retorno, para ser completo, debe ser no sólo a la obra, sino también y acaso sobre todo a la persona. Porque si hemos venido aquí no ha sido tanto para recobrar conciencia del magisterio vitoriano, tan profuso hoy en tantos libros, sino sobre todo para nutrirnos, una vez más, de su espíritu, del que con su cuerpo mortal discurre por estos lugares, en el tránsito cotidiano entre el convento y la universidad. Es un espíritu, para mí, supremamente paradigmático, porque encarna a maravilla, a lo que me parece, la disposición espiritual en que debe estar siempre el jurista. Porque Vitoria no es la llama voraz de Montesinos, ni el sonido y la furia de Las Casas, no obstante ser los tres paladines de la misma causa, sino un espejo tranquilo que refleja fielmente la situación, el supuesto normativo, y la norma misma, para efectuar luego el enlace de ésta con aquello, en uno de los infinitos aspectos de la actividad sintética de la conciencia. Esto es lo que hacemos todos los juristas, día con día, y esto fue lo que hizo Vitoria desde su cátedra de teología, el encarar la situación americana y aplicarle los cánones de la razón natural, de lo que resultó, con toda objetividad, el díptico de los títulos ilegítimos

y de los legítimos, en el último de los cuales, por no poder ver más claro, Vitoria termina honradamente en un *non liquet*. Y por lo demás, Vitoria se abstiene de todo juicio fáctico sobre la licitud o ilicitud de la conquista, limitándose a enunciar los títulos respectivos puramente en abstracto. Caso único, en verdad, cuando todos tomaron partido de la controversia indiana, hasta el último duelo singular entre Sepúlveda y Las Casas. Como Erasmo también, de quien fue amicísimo, Vitoria no estuvo nunca alineado con nadie (*nulli concedo*, era la divisa erasmiana) con nadie en absoluto sino con la verdad y la justicia. Esta fue la única pasión, y debe ser la única pasión del jurista, aunque pasión hasta cierto punto, por estar radicada la justicia no en la parte irracional del hombre, sino en la voluntad pura, en la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. Este es, en suma, el *homo iuridicus*, el que Vitoria fue y el que profesamos ser todos y cada uno de nosotros.

Realmente es grande el poder estar hoy aquí, en este sitio adonde todo internacionalista tiene que venir antes de poder pronunciar con tranquila conciencia el *nunc dimittis*; en esta fuente y surtidor de donde brotó el mundo espiritual en que todos nosotros vivimos, nos movemos y somos, es decir el orden jurídico ecuménico que por primera vez fue configurado conceptualmente en este mismo lugar y no tanto por una simple alteración verbal en el texto de Gayo, sino sobre todo por su concepción del *totus orbis*, que ha sido desde entonces la idea regulativa que viene orientando y fecundando la experiencia internacional, hasta las dos primeras aproximaciones al *totus orbis* vitoriano que ha visto nuestro siglo, la primera en Ginebra, la segunda en Nueva York. Dentro de esta última, ¿no estamos trabajando por consolidar la *auctoritas totius orbis* en la Asamblea General, con el creciente valor jurídico de sus resoluciones, y no estamos trabajando también por ver si algún día podemos pasar de la *auctoritas* a la *potestas*? ¿Y no estamos pasando asimismo, desde la Carta votada el 12 de diciembre de 1974, del Derecho internacional de la coexistencia al Derecho internacional de la cooperación, el mismo que aquellos varones, al anticiparlo proféticamente, inscribieron bajo el signo de la caridad, no la caridad-misericordia, por supuesto, sino la caridad-amor?

Todo esto, pues, nació aquí, en el cielo de la inteligencia, antes de encarnar en la realidad fáctica; porque lo que el vulgo suele llamar utopías en realidad están en un lugar, en un *topos*, en el *topos uranios*, como diría Platón, o dicho de otro modo, en la visión de los grandes espíritus, y que dista tanto de nuestra visión tenebrosa como el cielo de la tierra. Puntualmente nació aquí, al pronunciarse la *de potestate civili* y la *de Indis prior*,

el nuevo orden para los siglos que habían de venir, este *magnus ordo saeculorum* —como en la misteriosa égloga virgiliana— o sea la dilatación del Derecho a todos los confines del mundo, o parodiando a Vitoria, no la *imperii amplificatio*, que el maestro alavés combatió con tanta energía, sino la *iuris amplificatio*, de tal suerte que en todo el mundo y entre las naciones, imperen el orden y la razón. La bella, la apasionante empresa de que el mundo esté cada día más penetrado de razón, es la que nos incumbe a todos los que, con mayor o menor propiedad significativa, nos llamamos internacionalistas.

Para esta empresa, pues, hemos venido aquí a templar el ánimo, inmersos por unas horas en el aura mística del *habitat* vitoriano y en general de Salamanca, la ciudad que enhechiza el pensamiento (¿habrá que decir quién lo dijo?) y despierta la voluntad de volver a ella a cuantos de la apacibilidad de su vivienda han gozado, como ahora nosotros.

Hoy se nos ha tornado vivencia existencial lo que sabíamos por los libros. Con renovados bríos, por tanto, volvemos a nuestras patrias, a nuestros hogares, a nuestro trabajo, a ejecutar como podamos el testamento de Vitoria; a contribuir a que se cumpla, así sea a la vuelta de los siglos, la profecía de Isaías que hoy vemos esculpida frente a la sede neoyorquina de las Naciones Unidas: "Y fundirán sus espadas en arados, y sus lanzas en hoces. No combatirá más nación contra nación, ni se adiestrarán más para la guerra". Parecerá imposible que así pueda ser, en presencia de la demencial carrera armamentista, pero a los discípulos de Vitoria no nos queda sino clamar y trabajar por que así sea.

ACUERDOS DEL X CONGRESO

(Guanajuato - México - 1974)

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En las estatutarias elecciones que se celebraron en Guana-
juato, el día 18 de septiembre de 1974, resultaron elegidos los
siguientes *Miembros de número* del Instituto:

Dr. Calixto A. Armas Barea (Argentina).
Dr. Renato Ribeiro (Brasil).
Dr. Rogelio Sotela Montagne (Costa Rica).
Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (México).
Dr. Héctor Gros Espiel (Uruguay).

Asimismo, fueron elegidos los siguientes *Asociados de número*
del Instituto:

Dr. Manuel Augusto Ferrer (Argentina).
Dr. Ernesto J. Rey Caro (Argentina).
Dr. Renato Viglione (Argentina).
Dr. Alfredo Rizzo Romano (Argentina).
Dr. Bartolomé Carlomagno (Argentina).
Dra. Gilda Correa Meyer Russomano (Brasil).
Dr. José Joaquín Caicedo Perdomo (Colombia).
Dr. Francisco Orrego Vicuña (Chile).
Dr. Edmundo Vargas Carreño (Chile).
Dr. Rodolfo Ceprian (Ecuador).
Dr. Alberto Herrero de la Fuente (España).
Dr. Leandro Rubio García (España).
Dr. Madín Rodríguez Rosón (España).
Dr. Enrique Mapelli y López (España).
Dr. José Quero Morales (España).
Dr. José Antonio de Yturriaga Barberán (España).
Lcdo. Bernardo Sepúlveda Amor (México).
Lcda. María Emilia Tellez Benoit (México).
Lcdo. Enrique Loaeza Tovar (México).
Lcdo. Alberto Szekely (México).
Lcda. Martha Guadalupe Belloc Ybarra de Barrera (México).
Dr. Luis Pasos Argüello (Nicaragua).
Dr. Julio César Lupinacci (Uruguay).
Dr. Edison González Lapeyre (Uruguay).
Dr. José Ramón Pérez Febres (Venezuela).

COMISIONES DEL X CONGRESO

Composición de las Mesas.

