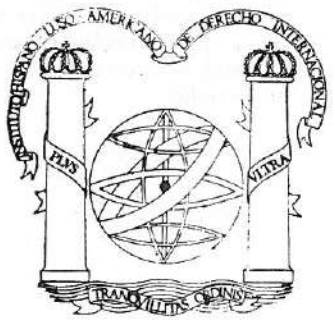
ANUARIO

HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



7

1984

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

Toda correspondencia, petición de envío, remisión de publicaciones, debe dirigirse a la Secretaría General del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, calle Serrano, 209, MADRID-16 (España).

CUADRO DE HONOR DEL IHLADI

PRESIDENTES DE HONOR DEL INSTITUTO

Yepes y Herrera, Jesús María. (Colombia) (fallecido).
(Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: II Congreso, Sao Paulo, 1953; Presidente de Honor: III Congreso, Bogotá, 1962).

Barcia Trelles, Camilo. (España) (fallecido).
(Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: II Congreso, Sao Paulo, 1953; Interventor del Instituto: 1951-1953 y 1953-1957. Presidente del V Congreso, Santiago de Compostela, 1966 y del IHLADI, 1966-1967. Presidente de Honor: V Congreso, Santiago de Compostela, 1966).

Bustamante y Rivero, José Luis. (Perú).
(Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: II Congreso, Sao Paulo, 1953; Miembro de Honor: VI Congreso Caracas-Mérida, 1963; Presidente de Honor: XIII Congreso, Lima, 1982).

MIEMBROS DE HONOR

Sela Sampil, Luis. (España).
(Asociado Fundador: I Congreso, Madrid, 1951; Miembro: II Congreso, Sao Paulo, 1953; Director del Instituto: 1974-1980; Miembro de Honor: XII Congreso, Mérida, 1980).

García Robles, Alfonso. (México).
(Asociado: VI Congreso, Caracas-Mérida, 1967; Miembro: X Congreso, Guanajuato, 1974; Miembro de Honor: XIII Congreso, Lima, 1982).

Alvarado Garrido, Luis. (Perú).
(Miembro de Honor: XIII Congreso, Lima, 1982).

PRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Echevarría, Luis. (Venezuela).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Herrera Campins, Luis. (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980).

Belaunde Terry, Fernando. (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

VICEPRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Rabassa, Emilio O. (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Zambrano Velasco, José Eduardo, (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980. Fue también elegido Asociado).

Arias Stella, Javier. (Perú).
(XII Congreso, Lima, 1982).

MIEMBROS DE HONOR DE CONGRESO

Oreja Aguirre, Marcelino. (España).
(XI Congreso, Madrid-Salamanca, 1977).

Llosa Pautrat, Jorge Guillermo. (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982. Fue también elegido Asociado).

MIEMBROS DE HONOR FALLECIDOS

Amadeo, Mario. (Argentina).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

Caetano, Marcelo. (Portugal).
(VIII Congreso, Lima, 1970).

Ponce Enríquez, Camilo. (Ecuador).
(III Congreso, Quito, 1957).

Fernández, Raúl. (Brasil).
(VI Congreso, Caracas-Mérida, 1967).

Yanguas Messía, José de. (España).
(VI Congreso, Caracas-Mérida, 1967).

CONSEJO DIRECTIVO

(1982-1984)

Presidente:

Dr. Andrés A. Aramburú Menchaca (Perú).

Directores:

Dr. Calixto A. Armas Barea (Argentina).
Dr. Miguel Franchini Netto (Brasil).
Dr. Diego Uribe Vargas (Colombia).
Dr. Fernando Albónico Valenzuela (Chile).
Dr. Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador).
Dr. Fernando Murillo Rubiera (España).
Dr. Carlos García Bauer (Guatemala).
Dr. Antonio Gómez Robledo (México).
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay).
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela).

Secretario General:

Dr. José Luis de Azcárraga y Bustamante (España).

Secretaría General:

Serrano, n.º 209. Madrid-16. (España).

SUMARIO

	Págs.
PRESENTACION	13
IN MEMORIAM	15
ESTUDIOS	25
El caso de las Malvinas y el derecho a la libre determinación de los pueblos, por Héctor Gros Espiell ...	27
Marco jurídico del transporte internacional, por Rodolfo Cruz Miramontes	43
Reforma a los medios, métodos y procedimientos de arreglo pacífico de controversias internacionales, por Antonio Linares	73
Los países del Sistema del Pacífico Sur ante la Convención sobre el Derecho del Mar, por Hugo Llanos Mansilla	85
La "Ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976", por Rodolfo Cruz Miramontes	105
El procedimiento de negociación diplomática como mecanismo de solución de controversias, el caso de Venezuela, por Isidro Morales Paúl	131
Las nuevas tendencias del Derecho Internacional para la solución de controversias relativas a zonas fronterizas, por Isidro Morales Paúl	173
Algunas consideraciones del Derecho Internacional Privado en las empresas multinacionales, por Emilio R. Estrada	215
PONENCIAS DEL XIII CONGRESO	271
El concepto de orden público en el Derecho Internacional, por Elisa Pérez Vera	273
Proteçao do meio ambiente e responsabilidade internacional dos Estados, por Irineu Strenger	289

Págs.

Los derechos de solidaridad, por Diego Uribe 299

La selección de las leyes aplicables a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional, por Delia Revoredo de Debakey 329

Naturaleza jurídica del principio del "patrimonio común de la Humanidad", por Felipe Paolillo 353

NOTICIA DE LIBROS 379

Hugo Llanos: *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, por María Teresa Infante 381

Vicente Blanco: *El voto ponderado*, por José Luis de Azcárraga 382

José Luis de Azcárraga: *Derecho del Mar*, por José Cervera 386

NOTICIARIO 389

Breve crónica del XIII Congreso del IHLADI 393

Conclusiones aprobadas sobre las ponencias 415

Resultados de las elecciones para nuevos Miembros y Asociados 422

Otros acuerdos 424

Discurso del Dr. Vicente Marotta 428

Otras intervenciones de la sesión de clausura 430

PRESENTACION

Siguiendo la tónica iniciada en anteriores volúmenes del presente ANUARIO y, más especialmente, en el últimamente aparecido que llevó el número 6, correspondiente al año 1981, presentamos hoy el relativo al XIII Congreso, celebrado en la querida capital peruana de Lima entre los días 8 al 13 de noviembre de 1982 y obedeciendo a uno de sus ACUERDOS, incorporamos, en estas páginas, los textos íntegros de las Ponencias que fueron presentadas a los debates de dicha reunión, transcribiendo, asimismo, las CONCLUSIONES que merecieron la aprobación en el curso de las respectivas sesiones de Comisión y Plenarias.

Los ESTUDIOS que aparecen también han sido aportados por sus autores, con la finalidad de que vean la luz pública en este ANUARIO.

Igualmente incorporamos una breve NOTICIA DE LIBROS, la crónica del XIII Congreso, y sus ACUERDOS y otros datos de interés.

Por último, lamentamos que, pese a la denominación de ANUARIO, por dificultades económicas, su aparición y distribución no podamos ofrecerlas cada año. Lo importante, sin embargo, creemos que es bueno que en el lapso de tiempo que media entre dos Congresos aparezca un volumen de dicho ANUARIO sin perjuicio de las Cartas-Circulares, los PRONTUARIOS y otras comunicaciones escritas que esta Secretaría General estima conveniente enviar a todos nuestros colegas, Miembros y Asociados del IHLADI.

J. L. de A.

JOSE ROJAS GARCIDUEÑAS (México)

José Rojas Garcidueñas, miembro asociado del IHLADI, nació en Salamanca, Guanajuato, el 16 de noviembre de 1912 y murió en México, Distrito Federal, el 1 de julio de 1981.

Quienes pudimos tratarlo desde la adolescencia hasta el día en que le acompañamos a su última morada; quienes compartimos con él, por tantos años, todo lo divino y lo humano, sentimos que algo esencial de nuestra vida se ha ido para siempre con la partida de aquel espíritu superior, multiforme y versátil, a quien no le fue nunca ajeno nada de cuanto es humano en todos los órdenes del pensamiento y de la acción.

Dominados cada día más por aquello que Ortega llamó, en día memorable, la barbarie del especialismo, no acertamos ya a representarnos tan fácilmente lo que fue la última generación de humanista (una especie en vísperas de extinguirse) que ha pasado por México, entre ellos ¡y con qué altura! José Rojas Garcidueñas.

Jurista, historiador, hombre de letras y crítico de arte, todo esto lo fue Rojas con igual brillantez y competencia, por increíble que pueda parecer hoy en día. En todos estos dominios del espíritu descolló fácilmente, porque se movía con singular destreza por todas aquellas disciplinas *quae ad humanitatem pertinent*, como lo dijo Cicerón al dar, en la defensa de Arquías, la primera definición de las humanidades.

Circunscribiéndonos de momento —en razón del aquí y del ahora— al campo del derecho, y con mayor especificidad aún del derecho de gentes, nos limitaremos a enfocar a Rojas Garcidueñas en tanto que internacionalista, así en sus escritos como en sus actos.

Por lo primero, despunta con singular lucidez, a los veintitrés años de su edad, al recibirse de abogado, con su memorable tesis profesional: *Vitoria el problema de la conquista en derecho internacional*, premiada *magna cum laude* en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Parecía bien difícil decir en aquel año (1938) algo nuevo, algo original sobre el genial dominico, más por un primerizo. Y con todo, Rojas pudo enfocar la doctrina del maestro bajo una luz original sentar, sobre la firme base textual de las relecciones vitorianas, la conclusión de su tesis, en el sentido de que:

"Según la doctrina de fray Francisco de Vitoria, la conquista es ilegítima, injusta y contraria al derecho internacional".

Por extraño que parezca, no habíamos llegado a esta conclusión los vitorianistas (si es que mi devoción por el maestro de Salamanca me da derecho de contarme entre ellos), simplemente porque seguíamos por el camino más trillado de la doble *Relectio de Indis et de iure belli*, en las cuales, en efecto, algunos de los llamados títulos legítimos, por mucho que Vitoria encarezca su carácter hipotético, parecen conducir a la justificación del dominio permanente de los españoles sobre los naturales del nuevo mundo. Pero con mayor paciencia, hurgó Rojas en otros textos, en la *Relectio de temperantia* principalmente, donde bien claro está que ni siquiera en el caso más plausible de la intervención de humanidad para abolir la nefanda práctica de los sacrificios humanos, no puede la intervención propasarse a la subyugación definitiva, es decir, a la conquista, una vez que aquella causa ha dejado de existir: *cessante hac causa, non licitum est ultra progredi*. Para la mayor gloria del padre del derecho internacional y provecho nuestro, aquel joven graduado de la generación del 38 restauró así en su prístino estado una doctrina que cada día cobra mayor vigencia en este ocaso en que estamos del colonialismo en el mundo.

Pasando ahora al otro aspecto del internacionalista mexicano en acción, me limitaré a decir que José Rojas Garcidueñas fue, por más de cinco lustros, el abogado consultor de la Secretaría de Relaciones Exteriores en cuestiones limítrofes. Dicho de otro modo, a él estuvo encomendada, en tanto que jurista, la tutela de la integridad nacional, una función que, en la Roma antigua, competía al *deus terminus*.

En el desempeño de este cometido, Rojas Garcidueñas dejó varias monografías, breves pero enjundiosas, sobre cuestiones tan vitales para México como el mar territorial y las aguas internacionales; además, y por más que no esté calzado por su firma, su impronta es bien visible en el tratamiento y solución de problemas tan difíciles como el Chamizal y la salinidad del río Colorado. Allí está, para quien sabe leer entre líneas, su juicio prudente justiciero. En la Cancillería de Tlatelolco tendrá por siempre reservado un lugar de la mayor estimación y respeto.

Su vida fue, en suma, una vida al servicio de la justicia y de la paz entre las naciones. Sobre él recae directamente, por tanto, la bienaventuranza séptima, relativa a los pacíficos, en su sentido prístino, por supuesto, de hacedores de paz.

Antonio GOMEZ ROBLEDO (México)
Miembro del IHLADI

MARIO AMADEO (Argentina)

Desgraciadamente, el curso de la vida de los Miembros y Asociados de nuestro IHLADI, tiene un punto final que agota sus actividades profesionales, privándonos a todos de su presencia y su colaboración tan eficaces.

Entre la publicación del anterior volumen de este ANUARIO (1981) y la aparición de este volumen 7 (1984) falleció nuestro querido colega Mario Amadeo (Argentina), que desde la reunión de Coimbra (1952) pertenecía al Instituto, y desde el IV Congreso (Bogotá, 1962) ostentaba la condición de Miembro. Todos recordamos, con gran satisfacción, el éxito del VII Congreso celebrado en Buenos Aires en 1969, bajo su acertada Presidencia, el tacto y la exquisita diplomacia con que supo llevar sus debates y su merecida elección como Miembro de Honor del IHLADI la última sesión del XIII Congreso, celebrado en Lima (1982).

A continuación transcribimos el *curriculum vitae* del Doctor Amadeo, el Decreto del Poder Ejecutivo de Argentina por el que se dispuso que la bandera nacional permaneciese izada a media asta, en señal de duelo, en todos los edificios públicos y unidades del Ejército, Armada y Fuerza Aérea argentinas y la nota necrológica que publicó el diario bonaerense "La Nación", junto con la crónica de los homenajes que se le rindieron en sus exequias.

Y por mi parte, en nombre del Consejo Directivo del IHLADI y en el mío propio que me honré con su amistad, sólo quiero añadir la emocionada oración de ¡Descanse en paz, mi querido Mario!

J. L. de A.

"CURRICULUM VITAE" DE MARIO AMADEO
(Síntesis)

Nacido en Buenos Aires el 15 de enero de 1911.

Actuación docente y estudios realizados.

Egresado con título de Abogado de la Universidad de Buenos Aires (1934).

Alumno del "Colegio Angélico" de Roma (1939-1940).

Profesor en los Colegios Nacionales "Mariano Moreno" y "Justo J. de Urquiza" (Capital) y del Colegio Nacional de "San Isidro" (1935-1939).

Profesor adjunto en la Facultad de Derecho (1947-1953) y en la Facultad de Ciencias Económicas (1947-1954) de la Universidad de Buenos Aires en la cátedra de Derecho Internacional público.

Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Argentina (1970-1972).

Profesor titular de Política Internacional en la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina (1972-1973).

Licenciado en Filosofía en los cursos de cultura católica (1938).

Actuación diplomática.

Secretario de Embajada ante la Santa Sede (1939-1940); en el Uruguay (1940-1941) y en Chile (1943-1944).

Director de Política del Ministerio de Relaciones Exteriores (1944-1945), Ministro de Relaciones Exteriores y Culto (1955).

Representante Permanente ante las Naciones Unidas (1958-1962).

Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1960-1961).

Embajador en el Brasil (1966-1969).

Labor intelectual y obra escrita.

Fundador y codirector de las revistas "Baluarte" y "Sol y Luna".

Miembro de Honor y ex Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Director de la Revista de la Unión Industrial de Argentina (1964-1966).

Director de la Revista de la Facultad de Derecho (1948-1952).

Autor de los siguientes libros: "Por una Convivencia Internacional" (1954); "Ayer, hoy, mañana" (1956) y "Política Internacional" (1.ª ed. 1970, 2.ª ed. 1978), "Dante Siempre" 1981). Autor también de seis folletos sobre temas de política interna y de numerosos trabajos, monografías y artículos sobre temas internacionales.

Miembro de la Comisión Pontificia "Justicia y Paz" (1972-1976).

Miembro correspondiente a la Academia Brasileña de Letras.

DECRETO NUMERO 649 DEL PODER EJECUTIVO

Buenos Aires, 19 de marzo de 1983.

VISTO el fallecimiento del ex Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, Doctor D. Mario Amadeo, acaecido en Buenos Aires el 19 de marzo de 1983, y

CONSIDERANDO:

Que corresponde al Gobierno Nacional rendir al ilustre extinto las honras que condicen con la jerarquía alcanzada y con su brillante trayectoria.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACION ARGENTINA

DECRETA:

ARTICULO 1.º—Durante el día del sepelio del ex Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Doctor don Mario Amadeo, la Bandera Nacional permanecerá izada a media asta, en señal de duelo, en todos los edificios públicos y unidades del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

ARTICULO 2.º—El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto asumirá la representación del Gobierno Nacional en el velatorio y las exequias del Doctor D. Mario Amadeo.

ARTICULO 3.º — Invítase a los Gobiernos Provinciales a adherirse al duelo.

ARTICULO 4.º—Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

"LA NACION".—Lunes, 21 de marzo de 1983.

Fueron inhumados ayer los restos del ex canciller Mario Amadeo.

Una elocuente expresión de pesar constituyó el sepelio del doctor Mario Amadeo realizado ayer en el cementerio Jardín de Paz. Asistieron el ministro de Relaciones Exteriores y Culto doctor Juan Ramón Aguirre Lanari; el ex ministro de Economía doctor Roberto Alemann; el ex ministro de Educación y Cultura, ingeniero Carlos Burundarena; miembros del cuerpo diplomático y representantes de diversas instituciones del quehacer nacional.

Tras el responso oficiado por el R.P. Alberto Ezpezel, habló en primer término el ministro de Relaciones Exteriores, doctor Aguirre Lanari, en nombre del gobierno nacional.

Expresó el canciller que el doctor Mario Amadeo fue un sobresaliente titular del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, y que "en su breve paso dejó una huella de capacidad y consagración, que rubricó una vocación por los problemas internacionales ya antes exhibida y revalidada luego, hasta sus últimos momentos".

"Su enjundia intelectual reconocida, madurada en el estudio profundo y en la reflexión serena y patriótica, fueron los pilares que le permitieron brillar más tarde, representando a nuestro país en encumbrados foros internacionales. Fue representante permanente de la República Argentina ante las Naciones Unidas, embajador en Brasil y miembro No Gubernamental de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la UN y en el ejercicio de sus funciones ganó el respeto y admiración de sus colegas. Su paso por el turbulento mundo de las Naciones Unidas, donde se debaten complejos intereses no siempre perceptibles en su devenir, dejó un prestigioso recuerdo, porque cada intervención como representante de nuestro país era una cátedra de Derecho y Política Internacional. Y es que además de su saber, poseía el don de la palabra escrita y el don de la palabra oral sostuvo el canciller.

Agregó Aguirre Lanari que el extinto "sintió, naturalmente, la pasión política y transitó por duros avatares, exhibiendo, sobre todo, el permanente e irrenunciable interés y las inevitables angustias que irrogan los problemas del espectro público, no alentando ningún interés que no fuera el de su patria. Hoy despedimos a un profesor y ensayista de primera línea, a un luchador y pensador político, a un lucido y fino diplomático. Hoy despedimos a un gran canciller de la República Argentina", concluyó.

Seguidamente habló el ex embajador Jorge Aja Espil, por el Consejo Argentino de Relaciones Internacionales. Dijo que "es verdad que no todo muere, porque no somos en este mundo una lección de sombras hacia la nada, sino peregrinos que dejamos aquí el rastro de nuestro paso por la tierra. Estas son las enseñanzas que emergen de la vida y de la muerte del doctor Mario Amadeo, cuyos despojos mortales venimos hoy a entregar a la madre tierra".

A continuación habló el doctor Angel Centeno por el Instituto Argentino de Cultura Hispánica. Dijo que "despedir a Mario Amadeo significa para el Instituto algo más que decir adiós a su consejero y miembro fundador. Significa alejarse de quien, como ningún otro argentino contemporáneo, supo entender y supo transmitir lo que para América Hispana puede encerrar esa idea-fuerza, que se expresara desde nuestro descubrimiento con quienes trajeron una fe y una cultura nuevas a estas tierras y que hasta hoy, y sin duda para siempre, unen indivisiblemente y sigue siendo con otros matices eso mismo: idea-fuerza".

Por los amigos hizo uso de la palabra el doctor Santiago de Estrada, quien insistió a reflexionar sobre "la lección que es su vida terrenal, sobre el camino que nos ha trazado con su ejemplo, el doctor Mario Amadeo".

Posteriormente, hablaron el doctor Pedro Real, en representación del Ateneo de la República; el doctor Alberto Novillo Astrada, por los amigos del interior de la República; el doctor Marcelo Sánchez Sorondo por el Círculo del Plata y el doctor Aldo Armando Cocca por el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y la Asociación Argentina de Derecho Internacional, quienes destacaron las cualidades morales e intelectuales del extinto.

* * *

FRIDA PFIRTER (Argentina)

Asimismo, en este mismo año 1983, exactamente el 25 de mayo, nos sorprendió a todos los que nos honramos en pertenecer al IHLADI, la dolorosa e inesperada noticia del fallecimiento de Frida Pfirter de Armas Barea, en la ciudad de Rosario (Argentina), tras una breve y cruel enfermedad. Asociada al Instituto desde el Congreso de Mérida (1980) participó, desde mucho antes, como fiel acompañante de su marido el doctor Calixto Armas Barea, en numerosos Congresos y reuniones del IHLADI, así como de otras prestigiosas Entidades que cultivan nuestra disciplina. Su belleza, su bondad, su finura y delicadeza de trato adornaban su presencia, así como sus profundos conocimientos jurídicos que le hacían ser pieza central en los debates científicos.

A continuación consignamos un extracto de su "currículum vitae":

"CURRICULUM VITAE" DE FRIDA M. PFIRTER DE ARMAS

Títulos universitarios.

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada (graduada en la Universidad Nacional del Litoral).

Profesora en la enseñanza de anormales (graduada en la misma Universidad).

Docente libre en Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Rosario).

Cátedras universitarias.

Profesora titular de Derecho Internacional Público (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. Nacional del Litoral).

Profesora adjunta de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, Univ. Nacional de Rosario).

Profesora de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho de Rosario de la Universidad Católica Ntra. Sra. de los Buenos Aires).

Profesora adjunta de Derecho Civil (parte general) en la misma Facultad.

Cargos directivos.

Directora del Intituto de Derecho Internacional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral).

Directora de la Sección Derecho Internacional Público, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Directora del Instituto de Derecho y Política Internacionales del Colegio de Abogados de Rosario.

Vicepresidenta de la Sección de Derecho Internacional Público del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Tesorera de la Filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Directora de la Biblioteca del Colegio de Abogados de Rosario (1977-1981).

Actividades especiales.

Miembro del "Inter-American Study Group" de la Carnegie Endowment for International Peace (1970-1973).

Investigación en el equipo sobre el Derecho del Mar, en el "Institut du Droit de la Paix et du Development", de la Université de Nice, febrero 1975.

Aprobación del Curso de la Academie du Droit International de La Haya; Primera Sesión Exterior, Bogotá 1969 (becada por la Academie para asistir al mismo).

Instituciones a las que pertenecía.

Asociada del IHLADI.

Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Miembro de la Asociación Latinoamericana de ex Alumnos de la Academie du Droit International.

Miembro correspondiente de la Asociación Uruguaya de Derecho Internacional.