Comisión Primera: LA CARTA DE LOS DERECHOS Y DEBERES ECONÓMICOS DE LOS ESTADOS.

Presidente: Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay).
Vicepresidente: Dr. Alfredo Ortiz Mancía (El Salvador).
Ponente: Lic. Jorge Castañeda (México).
Secretario: Dr. Leandro Rubio García (España).

Comisión Segunda: PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS FONDOS MARINOS.

Presidente: Dr. Adriano Moreira (Portugal).
Vicepresidente: Dr. Roberto Perdomo Paredes (Honduras).
Ponente: Dr. Luis Cabana (Venezuela).
Secretario: Lic. Alberto Szekely (México).

Comisión Tercera: LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS NO MARÍTIMAS Y DE LA ATMÓSFERA MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS NACIONALES.

Presidente: Dr. Carlos García Bauer (Guatemala).
Vicepresidente: Dr. Calixto Armas Barea (Argentina).
Ponente: Dr. Alejandro Sobarzo (México).
Secretario: Dr. José Pérez Montero (España).

Comisión Cuarta: MEDIDAS PARA LA SANCIÓN DE LOS ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA NAVEGACIÓN AÉREA.

Presidente: Dr. Antonio Gómez Robledo (México).
Vicepresidente: Dr. Aldo Armando Cocca (Argentina).
Ponentes: Dres. Luis Tapia Salinas y Fernando Muriello Rubiera (España).
Secretario: Lic. Enrique Loaeza (México).

Comisión Quinta: LAS SOCIEDADES MULTINACIONALES.

Presidente: Dr. Andrés Aramburu Menchaca (Perú).
Vicepresidente: Dr. Héctor Gros Espiell (Uruguay).
Ponente: Dr. Roberto Lara Velado (El Salvador).
Secretario: Dr. Marcos Vilaça (Brasil).

Comisión Sexta: EL PRINCIPIO DEL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Presidente: Dr. Fernando Albonico (Chile).
Vicepresidente: Dr. Carlos Febres Pobeda (Venezuela).
Ponente: Dr. José Luis Siqueiros (México).
Secretario: Lic. Braulio Guerra Malo (México).

I. Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

Considerando la encomiable iniciativa presentada por el Sr. Presidente de la República Mexicana, Lic. Luis Echevarría, a la Tercera UNCTAD en el sentido de que las Naciones Unidas elaboren una Carta de derechos y deberes económicos de los Estados,

Habiendo examinado y tomado nota de los informes que rindió el grupo de trabajo sobre la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados a la Junta de Comercio y Desarrollo y, a través de ella, a la Asamblea General de las Naciones Unidas,

Habiendo analizado las explicaciones del Ponente, acerca de los acuerdos alcanzados en el seno de dicho grupo de trabajo, de las importantes cuestiones que aún quedan pendientes de acuerdo y del estado en que se encuentran las negociaciones para llevar a feliz término esa empresa,

FORMULA LA SIGUIENTE RESOLUCIÓN:

1. Reconoce la urgente necesidad de establecer un orden normativo de alcance universal que regule las relaciones económicas internacionales sobre bases más racionales y equitativas, que contribuya al adelanto económico y social de todos los pueblos y ayude a salvar el foso que separa actualmente a los países en desarrollo de las naciones desarrolladas,
2. Estima indispensable que los derechos y deberes económicos de los Estados sean objeto de regulación jurídica mediante una declaración solemne que adopte y proclame la Asamblea General de las Naciones Unidas como un primer paso en la

codificación internacional y en el desarrollo progresivo de esa materia.

3. *Estima* asimismo que los derechos y deberes económicos que se enuncien en la referida Carta deben ser considerados y respetados como expresión auténtica de la conciencia jurídica de la Comunidad Internacional, de su voluntad de justicia y de su propósito de crear las condiciones necesarias para la paz y el adelanto económico y social de todos los pueblos, particularmente de aquellos que están en proceso de desarrollo.

4. *Considera* que la Carta debe ser concebida, no como la culminación de un proceso sino como un instrumento dinámico que pueda adaptarse a las cambiantes circunstancias de la vida internacional y enriquecerse con futuras aportaciones, mediante un sistema de revisión periódica de la misma.

5. *Estima* conveniente que algunos principios que se enuncien sintéticamente en la Carta, puedan ser regulados en uno o más instrumentos que permitan una codificación más completa y detallada de los mismos y que, por otra parte, considere que ciertos temas que, por falta de estudio suficiente, o por otras razones no hayan podido ser incluidos en la Carta, puedan ser incorporados más tarde a la misma.

6. *Hace fervientes votos* por el éxito de las consultas y negociaciones previstas para la fecha próxima a fin de reducir las áreas de desacuerdo y para que, en definitiva, se logre un amplio consenso en el seno de la Asamblea General que permita la inclusión en la Carta de fórmulas satisfactorias para los países en desarrollo, sobre todo en materias como la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, la inversión extranjera, las nacionalizaciones, la regulación de la actividad de empresas transnacionales y el derecho a formar asociaciones internacionales de productores en defensa de los precios justos de las materias primas, y/o de consumidores en defensa de los precios justos de los productos manufacturados y la concesión de un trato preferencial generalizado, sin reciprocidad y sin discriminación en todas las esferas de la cooperación económica internacional.

7. *Recomienda* a los Miembros y Asociados que encarezcan a sus respectivos Gobiernos la importancia de que, en la proyectada Carta, no queden afectados ni reducidos principios ya generalmente aceptados en la doctrina y en la práctica de la vida internacional, como el de la sujeción de las inversiones extranjeras a las leyes y tribunales nacionales, así como la necesidad de mantener el principio de una relación justa y equitativa entre los precios de las exportaciones de los países en desarrollo y los precios de sus importaciones.

8. *Recomienda* asimismo a sus miembros y asociados que encarezcan a sus respectivos Gobiernos y a la opinión pública la importancia de que la Asamblea General de las Naciones Unidas apruebe y proclame en su XXIX reunión ordinaria una Carta de derechos y deberes económicos de los Estados.

9. *Formula votos* para que todos los Estados se comprometan a respetar y cumplir de buena fe los derechos y deberes económicos que se enuncien en la Carta.

II. Problemas jurídicos de los fondos marinos.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

Considerando que el desarrollo económico acelerado, los avances tecnológicos y la transformación profunda de las estructuras políticas del mundo actual deben necesariamente producir una mutación paralela en las normas jurídicas que rigen la Comunidad Internacional;

Considerando que la actual condición jurídica de los espacios marinos y oceánicos dan lugar en muchos aspectos a situaciones de injusticia para los Estados en vías de desarrollo y para algunos Estados sin litoral, lo que constituye una fuente de graves conflictos internacionales;

Considerando que es norma de Derecho Internacional general, confirmada por las Naciones Unidas, en su Resolución 2749 (XXV) y otras, que aquella parte de los fondos marinos que está fuera de la jurisdicción nacional, constituye patrimonio común de la Humanidad, no susceptible de ser sometida a la soberanía de Estado alguno, utilizable sólo para fines pacíficos, y cuya investigación científica, protección, explotación, así como la conservación y explotación de sus recursos deberán hacerse teniendo en su cuenta el bien común de la humanidad y, especialmente, los intereses y necesidades de los países en vías de desarrollo;

Considerando que es doctrina de este Instituto que el derecho al aprovechamiento de los recursos renovables o no renovables de los espacios marinos, no debe afectar el principio de libertad de comunicación, conforme al Derecho Internacional.

DECLARA:

1. Es conveniente que se cree una Autoridad Internacional que en representación de la Humanidad ejerza jurisdicción so-

bre la zona de los fondos marinos y oceánicos situados fuera de la jurisdicción nacional, así como sobre sus recursos.

2. Todos los Estados tienen el derecho a participar en dicha Autoridad, la cual deberá estar constituida de acuerdo con el principio de igualdad de representación.

3. La Autoridad deberá estar investida de los más amplios poderes de investigación, protección, exploración y explotación de la zona y sus recursos, que ejercerá con criterio que asegure el disfrute de ella y de todos sus beneficios a todos los Estados, tengan o no litoral, favoreciendo en especial a los países en vías de desarrollo.

4. La Autoridad deberá tener facultades para determinar aquellas partes de la zona internacional que sean objeto de exploración y explotación; para transferir el ejercicio de sus derechos sobre los recursos, de conformidad con sus propias normas y condiciones, manteniendo control directo y eficaz sobre las actividades que se realicen en ella; para determinar las condiciones de idoneidad de sus contratantes, y para establecer los procedimientos relacionados con solicitudes, selección de asociados y licitaciones de todo tipo.

5. Es deseable que el principio del patrimonio común de la Humanidad se extienda a los recursos contenidos en las aguas suprayacentes a la zona internacional de los fondos marinos y que la Autoridad ejerza sobre ellos los mismos poderes de que esté revestida respecto a los recursos de esta zona. Ello no deberá afectar a las libertades de navegación, de sobre-vuelo y de tendido de cables y ductos submarinos, conforme a las normas del Derecho Internacional.

III. La contaminación de las aguas no marítimas y de la atmósfera más allá de las fronteras nacionales.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

Consciente de la grave amenaza que en nuestros días constituye la contaminación del ambiente, en general, y de las aguas no marítimas y de la atmósfera más allá de las fronteras nacionales, en particular, lo que exige una acción eficaz de todos los miembros de la Comunidad Internacional, para combatirla;

Reconociendo que, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se hizo constar, por no haberse puesto aún

en evidencia, que el hombre tiene derecho a un ambiente sano, así como el deber de protegerlo en favor de todas las generaciones;

Consciente de la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y del Plan de Acción adoptados por la Conferencia de Estocolmo de 1972; y

Advirtiendo que, pese a la labor ya realizada por los Estados y los Organismos internacionales en el ámbito universal y en el regional, se requieren medidas más efectivas para proteger al individuo y a la Comunidad del deterioro ambiental y para evitar futuras controversias internacionales,

DECLARA:

1. Se reconoce como uno de los derechos humanos fundamentales el derecho a un medio ambiente sano.

En consecuencia, la preservación y la protección del medio ambiente contra la contaminación, es problema de interés general para la Humanidad que entraña derechos y deberes para toda la comunidad internacional.

2. Sin perjuicio del derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos, existe para todos ellos la obligación de tomar las medidas necesarias a fin de evitar la contaminación del medio ambiente más allá de las fronteras nacionales.

3. Todo Estado incurre en la responsabilidad internacional por daños ocasionados fuera de sus fronteras por cualquier contaminación provocada por sus propias actividades o por las de personas físicas o jurídicas sometidas a su jurisdicción.

Dicha responsabilidad debe fundarse en el principio de la responsabilidad objetiva.

4. Las personas dañadas por la contaminación tendrán derecho a adecuada reparación.

A los efectos de indemnizaciones posibles parece conveniente constituir fondos de compensación que se nutran fundamentalmente con las contribuciones de quienes causaren la contaminación o pudieran causarla.

5. Para hacer efectiva la protección del medio ambiente, se recomienda la urgente adopción de tratados bilaterales y multilaterales referentes a la contaminación de la atmósfera y de las aguas no marítimas.

6. Sería conveniente que en dichos tratados se incluyera una cláusula mediante la cual las controversias que se susciten sean dirimidas por Tribunales internacionales, una vez agotados otros medios de solución pacífica de las mismas.

7. Es recomendable, como una vía complementaria de la convencional, la adopción de declaraciones de organismos internacionales, de ámbito regional o universal, como una forma eficaz de favorecer el desarrollo progresivo de las normas del Derecho de gentes tendentes a evitar la contaminación ambiental.

8. Es recomendable que los aspectos fácticos de las controversias suscitadas con motivo de fenómenos de contaminación sean previamente estudiados por comisiones de técnicos, las que convendría tuvieran facultades para recomendar soluciones a los Estados interesados.

9. Se considera útil establecer, de preferencia por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), zonas que sean de interés para dos o más Estados en lo concerniente a la protección del medio ambiente.

Los Estados incluidos en dichas zonas deberán cooperar en la prevención de la contaminación y en la lucha contra la misma.

10. Es deseable que se cree una Autoridad internacional, ya sea regional o universal, con facultades para imponer sus decisiones a los Estados sobre preservación y protección del medio ambiente.

Deberá establecerse un procedimiento adecuado entre los Estados vecinos con el objeto de prevenir la contaminación de las aguas no marítimas y de la atmósfera, cuando en uno de ellos se desee realizar obras o actividades que puedan ocasionar daño al otro Estado interesado.

12. Los Estados deberán informar sin demora a los Estados vecinos de todo caso de contaminación que pueda causar daño a éstos y tomar las medidas adecuadas para atenuar al máximo los efectos de la contaminación producida, así como para evitar que se repitan.

13. Constituye un anhelo de la Humanidad que cualquier acción contaminante de seria gravedad sea considerada como delito internacional que implica la consiguiente responsabilidad individual y se recomienda su inclusión en el Código de delitos contra la Humanidad que están elaborando las Naciones Unidas.

IV. Medidas para la sanción de los actos ilícitos contra la navegación aérea.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

Considerando que el funcionamiento seguro y ordenado de la aviación civil internacional constituye una necesidad para las relaciones de amistad y comunicación entre los pueblos;

Recordando que todo acto que ponga en riesgo la vida de los pasajeros y tripulantes, así como la seguridad de la aviación civil internacional afecta gravemente los servicios aéreos internacionales y menoscaba la confianza en este medio insustituible de transporte;

Teniendo en cuenta las medidas de seguridad adoptadas por las Naciones Unidas, los instrumentos internacionales y declaraciones elaboradas por la Organización de la Aviación Civil Internacional, otros organismos intergubernamentales y privados, así como la labor desarrollada por diversas instituciones académicas internacionales y nacionales;

RECOMIENDA:

Primero. Que se acepte por los Estados la aplicación de las disposiciones contenidas en los Convenios de Tokio de 1963, de La Haya de 1970 y de Montreal de 1971.

Segundo. Que paralelamente a esta acción se concluyan los instrumentos internacionales que perfeccionen la prevención o represión del apoderamiento ilícito de las aeronaves y de los atentados contra la seguridad aérea.

Tercero. Que los Estados consagren en su derecho positivo las medidas de prevención y represión establecidas en el ámbito internacional, utilizando, para ello, alguno de los procedimientos siguientes:

- a) Su incorporación como delito aeronáutico a la legislación específica sobre aviación civil.
- b) Su reconocimiento en las leyes especiales.
- c) Su inclusión como delito en los Códigos penales.

Cuarto. Que sería deseable que la Organización de Aviación Civil Internacional propusiera una serie de medidas de seguridad que los distintos Estados deberían incorporar con carácter obligatorio a su legislación, para preservar la aviación civil en su condición de medios de comunicación internacional entre los pueblos del mundo.

Quinto. Que los delitos contra la navegación aérea se califiquen como delitos de naturaleza internacional, por cuanto atentan contra la paz mundial, la comunicación entre los pueblos, la vida y la libertad humanas y contra otros derechos y bienes de la Comunidad Internacional.

Sexto. Que en base a lo dispuesto en los convenios de Tokio de 1963 y de La Haya de 1970 se tipifique el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves como una infracción específica y diferenciada en el campo del Derecho Internacional positivo. Que se proceda de igual manera en base a lo dispuesto en el convenio de Montreal de 1971, en lo que se refiere a ciertos delitos contra la seguridad de la navegación aérea.