Miembro de la Sección Rosario de la Asociación Argentina Pro Naciones Unidas.

Publicaciones principales.

"Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la Zona Exclusiva", en colaboración con Calixto A. Armas Barea (Córdoba 1983).

"La situación jurídica de la Antártida y el nuevo Derecho del Mar" (Rosario 1981).

"Argentine Views on the Law of the Sea in Antarctica" (Kiel 1980).

"La práctica de los Estados de América Latina en zonas marítimas de jurisdicción especial" (México 1979).

"Ensayo de sistemática para encarar el estudio de la imperatividad y ejecutoriedad de las resoluciones de los organismos fluviales internacionales", en colaboración con Calixto A. Armas Barea (Montevideo 1979).

"El Acuerdo Comercial de la Comunidad Económica Europea con la Argentina y su correlación con los celebrados con otros países latinoamericanos", en igual colaboración (Madrid 1976).

"Los océanos: patrimonio común de la humanidad" (Rosario 1976).

"Argentina and the Law of the Sea" (Leiden 1974).

"Perú: the Road to the West" (Leiden 1973).

"Argentina y el Derecho del Mar" (Rosario 1973).

"Pesca y conservación de los recursos vivos en las aguas de alta mar", en igual colaboración (Río de Janeiro 1972).

"La cláusula de la nación más favorecida y la excepción del tráfico fronterizo en el Tratado de Montevideo" (México 1975).

"El Tratado de Montevideo como 'Tratado Marco'. Justificación de la hipótesis a la luz de la práctica de ALALC" (Bogotá 1970).

"Las organizaciones no gubernamentales" (Buenos Aires 1966).

Conferencias.

Dictó conferencias sobre diversos temas de Derecho Internacional Público en varias universidades y centros especializados de la Argentina y en la Universidad de Costa Rica, Universidad Federal de Sao Paulo, Universidad de Río Grande do Sul, Universidad de la ciudad de Nueva York, Escuela de Guerra Aérea de Quito, etc.

Reuniones y congresos.

Asistió a numerosas reuniones y congresos especializados en la Argentina y en el exterior, entre ellos, los congresos del IHLADI: VII de Buenos Aires, X México-Guanajuato 1974, XI Madrid 1977, XII Mérida 1980 y XIII Lima 1982.

* * *

ALEJANDRO DEUSTUA

Terminada la impresión de este ANUARIO me llega la triste noticia —que todos lamentamos— del fallecimiento de nuestro admirado y querido colega peruano, gran internacionalista y Diplomático Alejandro Deustua Arróspide, Embajador del Perú en Brasilia.

En el próximo número del ANUARIO le dedicaremos el oportuno homenaje necrológico. Descanse en paz.

ESTUDIOS

EL CASO DE LAS MALVINAS Y EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS (*)

Héctor GROS ESPIELL (Uruguay),
Miembro del IHLADI

Hablar sobre la cuestión de las islas Malvinas tiene para un latinoamericano un sentido muy especial, que provoca, necesariamente, una emoción solidaria con el hermano pueblo argentino que, tenaz, denodada y heroicamente ha bregado siempre para recuperar este trozo de su suelo patrio, que le fue arrebatado injusta y violentamente, y, así, poner fin a una situación colonial que es una afrenta para la América toda.

Pero si este sentimiento es común a todos los latinoamericanos, su intensidad ha de ser mayor, si cabe, en el caso de un uruguayo, ya que ser oriental significa comprender y valorar como algo propio, las justas causas del pueblo argentino.

De tal modo para mí, como oriental y como latinoamericano, hablar hoy en esta prestigiosa cátedra, como consecuencia de la muy honrosa invitación que me hizo llegar mi ilustre y distinguido amigo, el doctor Julio César Gancedo, constituye una ocasión sin que para exponer una tesis que conceptúo jurídicamente justa y políticamente cierta, pero también, y fundamentalmente, para hacer presente mi solidaridad con la reivindicación argentina y para aportar la modesta contribución de quien ha sido Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, a una empresa cuya culminación habrá de significar el dominio colonial de una potencia europea sobre un territorio americano y la reincorporación de hecho de las islas Malvinas a la Nación Argentina, asegurándose así la integridad territorial del Estado —elemento inseparable y contenido necesario del derecho a la libre determinación de los pueblos—, que había sido lesionada por el ilegal despojo de 1833.

Lógicamente es imposible, dentro de la limitación de tiempo que han de tener estas palabras, exponer todos los aspectos: históricos, jurídicos y políticos de la cuestión de las islas Mal-

(*) Conferencia dictada en Buenos Aires en la Cátedra de la Secretaría de Cultura, de la Presidencia de la Nación, el 26 de noviembre de 1982.

vinas. El estudio de todos elementos, a cuyo conocimiento tanto han contribuido ilustres historiadores, juristas y diplomáticos argentinos, entre los que cabría recordar, a título de ejemplo, entre otros valiosos nombres, a Paul Groussac, Alfredo L. Palacios, Enrique Ruiz Guiñazú, Héctor Ratto, Jorge Cabral Texo, Diego Luis Molinari, Bonifacio del Carril, César Díaz Cisneros, Ricardo Caillet Bois, Isidoro Ruiz Moreno, Lucio Moreno Quintana, Luis A. Podestá Costa, Aldo Armando Cocca, José Torre Vevello, Ezequiel Pereyra, José Luis Muñoz Azpiri, Calixto Armas Barea, Alfredo Rizzo Romano, Manuel Moreno, José Arce, José María Ruda, Carlos Ortiz de Rosas, Jorge Aja Espil, Nicanor Costa Méndez, Raúl Quijano, Carlos Muñiz y Juan Aguirre Lunan y extranjeros como Julius Goebel, J. Cohen Jonathan, Camilo Barcia Trelles, Octavio Gil Munilla, Manuel Hidalgo, José Luis de Azcárraga y mis compatriotas Carlos María Velázquez y Camilo Rodríguez Berruti, demuestra y confirma los innegables derechos de la Argentina.

Pero imposibilitado de analizar todo este enorme material, me he impuesto hoy una tarea modesta y limitada. Sólo deseo, luego de ofrecer un brevísimo resumen de los precedentes históricos pertinentes, hecho en función del estudio de los principios en que se fundan los títulos de España y de la Argentina, encarar la cuestión de las Islas Malvinas en función del problema colonial y de la aplicación del principio de la libre determinación de los pueblos.

La comprobación y demostración de la soberanía, primero de España y luego de la Argentina, sobre las Islas Malvinas, tiene gran importancia para la aplicación actual, a ese caso, del principio de la libre determinación de los pueblos, porque de la existencia de esa soberanía preexistente, resulta la prueba de que el Estado Argentino se integró necesariamente con esos territorios, que su despojo violento en 1833 estuvo destinado a crear y mantener en América una situación colonial y que jamás ha existido en las Islas un pueblo, en la aceptación que este concepto tiene para el Derecho Internacional, ya que la población multinacional, con total predominio argentino, que había en las islas en el momento de la ocupación, fue dispersada y sustituida por un conjunto de colonos británicos importados.

Los títulos hispánicos resultan de un conjunto de formas de adquisición de la soberanía, todas y cada una de ellas válidas en el momento histórico en que se invocaron. Así la donación papal, el Tratado de Tordesillas, el descubrimiento, la ocupación, la posesión efectiva, el Tratado de Utrecht, la continuidad geográfica al territorio propiamente americano y el reconocimiento, se integran recíprocamente y de ellos resulta que, sin ninguna

duda —sobre los distorsionados y falsos argumentos de algunos autores y diplomáticos ingleses— las Malvinas eran cuando fenecía el dominio español en América, territorio perteneciente a la Corona Española.

No cabe, lógicamente, en esta ocasión, entrar a analizar histórica y jurídicamente cada uno de estos títulos. Es fácil encontrar su erudita enumeración en los libros de los autores que hemos citado. Pero, en cambio, es pertinente hacer algunas reflexiones destinadas a contrarrestar, restableciendo la verdad, ciertas afirmaciones hechas para tratar de debilitar la fuerza de los títulos hispánicos.

En primer lugar hay que destacar, que ni en la América hispana, como consecuencia del Derecho Público español proclamado luego del Descubrimiento, y de los actos de soberanía subsiguientes, ni en la América independiente, existieron nunca territorios que pudieran considerarse *res nullius* y que, como consecuencia, pudieran ser objeto de conquista y colonización.

Este extremo, esencial para la consideración de nuestro tema, fue expuesto con meridiana claridad y precisión por el Consejo Federal suizo en el laudo arbitral de 1922, en el diferendo limítrofe entre Colombia y Venezuela. Dijo así: Este principio general ofrecía la ventaja de proclamar, como regla absoluta, que en la antigua América española no existía, desde el punto de vista del derecho, ningún territorio sin dueño; las regiones no exploradas o no ocupadas por los españoles se reputaban pertenecer jurídicamente a cada una de las repúblicas que habían sucedido a la Provincia española a la cual esos territorios habían sido adjudicados en virtud de antiguas órdenes reales de la antigua madre patria española. Estos territorios, aunque no ocupados de *facto*, eran considerados, por común acuerdo, como ocupados de *jure*. Las tentativas de conquista o de colonización, al igual que las ocupaciones de derecho, perdían todo valor y dejaban de producir efectos jurídicos. Este principio excluía las tentativas de Estados colonizadores europeos sobre territorio que hubieran podido considerar, de otro modo, *res nullius*.

Este extremo —que fue desarrollado brillantemente por mi gran amigo el Embajador Carlos María Velázquez en el histórico discurso que pronunció en 1964 en el Subcomité encargado de examinar la situación de los territorios coloniales en América Latina del Comité de Descolonización de las Naciones Unidas—, aplicado al caso de las Malvinas significa que la ocupación de algunos puntos de las islas por los ingleses durante la época hispana se hizo una violación de este principio ya vigente, ha-

biendo desembarcado y estableciéndose en tierras de la Corona Española, que entre 1811, fecha del retiro de las tropas españolas hacia Montevideo, hasta 1820, época del comienzo del gobierno efectivo argentino sobre las islas, no fueron las Malvinas *terra nullius*, porque continuó *de jure* el dominio español y luego el de su sucesor legítimo y que, finalmente, la ocupación de 1833 se hizo sobre un territorio que pertenecía, de hecho y de derecho, a la Argentina, al que sólo demencialmente se podía aplicar en ese momento el calificativo de *res nullius*.

Es importante precisar este extremo porque recientemente algunos autores ingleses han insistido en el calificativo de *terra nullius* con respecto a las Malvinas.

Así el profesor Metford, en un artículo aparecido en "International Affairs", en 1968, y que se acaba de volver a publicar como introducción a la edición de 1982 del libro de Goebel, insiste en este craso error, incurriendo además en flagrantes contradicciones.

En segundo término —y en estrecha vinculación con este punto— debe señalarse que Gran Bretaña reconoció expresamente la soberanía española y argentina en actos jurídicos formales que, de acuerdo con el principio del *stoppel*, se proyectan al futuro y condicionan su conducta posterior, viciándola de ilegitimidad y provocando la ineficacia de las posteriores reclamaciones inglesas. En efecto, estos actos de 1790 y 1825 constituyen la aceptación de la inexistencia de títulos británicos y se proyectan, en especial, aunque no únicamente, sobre la calificación de la ocupación de 1833. Gran Bretaña pretendió en ese momento invocar títulos anteriores, pero si estos son inválidos o quedaron sin efecto como consecuencia del *stoppel*, el acto de 1833 queda claramente como lo que es: una ocupación violenta, hecha mediante el uso de la fuerza, sin justificación ni efecto jurídico alguno (*ex injuria jus non oritur*).

No he de entrar en detalles sobre este punto, ampliamente estudiado por el Dr. Rodríguez Berruti en su libro "Malvinas, última frontera del colonialismo" y en su comunicación al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado que acaba de celebrarse en Caracas. Sólo quiero entre los abundantísimos documentos que podrían citarse, referirme a dos. Primero, el Tratado anglo-español de 1790, conocido como Convención de San Lorenzo (Nootka Sound), convenido cuando era efectivo y real el dominio español en las Malvinas, que reconoció y aceptó expresamente este extremo en su artículo 7.º

Segundo, en 1825, Gran Bretaña reconoció la independencia argentina, sin hacer ninguna salvedad con respecto a las islas Malvinas que estaban en ese momento ocupadas y administradas por la Argentina. El Tratado de Paz y Comercio del año 1825, que efectuó este reconocimiento, constituye la expresión formal y solemne de que Gran Bretaña aceptaba la soberanía argentina en las Malvinas, como parte del territorio nacional argentino y como consecuencia de la sucesión operada por la Independencia.

La Argentina recibió sus títulos sobre la parte de su territorio constituido por las islas Malvinas, como consecuencia de su independencia de España. Las Malvinas eran una parte del Virreinato del Río de la Plata y, al producirse la independencia, los territorios del antiguo virreinato vinieron a integrar las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Este proceso puede explicarse por la aplicación del principio del *uti posidetis*, como lo hizo el Uruguay al fijar su posición en el problema de las Malvinas en el Comité de Descolonización y como lo sostuve en mi reciente artículo sobre este caso, publicado en la Revista Internacional y Diplomática de México.

Pero es útil agregar, frente a algunas críticas que han sostenido que el *uti posidetis* es aplicable sólo a la determinación de los límites entre repúblicas hispanoamericanas, que este punto de vista es incorrecto, tanto jurídica como históricamente.

El Consejo Federal suizo lo demostró cabalmente en la fundamentación de su laudo de 1922, dándole concretamente al principio, en América, una proyección general vinculado con la inexistencia de *res nullius* en nuestro continente. Y el Tratado de Washington, de 2 de febrero de 1897, entre Venezuela y Gran Bretaña lo utilizó, en su artículo 2, como una de las bases para la aplicación de los límites entre un país hispanoamericano y una colonia británica. Queda así demostrado, como lo probé en un artículo que acabo de escribir sobre el libro de Samuel Johnson relativo a las Malvinas, y como lo expuso el profesor portugués Jorge Campinos en su estudio sobre el *uti posidetis* en Africa, preparado para la Sociedad Francesa de Derecho Internacional, que este instituto del *uti posidetis* ha sido en toda América "una regla no escrita de Derecho Internacional General". Es decir, que su aplicación al caso de las Malvinas es correcta.

Pero si no se desea utilizar esta terminología, debe igual concluirse que la Argentina sucedió a España en sus derechos sobre las Malvinas por su aplicación de los criterios generales resultantes del instituto de la sucesión de Estados. Las Provincias Unidas del Río de la Plata sucedieron al Virreinato del Río de la Plata en sus derechos sobre todos los territorios que integraban este Virreinato de la Corona Española y las "fronteras" de este Virreinato, que establecían un ámbito especial dentro del que estaban las Malvinas, no pudieron verse afectadas por el hecho de la sucesión operada, como lo ha reconocido tra-

dicionalmente la doctrina y la jurisprudencia internacional, como resulta de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, especialmente a través de los informes de Sir Humprey Waldock y de sir Francis Vallant y como lo reconoce y declara el Artículo 11 de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados, del 22 de agosto de 1978.

Comentando este artículo, ha dicho el jurista polaco Jerzy Tyranowsky, en un excelente trabajo sobre "La Sucesión de Estados, las fronteras y los tratados fronterizos":

> "Este artículo expresa el incuestionable principio de que la Sucesión de Estados no afecta las fronteras nacionales existentes. Desde un punto de vista positivo, el sentido del principio es que el sucesor está limitado por las fronteras internacionales existentes. Ellas continúan existiendo al margen de todo cambio de soberanía. Este principio puede, en consecuencia, ser descrito como la expresión de la continuidad de las fronteras. Para su justificación basta citar el principio general de derecho de que "nemo plus juris in alium transfere potest quan ipse habet, nemo dat quod habet and res transit cum suo onere", (Nadie puede transferir a otro un derecho mayor del que posee. Nadie da lo que no tiene. Todo lo que se transfiere lleva consigo su propio contenido). En la actualidad la continuidad de las fronteras es también una consecuencia natural del principio de la integridad territoral y de la inviolabilidad de las fronteras".

Auque en sentido estricto, la Convención de Viena y, en consecuencia el Artículo 11, se aplica sólo a las sucesiones de estados producidas después de su entrada en vigencia, según lo dispuesto en el Artículo 7, las reglas de esta Convención, que existen independientemente de ella, como consecuencia de integrar ya el Derecho Internacional, continúan aplicándose a los casos anteriores. Esta es la situación del artículo 11, que declara un principio preexistente de Derecho Internacional, confirmado y reafirmado ahora por la Convención de 1978.

Esta sucesión se produjo con respecto a las Provincias del Río de la Plata primero y la República Argentina después. Hay algunos autores, como el inglés Mettford, que estiman que sería el Uruguay el que habría sucedido los derechos españoles sobre las Malvinas, porque, en 1814, fecha crítica del fin del dominio español en el Río de la Plata, Buenos Aires ya era independiente desde antes, *de facto* desde 1810, la capital del Virreinato era Montevideo y las Malvinas dependían de esta plaza fuerte, habiéndose las tropas españolas retirado de las islas en 1811 para

reforzar la guarnición de Montevideo, sitiada por las tropas argentinas y por los orientales en armas. Pero el argumento no es correcto porque la República Argentina sucedió a España en sus derechos sobre todos los territorios pertenecientes al Virreinato del Río de la Plata, con excepción de los que contribuyeron después, expresa y específicamente, los de los nuevos estados desgajados del Virreinato (Bolivia, Paraguay y Uruguay). Por lo demás Uruguay nació recién como estado independiente en 1828, y no podía, en consecuencia, heredar derechos españoles, que habían dejado de existir en 1810, 1811 ó 1814, habiéndose operado entonces la sucesión sobre un territorio que, con el de las Malvinas, integraba la República Argentina desde esos momentos iniciales de la independencia.

La ocupación británica de 1833 fue un hecho ilícito, un acto de fuerza que despojó a un estado que iniciaba su vida independiente de una parte de su territorio, fue un elemento de su política colonialista en la época, que buscaba apoderarse de bases navales en todos los mares que aseguraran su dominio imperial

Este acto británico fue originariamente ilícito e incapaz de provocar efectos jurídicos válidos. Para el Derecho Internacional tradicional, el vigente en el siglo XIX, para que la ocupación militar de un territorio fuera causa legítima de anexión se requería que existiera un estado formal de guerra. Debía realizarse, al decir de Oppenheim, en tiempo de guerra contra un estado enemigo. Esta era la tesis sostenida en la época y que había sido expuesta con insuperable claridad por Vattel. Muchos años después la Corte Permanente de Justicia Internacional, aplicando el mismo derecho, en el caso relativo al Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, en sentencia del 5 de abril de 1939, dijo acertadamente:

> "La conquista no actúa como causa que provoca la pérdida de soberanía nada más que en el caso que haya guerra entre dos Estados y en que, como consecuencia de la derrota de uno de ellos, la soberanía sobre el territorio pase del estado vencido al estado vencedor".

La ocupación de las Malvinas, en 1833, se hizo sin declaración de guerra, contra un estado con el que Gran Bretaña mantenía normales relaciones diplomática y cuya independencia había reconocido pocos años atrás. No fue, por tanto, para el Derecho Internacional de la época, una ocupación capaz de generar derechos soberanos para el ocupante.

Posteriormente, en un caso desde fines del siglo XIX y en el otro desde mediados del siglo XX, tanto el Derecho Regional americano como el Derecho Internacional universal afirmaron

el no reconocimiento de las adquisiciones territoriales hechas por la fuerza. En el Sistema Regional Americano, cabe citar la Resolución pertinente de la I Conferencia Internacional Americana de 1890, la declaración de la VI, celebrada en La Habana en 1928 sobre Ilicitud de la Agresión, el Tratado Antibélico de Saavedra Lamas de 1933, la Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados y la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948.

En el ámbito universal, es del caso recordar el Pacto Briand-Kellog de 1928, la Resolución de la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, de 11 de marzo de 1932, y, sobre todo, el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas que, al decir de Eduardo Jiménez de Aréchaga, ha suprimido definitivamente la validez del título por conquista sobre la base del principio *ex injuria jus non oritur*. Hoy el principio de la ilicitud del uso de la fuerza en las relaciones internacionales se considera que constituye el más importante y evidente caso de *jus cogens*, es decir, de norma imperativa de Derecho Internacional, cuya violación afecta la nulidad de toda situación jurídica nacida en oposición a esa regla imperativa. El *jus cogens*, principio esencial del Derecho Internacional contemporáneo, se proyecta, por su propia naturaleza, hacia el pasado, invalidando las situaciones actuales nacidas en época anterior de la violación de ese Principio esencial y básico del Orden Jurídico.

De tal modo, júzguense de acuerdo con el Derecho Internacional vigente en 1833 o según el Derecho Internacional de hoy, la ocupación de las Malvinas fue y es un hecho ilícito que no generó de *jure*, derechos soberanos a favor de Gran Bretaña.

Es por eso, que puedo decir, con razón, que la Argentina siempre conservó su soberanía de *jure* y que sólo perdió, después de 1833, la dominación de *facto* sobre esas Islas.

Y es por eso, por esa ilicitud inicial de la ocupación de 1833, que es imposible pretender que esa ocupación ilícita haya generado una prescripción adquisitiva. En un trabajo que sobre las formas de adquisición de la soberanía he publicado en la revista de la Universidad Iberoamericana de México, he demostrado que en el nuevo Derecho Internacional, el que deriva de la Carta de las Naciones Unidas, una ocupación fundada en el uso ilícito de la fuerza no puede servir de base a la aplicación del instituto de la prescripción, que posee hoy un sentido y un ámbito de aplicación más reducido que el que tenía en el obsoleto Derecho Internacional de ayer.

Es importante, asimismo, precisar que, además, todos los títulos colonialistas que han sido invocados artificiosamente por la

Gran Bretaña, como pretendida justificación de su dominio, habrían caducado, si en algún momento hubieran existido, como consecuencia de la hoy necesaria aplicación al caso del principio de la libre determinación de los pueblos.

En efecto, en virtud del llamado derecho intertemporal —instituto que he estudiado recientemente en un trabajo para la revista de la Universidad Iberoamericana de México, en su relación con los medios de adquisición de soberanía, y que el juez Elías acaba de describir en un destacable artículo para el "American Journal of International Law", cuya formulación se encuentra ya esbozada en la mediación de Su Santidad el Papa en el asunto de las islas Carolinas y que se elaboró plenamente en la sentencia del juez Huber en el arbitraje de las islas Palmas y en diversas sentencias de la Corte Internacional de Justicia, especialmente en los casos de las islas Minquiers et des Ecréhous y de la Plataforma Continental del Mar Egeo—, mientras la creación de un derecho debe ser considerada a la luz del derecho vigente en ese momento, la continuación de la validez de ese derecho debe apreciarse de acuerdo con la evolución sufrida por el Derecho, según las exigencias y requerimientos del Derecho Internacional actual.

Aplicando esta idea, he dicho en mi informe para las Naciones Unidas, sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, que fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social y la Asamblea General:

> "a partir de la Resolución 1514 (XV), todos los títulos en los que se fundó o se pretendió fundar la soberanía o el dominio sobre un territorio colonizado, han caducado en cuanto violan el principio de la libre determinación de los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera. En virtud del nuevo Derecho Internacional aplicable, todos los antiguos títulos coloniales, resultantes del viejo y caduco Derecho Internacional, han dejado de existir. El llamado Derecho intertemporal permite hoy resolver todas esas situaciones, mediante la utilización de las consecuencias del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos".

Ahora bien ¿cómo se aplica, y qué consecuencias tiene la aplicación del Derecho a la libre determinación de los pueblos al caso de las islas Malvinas?

Este principio, derivado de la Carta de las Naciones Unidas, configurado luego como derecho de los pueblos sometidos a una dominación colonial o extranjera, por la Resolución 1514 (XV), titulada "Declaración sobre la concesión de la indepen-

dencia a los países y pueblos coloniales" y por la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados", Resolución 2625 (XXV), se traduce en la consecuencia necesaria de la antijuridicidad e ilicitud del colonialismo y en la caducidad e invalidez de todos los títulos coloniales.

De tal modo cuando se ha puesto fin a una situación colonial, mediante el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos sometidos a ese dominio colonial o extranjero, ese pueblo debe elegir libremente el status jurídico que desea poseer, como resulta de las dos Resoluciones antes citadas y de la Resolución 1514 (XV).

Pero cuando no existe un pueblo como titular del derecho a la libre determinación, y cuando, además, el territorio usurpado por la potencia colonialista formaba parte integrante del Estado al que la agresión imperialista desmembró, la aplicación correcta del principio de la libre determinación exige que ese territorio sea reintegrado al del Estado del que arbitrariamente fue separado.

Este es, justamente, el caso de las Islas Malvinas. En primer lugar, porque en las Islas Malvinas jamás ha existido, durante la ocupación inglesa, un pueblo, en el sentido que la expresión tiene en el Derecho Internacional actual. Un pueblo, en sentido jurídico internacional, es una comunidad humana con historia y una conciencia de su individualidad, que quiere mantener su carácter propio, su querer vivir colectivo, mediante un status jurídico que asegure la preservación de su ser específico, que no se reconoce inmersa en la colectividad nacional de la potencia colonial y que se siente como una afrenta el dominio colonial y extranjero que lo subyuga. Un grupo de colonos importados, sobre la base de la eliminación de la población originaria, un conjunto de funcionarios de la potencia colonialista o de empleados y obreros de una empresa perteneciente a la metrópoli, no es un pueblo. No se sienten ellos mismos como comunidad original y distinta de la metrópoli, no sienten la ocupación o la dominación colonial como un insulto o ser propio y no quieren una vida independiente y distinta, salvo el caso de una simulación carente de buena fe, esgrimida como maniobra para impedir la integración del territorio al estado despojado por el colonialismo.

Es cierto que, como señala Calegeropoulos-Stratis, el concepto de pueblo no se identifica con el de Nación, ya que al mismo tiempo es más amplio y más vago. Pero no es menos cierto que un pueblo no es una mera población, pues para ser tal

requiere elementos de que una población, entendiendo por tal sólo un conjunto de personas, carece.

De todos modos, como ese mismo autor reconoce, serán los órganos de las Naciones Unidas los que habrán de determinar sobre la base de todas estas consideraciones —históricas, políticas, económicas, sociales, etc.— cuándo una agrupación humana alcanza el nivel requerido para llegar a constituir un pueblo.

La determinación del límite es difícil. Habrá situaciones dudosas. Pero el caso de las Malvinas no lo es. Por el contrario parecería constituir un ejemplo especialmente preparado para mostrar un caso de población que no constituye un pueblo.

Es erróneo pensar que una población importada como consecuencia de una ocupación colonial, que no posee ninguno de los elementos necesarios y constitutivos del concepto de pueblo, puede tener algún derecho sobre el territorio arrebatado por la fuerza al ejercicio de la legítima soberanía sobre ese territorio.

Con razón dice al respecto el gran jurista mexicano Antonio Gómez Robledo en un estudio hecho en 1977 para el Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional:

> "Cuando por el contrario, no ha surgido un pueblo nuevo, sino apenas una población de funcionarios (importando poco que sean de la potencia colonial o del Estado cercenado), en este caso no hay por qué pensar en el ejercicio del derecho de autodeterminación. A la reivindicación del estado originariamente poseedor del territorio en cuestión, no puede oponer la potencia ocupante, dentro de la perspectiva actual, el derecho de conquista".

El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional así lo proclamó con carácter general en 1977, en su IX Congreso, y en 1982, hace pocos días, el XIII Congreso de Lima reiteró que: "El ejercicio del derecho de libre determinación se refiere a pueblos autónomos y no a poblaciones adventicias llevadas por la potencia colonial, como es el caso de los habitantes de las Islas Malvinas..."

Este es el caso de las islas Malvinas. No he de estudiar en detalle los elementos de hecho que demuestran que la actual población de las Malvinas, que se sitúa alrededor de 1.800 personas, se formó sobre la base del reemplazo de la población originaria y de la prohibición sistemática de la radicación de todo argentino en las islas. Estos elementos han sido analizados recientemente. Quiero citar al respecto el excelente estudio del Dr. Emilio J. Cárdenas sobre "El Conflicto de las Malvinas y el Principio de Autodeterminación", publicado hace poco, cuyos

puntos de vista y conclusiones comparto integralmente. Esta situación ha sido invocada con toda pertinencia por la Argentina en diversos foros internacionales. Si no hay un pueblo, como evidentemente no lo hay en las Malvinas, no puede existir el derecho a la libre determinación, por falta del titular del Derecho. De tal modo, en este caso —si hay una ocupación colonial extranjera—, el principio de la libre determinación, en cuanto expresión de la ilicitud del colonialismo, se manifiesta en su verdadero sentido en el reintegro del territorio ilícitamente ocupado a su legítimo soberano.

Tanto la Resolución 1514 (XV), como la Resolución 2625 (XXV), afirman el necesario respeto a la integridad territorial del Estado. Comentando el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) y, en lo pertinente, la Resolución 2625 (XXV), dije en mi ya citado informe para las Naciones Unidas:

> "En cuanto a la preservación de la integridad territorial del Estado en relación con la aplicación del derecho a la libre determinación de los pueblos, tanto la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales como la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, afirman enfáticamente la necesidad de respetar y preservar esa integridad. Cuando está en juego la integridad territorial del Estado, no se aplica, en principio, el derecho a la libre determinación. Esta es una afirmación capital que determina el criterio de las Naciones Unidas en la materia. Pero la propia Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados exige que los estados independientes y soberanos, para tener el derecho a que se respete su integridad territorial, se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color".

Un análisis profundo del aspecto conceptual de la cuestión, permite concluir que no hay oposición entre la integridad territorial y el derecho a la libre determinación. Una joven profesora española, Angustias Moreno López, en su libro sobre "Igualdad de Derechos y Libre Determinación de los Pueblos", ha comprendido, creo que por vez primera, la verdadera raíz del problema al decir:

> "La restitución a un estado de la integridad territorial que la colonización ha usurpado, no significa otra cosa que la devolución al pueblo de ese Estado de los derechos que ese principio universal de la Carta (el de la libre determinación) le confiere".

Es decir, que no se trata de descartar el principio de la libre determinación sino, por el contrario, de hacer posible, mediante la restitución de la integridad territoral que había sido rota por la colonización, el ejercicio del derecho a la libre determinación por parte de todo el pueblo del Estado y no por una población exógena, establecida sobre una parte usurpada de su territorio.

La integridad territorial del Estado argentino fue rota por la agresión británica de 1833 y una parte de su territorio fue escindida, de hecho, del territorio nacional. Por tanto, el respeto del principio de la libre determinación, tal como ha sido regulado por las Naciones Unidas, obliga a reintegrar ese territorio —en el que no vive un pueblo— a su legítima soberanía, para que todo el pueblo del estado argentino ejerza su derecho a la libre determinación en todo el territorio del Estado.

Veamos ahora, en una rápida síntesis, cómo el caso de las islas Malvinas, en cuanto fenómeno colonial, ha sido encarado por la Organización de las Naciones Unidas.

En el ámbito de las Naciones Unidas, este tema empezó a considerarse en 1964. En 1965 la Asamblea General aprobó la Resolución 2065 (XX) sobre la cuestión de las Malvinas. El segundo considerando de esta Resolución dice: "que su Resolución 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, se inspiró en el anhelado propósito de poner fin al colonialismo en todas sus partes y en todas sus formas, en una de las cuales se encuadra el caso de las Islas Malvinas". Luego de tomar nota de la existencia de un diferendo al respecto entre la Argentina y Gran Bretaña, aconsejó a esos países proseguir las negociaciones recomendadas por el Comité Especial, teniendo en cuenta los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, así como los intereses de la población de las Islas Malvinas. Además de varias decisiones sobre este asunto, la Asamblea General adoptó luego, sobre el tema, las Resoluciones 3160 (XXVIII) del 14 de diciembre de 1973 y 31/49 del 1 de diciembre de 1976, que mantienen la calificación del caso de las Malvinas como una situación colonial, a la que debe aplicarse el proceso de descolonización, instando a las partes para que continúen y aceleren las negociaciones.

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que estas resoluciones de las Naciones Unidas sitúan al caso de las Malvinas en el ámbito de una situación colonial y, por tanto, en el necesario proceso de la descolonización. Esta descolonización debe hacerse, según la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución 1514 (XV), con respecto del principio de la integridad territorial soberana del estado, lo que no sólo es plenamente compatible con el principio de la libre determinación, sino la única forma correcta y justa de aplicación de este principio. Util es comprobar que estas resoluciones, a diferencia de otras de las Naciones Unidas sobre aplicación del derecho a la libre determinación, no contienen ninguna referencia a la existencia de un pueblo en las Malvinas y a la necesidad de ir al reconocimiento de su derecho a la libre determinación. Sólo se refieren a la existencia de una población, al respeto de sus intereses, y no de sus deseos, como pretendían los ingleses, a la necesidad de descolonizar las Islas, de respetar los principios de la Carta y de la Resolución 1514 y de solucionar el diferendo entre Gran Bretaña y la Argentina. Son, por tanto, la mejor demostración de que el cese de esa situación colonial debe lograrse mediante la reintegración del territorio al Estado cuya integridad fue violada, que tendrá que respetar los derechos de la población actual de ese territorio.

Ahora bien. Estas negociaciones, luego de dieciocho años, no permitieron llegar a ninguna fórmula descolonizadora, como consecuencia del obstruccionismo de la Gran Bretaña. Es evidente que este país ha encarado hasta hoy las negociaciones para el cese de su dominio colonial con mala fe, con clara violación del principio establecido por la Carta de las Naciones Unidas y por la Resolución 2625 (XXV), que impone el deber de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales. La violación del deber de cumplir de buena fe la obligación de negociar para lograr para las Malvinas un resultado que ponga fin a su situación colonial, es un extremo grave, del que pueden y deben extraerse necesarias consecuencias, para la calificación de la situación a que se llegó en 1982 y para la actualmente existente.

Por todo esto es que se puede suscribir plenamente la afirmación de la jurista belga Denise Mathy, en su excelente trabajo "L'Autodetermination de Petits Territoires Revindiqués par des Etats Tiers", publicado en la "Revue Belge de Droit International":

"Una vez salvaguardado y garantizado el interés de la población, la descolonización de las Malvinas debería pasar por la reintegración del territorio a la soberanía argentina."

Cabe concluir esta ya muy larga exposición.

De todo lo que antecede, a mi juicio —resultan los derechos incontestables de la República Argentina, por aplicación de todos los criterios jurídicos aplicables y, en especial, de lo que resulta a la libre determinación de los pueblos—, sobre las Islas Malvinas.

Sólo el día en que cese la ilegítima ocupación de hecho de Gran Bretaña, se pondrá fin a una situación colonial lesiva para América Latina y se podrá ejercer el derecho a la libre determinación del pueblo argentino sobre la totalidad del territorio de su patria.

Muchas gracias.

Buenos Aires, 26 de noviembre de 1982.

MARCO JURIDICO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL

Dr. Rodolfo CRUZ MIRAMONTES (México)
Miembro del IHLADI

ADVERTENCIA

El título de la presente charla es, sin duda, demasiado ambicioso para ser considerado en una sola presentación en el Seminario que sobre las "Reglas de Transporte Internacional de Carga para Operaciones de Comercio Exterior" han organizado, en una tarea conjunta, el Centro de Comercio Internacional UNCTAD-GATT y el Centro de Estudios de Comercio Internacional del Instituto Mexicano de Comercio Exterior. Sin embargo, es indispensable revisar el tema, aun a riesgo de que sea superficialmente, pues constituye una pieza básica en el engranaje jurídico del transporte, dentro del contexto del comercio internacional del que constituyen el último eslabón.

En consecuencia, vamos a tratar de responder al reto para cuyo efecto nos ocuparemos de manera especial de lo conducente en el transporte por mar y por aire y sólo mencionaremos de paso los acuerdos internacionales más importantes que rigen lo correspondiente a ferrocarriles y al transporte carretero, habida cuenta que formar parte de un cuerpo cuyo tronco común está en los materiales primeramente indicados.

Para comprender con mayor facilidad el tema y los comentarios que se formulen será necesario, a mi entender, hacer una breve mención de cuáles son los contratos más usuales y, en cierta forma, típicos en las tareas que hemos mencionado, por lo que a riesgo de repetir lo que algunos de los asistentes ya conocen con detalle, pero otros tal vez sólo de oídas, mencionaré dichos contratos y señalaré sus características distintivas para luego entrar ya propiamente en materia.

I. EL TRANSPORTE POR MAR

Introducción.

Existe un "derecho común del mar" que se observa por los navegantes para garantizar un tráfico seguro, ordenado y eficaz en ejercicio de ese derecho de libertad de tránsito que es ele-

mental al hombre. Para esto se han venido conformando a través de los años, normas obligatorias aceptadas por los Estados, que se refieren a reglas de rumbo, uso de luces, señales, comunicaciones, precaución de abordajes, averías, salvamento y demás. Asimismo, sobre la nave misma que se refieren a su manejo y conducción, así como a su disponibilidad y a su uso, sobre todo a su explotación comercial, siendo las típicas, las del transporte de personas y cosas.

Su origen es múltiple, pues proceden tanto de los mandamientos unilaterales de los Estados, como del acuerdo de los interesados o lo que ha sido más común, del uso que ha pasado a ser costumbre cuando los afectados consideran que es lo debido.

La tradición en lo concerniente al mar sigue presente con gran fuerza y las normas, así como las reglas que se plasmaron en los Ordenamientos primeros como las Leyes Rodias, los Consulados del Mar, las Reglas de Olerón, y otras, se hallan presentes de alguna manera en los cuerpos legales actuales.

El espacio marítimo por esencia es libertad, pero no desorden; de ahí que existan numerosos cuerpos legales que han venido regulando varios aspectos del uso, aprovechamiento y explotación del mismo, añadiéndose en los últimos años la preocupación sobre la protección de la contaminación tanto de las aguas como de los espacios aéreos para preservar sus riquezas.

Abordar el tema del mar nos enfrenta a una situación de gran complejidad, por lo que la ubicación del punto concreto a considerar, su definición y delimitación es indispensable.

En esta ocasión abordaremos un punto de todo este universo del Derecho Marítimo, dentro de él, en particular, del capítulo relativo al Derecho Marítimo Comercial o Mercantil, ya que nos preocupa comentar el marco jurídico internacional que regula el tráfico comercial de mercancías.

En primer término debemos recordar que se pueden distinguir perfectamente los siguientes elementos dentro del tema a estudio.

A) El mar en su concepción más amplia.

B) La nave o embarcación.

C) Las personas que intervienen en el tráfico marítimo.

D) Los actos múltiples que se efectúan en el ámbito del comercio marítimo materializados en los Contratos.

E) La existencia de los riesgos, averías y abordajes (1).

(1) *Derecho Marítimo*, Luis Humeres Magnan. Ed. Jurídica de Chile, 1966, p. 7.

Hasta hace pocos años se consideró a la navegación marítima y por ende al negocio del mar, como una aventura en donde el porcentaje de riesgo era alto, por lo que las personas vinculadas con los negocios de esta índole se las tenía por audaces, arriesgados y fácilmente susceptibles de tropiezos económicos. Podemos distinguir entre los personajes que intervienen, al propietario, al naviero o armador, al destinatario, al asegurador, al reasegurador, a las autoridades, etc.

Por todo esto se consideró lógico que se distingan en el naviero dos tipos de patrimonio: El integrado por la "fortuna de mar" y el de la "fortuna de tierra", cuyo origen, como es bien sabido, se remontan a la "comanda" o "contrato de comando" tan popular en la Edad Media.

El naviero o armador, sea propietario o fletante, arriesga así en la empresa marítima al navío y a sus fletes, por lo que se ha observado tradicionalmente una necesaria limitación a su responsabilidad referida solamente a este conjunto patrimonial; es, en cierto aspecto, "natural" la presencia de esta limitación.

1. Los contratos marítimos más comunes.

Cabe ahora formular una distinción general entre dos grupos de actos jurídicos:

A) Los derivados de la utilización del buque.

B) Los que se refieren a su explotación y particularmente al transporte.

La celebración de estos actos da lugar a la formalización de ciertos contratos en los que se contemplan derechos y deberes de las partes, derivándose del incumplimiento de los segundos, una posible responsabilidad que puede ser plena, atenuada o limitada, o bien puede también no surgir si hubiese causas excluyentes o eximentes de la misma.

Para comprender mejor esta situación los comentarios posteriores, será menester mencionar los contratos típicos en ambas actividades.

A) Se sostiene por algunos autores que el primer contrato en la utilización de una nave es el de locación, consistente en que el propietario de la misma cede el uso o goce temporal al locatario a cambio del pago de una renta determinada.

Sin embargo, los más usuales son el llamado de fletamento por tiempo o "time-charter" en donde el fletante pone a disposición del fletador por un tiempo determinado cierto buque de su propiedad mediante el pago de un precio. El fletador le indi-

cará al fletante los viajes a realizar durante la vigencia del contrato. Existen ciertos modelos o contratos tipos como son el "Government Form", el "Baltime" y otros menos usados.

B) Este segundo grupo de actos se refieren principalmente al transporte de personas y de cosas; entre este segundo se hallan los de mercaderías y de buques o remolque.

En estos segundos, primer apartado, el transportador se obliga con el cargador a entregar en su destino en cierto tiempo, un bien en el mismo estado en que se le entregó contra el pago de un flete.

En estas transacciones es muy importante para efectos de establecer la posible responsabilidad o su ausencia, recordar las obligaciones del transportador y las del cargador.

Del transportador son:

a) Tener para uso del cargador un buque debidamente armado, incluyendo su tripulación en estado de navegabilidad.

b) Identificar el buque que será utilizado, que no podrá cambiarse sin la autorización del cargador, salvo pacto en contrario.

c) Cargar la mercancía en los tiempos previstos y descargarla en su destino.

d) Estibar adecuadamente la mercancía.

e) Entregar el conocimiento de embarque, documento de gran importancia, pues: 1), es la prueba del contrato de transporte; 2), es el recibo de la mercancía a bordo; 3), es un título representativo de la mercancía.

Su naturaleza jurídica es de un título de crédito para casi todas las legislaciones, entre otras la nuestra (2).

f) Efectuar el viaje en el tiempo previsto por la ruta convenida o en condiciones razonables si surgieren circunstancias que así lo ameritasen.

Del cargador:

a) Entregar al transporteador la carga en el puerto convenido.

b) Pagar el flete.

c) Recibir la mercancía por el destinatario-cargador y cubrir los gastos adicionales en caso de avería gruesa.

(2) Art. 170 de la Ley de Navegación y Comercio Exterior. Ver *Derecho Marítimo*, de Raúl Cervantes, Ed. Herrero, 1970, pp. 609 y 610.

2. La responsabilidad.

Señalábamos anteriormente que el tema de la responsabilidad es fundamental en estas transacción y que ésta surge por la inejecución de alguna o varias de las obligaciones asumidas por las partes.

A partir de mediados del siglo pasado se han utilizado sistemas para exonerar al transportador o para disminuir su responsabilidad, encontrando tres sistemas seguidos.

a) El inglés o del "forfait" mediante el que el naviero responde hasta un límite monetario por tonelada bruta del barco, tope que será distinto, tratándose de daños a la mercancía o al pasaje.

b) El alemán o del "abandono" obligatorio en las faltas del capitán o tripulación.

c) El de la "opción" en donde el naviero tiene esta facultad decisoria si así le conviene a sus intereses.

Existen matices o particularidades en algunas legislaciones, pero en esencia éstos son los sistemas recurrentes por los ordenamientos aplicables.

La práctica internacional, sin embargo, nos muestra que es necesario en aras de un tráfico y comercio marítimo ordenados, el unificar ciertas normas y armonizar criterios mediante el establecimiento de ciertas disposiciones comunes, tanto por lo que toca a la disposición de la nave como en cuanto a su explotación.

Se hace necesario, por otra parte, distinguir y precisar algunos conceptos que juegan un papel preponderante en esta materia de las responsabilidad del naviero, como son: Las faltas comerciales en general y las faltas náuticas; la "baratería"; quiénes son los "presupuestos"; qué es la "echazón" y cuándo procede, etc.

Cabe señalar adicionalmente que en cuanto a la responsabilidad existen en ambos tipos de actos, dos situaciones determinantes: una es la relativa a su limitación, como ya comentamos, y otra a su eliminación, o sea, a la pretendida carencia de responsabilidad del naviero en determinadas circunstancias.

Algunas legislaciones nacionales admiten —como la inglesa— la inserción en el contrato de transporte, conocimiento o póliza de fletamento una cláusula liberatoria de responsabilidad del naviero por los actos o hechos de sus "presupuestos".

Esta cláusula fue ampliada hasta extremos que provocaron reacciones encontradas, al grado de que en Francia se pretendió desconocer dichas cláusulas declarándolas nulas, o bien se admi-

tieron solamente en el caso de las fallas náuticas como lo previno la Ley Harter de 1893 en los Estados Unidos de Norteamérica (3).

3. Los acuerdos internacionales.

Por todo ello se han celebrado varios acuerdos de carácter internacional, convocados tanto por instituciones jurídicas integradas por peritos como de los Estados, coincidiendo en sus preocupaciones y soluciones.

Sin pretender agotar todo lo hecho, apuntaremos las más significativas en lo que toca al transporte, como son:

1) Las reuniones de la Cámara Internacional de Comercio y el Congreso de Amberes de 1921.