Séptimo. Que en ningún caso la apreciación de los móviles políticos debe intervenir cuando se trate de determinar la existencia de actos delictivos dirigidos contra la seguridad de la navegación aérea, en razón de que tales actos lesionan derechos y bienes de la Comunidad Internacional.

Octavo. Que para la máxima eficacia en la represión de estos delitos de naturaleza internacional se reconozca subsidiariamente y sin perjuicio de otras competencias establecidas, la competencia del Estado que hubiere aprehendido a los presuntos culpables, como ya previsoramente fue señalado en el párrafo primero de la Tercera Conclusión del Acuerdo VII adoptada en el Cuarto Congreso del IHLADI (Bogotá, octubre de 1962).

Noveno. Que debe superarse la heterogeneidad de los ordenamientos internos en la prevención y represión de los expresados delitos o cuya tipificación haya sido en instrumentos internacionales, por lo que debe procurarse la adaptación de estos ordenamientos a las normas internacionales sobre la materia.

Décimo. Que para que las medidas internacionales de prevención y represión sean eficaces se debe establecer en los ordenamientos nacionales:

a) Un sistema preciso de jurisdicción; b) la detención preventiva obligatoria; c) el enjuiciamiento obligatorio en el caso de no extradición a cualesquiera de los Estados normalmente competentes, y d) la previsión y aplicación de penas severas en los casos de delito.

V. Las sociedades multinacionales.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

TENIENDO PRESENTE:

Que el crecimiento, cada vez mayor, de las sociedades que operan simultáneamente en territorios de diversos Estados, la

influencia que suelen ejercer en la economía de los mismos y, en general, sus efectos en las relaciones internacionales, han hecho evidente que sea necesario regular sus actividades;

Que se advierte igualmente la necesidad de adoptar una terminología adecuada para las mismas, considerando su composición y sus objetivos; y,

Habiendo tomado nota de las importantes iniciativas aportadas por el ponente del tema en este Congreso;

RECOMIENDA:

1. Considerar como "sociedades transnacionales" aquellas que extiendan sus actividades a territorios de Estados distintos al de su constitución, cualquiera que sea su nacionalidad y la forma que adopten para ello.

2. Reservar la denominación de "sociedades internacionales" para aquellas constituidas por acuerdos entre Estados u otros entes de Derecho Internacional Público.

3. Considerar "sociedades supranacionales" a las sociedades internacionales que sean constituidas con el fin de supervisar, administrar o explotar bienes o servicios que interesen a diversos Estados, y estén dotadas de autoridad suficiente para dictar con carácter obligatorio, las normas jurídicas precisas para sus fines específicos.

4. Aplicar el nombre de "sociedades comunitarias" a aquellas que funcionen de conformidad con una legislación común adoptada por los diferentes Estados que componen una región en proceso de integración o ya integrada y que permita a tales sociedades sin trabas e indistintamente en los territorios de todos ellos, aprovechando los beneficios del mercado ampliado.

DECLARA:

1. Que todo Estado tiene la facultad de reglamentar y controlar de conformidad con su propio derecho a las "sociedades transnacionales" que operen dentro de su territorio, cualquiera que sea la figura jurídica que aquellas adopten y de tomar medidas para velar porque esas sociedades cumplan plenamente con sus leyes, disposiciones y reglamentos, se ajusten a sus políticas, económicas, fiscales y sociales y se abstengan de toda intervención en sus asuntos internos.

Todos los Estados tienen el deber de cooperar en el ejercicio de este derecho, y de respetar la competencia así establecida y de cooperar en el ejercicio de la misma.

2. Que todo Estado tiene, asimismo, facultad para sancionar a las sociedades transnacionales por cualquier infracción a los principios anteriormente enunciados, inclusive con la suspensión o prohibición definitiva para actuar en el territorio del Estado donde opere, ya sea que la violación sea imputable a la sociedad local, a la sociedad matriz o a cualquier otra entidad que forma parte de la sociedad transnacional de que se trate.

3. Que las controversias que se susciten entre un Estado y una sociedad transnacional que opere en su territorio, deben quedar sujetas, exclusivamente, a los tribunales del primero, siendo por tanto deseable que este principio sea confirmado en la "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados" pendiente de aprobación ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que las controversias entre la sociedad transnacional y las personas naturales o jurídicas sujetas a la jurisdicción del Estado en que opera, sean sometidas a los tribunales de éste, salvo pacto en contrario compatible con las leyes del Estado.

4. Que para el mejor control de estas sociedades es deseable el establecimiento de políticas comunes entre Estados de similar grado de desarrollo o situados en una misma región.

5. Que es deseable la creación de un servicio internacional de documentación sobre estas sociedades a cargo de las respectivas Organizaciones internacionales y que tendría, entre otras, la función de recopilar, procesar y sistematizar información sobre las sociedades transnacionales a fin de poner los datos pertinentes a disposición de los Estados interesados.

6. Que es conveniente la adopción de legislaciones comunes que permitan el funcionamiento de sociedades comunitarias en los procesos de integración.

VI. El principio del respeto a los derechos adquiridos en Derecho Internacional Privado.

El X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en la ciudad de Guanajuato (México).

TENIENDO PRESENTE:

1. La plena actualidad y el sentido evolutivo del Derecho Internacional Privado como consecuencia de la creciente intensificación de las relaciones internacionales;

2. La necesidad de reconocer los derechos adquiridos en el extranjero, como una manera de contribuir a la seguridad de los actos jurídicos y al fomento y desarrollo del comercio internacional;

3. Que es conveniente limitar el ámbito de aplicación de la ley personal, normalmente competente, en beneficio del postulado anteriormente enunciado.

RECOMIENDA:

I. Los Tribunales de cada Estado aplicarán su propio derecho para la determinación del concepto, alcance y limitaciones de la noción de los derechos adquiridos;

II. Los Tribunales de cada Estado aplicarán como ley personal, la que tengan establecida dentro de su sistema de Derecho Internacional Privado;

III. Los derechos adquiridos de buena fe, en materia de estatuto personal, como consecuencia de un acto jurídico realizado de acuerdo con la ley del Estado de residencia habitual del interesado, podrán ser reconocidos fuera de ese Estado, aunque dicha ley no sea normalmente aplicable según el Derecho Internacional Privado del Estado del Juez;

IV. No surtirán efectos los derechos adquiridos en el extranjero, cuando sean contrarios al orden público del Estado del tribunal que conoce del caso.

OTROS ACUERDOS DEL X CONGRESO

Tanto en los Plenos como en las Sesiones Administrativas de la Junta de Miembros que tuvieron lugar en Guanajuato durante el Congreso, se adoptaron, sobre la base de las oportunas propuestas y mociones, escritas o formuladas oralmente, los siguientes acuerdos:

— Voto de gratitud al Gobierno venezolano y personal a su Ministro de Relaciones Exteriores y Miembro del IHLADI, Dr. Efraín Schacht Aristeguieta, por su generosa donación de dos mil dólares (USA) para el "Premio LUIS GARCIA ARIAS", cuya convocatoria y demás detalles de otorgamiento se publicarán al final de estos Acuerdos, así como el otro premio también instituido y que llevará el nombre de "JOSE YANGUAS MESSIA", dotado, con igual cantidad, por el Instituto de Cultura Hispánica.

- Voto de agradecimiento de todos los Congresistas, a iniciativa de los españoles, a la Comisión Organizadora y más especialmente a su Presidente el Maestro César Sepúlveda (México).
- Voto de reconocimiento al Dr. Murillo (España), por su participación en la publicación del "Manual" del IHLADI.
- Aplicación del correspondiente precepto estatutario a los Miembros y Asociados que deban pasar a la situación de *excedentes*.
- Constitución de una Comisión Especial, presidida por el interventor Dr. Gama e Silva e integrada por el consejero Dr. Azcárraga, para que preparen sendos proyectos de reforma de los Estatutos del IHLADI y del Reglamento de los congresos que someterán al XI Congreso de 1976.
- Fijación de una cuota individual de *cuarenta dólares* (USA) al año, igual para Miembros, Asociados y Excedentes.
- Asimismo se acordó aprobar la candidatura de España como sede del XI Congreso del IHLADI, a celebrar en la ciudad universitaria que posteriormente se señalará, del 2 al 12 de octubre de 1976, fechas en que se cumplirán las "Bodas de Plata" o el "XXV Aniversario" de la fundación del IHLADI (2-12 de octubre de 1951, en Madrid y Salamanca) y nombrar, de acuerdo con los Estatutos vigentes, Presidente de la Comisión Organizadora del indicado XI Congreso al Dr. Luis Legaz Lacambra (España), Miembro del Instituto.

Igualmente, la Junta de Miembros, reunida el 26 de septiembre de 1974, aprobó el temario de Ponencias y la designación de los respectivos Relatores siguientes:

- I. *Principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional*: Doctor Adolfo Miaja de la Muela (España).
- II. *Problemática de la aplicación del derecho extranjero en la comunidad hispano-luso-americana*: Dr. Alejandro Herrero Rubio (España).
- III. *Expropiación de bienes ante el Derecho Internacional*: Dr. Renato Ribeiro (Brasil).
- IV. *El medio de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación*: Dr. Antonio Gómez Robledo (México).

- V. *Nuevos aspectos del Derecho Internacional Privado en materia de relaciones económicas*: Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro (Costa Rica).
- VI. *Los acuerdos de la Comunidad Económica Europea con España, Portugal y los países hispano-luso-americanos*: Dr. Héctor Gros Espiell (Uruguay).

PREMIOS "JOSE DE YANGUAS MESSIA" Y "LUIS GARCIA-ARIAS"

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), en su décimo Congreso, reunido del 15 al 27 de septiembre del presente año en México y Guanajuato, acordó instituir dos Premios que llevarán los nombres de D. José Yanguas Messia y D. Luis García Arias, para temas de Derecho internacional privado y Derecho internacional público, respectivamente.

Asimismo, se acordó que una Comisión, presidida por el Dr. Luis Antonio da Gama e Silva (Brasil), Interventor del IHLADI, e integrada por el Dr. Carlos García Bauer (Guatemala), Consejero del IHLADI, y por el Secretario General del mismo, Dr. José Luis de Azcárraga (España), redactase el correspondiente Reglamento de convocatoria y condiciones para la concesión de dichos Premios.

Simultáneamente a dicha institución de los Premios, el Gobierno de Venezuela, por mediación de su Ministro de Relaciones Exteriores y Miembro del IHLADI, Dr. Efraín Schacht Aristeguieta, acordó conceder una donación de *dos mil dólares* USA, Medalla de oro y Diploma, con destino al "Premio Luis García Arias".

Asimismo, el Instituto de Cultura Hispánica, por mediación de su Presidente, S. A. R. el Duque de Cádiz, D. Alfonso de Borbón, acordó otorgar con igual cantidad de *dos mil dólares* USA, Medalla de oro y Diploma, con destino al "Premio José de Yanguas Messia".

Ambos Premios serán otorgados con sujeción a las normas que el IHLADI tuviera a bien establecer.

En su consecuencia, la Comisión antes aludida ha redactado el siguiente

REGLAMENTO DE LOS PREMIOS

Artículo 1.º Bajo los auspicios del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) han quedado

instituidos dos premios destinados a recompensar, en las condiciones establecidas en el presente Reglamento, a los autores de los mejores estudios consagrados a cuestiones de Derecho internacional.

Artículo 2.º Los premios instituidos llevarán los nombres de "José de Yanguas Messía" y "Luis García Arias", para temas de Derecho internacional privado y Derecho internacional público, respectivamente.

Artículo 3.º El montante de cada Premio será fijado por el Congreso Directivo del IHLADI de acuerdo con los fondos existentes y donaciones recibidas con tal finalidad, y con la periodicidad que pueda establecerse.

Artículo 4.º Los estudios presentados, inéditos, originales y mecanografiados no podrán tener menos de ciento cincuenta folios tamaño holandesa ni más de quinientos de igual formato, en idioma español o portugués.

Artículo 5.º El envío de los estudios, en cinco ejemplares, al Secretario General del IHLADI (Duque de Medinaceli, 4, 4.º Madrid-14), deberá hacerse, bajo forma anónima, con un lema que asimismo figurará en el exterior en un sobre cerrado, en el que dentro del mismo figurarán nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio del autor.

Artículo 6.º Podrán concurrir a dichos premios los nacionales de los países que integran la Comunidad hispano-luso-americana, con la única exclusión de los Miembros de Honor y de quienes constituyan el Consejo Directivo del IHLADI.

Artículo 7.º El Consejo Directivo del IHLADI tomará las disposiciones necesarias para la constitución de los Jurados calificadores y el plazo dentro del cual deberán comunicar su decisión al Secretario General de dicho IHLADI.

Artículo 8.º Los Jurados podrán otorgar los respectivos Premios a los trabajos que estimen de superior valor; podrán, asimismo, recomendar el otorgamiento de no más de dos menciones honoríficas en cada una de las ramas del Derecho internacional, o bien no adjudicar premio alguno, si no encontrasen mérito alguno para ello. En el caso de las menciones honoríficas corresponde al Consejo Directivo confirmar su otorgamiento.

Artículo 9.º Los Jurados abrirán tan solo los sobres que contengan los nombres e identidad de los autores de los estudios que deban ser premiados.

Artículo 10. Los autores de los estudios presentados a los Premios conservan la propiedad literaria de los mismos, pero el IHLADI se reserva el derecho de su publicación en el ANUARIO, sin remuneración alguna al autor por tal concepto.

Artículo 11. Los estudios premiados pueden ser publicados por sus autores con la indicación del Premio otorgado, pero debe existir una absoluta conformidad entre el texto publicado y el que fue sometido a la decisión del respectivo Jurado. Tal conformidad o concordancia deberá ser certificada por el Secretario General del IHLADI, cuya declaración deberá ser obligatoriamente impresa en las primeras páginas de la publicación.

El Secretario General del IHLADI está facultado para autorizar al autor que introduzca aquellas modificaciones que sean procedentes, por la marcha de los acontecimientos o por los progresos científicos. Tales modificaciones deben, en todo caso, hacerse constar por las disposiciones tipográficas apropiadas.

Artículo 12. El resultado de la concesión de los Premios será publicado por los medios de difusión que el Secretario General del IHLADI considere más idóneos, y la proclamación de los Premios, así como su otorgamiento, tendrá lugar en sesión pública y solemne del IHLADI con ocasión de sus Congresos.

DISPOSICIÓN FINAL:

Los Premios "José de Yanguas Messía" y "Luis García Arias" serán otorgados por primera vez, en 1976, con ocasión del XI Congreso del IHLADI, y merced a las respectivas donaciones del Instituto de Cultura Hispánica y del Gobierno de Venezuela de dos mil dólares USA, Medalla de Oro y Diploma, a los mejores estudios, respectivamente, sobre cualquier tema de Derecho internacional privado y Derecho internacional público.

Los trabajos que opten a dicho Premio deberán tener entrada en la Secretaría General del IHLADI antes del día 15 de julio de 1976.

En fecha ulterior apropiada se comunicará la composición de cada uno de los Jurados calificadores.

ACUERDOS DEL XI CONGRESO

(Madrid - Salamanca 1977)

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En las elecciones estatutarias que tuvieron lugar en Madrid, el día 5 de octubre de 1977, resultaron elegidos los siguientes *Miembros de número del Instituto*:

Geraldo E. do Nascimento e Silva (Brasil).
Reinaldo Galindo Pohl (El Salvador).
Juan Antonio Carrillo Salcedo (España).
Fernando Murillo Rubiera (España).
Antonio Truyol Serra (España).
Roberto Perdomo Paredes (Honduras).
Alfonso García Robles (México).
Manuel Adolfo Vieyra (Uruguay).