2) Las "Reglas de La Haya" de 1921 en donde se rechazan las limitaciones a la responsabilidad, salvo en las pólizas de carga, cartas partidas o récépissé que sean no negociables, acordados en el Congreso de la ILA.

3) El "Convenio de Bruselas" de 1924 (25 de agosto), lográndose establecer un mínimo de responsabilidades para el naviero.

5) Las Reglas de Hamburgo de 1978 (31 de marzo) que revisan todas las "Reglas de La Haya" y sus posteriores enmiendas y modificaciones.

De 1921 a 1978 se puede decir que la corriente en lo que toca a la responsabilidad comentada, se refleja en los siguientes puntos:

a) Se admiten cláusulas de irresponsabilidad total, pero sólo por excepción, tales como la fuerza mayor, vicio propio de la cosa o culpa del cargador, figurándose entre los típicos al robo de alhajas, objetos de arte y otros análogos cuando no se declaran en los conocimientos; o bien, si el daño se produce sobre bienes y animales vivos en cubierta que viajan con el expreso consentimiento de los cargadores.

b) Sin embargo, ninguna estipulación de esta índole liberaría de responder por los efectos de los delitos o cuasidelitos o inclusive de mera culpa imputables al naviero.

c) La limitación de la responsabilidad con todos sus matices se reconoce en términos generales, habiéndose modificado

(3) Asimismo, y entre otras: "Canadian Water-Carriage of Goods Act"; "Shipping and Seamen Act", de Nueva Zelanda; "Paramount Act", de Australia, etc.

su monto y la moneda, que siendo originalmente 100 libras esterlinas oro, pasó a 10.000 francos poincaré (4), moneda ideal, por bulto, o 30 francos por kilo de peso bruto.

d) Se puede distinguir una inclinación favorable hacia una ideal, por bulto, o 30 francos por kilo de peso bruto.

El tope primeramente fijado en los acuerdos internacionales a la limitación de la responsabilidad fue como se dijo de 100 libras esterlinas, sólo que éstas fueron oro, lo que vino a provocar múltiples conflictos al momento de su aplicación. Asimismo, según nos dice el tratadista argentino Rodolfo A. González Lebrero, fue motivo de confusión el no describir con precisión los conceptos de "bultos" y "unidad", lo que llevó a que en el mes de agosto de 1950 se firmase un convenio entre armadores y las compañías de seguros inglesas, para dejar perfectamente ubicados los términos en cuestión, habiéndose, por cierto, escrito el mismo texto simultáneamente en tres ciudades: Londres, Liverpool y Glasgow, en donde aparece que las 100 libras esterlina oro equivalían en aquella época a 200 libras esterlinas de papel (5).

A la firma de las Reglas de Hamburgo se provocó una reacción crítica de parte de los grandes navieros y armadores, pues estimaron que se habían cambiado algunas de las reglas de juego, sobre todo en el tema de las responsabilidades de los transportistas, ya que: se le pena por la pérdida, daño o retraso en la entrega de la mercancía; se le responsabiliza por el caso de incendio; se eliminan algunas de las limitaciones existentes en la responsabilidad del naviero, siendo la más notable la de las "culpas náuticas"; el tope económico a la obligación de responder en los daños, ha cambiado de la libra esterlina en 1924 al franco poincaré en 1968, como ya se dijo, y ahora a los "derechos especiales de giro" (en 835 como base), según se pretende en 1978.

Cierto es que estas Reglas se preocupan un poco más de la situación de los usuarios o cargadores, que siendo los que pagan tienen la posición más débil de la relación. El impulso el apoyo al comercio exterior de los países en desarrollo es cada día más urgente, por lo que cualquier esfuerzo en este sentido es plausible.

Las críticas de los navieros, siendo tal vez atendibles en algunos puntos, no lo son en cuanto a que se impuso una "tendencia tercermundista", con todo el contenido político que esto implica, pues nunca la habrían apoyado Estados típicamente ar-

(4) Unidad de 65,5 miligramos de oro de 900 milésimos de firmeza.
(5) *Manual de Derecho de la Navegación*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 260.

madores, como Noruega, o industrializados con evidentes y fuertes intereses marítimos, como Francia y los Estados Unidos de América.

Considero que simplemente se trata de un justo reconocimiento a la necesidad de permitir el surgimiento o fortalecimiento de las marinas mercantes nacionales que intentan cierto punto de equilibrio en el comercio internacional. El costo en fletes para cualquier país en desarrollo es altísimo; por ejemplo, si México tuviese una marina mercante fuerte, se ahorraría de 15.000 a 20.000 millones de pesos por año (6).

De propósito, hemos soslayado otras convenciones y recomendaciones internacionales que no dejan de ser importantes, tales como la de Comercio de Madrid de 1955, o la Convención de Atenas de 1974 sobre transporte de pasajeros, la de Londres de 1976 sobre créditos marítimos y otras más, pues no sería posible hacerlo en esta ocasión, ya que no es mi pretensión agotar el tema.

En cuanto a la responsabilidad del naviero o armador, sea o no al mismo tiempo el transportista, cabe preguntarse.

¿Hasta dónde responde el armador por los actos indebidos cometidos por su patrón o capitán?

El principio seguido por Inglaterra, país que ha sido marino por excelencia y cuya flota mercante desde hace siglos es de las mayores del mundo, ha sustentado en el pasado el principio de la responsabilidad ilimitada.

En Estados Unidos, país legalista, se promulgó una Ley de Limitación de Responsabilidad, siguiendo el criterio de limitarla sólo a la fortuna de mar, lo que favorece, sin duda, a los armadores siguiendo esta tendencia los tribunales en las ocasiones en que han interpretado sus disposiciones.

La importancia del tema y la divergencia de opiniones existentes en el medio, motivó que el Comité Marítimo Internacional se interesara en el asunto y que buscara fórmulas de entendimiento entre armadores, comerciantes, viajeros y aseguradores, habiéndose unido a quienes en otras ramas luchaban por metas semejantes, lográndose concretar todo esto en la Conferencia de Bruselas de 1924, que se refiere a la "Unificación de ciertas normas relativas a la Limitación de la Responsabilidad de los Propietarios de Barcos de Altura", en donde se conviene que no rebasará el valor del buque, sus accesorios y fletes. En cuanto a daños a terceros por colisión, se sigue el sistema del tope con base en un valor por tonelada, excepto en casos de lesiones o muerte de personas.

(6) *Planteamiento sobre la Marina Mercante mexicana*, Lic. Roberto Molina Pasquel H. Boletín núm. 34, de AMUTMAC, México, enero de 1982.

La correspondencia prácticamente necesaria entre las leyes marítimas de los grandes países marinos y los acuerdos internacionales es, o al menos era, inevitable y conveniente hasta hace pocos años. Por ello, al modificársela generalmente se seguía el proveer revisiones en los Convenios vigentes sobre la materia.

La Conferencia Diplomática sobre Derecho Marítimo de Bruselas, celebrada en octubre de 1957, siguió la pauta de las modificaciones a la "Merchant Shipping Act of 1894" inglesa, elevándose a la suma de 24 (libras esterlinas) por tonelada de buque por daños a la propiedad o de naufragio y de 74 para responder por pérdida de vidas humanas, siguiéndose de esta manera el criterio de atender al tonelaje del buque y no a su valor que es menos fácil aceptarlo.

Si bien es cierto que en una travesía puede sobrevenir un accidente, es más común que no se materialice, pero sí que la tripulación se tenga que enfrentar a hechos violentos que hagan peligrar la seguridad de la nave, en cuyo caso se deban tomar medidas que afecten a la carga que se transporta, lo que plantea diversos problemas jurídicos.

Decíamos al iniciar estar charla que los viejos principios se hallan inmersos en las disposiciones actuales. El Derecho Rodio que en lo concerniente a la avería gruesa fue recogido en el Libro Décimo Cuarto del Digesto Romano, establecía que si se tiene que arrojar por la borda mercancía para aligerar el barco, su costo debe repartirse entre todos, ya que lo que se dio para todos, debe sustituirse por todos.

Este principio de indiscutible equidad subsiste, ya que los intereses que toda aventura marítima encierra siguen siendo los mismos: el interés del barco, el del flete y el del cargamento. Por ende, cuando de manera consciente, en forma voluntaria se toman medidas razonables acordes al peligro que se corre buscando la seguridad común, se cae en la "avería gruesa" y su costo deben sufragarlo por igual las tres partes dichas.

En cambio, cuando por accidente se afecta algunos de los intereses mencionados se está ante el caso de la "avería particular" y sólo la parte dañada soportará el afecto negativo.

Para unificar lo concerniente a estos problemas se convocó por la ILA a una reunión de miembros en Amberes en 1887 parcialmente, fecha en la que ya se admitían en número de 11 reglas conocidas como las Reglas de York, por lo que ahora se las llama simplemente como las "Normas York-Amberes".

Han sufrido varias modificaciones y revisiones destacando las adoptadas por la ILA en sus Conferencias de:

1) Estocolmo, de 1924.
2) Bruselas, en 1949.
3) Copenhague, celebrada en 1950.
4) Hamburgo, en 1974.

En todos estos casos las normas siguien denominándose igual, sólo que se les añade el año correspondiente.

Los Estados Unidos en un principio fueron reacios a su aceptación, pero a partir de la promulgación de la "Ley sobre Transporte Marítimo de Mercancías" de 1936, modificó aparentemente su criterio.

Por otra parte, debemos ahora hacer referencia a lo que no se ha hecho, pero que indudablemente debe hacerse, como es el caso de los Seguros Marítimos.

Hemos insistido en que el riesgo es uno de los ingredientes constantes en el transporte marítimo, o que necesariamente debe acarrear consideraciones sobre su contra parte: el Seguro Marítimo.

Hasta la fecha no se ha concretado ningún convenio internacional de la relevancia de los suscritos en otras áreas que comprenda el Seguro Marítimo, aunque, como sostiene la UNCTAD, la evolución del régimen jurídico que regula el contrato del seguro marítimo no ha ido a la par con el desarrollo del régimen legal internacional de ese seguro (7).

Hasta ahora solamente se han intentado dos reuniones magnas para tratar el tema, como son: La Conferencia del Instituto de Derecho Internacional, celebrada en Bruselas en 1881, y la Conferencia de Glasgow, de la ILA, en 1901.

La realidad actual es que en muchos mercados nacionales se han adoptado en cierta manera un régimen jurídico internacional de facto para suplir esa carencia. Esto si bien alivia la situación no deja de crear problemas, ya que en su configuración es totalmente unilateral y depende exclusivamente del asegurador; no han intervenido los países en vías de desarrollo, ni prevé consultas formales y periódicas con los representantes de asegurados acerca de la constante de ese régimen; además de que se confrontan muchos problemas a nivel nacional, cuando se necesite aplicar este sistema internacional, de facto a las legislaciones internas de los países, ya que aquél carece de una base jurídica internacional y los países no se han adherido formalmente a él.

(7) "Aspectos Jurídicos y Documentales del Contrato de Seguro Marítimo" (TD/B/C.4/ISL/27/Rev. 1).

La comisión del transporte marítimo de la UNCTAD ha venido trabajando con gran empeño sobre el particular, derivando experiencia de la práctica británica sobre el seguro, ya que, sin duda, Inglaterra es quien posee la mayor.

Ojalá y este esfuerzo se vea reforzado por otros, tanto de instituciones privadas como públicas, que produzcan frutos en un futuro inmediato, máxime que los problemas ya no los enfrentan directamente el responsable y el afectado, sino sus respectivas compañías de seguros. Nos parece de gran urgencia precisar, entre otros, los conceptos de:

a) Pérdida total del barco, del cargamento asegurado y del flete.
b) Efectos que provoca la subrogación entre asegurado y asegurador.
c) Efectos de los errores del asegurado, agentes o servidores; deficiencias marineras del buque y vicio de las mercancías.
d) El doble seguro (8).

4. Convenios internacionales pendientes.

Se han celebrado otros convenios internacionales que cubren diversas áreas aún no reglamentadas y que tratan de significar respuestas idóneas ante los problemas presentes. Su entrada en vigor está pendiente hasta cumplirse con los requisitos exigidos en el propio acuerdo, que son el lograr un número de aceptaciones o ratificaciones, o bien de adhesiones y adicionalmente que se observen otros requisitos, tales como mínimos representativos de tonelaje, etc.

Por su importancia mencionaré brevemente los siguientes:

1. El transporte comercial de mercancías ha evolucionado rápidamente en los últimos años y los sistemas novedosos de empaque y embalaje que facilitan grandemente su operación, han permitido el desarrollo del transporte multimodal.

Bajo los auspicios de la UNCTAD se firmó el 24 de mayo de 1980 el "Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte internacional multimodal de mercancías".

Los objetivos básicos que persigue son:

a) Que debe establecerse un justo equilibrio de intereses entre los países desarrollados y los países en desarrollo y que

(8) *Derecho Internacional Marítimo*, C. John Colombos (traducido por J. L. de Azcárraga), Ed. Aguilar, 1961, p. 248.

debe lograrse una distribución equitativa de actividades entre esos grupos de países en el transporte multimodal internacional.

b) Que antes y después de la introducción de toda nueva tecnología en el transporte multimodal de mercancías, deben celebrarse consultas entre los operadores de transporte multimodal, los usuarios, las organizaciones de usuarios y las autoridades nacionales competentes acerca de las condiciones y modalidades de los servicios.

c) Que los usuarios tienen libertad para elegir entre los servicios multimodales y los servicios de transporte segmentado.

d) Que la responsabilidad del operador de transporte multimodal conforme al presente Convenio debe basarse en el principio de la presunción de culpa o negligencia.

Nuestro país lo firmó el día 10 de octubre de 1980 y se publicó y promulgó en el *Diario Oficial* del 27 de abril de 1982, siendo seis los países que hasta el 31 de diciembre de 1981 lo habían signado: Marruecos, Senegal, etc.

2. Entre las partes más importantes de la relación del transporte internacional de mercancías se encuentra al usuario quien embarca o recibe los bienes, objeto del contrato.

Ha sido preocupación seria de los países, el fomento al comercio exterior, sobre todo después de la segunda guerra mundial, jugando un papel definitivo en esta tarea. el del transporte.

El exportador, sobre todo si es de país en vías de desarrollo, sabe muy bien el papel definitivo, en ocasiones, que representa el flete. Por ello, la UNCTAD, a través de la Comisión del Transporte Marítimo, se dedicó con ahínco a estudiar el tema y a alentar la creación de consejos de usuarios que fungiesen como contrapartes de las conferencias marítimas de navieros y así lograr algún diálogo que permitiese poteger a esta parte débil de la relación como es el usuario.

El fruto de estos esfuerzos lo constituye un documento conocido como el "Código de Conducta de las Conferencias Marítimas" (DOC), que constituye, sin duda, un esfuerzo serio para establecer un cuerpo normativo que ordene y regule las relaciones de las partes involucradas en el transporte por mar de mercancías y que prevenga la solución de conflictos. Expresamente se dice que será objetivo fundamental: la promoción del comercio exterior facilitando la respuesta ordenada del mismo y de los servicios marítimos regulares, promoviendo además a las marinas nacionales a través de la reserva de carga de 10-10-10. El espíritu que trasciende de su articulado es darle al usuario el lugar que no se le ha recurrido en estas relaciones. Aún no ha entrado en vigor, pues se requieren dos condiciones: que sea ratificado por un mínimo de veinticuatro países contratantes y

que esté representado, como mínimo, el 25 por 100 del tonelaje mundial. A la fecha el primer requisito se ha observado con generosidad, pues son ya cincuenta los países signatarios, en cambio, el segundo aún no se alcanza, pues sólo se ha conseguido un 20,74 por 100 de representatividad.

5. Propuesta relativa a un modelo de Código Internacional de Reglamentación Marítima.

El documento UNCTAD TD/B/C.4/244, del 10 de abril de 1982, sobre la labor futura de Reglamentación Marítima Internacional, menciona la creación de un modelo de Código Internacional de Reglamentación Marítima, el cual nos expresa que con motivo del propósito perseguido por los países en vías de desarrollo de promover el avance de sus flotas e incrementar la participación en el comercio marítimo internacional, se ha solicitado a la Secretaría de la UNCTAD su asistencia en este sentido.

A pesar de que estas solicitudes se han atendido de acuerdo a las circunstancias de cada país, se ha reconocido la necesidad de crear, bajo la dirección de un organismo internacional representativo de los países en desarrollo, un Código Internacional de Reglamentación Marítima que regule los aspectos económicos y comerciales de esta actividad, tendente a lograr la unificación de la legislación mundial.

Entre los temas, objeto de esta próxima reglamentación, cabe destacar el relativo a los privilegios e hipotecas marítimas y su atingencia con la ejecución de créditos marítimos, ya que si bien existen disposiciones al respecto, no son más que regulaciones locales incompletas o convenios anacrónicos, incluso en algunos países desarrollados, cuyo sistema jurídico se apoya en el Common Law.

Para concluir esta primera parte recordaremos que el marco jurídico internacional del transporte marítimo se compone, entre otros de menor importancia, de 156 convenios que fueron firmados y ratificados entre 1882 y 1970, teniendo un destacadísimo papel en esta tarea de codificación el Comité Marítimo Internacional, cuya sede se ubica en Amberes. (México ha ratificado 65.)

No sería posible concluir esta reseña sin reconocer el destacadísimo papel que han venido desempeñando en la formación de estas normas jurídicas, instituciones científicas como la "International Law Association", la Organización Marítima Internacional, el Comité Marítimo Internacional, el Instituto de Derecho Internacional. Todos ellos de carácter privado y en cuanto

a los organismos públicos internacionales, está la Organización de las Naciones Unidas, la propia UNCTAD, la Organización Marítima Internacional (que hasta el día 22 de mayo del presente año era la Organización Consultiva Marítima Internacional (OCMI).

Debo expresar, antes de correr la página, mi agradecimiento sincero a mi colaboradora la Lic. Ana Eloísa Herrera por su auxilio inestimable en la preparación del presente trabajo de investigación.

II. EL TRANSPORTE POR AIRE

La aparición de los primeros aparatos, que siendo más pesados que el aire podían volar y ser conducidos a voluntad por el hombre, inició una revolución completa en el concepto del transporte.

Dadas sus características propias de velocidad, relativa autonomía, volumen escaso en comparación con otros medios de transporte y otros, lo ubican como un medio idóneo para cubrir distancias medianas y largas que en la mayor parte de la geografía lo convierte en un sistema internacional. Este hecho, reforzado constantemente por los avances técnicos y por la necesidad de traslado constante que tiene el hombre actual, explica con claridad la existencia de múltiples convenios de aplicación internacional que regulan la utilización comercial del espacio aéreo.

Asimismo, nos permiten entender que las legislaciones nacionales complementen los convenios a través de disposiciones congruentes que han ido permitiendo una uniformidad en la reglamentación correspondiente.

Nos ocuparemos, pues, brevemente de relacionar los pilares de esta armazón jurídica, que en comparación con la del marítimo tiene una vida muy reciente, casi lo que va del siglo, pues salvo el Congreso Internacional de Aeronáutica celebrado en París en 1889, que incluyó algunos tópicos jurídicos, todos los instrumentos fueron creados a partir del 1900.

No tocaremos a propósito la polémica de la esencia del espacio o espacio "exterior", sino sólo nos referiremos a su utilización ordenada por el derecho.

1. Un primer punto definitivamente importante es precisar cuál es su condición jurídica, esto es, si forma parte del territorio del estado que cubre o bien si está ausente de toda interferencia soberana.

La interrogante quedó despejada en el Convenio de París de 1919, que se ocupó de la navegación aérea internacional, en cuyo artículo 10 se consagró el principio de la soberanía de los Estados contratantes sobre su espacio aéreo, el que fue confirmado por el Convenio de Chicago de 1944, por lo que no hay ya ninguna duda sobre el particular. La importancia de ambos acuerdos que integran el derecho común en la materia y que vinieron a continuarse en el tiempo al quedar sin efecto el primero con la entrada en vigor del segundo, confirmaron que la decisión tomada en un principio había sido la adecuada.

Esta tesis ya había sido contemplada en otra reunión internacional anterior de menor trascendencia como fue el Congreso Jurídico Internacional para la Locomoción Aérea efectuado en Verona en 1910 (junio).

Sin embargo, el derecho soberano fue matizado en el Convenio de París en tres puntos:

A) El derecho de los terceros al libre paso inofensivo en tiempos de paz (reminiscencia sin duda del "paso inocente" sobre el mar territorial);

B) Igualdad de trato para las aeronaves de los contratantes, salvo la reserva de cabotaje a los nacionales; y

C) Prohibición de otorgar un trato más favorable a las aeronaves de los no contratantes (antecedente tal vez de la cláusula de la nación más favorecida).

En la Convención posterior mencionada se formuló la distinción entre aeronaves públicas o del Estado; civiles, empleadas en vuelos internacionales regulares y aeronaves semejantes que no se utilizan en dichos vuelos.

Esta posesión sobre los derechos del Estado a su espacio aéreo, va acorde con la mayoría de las legislaciones nacionales; la primera guerra mundial sirvió para disuadir a los Estados que habían abogado por la tesis de la libertad absoluta del mismo, por lo que se explica así la solidez del principio ratificado casi al concluir la segunda experiencia bélica mundial. En nuestro país, desde 1917 el legislador ya lo había consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política.

Establecido este punto será pertinente advertir que nos ocuparemos a continuación solamente de dos temas básicos ante la imposibilidad de abarcarlos a todos y que nos limitaremos a comentar, asimismo, los tratados internacionales más importantes. Estos puntos son:

A) El régimen jurídico internacional de transporte aéreo.

B) La reglamentación de la responsabilidad derivada del transporte aéreo.

6. El régimen jurídico internacional del uso comercial del espacio aéreo.

Quedó establecido ya que la estructura jurídica internacional del transporte aéreo se encuentra en el Convenio de París de 1919 y en el de Chicago de 1944, que se llevó a cabo con el propósito de actualizar al primero, revisando sus disposiciones e incorporando algunas relativas al tema de la reglamentación del uso comercial del espacio aéreo.

En 1944 se firmaron junto con el Convenio otros acuerdos, siendo los más destacados los que se refieren a:

A) La aviación civil internacional.
B) El tránsito de los servicios aéreos.
C) El transporte aéreo.

Los cincuenta y dos estados concurrentes en Chicago se pusieron de acuerdo sobre diversos tópicos para regular la circulación aérea sobre sus espacios territoriales, sentando entre otros los siguientes derechos y obligaciones:

A) Al confirmarse el principio de la soberanía estatal sobre el espacio aéreo de cada estado, se reconoce el derecho de las aeronaves de los contratantes a utilizar dicho espacio sin obtener permiso previo.

B) Esta facultad a favor de tercero podrá ejercerse en vuelos no regulares. En el caso de los regulares se requerirá el permiso previo.