Asimismo fueron elegidos los siguientes *Asociados de número del Instituto*:

Julio Barberis (Argentina).
Guillermo J. Vailati (Argentina).
Edgard Camacho Omiste (Bolivia).
Adherbal Meira Mattos (Brasil).
Irineu Strenger (Brasil).
Hugo Llanos Mancilla (Chile).
Antonio Parrá Gil (Ecuador).
Guillermo Trigueros (h.) (El Salvador).
Maximiliano Bernad y Alvarez de Eulate (España).
Alegria Borrás Rodríguez (España).
Oriol Casanovas y la Rosa (España).
Prometeo Cerezo de Diego (España).
Alberto J. Leonart Amselem (España).
Roberto Mesa Garrido (España).
Manuel Pérez González (España).
Elisa Pérez Vera (España).
Antonio Remiro Brotóns (España).
Eloy Ruiloba Santana (España).
Vicente L. Simó Santonja (España).
Manuel Villacorta Viellmann (Guatemala).
Héctor R. Herrera Cáceres (Honduras).

Héctor Cuadra (México).
 Yolanda Frías Sánchez (México).
 Alberto García Gómez (México).
 Braulio Guerra Malo (México).
 Santiago Roel (México).
 José Rojas Garcidueñas (México).
 Alfonso de Rosenzweig Díaz (México).
 Jorge Illueca (Panamá).
 Antonio Belaúnde Moreyra (Perú).
 Juan José Calle (Perú).
 Antonio M. Barbosa de Melo (Portugal).
 Luis Alberto M. L. Crucho de Almeida (Portugal).
 Mateo Magariños de Melo (Uruguay).
 Juan María Rouvier (Venezuela).

COMISIONES DEL XI CONGRESO

Composición de las Mesas.

Primera Comisión: "Principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional."

Presidente: Jorge Castañeda (México).
Vicepresidente: Calixto Armas Barea (Argentina).
Ponente: Adolfo Miaja de la Muela (España).
Secretario: Victoria Abellán Honrubia (España).

Segunda Comisión: "Problemática de la aplicación del Derecho extranjero en la comunidad hispano-luso-americana."

Presidente: Haroldo Valladao (Brasil).
Vicepresidente: Juan Munguía Novoa (Nicaragua).
Ponente: Alejandro Herrero Rubio (España).
Secretario: Eloy Ruiloba Santana (España).

Tercera Comisión: "Expropiación de bienes ante el Derecho internacional."

Presidente: Alfredo Martínez Moreno (El Salvador).
Vicepresidente: Gonzalo Ortiz Martín (Costa Rica).
Ponente: Renato Ribeiro (Brasil).
Secretario: Antonio Remiro Brotons (España).

Cuarta Comisión: "El derecho de autodeterminación de los pueblos y su campo de aplicación."

Presidente: Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela).
Vicepresidente: Julio Almeida Costa (Portugal).
Ponente: Antonio Gómez Robledo (México).
Secretario: José Pérez Montero (España).

Quinta Comisión: "Nuevos aspectos del Derecho internacional privado en materia de relaciones económicas."

Presidente: Diego Uribe Vargas (Colombia).
Vicepresidente: Roberto Perdomo Paredes (Honduras).
Ponente: Luis Demetrio Tinoco (Costa Rica).
Secretario: Oriol Casanovas la Rosa (España).

Sexta Comisión: "Los acuerdos de la Comunidad Económica Europea con España, Portugal y los países hispano-luso-americanos."

Presidente: Fernando Albónico Valenzuela (Chile).
Vicepresidente: José P. Bengzon Acosta (Filipinas).
Ponente: Héctor Gros Espiell (Uruguay).
Secretario: Gil Carlos Rodríguez (España).

CONCLUSIONES DE LA COMISION I

Principios y reglas fundamentales del nuevo Orden Económico Internacional.

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en su XI Congreso,

Atento a la formación de un nuevo Orden Económico Internacional, cuyas bases han sido proclamadas solemnemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial en sus Resoluciones 3.201 y 3.202 (S. VI) sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, y 3.281 (XXIX) que aprueba la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

Reafirmando sus Resoluciones anteriores sobre "El desarrollo económico en los Estados en los países de la Comunidad Hispano-Luso-Americano-Filipina y el Derecho Internacional" (Caracas-

Mérida, 1967), "Régimen jurídico internacional de las inversiones de capitales extranjeros" (Caracas-Mérida, 1967), "El Derecho de Desarrollo de los Estados" (Buenos Aires, 1969; Lima, 1970), "El Derecho de la cooperación económica internacional" (Lisboa, 1972) y "La Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados" (México, Guanajuato, 1974).

Deseoso de avanzar un paso más en el cumplimiento de su función de impulsar el progreso del Derecho Internacional mediante el análisis, en el ámbito económico, de su estado actual y de sus perspectivas de inmediato futuro,

Adopta la siguiente Resolución:

I. DECLARA:

1.^a Como consecuencia de los recientes cambios sufridos por la sociedad internacional, se encuentra en fase avanzada de formación un nuevo Orden Económico Internacional, centrado en la solución de los problemas derivados de la situación de los países en desarrollo.

2.^a El carácter universal de este nuevo sector del Derecho Internacional requiere:

a) Basarlo en un orden trascendente presidido por el respeto a la dignidad de la persona humana y a las exigencias de la solidaridad entre los pueblos;

b) En el aspecto jurídico positivo, fundamentarlo en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración relativa a los principios de amistad y a la cooperación entre los Estados, aprobada por la Resolución 2.625 (XXV) de su Asamblea General;

c) Reconocer su carácter dinámicamente progresivo, al compás de las transformaciones de la vida internacional y del avance de las exigencias de solidaridad y cooperación en la conciencia de los hombres y de los pueblos.

3.^a La equidad y la justicia social constituyen las bases esenciales del orden económico internacional. A la luz de estos principios deben ser interpretadas y aplicadas las normas del Derecho internacional económico.

4.^a En virtud de las normas del Derecho Internacional vigente, todos los pueblos tienen derecho:

a) A su autodeterminación en las esferas económica, social y cultural;

b) A la preservación y libre disposición de sus riquezas y recursos naturales;

- c) A su desarrollo político, económico, social y cultural;
- d) A las condiciones equitativas en el comercio internacional.

Además de los citados derechos que los pueblos independientes ejercen a través de los Estados soberanos en que se hallan organizados, los pueblos de los territorios no autónomos, sometidos a dominación colonial o extranjera o al *apartheid*, tienen derecho, a fin de asegurarles el pleno ejercicio de aquéllos, a su pronta autodeterminación política.

5.^a Todos los Estados tienen la plenitud de los derechos enumerados en la declaración anterior y el de soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales.

6.^a Todos los Estados:

a) Están obligados a promover y respetar los derechos de los pueblos expresados en la declaración 4.^a;

b) Tienen el deber de cooperar, en la medida de sus fuerzas, a la consecución del desarrollo económico, social, cultural, científico y tecnológico de toda la humanidad.

7.^a Los Estados están especialmente obligados a ampliar la cooperación económica a nivel regional y subregional con el propósito de lograr un mayor ritmo de desarrollo económico.

8.^a Las Organizaciones Internacionales deben prestar su apoyo efectivo y sustancial para fortalecer la cooperación económica y la diversificación de las estructuras de producción de los países en desarrollo.

II. RECOMIENDA:

1.^o A los Estados de la Comunidad Hispano-Luso-Americano-Filipina:

a) Acatar y cumplir, de buena fe, las Resoluciones emanadas de las Organizaciones internacionales referentes al nuevo Orden Económico Internacional;

b) Contribuir a la evolución progresiva de este Orden, tanto por medio de reformas en sus legislaciones internas como por su participación en convenios internacionales, a fin de acelerar el logro de los objetivos de promoción integral de todos los pueblos.

2.º A los Miembros y Asociados del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional:

- a) Colaborar, desde sus respectivas posiciones, a las finalidades antes expresadas;
- b) Difundir, por los medios de comunicación social, y especialmente en la enseñanza del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, los progresos del Derecho Económico Internacional en el espíritu que inspira esta Resolución.

CONCLUSIONES DE LA COMISION II

Problemática de la aplicación del derecho extranjero en la Comunidad Hispano-Luso-Americana.

1.ª Declara que las normas de derecho público extranjero no son, por su propia naturaleza, inaplicables en los conflictos de ley.

2.ª Declara, igualmente, que el recurso de casación —o la institución correspondiente en cada Estado— por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado, deberá poder interponerse en los mismos casos y condiciones que respecto del derecho nacional.

3.ª Hacer constar que es de extraordinaria importancia conseguir un conocimiento fidedigno y fácil del derecho extranjero. Por lo cual se hace necesario la fijación de unos procedimientos claros y asequibles para la comunicación de la adecuada información.

A tal efecto, los Estados deberán introducir en sus legislaciones las modificaciones necesarias, así como concluir los tratados que consideren pertinentes.

CONCLUSIONES DE LA COMISION III

Expropiación de bienes ante el Derecho Internacional.

El XI Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

TENIENDO PRESENTE:

- A) Que la Resolución 3.281 (XXIX), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1974, que

aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, estableció que los Estados que nacionalicen, expropien o transfieran la propiedad de bienes extranjeros, “deberán pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes”;

B) Que la propia Carta estableció, asimismo, que “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, al menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios”;

C) Que la Resolución 3.486 (XXX), de 12 de diciembre de 1975, reiteró y reafirmó estos criterios sustentados por la aludida Carta y estableció un procedimiento para su reexamen quinquenal;

D) Que las Resoluciones 3.201 y 3.202 del VI Período Extraordinario y la Resolución 3.362 del VII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas han contribuido, asimismo, a definir y determinar las bases del nuevo orden económico internacional, conteniendo normas de clara incidencia en las cuestiones objeto de esta Resolución;

E) Recordando y reafirmando los anteriores trabajos del Instituto recogidos en las Resoluciones sobre “La responsabilidad del Estado en los daños causados a los extranjeros” (Quito, 1957), “El desarrollo económico de los Estados en los países de la Comunidad Hispano-Luso-Americano-Filipina y el Derecho Internacional” (Caracas-Mérida, 1967), “El régimen jurídico internacional” (Caracas-Mérida, 1967), “El régimen jurídico internacional de las inversiones de capitales extranjeros” (Caracas-Mérida, 1967), “El derecho de desarrollo de los Estados” (Buenos Aires, 1969, y Lima, 1970), “El Derecho de la cooperación económica internacional” (Lisboa, 1972), “La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” (México-Guanajuato, 1974) y “Los principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional” (Madrid, 1977).

DECLARA:

- I) Que la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados en materia de nacionalización, expropiación o transferencia de bienes extranjeros constituye la expresión de una

convicción jurídica universal y representa auténticos principios de Derecho Internacional;

II) Que el nuevo Derecho Económico Internacional elaborado en el seno de las Naciones Unidas puede contribuir a la solución, expropiación o transferencia de bienes de extranjeros y al fomento de la cooperación entre todos los Estados;

III) Que la nacionalización, expropiación o transferencia de bienes de extranjeros es reconocida por el Derecho Internacional como un derecho del Estado que la decide; y

IV) Que las fórmulas reconocidas por la práctica internacional para ajustar las diferencias que surtan con motivo de la nacionalización, expropiación o transferencia de bienes de extranjeros, como, por ejemplo, el arbitraje y los acuerdos globales de compensación deberán —cuando no hubiesen prosperado las reclamaciones individuales— sujetarse en todo caso a lo previsto por el artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados a que se hace referencia en el Considerando B) de esta Resolución.

CONCLUSIONES DE LA COMISION IV

El Derecho de autodeterminación de los pueblos

y su campo de aplicación.

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

DECLARA:

1. El principio de la libre determinación de los pueblos es un dato inmediato de la conciencia humana y es parte integrante, en la categoría de *ius cogens*, del Derecho internacional positivo.

2. El derecho de autodeterminación de los pueblos, su reconocimiento y su ejercicio, es la primera condición, en el orden práctico, del goce de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin restricción alguna.

3. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, y por virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

4. El derecho de los pueblos a la libre determinación comprende, de manera eminente, el derecho a la preservación y libre disposición de sus riquezas y recursos naturales.

5. Todos los pueblos de territorios dependientes deben alcanzar la plenitud del gobierno propio, ya sea por su constitución en un Estado independiente y soberano o por su libre asociación o integración en un Estado independiente, observándose, en todo caso, los requisitos y procedimientos establecidos por las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas.

6. A los pueblos aún sometidos al yugo colonial no puede escatimárseles la independencia por motivos estratégicos, ni con el pretexto de su falta de preparación política, económica, social o cultural.

7. Es legítima la lucha, por todos los medios autorizados por el Derecho internacional, inclusive el empleo de la fuerza armada, de los pueblos que pugnan por liberarse de la dominación colonial, y en los actos que realicen con este fin, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo del exterior, de conformidad con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

8. La libre determinación de los pueblos tiene como supuesto básico el respeto a los derechos de la persona humana, objeto y fundamento de todo orden jurídico y moral.

9. La dominación colonial no es el único obstáculo al ejercicio del derecho de los pueblos a su libre determinación. Constituyen igualmente violaciones de dicho derecho aquellas situaciones de sujeción que coartan el derecho de un pueblo a su libre determinación.

10. El ejercicio del derecho a la libre determinación sólo corresponde a los pueblos autóctonos y con personalidad inconfundible y no a las poblaciones adventicias oriundas de la potencia colonial, afines a la misma o a su servicio.

Tratándose de territorios sometidos a reivindicaciones de soberanía, debe procurarse una solución pacífica entre los Estados partes de la controversia.

11. La libre determinación de los pueblos no tiene otro límite que el respeto a la integridad territorial de los Estados, de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. En tal virtud, en el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos todos los Estados deben abstenerse escrupulosamente de cualquier tentativa encaminada a destruir total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de otros Estados.

12. Todos los Estados deben abstenerse de cualquier injerencia en los movimientos de revolución o de secesión que pue-

dan producirse en el interior de otro Estado, y respetar la decisión a que finalmente llegue el pueblo interesado.

13. Teniendo en cuenta que, de conformidad con las resoluciones de las Naciones Unidas, el colonialismo es un crimen que viola la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y la formulación del derecho de libre determinación contenida en la Resolución 2.625 (XXV), formúlense los más fervientes votos por que desaparezcan, lo más pronto posible, los últimos vestigios del colonialismo en el mundo y, muy particularmente, dentro del ámbito geográfico de la Comunidad hispano-luso-americana.

CONCLUSIONES DE LA COMISION V

Nuevos aspectos de Derecho Internacional Privado en materia de las relaciones económicas.

Considerando que la formación del Nuevo Orden Económico Internacional no puede dejar de influir en la estructuración futura del Derecho Internacional Privado;

Considerando que el debido tratamiento de esta influencia no hace recomendable intentar el estudio en un único texto de todos sus muchos aspectos, ni permite a esta Comisión proceder a una precipitada selección de algunos de ellos;

Considerando que se deberían marcar algunas pautas que deben configurar la expuesta a estas transformaciones;

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

RECONOCE:

1.º La primacía de los aspectos ético-políticos en que debe apoyarse el Derecho Internacional Privado, destacando la importancia del respeto a la dignidad de la persona humana y la seguridad jurídica como vías de realización de la justicia.