C) El ejercicio del citado derecho será, sin perjuicio de que se observen las condiciones de vuelo establecidas en el estado territorial en cuanto a rutas, zonas prohibidas por razones de seguridad y reserva del cabotaje a los nacionales. Asimismo, podrá dicho Estado condicionarlo al aterrizaje por efectos de inspección aduanal, sanitaria, de policía y otros en el sitio habilitado para ello y que expresamente designe.

D) Se previene que la aeronave ostentará la nacionalidad (?) del Estado en que se encuentre matriculada y no podrá ostentar más de un registro.

Sin embargo, se contempla el que una organización internacional o dos o más estados mancomunadamente operen comercialmente aeronaves, inclusive vía empresas públicas o privadas de las partes.

Comentario.—El problema jurídico que puede surgir en relación con la matrícula es evidente, pues la empresa internacional tendrá que aceptar o una nacionalidad, lo cual es contradictorio, o que sus aviones tengan una concreta. Ante este conflicto y otros que más adelante presentaré, vale sugerir la creación de una matrícula única, extranacional, o bien dos o más con un registro único en la OACI.

E) Se acuerda un trato igual, no discriminatorio en condiciones semejantes para el uso de aeropuertos, trato fiscal, facilidades, etc.

F) Las partes deberán instalar todas las facilidades posibles en aeropuerto, servicios de navegación, radio, meteorológicas, señales, balizamientos, iluminaciones y demás; asimismo, en lo que toca a apoyo de naves en peligro, rescate de las accidentadas y demás semejantes.

G) Adicionalmente, se establecen normas uniformes sobre documentación que deben portar los tripulantes y los aviones; certificados de aeronavegabilidad, licencias, diarios de viaje, planes de vuelo, etc.

Las ventajas de contar con normas uniformes en todos los Estados sobre los puntos reseñados que por su claridad no merecen mayor comentario, son evidentes. Se ha podido establecer así un medio de control, de intercomunicación entre los técnicos de aviación que casi ha configurado un lenguaje elemental, en donde las horas no son las que marca el reloj sino las de Greenwich (hora Z o zulu), superando así la limitación del tiempo local; el alfabeto es otro que permite descifrar cada letra con una clave que sólo los del medio conocen (alfabeto fonético), y así podíamos dar otros ejemplos semejantes para ilustrar lo dicho.

Lo que se consagró en esa Convención poco ha cambiado; las modificaciones sufridas en Montreal en 1947, 1954 y 1961 que afectaron a los artículos 45, 48, 49 y 61 básicamente se refieren a problemas administrativos de la Organización de la Aviación Civil Internacional. Si por un momento pensamos que su elaboración fue en plena segunda guerra mundial, que los motores a reacción aún se hallaban en fase experimental, pues prácticamente su aparición coincidió con el estallido de la conflagración mundial, ya que el primer vuelo del modelo HC 178 diseñado por el alemán E. M. Heinkel fue el 24 de agosto de 1939; y que aún no se habían perfeccionado importantes aparatos de ayuda a la navegación, es de admirarse la previsión tomada, la flexibilidad de las normas para adaptarse a los hechos sobre-

vivientes y la visión para que la estructura jurídica funcionase con eficiencia.

El Convenio comentado contempla además la creación de un organismo administrativo encargado de vigilar el cumplimiento de sus normas y sobre todo buscar su perfeccionamiento, de acuerdo con los nuevos requerimientos, necesidades y avances de la técnica. La Organización de la Aviación Civil Internacional vino a sustituir a la Comisión Internacional de la Navegación Aérea establecida por el Convenio de París.

La OACI o ICAO, se digan sus siglas en español o en inglés, tiene su sede en Montreal y se integra por una Asamblea General, un Consejo y por organismos técnicos que le apoyan en sus tareas como la Comisión de Navegación Aérea, los Comités de Transporte Aéreo, el Jurídico, el de Finanzas y el de ayuda colectiva a los servicios de navegación aérea.

La tarea desarrollada por la OACI es muy valiosa y tiene el carácter de organismo especializado en los términos del artícu 57 de la Carta de la Naciones Unidas.

De los otros convenios sobre tránsito y transporte aéreo me ocuparé del segundo, pues en él se consagraron las cinco libertades, que son:

A) Derecho de sobrevuelo sobre un Estado.
B) Derecho de aterrizar para fines no comerciales.
C) Derecho a desembarcar en el territorio del Estado, cuya nacionalidad ostenta la nave.
D) Derecho a embarcar los mismos elementos con destino a su país de origen nacional.
E) Derecho a embarcar y desembarcar pasajeros, carga y correo hacia o provenientes de terceros Estados contratantes.

Este Acuerdo fue ratificado por diecisiete Estados de los que sólo tres explotaban líneas internacionales (Estados Unidos, Holanda y Suecia), por lo que su aplicación era difícil que prosperara, así que de hecho no cumplió su cometido de abrir los caminos del aire a todos los siguientes.

Debido a lo anterior, los Estados Unidos de Norteamérica y Gran Bretaña, que tenían grandes intereses aeronáuticos, negociaron exitosamente un convenio que firmaron el día 11 de febrero de 1946, conocido como el "Bermudas I" en recuerdo del sitio en que se llevó a cabo.

Se consagraron al reconocerse mutuamente las cinco libertades, pero se restringieron y limitaron a ciertas rutas y aeropuertos prefijados. Por ende, tanto la capacidad de transporte como de frecuencia de vuelos quedaron restringidos.

La posición de ambos países, pese a ser dos potencias indudables en la materia, no era la misma, pues defendían tesis distintas; los Estados Unidos, la política de cielos abiertos, de libertad absoluta para competir en rutas, tarifas, frecuencias y demás. Su contraparte, que se hallaba al final de la guerra en una situación precaria, sin contar con una flota comercial fuerte, pretendía regular las rutas, fijar los fletes y determinar las capacidades y las frecuencias.

El Acuerdo pretendió armonizar y equilibrar ambas posiciones y se compone de tres partes: El Acta Final, el Acuerdo mismo y el Anexo.

Al cabo de treinta años de práctica, Gran Bretaña estimó que había funcionado inequitativamente, ya que sólo había beneficiado a su socio, por lo que decidió denunciarlo el día 21 de juno de 1976.

El papel del Convenio fue importante, ya que ante la ausencia o fracaso de las disposiciones de Chicago, llenó el vacío provocado, aunque no se ajustó al propósito expresado por las partes, de ajustar los subsecuentes convenios que celebrasen, a su modelo. Estados Unidos, por ejemplo, no lo observó en los bilaterales con la República Federal Alemana en 1955, con la India en 1956 y con la URSS en 1968, según nos indica el profesor Enrique M. Loaeza Tovar.

De inmediato se negoció otro convenio que se llegó a firmar el 23 de julio de 1977, en el que la preocupación básica dentro de las posiciones ya dichas, es controlar la capacidad y la frecuencia, lo que se logró en cierta forma.

Ante la imposibilidad de analizarlo en detalle, pero dado el hecho de que su existencia se proyecta en todos los acuerdos internacionales sobre la materia, debemos manifestar algunos comentarios críticos que dejamos al especialista profesor Enrique Loaeza, quien nos dice:

> "... "Bermudas Dos" no constituirá un modelo para los nuevos acuerdos..., porque este país (los Estados Unidos) seguirá defendiendo una amplia libertad de competencia que está en contradicción con las normas de control que existen al respecto en el Convenio."
>
> "... si bien... el nuevo Convenio es más extenso que el anterior, ... su contenido es bastante complejo, porque obedece a la necesidad de dar normas en una época en que el transporte aéreo ha crecido en un volumen considerable..., es un instrumento idóneo sólo para normar las relaciones entre los países de una mayor potencia aeronáutica."

"En tercer lugar..., si bien es efectivo que se abandona un liberalismo de los principios de "Bermudas Uno", las nuevas normas sobre control de capacidad y frecuencia... han sido atemperados... Tal situación puede estimarse no satisfactoria para muchos países que desean un control más estricto en este asuntos." (9).

Ante esta situación no podemos menos que preguntarnos cuál es la situación de nuestros países, cómo podemos defender una posición que no sea tan desventajosa a nuestros intereses. La proliferación de los acuerdos bilaterales ha sido consecuencia del fracaso de los multilaterales y los principios que los rigen, siguiendo las pautas comerciales internacionales, son: La reciprocidad y la no discriminación.

Estos principios sólo son operativos entre iguales, por lo que consideramos, al igual que el multicitado profesor Loaeza, que deben no sólo abolirse, sino revertirse para lograr la justicia en la equidad.

Esto es tratar en forma desigual a los desiguales.

Hasta aquí lo referente a la regulación del uso comercial del espacio aéreo.

7. La reglamentación de la responsabilidad derivada del transporte aéreo.

El tema de la responsabilidad en el Derecho Aéreo es de gran importancia, por lo que ha sido objeto desde hace años de estudios y reglamentaciones que pretenden evitar los múltiples conflictos y litigios que pueden provocar tanto en el orden público como en el privado.

La complejidad de situaciones que pueden presentarse, cada día más variadas debido a las relaciones tan diversas que se dan en la industria aeronáutica, nos evidencian que se requiere de verdaderos especialistas para conocer a fondo todo el intríngulis a que dan lugar.

Por ello no pretenderé ocuparme más que de la surgida del contrato de transporte, para lo cual será necesario recordar que existen dos grandes grupos de contratos: Los de utilización y los de explotación de la aeronave.

Por contratos de utilización se entienden los que tienen por objeto las transacciones sobre el aparato, siendo los más comunes los de arrendamiento o locación y los de fletamento, en los que se presentan modalidades entremezclados con actividades diversas interlineales, como puede suceder cuando se arrienda sólo el llamado "casco desnudo" o "dry lease", o bien con todo y la tripulación, lo que configura la "locación armada o equipada", conocido en la jerga como "wet lease".

En el fletamento existen sus variantes como son el que sólo implica un viaje, el a tiempo determinado y el mixto que puede equipararse al "time charter" del Derecho Marítimo como sugiere Luis Tapia Salinas (10).

Ante la elevación reciente de costos de operación las empresas aéreas han venido perfeccionando un contrato denominado de "intercambio de aeronaves".

Por otra parte, la existencia de facilidades otorgadas en los países industrializados, sobre todo los Estados Unidos, para aprovechar beneficios de desgravación de impuestos en inversiones de equipo a largo plazo, ha dado pie a una figura ya conocida de hace tiempo, como el "leasing" o "arrendamiento financiero". Muy recientemente ha surgido una nueva mucho más compleja como es el "leverage lease", traducida como "arrendamiento apalancado", que, dadas sus grandes ventajas financieras, comienza a ser utilizada por explotadores europeos como la Air France, o latinoamericanos, como Avianca, Aerolíneas Argentinas, Mexicana de Aviación y Aeronaves de México.

Los problemas jurídicos que se plantean ante la inexistencia de normas nacionales, tanto fiscales como aeronáuticas, la exigencia de operar equipo con matrícula extranjera y otras más, son un verdadero reto a la imaginación de nuestros especialistas y administradores.

En cuanto a los contratos de transporte, tanto de pasajeros como de carga, la situación ha sido estudiada y considerada desde hace tiempo por los Estados que en el Convenio de Varsovia de 1929 fincaron principios y normas que se han venido observando con atingencia. Este acuerdo y el Protocolo de La Haya de 1955, en donde se revisaron algunas de sus disposiciones, constituyen el derecho común en la materia a los que se añadirán posteriores cambios tan pronto como los protocolos que los contienen entren en vigor.

Sus disposiciones se complementan con las "Condiciones Generales del Transporte" que la International Air Transport Association (IATA), pese a no formar parte del mismo, ha elaborado y que sus asociados —casi todas las empresas aéreas

(9) "Bermudas DOS - Análisis y perspectivas", Memoria de las Décimas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, México, 1978, pp. 76 y 77.

(10) *Curso de Derecho Aeronáutico*, Bosch, Barcelona, España, 1980, pp. 155 y 156.

del mundo, con excepción actual de las norteamericanas— insertan en sus contratos de transporte.

Será el tema de la responsabilidad del transportista el que se conozca en la primera Conferencia Internacional de Derecho Privado convocada por el gobierno francés en 1925, a la que acudieron 43 Estados y que tras de modificaciones y adiciones hechas por el CITEJA, ya desaparecido, se aprobó en la Segunda Conferencia verificada en Varsovia en 1929, habiendo entrado en vigor el 13 de febrero de 1933 bajo el nombre de "Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional".

El convenio, como se advirtió, ha sufrido una modificación en La Haya en 1955, que se encuentra en vigor y otras aún pendientes como la de Guatemala en 1981, los Protocolos 1, 2, 3 y 4 de Montreal de 1975, por lo que al comentar las disposiciones vigentes incluiremos ambos acuerdos solamente salvo aclaración en contrario. En cuanto al Convenio de Guadalajara de 1961 por ser complementario, lo consideraremos en los conducentes.

El Convenio de Varsovia se compone de cinco partes.—I: Objeto y definiciones.—II: Títulos del transporte.—III: Responsabilidad del porteador.—IV: Disposiciones relativas a transportes combinados.—V: Disposiciones generales y finales.

El tema de nuestra preocupación se comprende en el capítulo III e involucra solamente como apunta concretamente Juan A. Lena Paz, la derivada del ejercicio de la aeronavegación y consiste en "... la obligación que pesa sobre el explotador de reparar los perjuicios ocasionados por la utilización de la aeronave según su destino específico, o sea la navegación aérea" (11). En consecuencia, cualquier daño causado por la aeronave que no sea en estas condiciones, se regirá por las disposiciones comunes del Derecho Civil.

Cabe advertir antes de entrar en detalle del tema a tratar, que en forma genérica podemos señalar la existencia de dos campos diversos, en donde se presentan los daños, y que son: aquellos que sufren las personas o las cosas que son transportadas y aquellas que sufren terceros, que son ajenos a la operación aeronáutica. El convenio de Varsovia consideró únicamente los primeros y de los segundos serán objeto de reglamentación en convenciones complementarias posteriores.

Entrando ya en consideración del convenio de Varsovia, por lo que toca al transporte de mercancías, el concepto es amplio

(11) *Compendio de Derecho Aeronáutico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1970, p. 239.

en el sentido de que se considerará responsable al transportador cuando se causen daños por avería o por destrucción del equipaje o mercancías si el acontecimiento sucede durante el transporte aéreo. Se incluye dentro de esta situación cualquier maniobra que tenga que efectuarse dentro del aeropuerto para cargar, transbordar, inclusive entregar la mercancía, de tal manera que si en alguno de los actos llega a producirse el hecho, se considerará que se produjeron durante el transporte aéreo.

Se consideró como eximente de responsabilidad en un principio las fallas de pilotaje o de conducción de la aeronave o si se acreditase por el porteador que se tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño. Esta eximente era contradictoria con el sistema, en virtud de que los tripulantes son dependientes del porteador, por lo cual en la revisión que se hiciera en 1955 de la Convención se decidió suprimir.

En forma semejante a la que existe en el sistema marítimo se estimó pertinente fijar un monto máximo de responsabilidad sin importar si éste responde efectivamente a los valores de la mercancías o carga afectada. Se consideró como tope 250 francos poincaré por bulto y hasta 5.000 francos por pasajero, en caso de destrucción del equipaje de mano.

El sistema seguido de proteger en la forma dicha al porteador, ha sido explicado para fundamentarlo en diversa manera, estableciéndose que su responsabilidad es subjetiva, o sea, solamente se le considera que deba responder si hay culpa de su parte o de sus dependientes; sin embargo, como esto es sumamente difícil de comprobar por el afectado, se ha establecido un sistema muy original que consiste en revertir o invertir el peso de la prueba, de tal manera que si hubiese alguna razón que exculpase al porteador y además haya a su vez sido el origen de daños en perjuicio de los propietarios de la mercancía; si así sucediese, se limitará la responsabilidad del porteador exclusivamente a los daños sufridos, mas no a los perjuicios experimentados.

Se contemplan en la Convención otros aspectos como puedan ser los términos para demandar la responsabilidad, los tribunales competentes y otros puntos inherentes al concepto mencionado.

Esta Convención, como ya se ha sostenido, se aplicó durante más de treinta años sin mayores complicaciones, pero diversos organismos internacionales de carácter privado y público vinieron trabajando en modificar sus disposiciones a la luz de la experiencia que se iba presentando y de las nuevas exigencias que la técnica y las necesidades del mundo en desarrollo presentaba.

El Comité Jurídico de la OACI se preocupó por preparar las enmiendas que fueron consideradas en 1955 en La Haya, y después de arduas deliberaciones se modificaron 15 artículos y se agregaron dos nuevas disposiciones. Este Protocolo se encuentra en vigor desde el día 10 de agosto de 1963.

El principio general del sistema de responsabilidad no sufrió ninguna modificación, de tal manera que existen eximentes de responsabilidad para el transportador, las que consisten básicamente en que si éste acredita haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o bien, que prácticamente le fue imposible adoptarlas, queda fuera de todo problema de responsabilidad. La definición y precisión jurídica del término "medidas necesarias" es de gran importancia en el ejercicio de la práctica de responsabilidad.

En términos generales se podría señalar que el transportador se liberará de cualquier responsabilidad si prueba que la aeronave se encontraba en condiciones adecuadas de aeronavegabilidad, para lo cual precisamente en todos los países hay sistemas mediante los que las autoridades otorgan los certificados que así lo acreditan y que normalmente se basa en que el operador observa y cumple los manuales de mantenimiento y buen funcionamiento; asimismo, demuestra que se cumplieron con los requisitos de inspección anteriores al viaje y de que la nave se encontraba equipada con los instrumentos necesarios para la buena operación: asimismo, que la ruta que siguió fue la que se le autorizó y hubo siempre contacto entre la tripulación y las autoridades coordinadoras en tierra, etc.

Todo esto deberá ser acreditado por el transportador y si no fuese así, entonces surgiría la responsabilidad que, como vemos, se encuentra limitada.

Los límites fueron objeto en esta Convención de La Haya, de pasajeros en donde el gobierno norteamericano principalmente propugnó por un incremento muy elevado hasta de un 300 por 100, lo que no fue aceptado por sus contrapartes, ya que en empresas pequeñas podrían en un sólo accidente ocasionar la desaparición de la compañía. Se llegó a una solución intermedia mediante la cual se duplicó el límite de responsabilidad por lesiones o muerte del pasajero hasta 250.000 francos poincaré, pero no se tocaron los límites máximos por pérdida o daños al equipaje y a la carga.

Hubo algunas otras modificaciones sobre las que ya no entraremos en detalle, pero sí comentaremos que abriéndose para las adhesiones el convenio de Varsovia, se puede dar el caso de que haya Estado que no forme parte del Convenio de Varsovia,

por lo que los problemas que surjan serán resueltos por estipulaciones nacionales; otros que solamente forman parte del Convenio de Varsovia, pero que decidan no aceptar las nuevas disposiciones y un tercer grupo que se adhieran al Protocolo de La Haya, lo que significará necesariamente la adhesión automática al de Varsovia, y esto, como la práctica ha demostrado, ha venido a provocar problemas sumamente complejos.

Con posterioridad al Protocolo anteriormente comentado se han venido celebrando otras convenciones de carácter internacional —inclusive un acuerdo privado— que giran alrededor cual satélites, de estos dos Convenios fundamentales, pero que aún no han entrado en vigor por diversos motivos y que han pretendido unificar las divergencias de puntos de vista en algunos temas, o bien actualizar las normas de los mencionados convenios.

Decíamos a propósito de las discusiones en La Haya, que la posición norteamericana y de algún otro país desarrollado fue en relación con las indemnizaciones por lesiones o fallecimiento de pasajeros, la de incrementar hasta en un 30 por 100 los topes, lo cual no consiguieron. Por tanto, y no quedando conformes con esta solución, lograron la firma de un Convenio entre la administración aeronáutica de los Estados Unidos (Civil Administration Board, CAB) y varias líneas aéreas internacionales en el que se consagró un sistema diverso que lograse lo que pretendía la posición norteamericana. Este Convenio privado evitó que los Estados Unidos de Norteamérica denunciase la Convención de Varsovia, lo cual tuvo un efecto positivo, habiéndose firmado el 4 de mayo de 1966.

No entraremos en mayores detalles, no sólo por su carácter estrictamente privado, sino por no referirse al tema del transporte de carga internacional; de cualquier forma tiene su ámbito de aplicación y hasta el año de 1975, según datos que proporciona el profesor Enrique Mapelli, 420 compañías de transporte internacional lo habían suscrito (12).

Ante esta situación y con el mejor propósito de resolver fricciones, la IATA, por conducto de su Comité Jurídico, preparó una propuesta de revisión que sometió a estudio del Subcomité Jurídico de OACI, el cual fue estudiado y aprobado en la ciudad de Guatemala el 8 de marzo de 1971, por lo que a esta Convención se le conoce con el nombre de El Protocolo de Guatemala.

En los puntos fundamentales tratados encontramos un cambio radical y varios parciales.

(12) "Convenios Multilaterales sobre tráfico aéreo", Dr. Enrique Mapelli y Roberto Comes, Madrid, 1975.

El cambio fundamental consiste en que se abandona el sistema de responsabilidad que, como señalamos, gira sobre el concepto de culpa subjetiva y ahora se pretende que sea *objetivo*, por lo que surgirá dicha responsabilidad ante la existencia del mero hecho del daño.

Los cambios parciales se dan en el incremento del monto de las responsabilidades que afectan al caso de muerte o lesiones del pasajero hasta un millón quinientos mil francos poincaré; por retraso, hasta 62.500 francos; por destrucción, pérdida, avería, retraso del equipaje de mano, hasta 15.000 francos por pasajero. En cambio no se tocó para nada lo relativo al límite máximo de mercancías que continúa en 250 francos, tal como fue acordado en la Convención de Varsovia.

En compensación a este no incremento en caso de las mercancías se permite que los límites señalados excedan cuando se acredite por el afectado que el daño ha sido causado por una acción u omisión del porteador y que existió el ánimo para hacerlo y siempre y cuando en el caso de los dependientes, éstos estuviesen actuando en el ejercicio de sus cargos correspondientes. La Convención no ha entrado aún en vigor.

La situación, como puede observarse, no es del todo favorable a una armonía entre las partes interesadas y los terceros por discrepancia que gira en torno al tema de la responsabilidad, por lo que OACI convocó a una reunión en Montreal que se llevó a cabo durante el mes de septiembre de 1975, a cuya conclusión los países asistentes, en número de 67, llegaron a firmar nuevos protocolos que se conocen como los números Uno, Dos, Tres y Cuatro, que vienen a modificar el artículo 22 de la Convención de Varsovia de 1929 y asimismo a cambiar lo que hasta entonces no se había tocado, que era el sistema de responsabilidad en el manejo de la carga.

El Protocolo número cuatro se refiere exclusivamente al tema de la carga, por lo que nos detendremos en señalar algunos puntos de interés. El primero de ellos es que, al igual que sus semejantes, se modifica el sistema de la unidad monetaria, reemplazándose el existente hasta entonces, que era, como ya tantas veces se ha mencionado, el del franco poincaré por todos los problemas que representaba, por el de los Derechos Especiales de Giro, que no siendo también una moneda de circulación corriente tiene una ventaja de que es calculada por un organismo respetable como lo es el Fondo Monetario Internacional, quien señala además la equivalencia de los derechos con las monedas nacionales periódicamente en forma regular. Por tanto, en caso necesario se podrá saber, en un momento dado, el equivalente en moneda propia sin tener que hacer cálculos sobre

metales cambiantes, como es el caso del oro, evitándose otros problemas prácticos que se presentan en las circunstancias concretas que daban lugar a la reclamación.

Entre otros puntos de interés, a nuestro ver se encierra el hecho de que se cambia en cierta forma la documentación que se exige, de tal manera que la llamada Carta de Porte Aéreo ya no tiene la solemnidad con la que se consideraba en los ordenamientos jurídicos precedentes, sino que puede ser reemplazada por otros medios con los que se acredite la misma información relativa al transporte.

Asimismo se modifica radicalmente el sistema de responsabilidad, sin duda debido a la posición adoptada tanto en el acuerdo privado de Montreal de 1966 como en el de Guatemala de 1971, y se convierte en una responsabilidad objetiva o de riesgo creado, por lo que el porteador responderá ante la existencia del daño sufrido en las mercancías por el solo hecho de que se haya producido durante el transporte aéreo. Se entenderá este concepto en su versión amplia, es decir, que se tendrá la obligación de responder durante todo el término durante el cual el equipaje y las mercancías se hallen bajo la custodia del transportista, bien a bordo de la aeronave, en un aeródromo o en cualquier lugar en caso de aterrizaje fuera del aeródromo, por lo que no existiría ninguna duda de cuándo y hasta dónde llega esta responsabilidad.

Sin embargo, no le será imputable responsabilidad si acredita que el daño se debió a uno más de los hechos siguientes:

A) La naturaleza o el vicio propio de la mercancía.
B) El embalaje defectuoso de la misma.
C) Un acto de guerra o conflicto armado.
D) Un acto de autoridad pública ejecutado en relación con el tránsito, entrada o salida de la mercancía (Art. IV).

Por lo que toca al monto, éste se convierte ahora en la suma de 17 derechos especiales de giro por kilogramo, salvo que se declarase un valor por el expedidor superior y efectuase el pago de una tasa supletoria en aquellos casos en que así fuere; en estas situaciones el transportista se obligará a la suma declarada, salvo que, a su vez, acredite que sea superior al valor real que tenía la mercancía al momento de la entrega.

Estos Protocolos aún se encuentran pendientes de su aceptación, habiendo sufrido críticas de estudiosos, lo que tal vez justifica o explica la cierta frialdad con que han sido acogidos.

Será necesario mencionar, por su incidencia en el transporte internacional, al Convenio de Guadalajara, firmado en 1961, y en el que se vino a tratar una situación que no fue prevista

en la Convención de Varsovia y en su enmienda en vigor, que se refiere a la responsabilidad de aquel transportador llamado "de hecho" o no contractual, cuando es una persona distinta al transportista que originalmente se contrató por el expedidor, no miembro del Convenio, y que cumple con todo o parte del transporte debido a la autorización que le da el transportista, encontrándose, por supuesto, éste cubierto por la Convención de Varsovia.

Se considera por la Convención que el transportista contractual responde por las acciones u omisiones, tanto propias como del transportista de hecho, y de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. Asimismo se considerará responsable al transportista de hecho por actos o acciones semejantes del contractual y de sus dependientes en las mismas condiciones.

Sin embargo, se establece que dicho transportista no responderá por las acciones u omisiones del contractual cuando se genere una responsabilidad ilimitada, quedando sólo obligado en los términos y en los montos consignados en el artículo 22 de la Convención de Varsovia, se le exime también de responsabilidad al transportista de hecho de la que se derive de convenios especiales que el contractual haya celebrado y que se derive en compromisos más allá de los impuestos por la mencionada Convención.

Siendo estos los puntos más trascendentales a nuestro ver, se ratifica el sistema original de responsabilidad, esto es, de la culpa subjetiva con límites y con inversión del peso de la prueba a favor del afectado.

La materia en Derecho Aéreo es de una bastedad enorme y constantemente sigue presentando factores que atraen del interés del jurista y que pretenden, por supuesto, responder a requerimientos y necesidades actuales. Hace unos cuantos días, por ejemplo, el "Diario Oficial" publicó en su edición del día 9 de junio de los corrientes el Derecho de promulgación del "Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves", que desde 1948 se suscribiera en la ciudad de Ginebra (Suiza), y que indudablemente dará una mayor fijeza a los derechos de propiedad y a los gravámenes que les afecten, permitiendo así una transferencia de propiedad rápida y segura.

Al igual que como señalamos en el caso del Derecho del Mar, es justo reconocer la actividad constante y eficiente de organismos, tanto público como privados, que permiten la consolidación y desarrollo del Derecho de la Navegación Aérea, entre las cuales podemos citar a la extinta Comisión Internacional de Navegación Aérea (CINA) que, creada por el Convenio de París de 1919, se disolviera en 1946. Asimismo, al Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA), que también surgiera en París en 1926 y que fuera sustituido por el Comité Jurídico de la OACI. Desde luego está la mencionada Organización de la Aviación Civil Internacional, de la cual ya nos hemos ocupado.

Por lo que toca a los organismos privados debemos citar el Comité Jurídico Internacional de la Aviación, que, fundado en 1909, ha trabajo a través de los años con alguna lentitud, pero su quehacer ha sido constante y útil.

Debemos citar, asimismo, a la Unión Internacional de Aseguradores de Aviación (UIAI) constituida en Montreux en 1933 y que indudablemente desarrolla una función de gran trascendencia. Está, asimismo, la Federación Aeronáutica Internacional, que desde 1905 se ocupa de la llamada aviación deportiva. Desde luego, en forma destacada, como ya lo hemos venido repitiendo, está la IATA, cuyo Comité Jurídico, con una gran asiduidad, se reúne frecuentemente para tratar problemas comunes de la aviación y del derecho.

Existen otros organismos científicos que, sin ser exclusivamente aeronáuticos, tienen una gran relevancia en el desarrollo de la materia, como son el Instituto de Derecho Internacional constituido en Ginebra en 1873; la International Law Association, que desde 1912 tiene un Comité de Derecho Aéreo y del cual nos hemos ocupado en varias ocasiones, y la Cámara de Comercio Internacional, en 1919.

En nuestro ámbito hispanoamericano destaca la actividad del Instituto Iberoamericano de Derecho Aéreo y Espacial y de la Aviación Comercial, que en forma constante trabaja sobre estos temas y que agrupa no sólo a juristas sino a técnicos de la aviación, lo que le dota de una gran versatilidad.

Muchos temas quedan en el tintero, pero con lo dicho espero que sea suficiente para tener una visión general, aunque encapsulada, del marco jurídico que regula el tránsito aéreo internacional.

Al concluir debo agradecer a mi colega y colaborador, licenciado José Luis Vega, su auxilio en la preparación de estas notas.

REFORMA A LOS MEDIOS, METODOS Y PROCEDIMIENTOS DE ARREGLO PACIFICO DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Antonio LINARES (Venezuela)
Miembro del IHLADI

1. Introducción.

No debemos examinar pormenorizadamente los primeros esfuerzos de la comunidad internacional para promover la solución pacífica de las controversias internacionales, insertados principalmente en el Convenio I para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, firmado en La Haya el 29 de julio de 1899, y el Convenio I para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907, en el artículo 12 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, el artículo 11 del Pacto Briand-Kellog o Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Internacional, firmado en París el 27 de agosto de 1928, ni tampoco ocuparnos de señalar los progresos que se han alcanzado dentro del sistema interamericano, en el marco de la Organización de la Unidad Africana y en el plano regional europeo a través del Consejo de Europa. Es suficiente exponer algunas de las medidas que al respecto ha adoptado la Organización de las Naciones Unidas.

Por la Resolución 268 (III) la Asamblea General aprobó el Acta General revisada para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, la Resolución 2.625, de 24 de octubre de 1970, conteniendo la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en la cual se proclama el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, ni la seguridad internacionales, ni la justicia. Esta Declaración desarrolla, en términos aceptados unánimemente por la comunidad internacional, el principio consagrado en el párrafo 3 del artículo 2 de la Carta, que establece que los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en

peligro ni la paz, ni la seguridad internacionales, ni la justicia. Por último, cabe señalar el párrafo 6 de la Resolución 2.734 (XXV), de 16 de diciembre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional, en donde se exhorta a los Estados Miembros a que utilicen plenamente y a que procuren aplicar mejor los medios exclusivamente pacíficos de cualquier controversia o situación cuya continuación es probable que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, incluidos la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales, los buenos oficios, incluidos los del secretario u otros medios pacíficos de su elección, en la inteligencia de que el Consejo de Seguridad, al examinar tales controversias o situaciones, deberá también tomar en consideración que, como norma general, las partes deben someter las controversias jurídicas a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte.

La cuestión del arreglo pacífico de las controversias internacionales se está examinando en la Organización de las Naciones Unidas desde el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General, estando incluida en el mandato del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización.

Desde el inicio de la actual centuria se ha impulsado la doctrina de que los conflictos internacionales podrán solucionarse sin apelar a la amenaza o al uso de la fuerza. De aquella época a nuestros días se han verificado modificaciones en la composición de la comunidad internacional al haberse instaurado nuevas personas jurídicas internacionales. Sin embargo, en lo relativo a los métodos de solución pacífica de litigios nos encontramos prácticamente en la misma situación que al concluir sus deliberaciones la Segunda Conferencia de la Paz, celebrada en La Haya desde el 15 de junio al 18 de octubre de 1907, salvo que existe la posibilidad de recurrir por propia iniciativa a la Corte Internacional de Justicia.

Se ha puntualizado con acierto que "existen indudablemente métodos tradicionales de solución pacífica de controversias, y existen también diversas instituciones establecidas con objeto de solucionar controversias entre Estados, pero las normas que rigen estos procedimientos se han exteriorizado más bien en forma negativa: se limitan a prohibir el recurso a la fuerza, salvo el caso de legítima defensa o bajo los auspicios de organismos internacionales. Además, se ha dejado constancia que

para salir de esta etapa negativa, el papel de los organismos internacionales es fundamental. En efecto, en materia de solución pacífica de controversias sólo pueden darse dos posibilidades: o las dos partes interesadas aceptan la solución dada por un tercero o ese tercero persuada a las partes para que se reúnan y encuentren la solución ellas mismas, con o sin asistencia. Fuera de estas eventualidades quedan sólo las posibilidades de negociación directa o del uso de la fuerza, ya sea armada o no armada. Finalmente se ha declarado que parece claro... que las organizaciones internacionales están llamadas a tener un papel preponderante en calidad de árbitros para el arreglo de las controversias... (1).

2. Examen del capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas.

Según el párrafo 1 del artículo 33, las partes en una controversia, cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, están obligadas a buscarle solución, "ante todo", mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios de su elección. El párrafo 2 del artículo 33 estipula que el Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios. En lo que respecta a la aplicación del artículo 33, en primer caso no se señala la forma específica ni la clase de controversia que debe ser objeto, ante todo, de la negociación y demás medios de solución de controversias expuestos en el primer párrafo del artículo 33.

Según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, la obligación impuesta en el párrafo 1 del artículo 33 a las partes en una controversia tiene relación con el párrafo 2 del artículo 33 y el párrafo 1 del artículo 37, con las funciones del Consejo de Seguridad en lo concerniente al arreglo pacífico de las controversias.

Es verídico que las menciones hechas al artículo 33 con bastante frecuencia en el Consejo de Seguridad y en la Asamblea General señalan que en estos órganos la obligación del párrafo 1 del artículo 33 se ha entendido como una obligación continua y ha establecido la base para poner de relieve la responsabilidad de los Estados partes en el logro de un arreglo, como

(1) Véase acta de la 489a Sesión de la Comisión Política Especial, párr. 16, pág. 3. Asamblea General, Vigésimo Período de Sesiones. Documentos Oficiales.

aptitud que demuestra la actuación eficaz de la Organización de las Naciones Unidas.

En ocho asuntos planteados ante el Consejo de Seguridad se afirmó que la obligación de las partes estaban en el deber de cumplir en una controversia, en lo que respecta a la aplicación del párrafo 1 del artículo 33 no había sido cumplido, y que, por consiguiente, el asunto se excluyó de la jurisdicción del Consejo. No se han dado casos en que se haya formulado objeciones al examen de un asunto por el Consejo de Seguridad fundándose exclusivamente en el artículo 33; en el argumento que se formuló, basado en el párrafo 1 del artículo 33, se refirió a la cuestión en que se negaba el carácter peligroso del asunto o al invocar el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, como fundamento para no querer admitir la competencia del Consejo. Cuando este órgano de las Naciones Unidas examinó la cuestión de Guatemala se alegó que la disposición del párrafo 1 del artículo 33, sobre el arreglo pacífico de las controversias mediante el recurso a organismos o acuerdos regionales, considerada conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 52, probaba con razones convincentes la remisión de la denuncia guatemalteca a la Organización de los Estados Americanos antes de someterla al Consejo de Seguridad. Por otra parte, el representante de la República de Guatemala argumentó que el párrafo 1 del artículo 33 no podía ser aplicado porque se refería a las controversias, y la denuncia de su Gobierno se refería a una invasión y un acto de agresión que requerían la intervención directa del Consejo, de acuerdo con los artículos 34 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

a) *Reforma del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.*

Existe una determinada esfera de la Carta de las Naciones Unidas que requiere ser codificada, esa esfera es la que comprende el artículo 33. Por consiguiente, es necesario la adopción de medidas destinadas a impulsar el proceso de codificación de los principios y normas relativos a la solución pacífica de las controversias, con la finalidad de asegurar el funcionamiento eficaz de los procedimientos y medios de arreglo de controversias.

Es evidente que el artículo 33 no es exhaustivo y que los diversos medios de solución de controversias mencionados en él están colocados en pie de igualdad.

Es de primerísima importancia desarrollar el marco instituido en la Carta de las Naciones Unidas para dar solución a las controversias internacionales. En efecto, la falta de desarrollo de las normas contenidas en el artículo 33 ha determinado en muchas ocasiones que la Organización de las Naciones Unidas se viese incapacitada de actuar frente a situaciones de conflicto que ponían en peligro la paz mundial.

Se ha argumentado que "es indispensable establecer un mecanismo eficaz para el arreglo de controversias, a fin de impedir que llegaran a transformar en guerra. A este respecto sería conveniente ampliar con más detalles el artículo 33 de la Carta de la Naciones Unidas" (2).

Se ha expresado que no se ha empleado suficientemente los procedimientos de arreglo pacíficos de controversias establecidos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, porque la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y los otros medios pacíficos de solución de controversias eran útiles para resolver las controversias de poca importancia, pero absolutamente inoperantes en caso de agresión, de invasión, de ocupación por la fuerza y de usurpación por un Estado de la soberanía y la integridad territorial de otro Estado.

Una opinión que es conveniente exponer es la que consiste en que "los Estados en conflicto tienen, de conformidad al artículo 33 de la Carta, una colección de recursos legítimos de solución pacífica, y ellos han de ser robustecidos, especialmente los que constituyen soluciones jurídicas" (3).

Debería considerarse la posibilidad de introducir el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, porque su redacción es vaga y carece de precisión. La modificación a introducirse a dicho precepto, podría consistir en una definición de la expresión "controversia internacional"; en establecer las categorías de conflictos internacionales que correspondería resolverse por cada uno de los medios de solución; y en prever un procedimiento concreto para prolongar hacia adelante por etapas de las negociaciones bilaterales a superiores niveles, con la participación de terceros cuando las controversias sean imposible de solucionar. También se debería prever, que las partes en una controversia deberían convenir, con anticipación, en admitir el arbitraje judicial cuando la negociación, la investigación, la mediación y la conciliación no fueran suficientemente eficaces.

---

(2) Véase acta resumida de la 28.ª Sesión del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización, párr. 8, pág. 5.

(3) Véase "Arreglo Pacífico de Controversias entre Estados". Informe del Secretario General. Doc. A/35/391, pág. 4.

b) *Examen de las disposiciones de los artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de la Carta de las Naciones Unidas.*

El artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que "el Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales".

En las dos ocasiones en que el Consejo de Seguridad comenzó un procedimiento de investigaciones fundándose expresamente en el artículo 34, no permitieron determinar hasta qué límite el artículo 34 ejerció influencia en la labor del Consejo. Las propuestas de investigación presentadas al Consejo dieron lugar a debates sobre cuestiones de procedimientos, como por ejemplo la composición de un órgano auxiliar de investigación.

En lo concerniente al problema de los incidentes de frontera en Grecia, el Gobierno de ese país, en su planteamiento, señaló la necesidad de proceder lo más pronto posible a una investigación en el lugar de los hechos, a causa de la ayuda prestada por los Estados vecinos al movimiento guerrillero que se llevaba a cabo en el Norte de Grecia. Por decisión de 19 de diciembre de 1946, el Consejo de Seguridad instauró una Comisión de Investigación para comprobar los hechos relativos a las supuestas violaciones de frontera.

El artículo 34 versa sobre toda situación que sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Con frecuencia ha ocurrido que el artículo 34 sólo se ha invocado cuando una situación ha rebasado ya la fase de posible fricción internacional y ha entrado en la fase de la amenaza potencial.

Este artículo debía contener una disposición en el sentido de que el Consejo de Seguridad podrá investigar con la mayor anticipación todo hecho que suponga podrá conducir a una controversia que contenga elementos incompatibles con los intereses de la paz y la seguridad internacionales.

El artículo 35 se manifiesta mediante tres párrafos. El primer párrafo dispone que todo miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquier controversia o cualquier situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General. El segundo párrafo estipula que un Estado que no es miembro de las Naciones Unidas podrá llevar a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General

toda controversia en que sea parte, si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en esta Carta. El tercer párrafo se refiere a que el procedimiento que siga la Asamblea General con respecto a asuntos que le sean presentados de acuerdo con este artículo, quedará sujeto a las disposiciones de los artículos 11 y 12.

Al Consejo de Seguridad le fueron presentados asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en particular cinco veces como controversias y dieciséis veces como situaciones presentadas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 35, por Estados Miembros de las Naciones Unidas, y tres veces como controversias presentadas, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 35, por Estados no miembros.

Este artículo debía también disponer que el Consejo de Seguridad y la Asamblea General cuando previeran la posibilidad de la presentación de una controversia, antes de ser presentada por un Estado Miembro o no Miembro debían, de inmediato, establecer el método de indagación ajustado a cada caso concreto.

El artículo 36, que se compone de tres párrafos, faculta al Consejo de Seguridad para recomendar procedimientos o métodos de ajuste en determinadas circunstancias. Es deber del Consejo, al formular dichas recomendaciones, tomar en consideración algunos principios definidos en los párrafos 2 y 3 del citado artículo.

El Consejo de Seguridad no procedió a aprobar varias de las recomendaciones concretas para el arreglo pacífico de controversias que fueron propuestas durante sus pasadas actuaciones. Por otra parte, algunas decisiones afirmativas que parecen tener apariencia de naturaleza de recomendación de procedimientos o métodos de ajustes se examinaron por considerárselas pertinentes con respecto a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 36. Durante el examen que precedió a esas decisiones del Consejo se instó reiteradamente en la necesidad de obtener el consentimiento de las partes interesadas para que el Consejo pudiera adoptar recomendaciones.

En lo concerniente al asunto del canal de Suez, los representantes de Francia y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentaron en la 735.ª Sesión del Consejo de Seguridad un proyecto conjunto de resolución que contenía varios principios para dar solución a la situación creada por la acción unilateral del Gobierno de Egipto al dar por terminado el sistema de gestión internacional del canal de Suez, sistema establecido y completado por la Convención de Constantinopla de 29 de octubre de 1888, relativa al Canal de Suez.

Después de conversaciones privadas celebradas sobre la cuestión del canal de Suez, en las que se acordaron seis principios definidos como base de negociación, el Consejo de Seguridad en su 743ª Sesión, celebrara el 13 de octubre de 1956, estudió otro proyecto de resolución presentado por Francia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en. cuya primera parte se establecían seis requisitos básicos para la solución de la cuestión, que habían sido convenidos por las partes interesadas en las sesiones privadas.

En la 743a Sesión, celebrada el 13 de octubre de 1956, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución que expresa lo siguiente:

> «*Tomando nota* de las declaraciones formuladas en él y de las exposiciones que sobre las conclusiones preliminares acerca de la cuestión de Suez han formulado el secretario general de las Naciones Unidas y los ministros de Relaciones Exteriores de Egipto, Francia y el Reino Unido;
>
> "*Acuerda* que toda solución de la cuestión de Suez deberá reunir las siguientes condiciones:
>
> "1. El paso por el canal permanecerá libre y estará abierto sin discriminación manifiesta o encubierta, tanto en lo que se refiere al aspecto político como al técnico;
>
> "2. La soberanía de Egipto será respetada;
>
> "3. El funcionamiento del canal deberá quedar aislado de la política de todos los países;
>
> "4. El modo de fijar los derechos de tránsito y los gastos respectivos se determinará por medio de un acuerdo entre Egipto y los usuarios;
>
> "5. Se dedicará al mejoramiento del canal una proporción equitativa de las sumas percibidas;
>
> "6. En caso de controversia, las cuestiones pendientes entre la Compañía Universal del Canal Marítimo de Suez y el Gobierno egipcio serán decididas por un tribunal de arbitraje, cuyas atribuciones estarán claramente definidas y con disposiciones convenientes para el pago de las sumas que puedan resultar pendientes.»

En lo que respecta a las cuestiones de las recomendaciones hechas en virtud del párrafo 3 del artículo 36, teniendo en cuenta que las controversias de carácter jurídico deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, el Consejo, en ocasión de examinar el asunto del canal de Corfú, discutió la relación que había entre algunos de los proyectos presentados y el párrafo 3 del artículo 36. El Consejo de Seguridad consi-

derando que la Corte Internacional de Justicia debía pronunciarse sobre este asunto, en aplicación del párrafo 3 del artículo 36, adoptó una decisión en el sentido de que habiendo considerado las declaraciones formuladas por los representantes del Reino Unido y de Albania, acerca de la controversia entre el Reino Unido y Albania, surgida como consecuencia de un incidente ocurrido el 22 de octubre de 1946 en el canal de Corfú, en el cual fueron averiados por minas dos barcos británicos, resultando muertos y heridos en sus tripulaciones, recomienda que los gobiernos del Reino Unido y de Albania sometan inmediatamente esa controversia a la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de la Corte.

El párrafo 3 del artículo 36 requiere una modificación en el sentido de que al hacer recomendaciones de acuerdo con este artículo, el Consejo de Seguridad deberá considerar que las controversias que contengan elementos jurídicos susceptibles de una decisión judicial que no se hayan resuelto mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación y otros medios que elijan las partes, se someterán automáticamente a la Corte Internacional de Justicia.