2.º La importancia que los usos y costumbres del comercio internacional y el Derecho convencional tiene en la renovación de los procedimientos de elaboración jurídica que han de regir estas transformaciones.

3.º La pertinencia del método comparado y de la jurisprudencia de elaboración, la interpretación y la aplicación de las normas.

4.º La influencia que los procesos de integración, sean regionales o subregionales, tienen en la elaboración de los nuevos aspectos del Derecho Internacional Privado.

El XI Congreso sugiere que en futuros Congresos se estudie de manera específica la proyección que el Nuevo Orden Económico Internacional puede tener en la solución de estos aspectos.

CONCLUSIONES DE LA COMISION VI

Los acuerdos de la Comunidad Económica Europea con España, Portugal y los países hispano-luso-americanos.

Considerando que algunos Estados de la Comunidad Iberoamericana (Argentina, Brasil, España, México, Portugal y Uruguay) han concluido con la C. E. E. acuerdos internacionales de diversa naturaleza y contenido en razón de las distintas situaciones en que se encuentran las Partes;

Considerando que la mayoría de estos acuerdos no ha logrado satisfacer los objetivos de un intercambio comercial más amplio y equitativo;

Considerando que la negociación individual con la C. E. E. de cada uno de dichos acuerdos no ha permitido utilizar adecuadamente la capacidad negociadora de los países iberoamericanos ni atender debidamente a la defensa de sus intereses comunes;

Considerando que otros países iberoamericanos pueden celebrar en el futuro acuerdos semejantes con el mismo desalentador resultado;

Considerando que el ingreso de España y Portugal en la C. E. E. pudiera afectar decisivamente a sus relaciones económicas y comerciales con los demás países de la Comunidad Iberoamericana;

DECLARA:

1.º Es deseable la conclusión de acuerdos comerciales entre los países iberoamericanos y la C. E. E., sin perjuicio de la posible existencia de acuerdos de la misma índole con otros sistemas de asociación económica.

2.º Tanto la renegociación de los acuerdos vigentes como la negociación de otros nuevos por los países iberoamericanos deberá hacerse asumiendo la obligación de considerar y defender los intereses económicos globales de tales países, así como sus ineludibles vínculos con aquellos que se encuentren en vías de desarrollo.

3.º Sería aconsejable que la negociación de los acuerdos por los países iberoamericanos con la C. E. E. se abordara en un marco multilateral, pudiendo servirse para ello de los mecanismos de cooperación regional y subregional ya existentes o de otros que en el futuro puedan establecerse.

4.º En estos acuerdos la C. E. E. deberá asumir obligaciones concretas dirigidas a fomentar el comercio recíproco e impulsar el desarrollo económico y social, superando los enunciados vagos y genéricos que no constituyen sino manifestaciones de buena voluntad.

5.º Sería deseable que la incorporación de España y Portugal a la C. E. E. no menoscabe los intereses de los países iberoamericanos. La especial razón de las relaciones entre los países que componen la Comunidad Iberoamericana debe ser salvaguardada buscándose, a tal efecto, la fórmula que permita traducirla en un plano normativo.

OTROS ACUERDOS DEL XI CONGRESO

Tanto en los Plenos como en las Sesiones Administrativas de la Junta de Miembros y del Consejo Directivo, que tuvieron lugar en Madrid en los días 5, 11 y 12 de octubre, se adoptaron, sobre la base de las oportunas propuestas y mociones, escritas y formuladas oralmente, los siguientes

ACUERDOS:

- Voto de reconocimiento a las Autoridades Españolas por la espléndida hospitalidad brindada a todos los Miembros y Asociados del Instituto.
- Designar Miembro de Honor del Congreso al Ministro de Asuntos Exteriores de España, Dr. Marcelino Oreja Aguirre.
- Felicitación a la Comisión Organizadora del Congreso por la magnífica labor realizada, que contribuyó decisivamente al éxito del Congreso.

— Felicitación a los Ponentes Doctores Miaja de la Muela, Herrero Rubio, Ribeiro, Tinoco Castro, Gómez Robledo y Gros Espiell, por el acierto de los Anteproyectos de Ponencias que presentaron y que sirvieron de la mejor apoyatura para los profundos e interesantes debates del Congreso.

— Voto de agradecimiento al Secretario General del Instituto y a todos sus colaboradores de Secretaría.

— Mantenimiento de la cuota individual de cuarenta dólares (USA) al año, haciéndose hincapié en que no haya demoras en su puntual abono.

— Voto de satisfacción por el hecho de que el idioma español ha sido reconocido como idioma de trabajo en las Organizaciones Internacionales.

Tomando en cuenta que en 1978 se cumplirá el trigésimo aniversario de la proclamación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el IHLADI resolvió asociarse a las conmemoraciones que tengan lugar durante el próximo año con tal motivo, haciendo una invitación especial a las Universidades y Centros de Estudio de los países de nuestra Comunidad para que propicien la enseñanza, promoción y respeto de tales Derechos.

— Que se solicite a los miembros y asociados del Instituto para que informen a la Secretaría General del mismo de la publicación de sus trabajos jurídicos y al envío de dos ejemplares para la Biblioteca del Instituto. Asimismo, la Secretaría General deberá publicar periódicamente un Boletín conteniendo la anterior información.

— Voto de complacencia por la firma, el 7 de septiembre de 1977, de los Tratados relativos al Canal de Panamá y a su Neutralidad Permanente, expresándose la esperanza de que, una vez ratificados, produzcan los beneficiosos efectos que de ellos espera la Comunidad Hispano-Americana.

Asimismo, se acordó aprobar, por iniciativa de los Miembros de Costa Rica, que la sede del XII Congreso del IHLADI fuese la capital venezolana de Caracas, a celebrar entre los días 5 al 12 de octubre de 1979, nombrándose, de acuerdo con los Estatutos vigentes, Presidente de la Comisión Organizadora del indicado XII Congreso al Doctor Luis Cabana, Miembro venezolano del IHLADI.

Igualmente, el Consejo Directivo, en su reunión del día 12 de octubre de 1977, aprobó el temario de Ponencias y designación de los respectivos Relatores siguientes:

I. "Tratamiento procesal del Derecho extranjero": Doctor Gonzalo Parra Aranguren (Venezuela).

II. "Competencias Estatales en las Cuencas Fluviales Internacionales": Doctor Calixto Armas Barea (Argentina).

III. "Régimen Jurídico de la órbita sincrónica geoestacionaria": Doctor Diego Uribe Vargas (Colombia).

IV. "Aportaciones hispano-luso-americanas al desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados": Doctor Juan Antonio Carrillo Salcedo (España).

Asimismo, se acordó hubiera la posibilidad de debatir otro anteproyecto de Ponencia, redactado en lengua portuguesa por algún colega de Portugal, que ulteriormente se designará (*).

Por renuncia del Secretario General, Doctor José Luis de Azcárraga, que anteriormente había sido designado como Ponente de la "Reforma de Estatutos del Instituto y del Reglamento de sus Congresos", se acordó que esta Ponencia la asumiera el Doctor Carlos García Bauer, de Guatemala.

— Mantenimiento de las bases por las que quedaron instituidos los premios "José de Yanguas Messia" y "Luis García Arias", abriéndose un nuevo plazo de presentación de los trabajos que opten al segundo de dichos premios hasta el primero de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

(*) Con posterioridad se acordó designar como Ponente, de idioma portugués, al Dr. Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva, quien redactará su Anteproyecto sobre "Influencia de la Ciencia y la Tecnología sobre fuentes del Derecho Internacional".