Según el párrafo 1 del artículo 37, el Consejo de Seguridad tiene competencia para conocer de una controversia de la naturaleza definida en el artículo 33, que las partes no lograren arreglarla por la mediación, la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Conforme con el párrafo 2 del artículo 37, el Consejo de Seguridad es competente para decidir si ha de proceder de conformidad con el artículo 36 o si ha de recomendar los términos de arreglo que considere apropiados cuando estime que la continuación de una controversia es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El artículo 37 podría revisarse en el sentido de agregarle un nuevo apartado donde se expresara que el Consejo de Seguridad podría establecer misiones de investigación destinadas a señalarle las acciones de los Miembros de las Naciones Unidas que pudieran ser susceptibles de convertirse en controversias que pusieran en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El artículo 38 fue aplicado, en el sentido que está concebido, cuando el Consejo de Seguridad aprobó una resolución en la cual, después de advertir con grave preocupación las hostilidades entre las fuerzas armadas de los Países Bajos y la Repú-

blica de Indonesia, solicita a las partes que en primer lugar "cesaran inmediatamente las hostilidades y en segundo lugar que resolvieran sus controversias por arbitraje o por otros medios pacíficos, manteniendo al Consejo de Seguridad informado acerca de los progresos logrados en la solución".

3. Declaración que debe preparar la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el arreglo pacífico de controversias como paso inicial hacia la responsabilidad de elaborar un tratado multilateral general sobre la materia.

Es de imperativa necesidad que la Asamblea General de las Naciones Unidas prepare una declaración sobre el arreglo pacífico de controversias como paso inicial hacia la posibilidad de elaborar un tratado multilateral general sobre la materia.

El arreglo pacífico de las controversias constituye una esfera que, comprendida en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, es conveniente efectuar revisiones.

Se han formulado sugerencias y observaciones de carácter general relativas a los métodos y modalidades para el arreglo pacífico de controversias, y otras referentes a métodos específicos.

Entre las sugerencias y observaciones de carácter general cabe señalar la observación general que propugna que tal vez sería útil ampliar las disposiciones consagradas en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas y, más concretamente, las opciones establecidas en el artículo 33. También se ha enunciado que la inmensa diversidad de procedimientos de que disponían los Miembros de Naciones Unidas, en virtud del artículo 33, estaba en consonancia con la realidad política de que no todos los Estados estaban dispuestos, en el sistema internacional existente, a aceptar procedimientos obligatorios para el arreglo de sus controversias, y que la redacción actual del artículo 33 no era satisfactoria, pues comprendía un marco que carecía de modalidades; por consiguiente, era necesario establecer los procedimientos y modalidades necesarios respecto de los medios de arreglo enumerados en el artículo 33. Además, se ha señalado que la simple enumeración en la Carta de los medios recomendados para esa finalidad suponía que la Organización de las Naciones Unidas no insistía mucho en el arreglo pacífico de las controversias y que, lamentablemente, esa falta de insistencia en la Carta se había reflejado en las acciones de las Naciones Unidas.

En lo referente a las sugerencias y observaciones, relativas a los medios específicos para el arreglo pacífico de las controversias, puede señalarse la observación de que tal vez en el proceso de negociación no siempre se utilizaban todos los medios eficaces para conseguir una armonización de posiciones divergentes. En lo que respecta a la investigación se ha propugnado que es necesario estudiar los medios de fortalecer las atribuciones del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y del Secretario General de las Naciones Unidas en materia de determinación de hechos, y que, con la finalidad de ayudar a esos órganos a llevar a cabo sus funciones de determinación de hechos, fueran utilizados con más eficacia los grupos de expertos y los equipos de determinación de hechos. Se ha considerado la conveniencia de establecer un mecanismo adecuado que permitiera al Consejo de Seguridad ejercer más perfectamente su función de determinar los hechos y de que este órgano debía proseguir sus esfuerzos conducentes a mejorar el procedimiento de celebración de consultas y el envío de misiones para investigar asuntos en el terreno. En lo concerniente a los procedimientos conciliatorios se ha puesto de manifiesto que los citados procedimientos con frecuencia no funcionaban de manera adecuada, y, por tanto, hace sumamente difícil la labor de acercar las posiciones de las partes y lograr una solución aceptable para todas ellas.

Los puntos sustanciales que podrían figurar en la declaración que hemos señalado consistirían, entre otros, en una definición de cada uno de los medios de solución de controversias, y en que cuando las partes en una controversia no lograran arreglarla mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación y el recurso a organismos o acuerdos regionales, se obligarán a someterla a la Corte Internacional de Justicia.

LOS PAISES DEL SISTEMA DEL PACIFICO SUR ANTE LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Hugo LLANOS MANSILLA (Chile)
Miembro del IHLADI

1. El aporte de América Latina al Desarrollo del Nuevo Derecho del Mar, con anterioridad a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

El señor Koh, presidente de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, llamó al día 30 de abril del presente año, día en que fue adoptada la Convención sobre el Derecho del Mar, por 130 votos contra 4 y 27 abstenciones, "una cita con la historia".

Y ello es cierto. En ese día se tuvo una cita con la historia, cita que fue posible gracias a los denodados esfuerzos de los países que integran la CPPS, que por su perseverancia y espíritu visionario hicieron posible que la tesis de las 200 millas fuera acogida por la Comunidad Internacional en el texto sobre la Convención sobre el Derecho del Mar, recientemente aprobada.

En efecto, la zona económica exclusiva, reglamentada en la parte V —artículo 55 y siguientes— de la Convención sobre el Derecho del Mar, está inspirada en los postulados básicos de la Declaración de Santiago de 1952, y su incorporación al texto de la Convención ha sido posible gracias al respaldo dado a la tesis de los países del Sistema del Pacífico Sur por la totalidad de los países en desarrollo.

El reconocimiento de la tesis de las 200 millas han contribuido así a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo, al aceptarse por la Comunidad Internacional una aspiración tan anhelada por los países en desarrollo. Según un cuadro publicado por la FAO, a fines de 1980, eran ya 86 los países que habían adoptado una zona de 200 millas: 14 como mar territorial o zona de soberanía y jurisdicción; 48 como zonas económicas exclusivas, y 24 como zonas pesqueras. Incluso las grandes potencias, como los Estados Unidos, la Unión Soviética y los países de la Comunidad Económica Europea, ya han incorporado a sus legislaciones nacionales esta nueva zona de 200 millas.

La CPPS, organismo intergubernamental establecido por convenio de 18 de agosto de 1952, e integrada por los Gobiernos de Colombia, Chile, Ecuador y Perú, fue establecida para velar por el cumplimiento de la Declaración de Santiago, orientando su acción, entre otros aspectos, a la protección, conservación y aprovechamiento de los recursos de la zona marítima de 200 millas, como asimismo, a la reglamentación, exploración, explotación y administración de sus recursos vivos.

La fundamentación de la Declaración de Santiago, adoptada por Chile, Ecuador y Perú, que constituyó el primer instrumento internacional de carácter multilateral que consagró la soberanía y jurisdicción exclusivas del estado ribereño sobre una zona adyacente a las costas de 200 millas marinas, es netamente económica. Todos sus considerandos aluden a razones de orden económico-social que justifican la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre una zona de 200 millas. Es así que se afirma que "los Gobiernos tienen la obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico"; que es su deber "cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos, a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países". Agrega que "es también su deber impedir que una explotación de dichos bienes, fuera del alcance de su jurisdicción, ponga en peligro la existencia, integridad y conservación de sus riquezas en perjuicio de los pueblos que, por su posición geográfica, poseen en sus mares fuentes insustituibles de subsistencia y de recursos económicos que les son vitales".

Y los considerandos terminan con una afirmación que despeja toda duda sobre la fundamentación económica de esta Declaración, al establecer: "Por las consideraciones expuestas, los Gobiernos de Chile, Perú y Ecuador, decididos a conservar y asegurar para sus pueblos respectivos las riquezas naturales de las zonas del mar que baña sus costas, formulan la siguiente Declaración..."

Estamos, en consecuencia, frente a una zona económica destinada exclusivamente a la "conservación, desarrollo y aprovechamiento" de los recursos naturales existentes en la zona de las 200 millas.

Para ello nació justamente la CPPS, para velar por el cumplimiento de estos postulados de la Declaración de Santiago, y en los treinta años de su existencia ha podido comprobar que la intromisión de naves extranjeras en la zona de las 200 millas de los países del Sistema del Pacífico Sur se ha limitado a la

pesca o caza marinas sin permiso, que es, precisamente, lo que la Declaración de Santiago y la CPPS han tratado de impedir.

Sostiene un autor chileno, Edmundo Vargas (1), luego de afirmar que la Declaración de Santiago no puede exhibirse como un modelo de rigor científico o técnica jurídica, lo siguiente:

«Podría, sin embargo, sostenerse que la zona de 200 millas marinas establecida por la Declaración de Santiago constituye mar territorial, en vista de la referencia que ésta hace en el párrafo resolutivo quinto al "paso inocente e inofensivo", ya que dicho paso, a la luz del actual Derecho Internacional, es propio del régimen jurídico del mar territorial. Con todo, es posible sostener que a la fecha de la redacción de la Declaración de Santiago, cuando aún la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas no había avanzado en su labor de codificación sobre el Derecho del Mar y, por tanto, no estaba suficientemente precisado el alcance del paso inocente como elemento integrante del mar territorial, esa expresión pudo haber sido tomada como sinónima de libertad de navegación.»

Más adelante expresa: «existen diversos antecedentes que parecieran confirmar esa posible interpretación. Así, el profesor Luis David Cruz Ocampo, que fuera asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y participara en la redacción de la Declaración de Santiago de 1952, en el prólogo al libro del profesor Sergio Gutiérrez Olivos ("Mar Territorial y Derecho Moderno", Stgo., 1955, pág. 16), señala que la Declaración de Santiago "no viola el jus communicationis"; asimismo, del contexto de las notas de 12 de abril de 1955, de Chile, Ecuador y Perú, de idéntica redacción, en respuestas a las reservas de Estados Unidos y Gran Bretaña a la Declaración de Santiago, aparece claramente que la intención de los Gobiernos, al incluir el párrafo resolutivo quinto de la Declaración, fue contemplar, propiamente, una libertad de navegación (2)".

Y agrega: "Con motivo de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas se reunieron en Quito, entre el 30 de enero y el 8 de febrero de 1958, representantes oficiales de Chile, Ecuador y Perú, a fin de coordinar una acción conjunta de defensa de sus comunes posiciones ante dicha Conferencia."

En esa reunión de Quito se dejó constancia de que:

> "Las tres delegaciones acordaron destacar la relación que existe entre las cuestiones de libertad y derecho de

(1) *América Latina y los problemas contemporáneos del Derecho del Mar*. Santiago, 1973, págs. 27-28.

(2) Id., pág. 28.

pesca y conservación de los recursos vivos y la cuestión de la determinación de la anchura del mar territorial. Si en aquellas se obtuviere el debido reconocimiento del derecho especial del Estado ribereño a los recursos de la zona adyacente a su mar territorial y del consiguiente derecho a explotar, reglamentar y fiscalizar la pesca en dicha zona, no habría ya interés táctico en mantener abierta la discusión respecto de la anchura del mar territorial (3)."

En esa oportunidad, la delegación de Ecuador observó, sin que fuera objetada por la de Chile o Perú, que:

> ... habiendo los tres países llegado a establecer que los derechos proclamados en materia de conservación y aprovechamiento no constituían, a la luz de la Declaración de Santiago, alteración del mar territorial... (4).

Consecuentemente con esos criterios, los representantes de los tres Estados ante la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reiteraron ese punto de vista. Así, en la Conferencia de 1958, durante el curso de los debates, el representante de Chile expresó:

> Las razones que han impulsado a los Estados sudamericanos del Pacífico a reivindicar una soberanía limitada sobre una zona de 200 millas han sido reconocidas como justas por diversas autoridades... Por otra parte, los que critican el uso del término "soberanía", que figura en la Declaración de Santiago, deben recordar que la terminología del Derecho Internacional no es uniforme y que muchas de las palabras se prestan a las más variadas interpretaciones... La Comisión de Derecho Internacional ha hecho uso de la expresión "derechos de soberanía", en el proyecto del artículo 68, y los derechos de los Estados costeros sobre la plataforma continental son muy semejantes a los reivindicados por los signatarios de la Declaración de Santiago. En suma, son derechos de soberanía ejercidos con fines específicos (5).

(3) Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1958, pág. 383.
(4) Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1958, pág. 386.
(5) Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Documentos oficiales A/Conf. 13/19, vol. III, duodécima sesión, págs. 33-34. Expresiones del señor Gutiérrez Olivos.

Por su parte, el representante del Ecuador ante la misma Conferencia declaró:

> Por este motivo, el Gobierno del Ecuador, juntamente con los de Chile y Perú, reivindicó —siete años después de la Declaración del presidente Truman— derechos especiales de conservación en una zona de 200 millas a partir de la costa. El derecho de gentes tiene que fundarse en la razón y en la justicia, y tan vital es salvar las riquezas del mar para aquellos Estados próximos a las mismas que más las necesitan para desarrollarse y sobrevivir, como vital es mantener la libertad fundamental de comunicaciones.
>
> Ambos objetivos pueden lograrse si se dictan disposiciones especiales para las condiciones que son especiales también, y que separan la cuestión de la anchura del mar territorial y la de la conservación de los derechos pesqueros (6).

El representante del Perú, a su vez, fue igualmente explícito al manifestar:

> La acción emprendida por los países americanos ribereños del Pacífico Sur al proclamar su soberanía, con objeto de conservar y utilizar los recursos del mar, sobre una zona marítima adyacente a sus costas se funda en las apremiantes necesidades de dichos Estados... La Declaración es de carácter defensivo y su único objeto es la conservación de los recursos vivos del mar en beneficio de la población (7).

Al término de la Primera Conferencia de Ginebra de 1958, los jefes de las delegaciones de Chile, Ecuador y Perú reconocieron que los debates habidos y acuerdos logrados relacionados con la conservación y aprovechamiento de los recursos vivos del mar demostraban "el reconocimiento creciente del derecho especial del Estado ribereño, inherente a su posición geográfica", manifestando, asimismo, la intención de perseverar en lograr el establecimiento de "un régimen del mar más justiciero que salvaguarde de un modo efectivo el reconocido derecho especial de los Estados ribereños para defender su economía y la subsistencia de sus poblaciones", añadiendo, enseguida, que

(6) Naciones Unidas, *ob. cit.*, decimonovena sesión, págs. 63 y 63. Expresiones del señor Ponce y Carbo.
(7) Naciones Unidas, *ob. cit.*, quinta sesión, págs. 6 y 7. Expresiones del señor Ulloa Sotomayor.

"subsisten las razones que han determinado en los últimos tiempos los actos legislativos y los acuerdos suscritos por Chile, Ecuador y Perú, a los que se ha adherido Costa Rica (8)."

Análogas declaraciones, como las formuladas por represenantes de Chile, Ecuador y Perú durante la Primera Conferencia de 1958, volvieron a pronunciarse por éstos durante los debates habidos en la Segunda Conferencia sobre el Derecho del Mar de 1960 (9).

Por su parte, el profesor Francisco García Amador (10) expresa:

> "¿Se trata de un mar territorial propiamente dicho, como se ha sostenido; o de una zona contigua para los efectos de pura y simple conservación de la fauna marina, como también se la ha calificado? ¿O se trata más bien de un espacio marítimo de carácter sui géneris? Su asimilación a la institución del mar territorial se debe descartar, entre otras razones, porque el propósito expresamente declarado no es el de proyectar la totalidad de las competencias del Estado ribereño, sino el de extender una en particular, para determinados efectos, hasta el límite indicado."

La práctica chilena ha aceptado esta interpretación del carácter económico de la zona de las 200 millas. En efecto, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, en su informe número 15.639, del 22 de abril de 1960, señaló: «En consecuencia, aparece establecido que el propósito de la declaración presidencial del 23 de julio de 1947 —que proclamó "la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a sus costas, cualquiera que sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para preservar, proteger y aprovechar los recursos y riquezas naturales de cualquier naturaleza", agregándose que con ella no se "desconoce legítimos derechos similares de otros estados sobre la base de reciprocidad, ni afecta a los derechos de libre navegación sobre la alta mar"— y los pactos tripartitos de agosto de 1952 es el de mantener la integridad y la conservación de las riquezas marítimas de cualquier naturaleza (11).»

(8) *Instrumentos Nacionales e Internacionales sobre Derecho del Mar*. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Lima, 1971, pág. 404.
(9) Véase Docto. A/Conf. 19/8, págs. 105-106, 120-122 y 67-70. De la obra citada de Edmundo Vargas, págs. 21 a 31.
(10) *Introducción al Estudio del Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1959, págs. 202-203. Citado por Francisco Orrego Vicuña en *Chile y el Derecho del Mar*. Santiago, 1972, pág. 3.
(11) Francisco Orrego, obra citada, pág. 13.

En quince capítulos se presenta un amplio panorama de la doctrina y jurisprudencia acerca de los temas que conciernen al Estado, incluyendo el territorio y el derecho del mar, la sucesión de Estados y problemas derivados del reconocimiento de Estados y de Gobiernos. En esta última materia, en la que la práctica y la doctrina, especialmente la latinoamericana, adoptan a veces posiciones contradictorias, se aprecia la real dimensión del problema en los órganos internos de los países, y se otorga la atención que se merece a los actos de Gobiernos o Estados no reconocidos frente a tribunales extranjeros.

El Derecho Internacional del Mar, al cual los países latioamericanos han realizado aportes de alcance universal, está desarrollado en detalle tomando como base la estructura del texto de negociación de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hoy Proyecto de Convención. En esta materia el autor, a diferencia de otros capítulos, presenta una interpretación directa de los textos, reconociéndoles implícitamente valor en tanto normas internacionales sustantivas. Valiosa es la incorporación de los acuerdos básicos del Pacífico Sur entre Chile, Ecuador y Perú, y las diversas interpretaciones oficiales y no oficiales que se han derivado de ellos.

Por otra parte, el libro constituye una fuente de indiscutible autoridad para conocer la jurisprudencia de la cancillería chilena, sobre diversos asuntos. Es así como se presentan los argumentos y su fundamentación jurídica sobre temas variados como la controversia con Bolivia sobre la utilización de las aguas del río Lauca, los espacios marítimos, la solución de las controversias mediante el arbitraje y, la posición sostenida ante ciertos casos de amparo diplomático. De la obra Nociones de Derecho Internacional Público. de Miguel Cruchaga Tocornal (Santiago, 1923, I. I.), se reproduce una serie de arbitrajes entre Chile y potencias extranjeras, que datan de fines del siglo XIX y comienzos del XX, que no pueden sino ilustrar adecuadamente la forma como el recurso ante terceros ha estado vinculado a la práctica diplomática chilena.

En cuanto a la responsabilidad internacional, de particular interés por los trabajos que la Comisión de Derecho Internacional ha desarrollado en los últimos años, la obra presenta en detalle las vicisitudes de la llamada "cláusula Calvo" y sus alcances en la práctica americana. Sobre el tema general, se menciona casos importantes, mostrando las diversas facetas que un mismo problema puede presentar, tanto desde un ángulo exclusivo de responsabilidad internacional, como desde uno que enfatice la perspectiva del Estado enfrentado a una reclamación extranjera mediante la protección diplomática.

Con ello se desvirtuó un anterior y confuso informe del Consejo de Defensa del Estado de Chile, número 119, de 6 de marzo de 1956, que había concluido que Chile tenía un mar territorial de 200 millas, al sostener que la Declaración de Santiago había derogado el artículo 593 del Código Civil, que establece lo siguiente: "El mar adyacente hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional; pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera (12)."

La interpretación del Consejo de Defensa del Estado, derogada por informes y prácticas posteriores, ni siquiera encontró eco en dicha fecha en el Congreso chileno. En 1963, un grupo de parlamentarios propuso una modificación expresa del Código Civil para establecer un mar territorial de 200 millas, iniciativa que fue totalmente descartada.

En consecuencia, la legislación actual chilena distingue los siguientes espacios marítimos:

a) Mar territorial de tres millas de extensión (art. 593 del Codigo Civil);

b) Zona contigua para los efectos de la seguridad del país y observancia de las leyes fiscales, de nueve millas adicionales de extensión (art. 593 del Código Civil);

c) Zona de aprovechamiento exclusivo de riqueza marítima de 200 millas de extensión (Declaración de Santiago de 1952).

Subsiste, pues, la plena vigencia del artículo 593 del Código Civil, que no ha sido derogado.

La declaración de Santiago tuvo una enorme influencia en el desarrollo del Nuevo Derecho del Mar y en la contribución latinoamericana a éste. Muchas de las declaraciones posteriores latinoamericanas que reivindicaron su jurisdicción sobre las 200 millas, se inspiraron en ella. Así, entre otros documentos fundamentales de la doctrina latinoamericana sobre el Derecho del Mar debemos mencionar la Declaración de Montevideo, de 8 de mayo de 1980; la Declaración de Lima, de agosto de 1980, y la Declaración de Santo Domingo, de 1972.

De todas estas declaraciones se desprende que son consideraciones económico-sociales, las mismas que se tuvieron en cuenta al proclamarse la Declaración de Santiago, las que han impulsado a los países latinoamericanos a extender sus jurisdicciones marítimas a una zona de 200 millas marinas.

(12) Una legua marina equivale a tres millas marinas.

Dichas declaraciones, así como las proclamaciones unilaterales latinoamericanas, y los aportes del Comité Jurídico Interamericano, de la X Conferencia Interamericana de 1954, y de los Principios de Méjico de 1956, contribuyeron decisivamente al desarrollo del Nuevo Derecho del Mar, que sería posteriormente recogido en la Convención sobre el Derecho del Mar.

Debemos anotar que en el Seminario Regional de los Estados Africanos sobre el Derecho del Mar, celebrado en Yaundé, en 1972, se contempló la distinción entre Mar Territorial y Zona Económica. Se dijo que el mar territorial no debería extenderse más allá de un límite de 12 millas, agregándose que los Estados africanos tienen derecho a establecer fuera del mar territorial una zona económica sobre la que ejercerán jurisdicción exclusiva para los efectos del control, la reglamentación y la explotación nacional de los recursos vivos del mar y para preservarlos en provecho principalmente de sus pueblos y sus economías respectivas, así como para la prevención y control de la contaminación. El establecimiento de dicha zona se efectuará sin perjuicio de las libertades siguientes: Libertad de navegación, libertad de sobrevuelo y libertad para tender cables y tuberías submarinos.

2. La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Contribución de América Latina.

Todo este aporte latinoamericano que se ha señalado en la evolución del Nuevo Derecho del Mar también se ha efectuado durante el desarrollo de las negociaciones de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En efecto, debemos señalar, por ejemplo, que en la Comisión sobre la utilización con fines pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional, en 1968, participaron al comienzo siete estados de América Latina sobre un total de 42, número que aumentó luego a 86, 16 de los cuales correspondieron a América Latina. Esta presentó una propuesta en la Comisión de los Fondos Marinos copatrocinada por Chile, Colombia, Ecuador, Perú, entre otros, mediante la cual se otorgaba a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, poderes suficientemente fuertes para administrar los recursos de la Zona en beneficio de toda la humanidad. Esta propuesta fue luego adoptada por el grupo de los 77 y posteriormente acogida en el texto de la Convención sobre el Derecho del Mar.

El profesor Galindo Pohl (13) anota trece aportes significativos de los países de América Latina presentados en las negociaciones de la III Conferencia de las Naciones Unidas, en los temas de la Segunda Comisión de la Conferencia.

1. Propuesta sobre mar territorial, presentada por el Ecuador.
2. Zona nacional, presentada por Nicaragua.
3. Jurisdicción del Estado ribereño en el espacio oceánico contiguo, presentada por Guyana.
4. Documento sobre Zona Económica exclusiva, de El Salvador.
5. Zona Económica regional, propuesta de Bolivia y Paraguay.
6. Zona contigua, copatrocinada por México y varios países de otras regiones geográficas.
7. Derechos e intereses de los Estados carentes de litoral; igualdad de trato en los puertos de los Estados de tránsito, presentado por Bolivia y Paraguay con el coauspicio de países de otras regiones geográficas.
8. Reglas especiales relativas a los Estados en situación geográfica desventajosa y derechos sobre zonas económicas de otros Estados, coauspiciado por Bolivia, Paraguay, Jamaica y Estados de otras regiones geográficas.
9. Prohibición de construir instalaciones de cualquier tipo, incluidas las militares, en la plataforma continental extranjera, sin el consentimiento del respectivo Estado, presentada por México con el el coauspicio de muchos Estados latinoamericanos y de otras regiones.
10. Propuesta sobre estrechos y canales, presentada por la República Dominicana.
11. Islas. Caso especial de las islas y otros territorios bajo dominación colonial u ocupación extranjera, presentado por Argentina, con el copatrocinio de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay.
12. Propuestas sobre archipiélagos y Estados archipielágicos, presentadas por el Ecuador y Bahamas, con enmiendas de Cuba.

(13) Citada por el embajador Rodrigo Valdés, del Ecuador. Intervención en conferencias conmemorativas del XXX Aniversario de la Declaración de Santiago. Quito, Ecuador, 18 de agosto de 1982.

13. Proposiciones sobre alta mar, presentadas por Argentina, Chile, El Salvador, México y Estados de otras regiones.

Anota el Embajador Rodrigo Valdés, del Ecuador, otros aportes significativos de América Latina, presentado en el plenario de la Conferencia: un proyecto sobre mar territorial, estados archipielágicos, archipiélagos que forman parte de un estado ribereño, zona económica y plataforma continental; en la Comisión III, proyectos sobre los problemas de la preservación del Medio Marino; y profectos sobre el tema Solución de Controversias. Menciona también la participación de los países de América Latina en el grupo territorialista, que tuvo mucha trascendencia en la concepción de una Zona Económica con derechos exclusivos para el estado ribereño (14).

Por su parte, la CPPS ha servido de órgano coordinador de las acciones desarrolladas por sus países miembros en el seno de la III Conferencia de las Naciones Unidas, para asegurar un justo régimen jurídico del mar. Es así, que en reiteradas resoluciones de la Reunión Ordinaria de la CPPS se recomienda a los países que intensifiquen sus consultas con miras a mantener el más alto grado de coordinación entre sí y con los demás países en desarrollo con respecto a las negociaciones de la III Conferencias, a fin de promover la consagración definitiva de los principios que informan la Declaración de Santiago, por parte de dicha Conferencia.

En la Declaración conjunta de los ministros de Relaciones Exteriores de Chile, Ecuador y Perú, en 1977, se comprueba la aceptación y aplicación generalizada de la tesis de las 200 millas por la gran mayoría de los estados, lo que significaba que ella ya formaba parte del nuevo régimen jurídico del mar.

Comprobaban la activa participación de los tres países en la elaboración de un régimen del mar que asegure la utilización y el aprovechamiento del medio marino y sus recursos como instrumento de paz, desarrollo y bienestar y declaran que la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos y oceánicos situados fuera de los límites de la jurisdicción nacional deberá realizarse únicamente al amparo de un régimen internacional que asegure la aplicación plena y efectiva del principio de que esta zona y sus recursos constituyen patrimonio común de la Humanidad, a la vez que impide que se produzcan efectos adversos sobre la economía y los ingresos de los países en desarrollo que son exportadores de los mismos minerales" (15).

(14) Idem.
(15) *Revista Pacífico Sur*, núm. 7, 1977, págs. 7-8.

En la Declaración de los ministros de Relaciones Exteriores de Colombia, Chile, Ecuador y Perú, de 1981, se destaca "que la dimensión social y económica del Nuevo Derecho del Mar es justamente uno de los grandes aportes de los países del Sistema del Pacífico Sur a la comunidad internacional, así como la aceptación universal de la moderna doctrina de las 200 millas, cuya incorporación ha quedado asegurada en el Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar. Manifiestan su convicción de que el Nuevo Derecho del Mar contribuirá positivamente al establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

Reiteran la necesidad de que un régimen internacional asegure y ampare, como patrimonio común de la Humanidad, a los fondos marinos y oceánicos situados fuera de la jurisdicción nacional, sin que la explotación de sus recursos cause efectos adversos en la economía e ingresos de los países en desarrollo exportadores de los mismos productos. Asimismo, rechazan terminantemente las pretensiones de explotar unilateralmente dichos fondos y su subsuelo, que no pueden ser objeto de apropiación ni de reivindicación o ejercicio de derecho.

Afirman que la autoridad internacional que haya de administrar los fondos marinos y oceánicos no debe quedar sujeta al control ni a los intereses de un reducido grupo de potencias, sino que ha de tener carácter auténticamente democrático y representar adecuadamente los intereses de los países del Tercer Mundo" (16).

3. La Convención sobre el Derecho del Mar.

La Convención sobre el Derecho del Mar, firmada el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, por 119 delegaciones (17), recoge en su texto, entre otras, las siguientes instituciones:

i. *Un mar territorial* hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de la línea de base determinadas de conformidad con la Convención.

En el mar territorial los buques de todos los estados sean ribereños o sin litoral, gozan del derecho del paso inocente;

ii. *Una zona contigua* que no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde la línea de base a partir de

(16) Memoria del secretario general a la XVI Reunión Ordinaria de la CPPS. Lima, Perú, 7 de diciembre de 1981. Add. 1.

(17) 117 Estados, las islas Cook y el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia. Fidji ya ha sido el primer Estado en ratificar la Convención.

las cuales se mide la anchura del mar territorial y en la que el estado ribereño podrá tomar todas las medidas de fiscalización que señala el artículo 33 de la Convención.

iii. *Una zona económica exclusiva* que es una área situada más allá del mar territorial, adyacente a éste, sujeta al régimen específico establecido en la parte V de la Convención, que no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde la línea de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

En la zona económica exclusiva todos los estados, sean ribe-

a) 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 el subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención, con respecto a:

i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;

ii) La investigación científica marina;

iii) La protección y preservación del medio marino;

c) Otros derechos y deberes previstos en la Convención.

En esta zona económica exclusiva el estado ribereño tiene: reños o sin litoral, gozan de las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades.

El estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica; determinará su capacidad de capturar los recursos vivos y cuando el estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible dará acceso a otros estados al excedente de la captura permisible.

Todos los estados en situación geográfica desventajosa tendrán derecho a participar sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los estados ribereños de la misma subregión o región, sujetándose a ciertas modalidades y condiciones.

iv. *La plataforma continental* de un estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la

prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas constadas desde la línea de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

Se fijan reglas de distancia máxima para el límite exterior de la plataforma continental, si ésta se extiende más allá de las 200 millas marinas.

El estado ribereño ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y explotación de sus recursos naturales. Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a las del espacio aéreo situados sobre dichas aguas;

v. *La Alta Mar*, que está abierta a todos los estados. La libertad del Alta Mar comprende la libertad de navegación, de sobrevuelo, de tendido de cables y tuberías submarinos, la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, la libertad de pesca, con sujeción a ciertas condiciones, y la libertad de investigación científica.

La Alta Mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos; ningún estado podrá pretender someterla a su soberanía y todos los estados tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar;

vi. La parte XI de la Convención reglamenta la *Zona* que se refiere a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

La Zona y sus recursos son patrimonio común de la Humanidad. Ningún estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de ella o sus recursos y ningún estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos.

Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la Humanidad, en cuyo nombre actúa la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

Las actividades en la Zona se realizarán en beneficio de toda la Humanidad y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los estados en desarrollo.

Las actividades en la Zona se realizarán en pro del desarrollo general de todos los países, especialmente de los países en desarrollo y con miras a asegurar la participación de la Autoridad en los ingresos y la transmisión de tecnología a la Empresa y a los estados en desarrollo y la protección de éstos con respecto a los efectos adversos en sus economías o en sus ingresos

de exportación resultantes de una reducción del precio o del volumen de exportación de un mineral, estableciéndose al efecto límites máximos de producción.

Será la Autoridad la encargada de administrar las actividades mineras en la región y otorgar licencias para la explotación minera.

Las actividades en la Zona serán realizadas o por la Empresa, brazo de la Autoridad, que realizará directamente actividades en la Zona o en asociación con la Autoridad por estados partes o empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de los estados partes o sean controlados efectivamente por éstos o por sus nacionales.

Serán órganos principales de la Autoridad una Asamblea, un Consejo y una Secretaría.

vii. Otras secciones de la Convención se refieren a la protección y preservación del medio marino; a la investigación científica marina; al desarrollo y transmisión de tecnología marina y a la solución de controversias. Se crea, al efecto, un Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

La simple lectura del texto de la Convención revela cómo han sido acogidas la totalidad de las aspiraciones de los países de América Latina, secundados por el resto de los países en desarrollo.

Así, el artículo 56 de la Convención se refiere a los *derechos de soberanía* del estado ribereño en su zona económica exclusiva para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos y a la *jurisdicción* con respecto a las actividades que ya señalamos más arriba.

El artículo 58 otorga a todos los estados la libertad de navegación y sobrevuelo y el tendido de cables y tuberías submarinas.

Todo ello está inspirado en los postulados de la Declaración de Santiago y representa la concreción de los esfuerzos de América Latina para crear un régimen jurídico más justo en el mar.

La participación de los países latinoamericanos en la explotación de los nódulos polimetálicos existentes en la Zona, constituidos principalmente de níquel, cobre, cobalto y manganeso, les acarreará grandes beneficios.

Al firmar la Convención podrán incorporarse, asimismo, a los mecanismos creados para administrar la Zona y distribuir las utilidades. Así, nuestros países asegurarían su intervención en el control de la producción, evitándose las consecuencias econó-

micas adversas que les pueden afectar al producir iguales minerales.

Los países que firman la Convención podrían incorporarse a la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que se constituirá una vez que 50 estados hayan firmado la Convención o se hayan adherido a ella (18). Podrán también beneficiarse los países del Sistema del Pacífico Sur con las nuevas competencias que la Convención otorga a los organismos regionales, como es el caso de la Comisión Permanente del Pacífico Sur.

Se ha afirmado en la Convención el concepto de patrimonio común de la Humanidad para los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional y el régimen internacional creado para tal efecto es satisfactorio.

Las normas establecidas en relación a las funciones, poderes y composición de los órganos de la Autoridad, la creación de la Empresa, las normas sobre transmisión de tecnología a ésta, el mecanismo de reservas de áreas, son adecuados y razonables.

Por otra parte, la puesta en vigor de la Convención servirá de freno a la explotación unilateral de los fondos marinos.

4. Ecuador y Perú no firmaron la Convención en Jamaica.

Ecuador y Perú, dos países integrantes de la Comisión del Pacífico Sur, no firmaron la Convención, como lo hicieron las otras 119 delegaciones, entre ellos Colombia y Chile, el día 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica.

¿Cuáles fueron las razones de esta marginación? ¿Por qué los dos países, que junto a Chile, dieron origen a la tesis de las 200 millas marinas, adoptaron esta actitud?

Posición del Ecuador.—Ecuador, pese a no firmar la Convención suscribió, sin embargo, el Acta Final de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (19).

Antes, el 30 de abril, no había participado en la votación que aprobó la Convención.

(18) Al suscribirse la Convención por 119 delegaciones, ha quedado satisfecha esta condición. Por tanto, dicha Comisión ha sido convocada para reunirse el día 15 de mayo de 1983 en la ciudad de Kingston.

(19) Suscribieron únicamente el Acta final los siguientes Estados: Alemania R. F., Bélgica, Benín, Botswana, Corea del Sur, Ecuador, España, Estados Unidos, Guinea Ecuatorial, Israel, Italia, Japón, Jordania, Libia, Luxemburgo, Omán, Perú, Reino Unido, Santa Sede, Suiza, Venezuela y Zaire.

Dos son las razones que han movido al Ecuador para no suscribir la Convención:

a) Defensa de un mar territorial ecuatoriano de 200 millas marinas.

Durante todas las negociaciones de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Ecuador mantuvo la defensa de sus derechos sobre su mar territorial, tanto en la parte continental de su territorio, como en el Archipiélago de Galápagos.

El Grupo territorialista de la Conferencia se constituyó en Caracas, en 1974 (20), por gestiones del Ecuador y fue coordinado permanentemente por éste, para trabajar por los derechos del Estado ribereño en la zona de las 200 millas.

El Código Civil del Ecuador —edición de 1970—, aprobado por Decreto Ejecutivo N.º 256-LP, de 27 de febrero de 1970, estableció, en su artículo 628, lo siguiente:

"El Mar adyacente hasta una distancia de 200 millas marítimas, medidas desde los puntos más salientes de la costa Continental Ecuatoriana y los de las islas más extremas del Archipiélago de Colón y desde los puntos de la más baja marea, según la línea de base que se señalará por Decreto Ejecutivo, es mar territorial y de dominio nacional...

En consecuencia, la legislación nacional ecuatoriana estableció un mar territorial de 200 millas (21) con anterioridad, inclu-

(20) Originalmente lo constituyeron 13 Estados: Brasil, Congo, Dahomey, Ecuador, El Salvador, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Madagascar, Perú, Somalia, Togo y Uruguay. Luego el grupo aumentó a 23 Estados, ingresando Cabo Verde, Gabón, Mauritania, Mozambique, Libia, Panamá, Senegal, Sierra Leona, Santo Tomé y Príncipe y Yemen Democrático.

(21) Por Decreto ejecutivo número 1542, de 10 de noviembre de 1966, se reformó el Código Civil, estableciéndose un mar territorial de 200 millas. Dicho Decreto establece:

Artículo 1.º Refórmase el artículo 633 del Código Civil, que dirá: "El mar adyacente, hasta una distancia mínima de doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de la costa ecuatoriana y desde los puntos de más baja marea, así como las aguas interiores de los golfos, bahías, estrechos y canales comprendidos dentro de una línea trazada por esos puntos, es mar territorial y de dominio nacional.

Igualmente es mar territorial el mar interior comprendido dentro del perímetro de las doscientas millas marinas, medidas desde los extremos más salientes de las islas más externas del archipiélago de Colón.

Si por convenios o tratados internacionales que versen sobre esta materia se determinaren para la policía y protección marítima zonas más amplias que las fijadas en los incisos anteriores, prevalecerán las disposiciones de esos convenios o tratados."

sive, a la primera de las tres conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Por tanto, la posición ecuatoriana en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue consecuente con lo dispuesto en su legislación nacional.

b) Otra de las razones argüidas por el Ecuador para no aprobar la Convención sobre el Derecho del Mar ha sido su rechazo a ésta por la situación en que ha colocado, respecto de los estados archipelágicos, a los archipiélagos que forman parte del territorio de un Estado —caso de las Islas Galápagos—, en cuanto a la determinación de los espacios marítimos establecidos en la Convención.

Ecuador, al manifestar las razones por las cuales su delegación no participó en la votación que aprobó la Convención, declaró que sobre la base del principio de la soberanía nacional que rige por igual respecto de todos los componentes territoriales de un Estado, Ecuador no admitía diferencias en cuanto a la condición jurídica de las islas (22).

Posición del Perú.—En el Perú se ha promovido un intenso debate nacional respecto a las ventajas y desventajas que presenta para el país la suscripción de la Convención (23), teniendo presente para ello lo dispuesto en la Constitución peruana, que establece lo siguiente:

"Artículo 97. El territorio de la República es inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

Artículo 98. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República.

Artículo 99. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre sus territorios y mar adyacentes hasta el límite de las 200 millas, de conformidad con la ley y con los convenios internacionales ratificados por la República."

Distinguidos juristas peruanos sostienen que los artículos citados de la Constitución han establecido claramente la existencia de un mar territorial peruano de 200 millas, al consagrar el "dominio marítimo" sobre el mar adyacente a las costas, hasta la distancia referida.

Otros, en cambio, argumentan que la Constitución, al optar por las expresiones "soberanía y jurisdicción", descartó la tesis del mar territorial de 200 millas, que había sido expresamente establecido en el Reglamento de la Asamblea Constituyente de 1978. En efecto, el artículo 4.º de ésta estableció:

"La Asamblea Constituyente funcionará regularmente en el Palacio Legislativo y si el Plenario lo acuerda podrá sesionar en cualquier lugar de la República, el cual comprende las 200 millas de su mar territorial."

Deberemos esperar el término de este interesante debate para que el Presidente del Perú decida, en definitiva, el curso que este país seguirá respecto a la Convención sobre el Derecho del Mar.

Pese a la actitud renuente de Ecuador y Perú para suscribir la Convención, los delegados de ambos países han manifestado su complacencia ante el hecho de que los esfuerzos desarrollados por sus respectivos estados han sido recogidos, en gran parte, por el texto aprobado por las Naciones Unidas.

Es así que el delegado del Ecuador, al suscribir el Acta Final de la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, declaró:

"El reconocimiento (en la Convención) de los derechos de soberanía y jurisdicción exclusivos, sobre todos los recursos vivos y no vivos contenidos en los mares adyacentes de hasta 200 millas y sus respectivos fondos marinos, es una conquista en favor de los Estados ribereños, que se inicia con la Declaración de Santiago de 1952..." (24).

Por su parte, el Delegado del Perú expresó: "Nadie que haya asistido a la Conferencia puede ignorar cuál ha sido la participación del Perú en ese largo y difícil proceso, ni en qué me-

(22) Comunicación dirigida por el Ecuador al presidente de la Conferencia, con fecha 13 de abril de 1982, reproducida en el Doc. A./Conf. 62/L.128. Ecuador también señaló que el artículo 64 de la Convención, al establecer un régimen para la conservación y utilización óptima de las especies altamente migratorias, comprende inequívocamente las disposiciones correspondientes de la Parte V como aplicables a tales especies, ya que sostiene que es obvio que no existe diferencia alguna en cuanto al contenido y alcance de los derechos soberanos que el Estado ribereño ejerce sobre todos los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, cualesquiera que sean sus hábitos, existentes en las aguas, el lecho y subsuelo del mar hasta una distancia de 200 millas.

(23) Perú aprobó la Convención, pero no la firmó. Suscribió sí, el Acta final de la Conferencia.

(24) Boletín de prensa de 8 de diciembre de 1982. Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

dida ha contribuido a la adopción de las dos innovaciones más importantes: de un lado, el reconocimiento de los derechos de soberanía y jurisdicción del Estado ribereño para la administración de sus recursos naturales y la protección de otros intereses conexos, hasta el límite de las 200 millas; y, del otro lado, el establecimiento de una autoridad internacional que regulará la explotación de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, como patrimonio común de la humanidad" (25).

Asimismo, el Secretario general de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, en la declaración formulada en la ceremonia de la suscripción de la Convención, manifestó: «Anota con satisfacción que los principios básicos de la Declaración de Santiago han sido recogidos y desarrollados por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en concordancia con la declaración de los Gobierno del Sistema del Pacífico Sur, sobre su "obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de su subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico" y de su deber de "cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de ellos"» (26).

Por último, se podría hacer referencia a una cita que da respuesta a las inquietudes que pueden formularse sobre si la Convención resguarda o no suficientemente los intereses de los países del Sistema del Pacífico Sur:

"Cualquier tratado que puede obtener la aceptación masiva de la comunidad internacional, forzosamente tendrá que compartir costos al igual que beneficios. Su medida no consiste en determinar si éste es tan bueno como la constitución para el espacio oceánico que habríamos escrito si fuéramos responsables exclusivos de la redacción de sus términos.

Su medida es si sirve a nuestros intereses tan bien o mejor de lo que se verían servidos en un mundo sin tratado." (27).

(25) Intervención en la Sesión de Clausura de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Montego Bay, 6 de diciembre de 1982.

(26) Declaración del Secretario General de la CPPS. Montego Bay, Jamaica, 1982.

(27) Ralph Richardson, hasta 1980 representante especial del presidente de los Estados Unidos para la Conferencia sobre el Derecho del Mar. Citado por Alvaro de Soto en "Los Fondos Marinos en la negociación global en el Derecho del Mar". *Revista peruana de Derecho Internacional*, núm. 80, abril-junio de 1980, pág. 134.

LA "LEY SOBRE INMUNIDAD DEL ESTADO SOBERANO DE 1976"

Dr. Rodolfo CRUZ MIRAMONTES (México)
Miembro del IHLADI

I. El día 21 de octubre de 1976 se promulgó en los Estados Unidos de Norteamérica una ley de muy breve extensión (sólo diez artículos), pero de una gran trascendencia por su repercusión y alcance casi ilimitados que pretende otorgarle al ciudadano norteamericano una seguridad judicial suficiente para proteger sus derechos en transacciones comerciales establecidas con entidades públicas extranjeras y aun con los Estados mismos.

De esta forma la entidad extranjera no podrá esgrimir ante un juez norteamericano su carácter público y sustraerse de su jurisdicción mediante la excepción de inmunidad.

Desde luego no se pretende desconocer el principio universalmente aceptado de la inmunidad soberana del Estado, si no se busca regular una situación práctica presente en las relaciones internacionales, derivada de la interdependencia económica existente en la Comunidad de Estados y que lleva a que los gobiernos, bien directamente o por medio de instituciones o empresas públicas, realicen actos de naturaleza mercantil, creándose obligaciones y derechos entre las partes que eventualmente pueden entrar en conflicto, planteándose una situación de desigualdad —al menos aparente— cuando una de las partes es un Estado y la otra un simple ciudadano.

Los legisladores norteamericanos consideraron pues el hecho de que "... el número de ciudadanos norteamericanos que establecían contactos con entidades pertenecientes a Estados extranjeros o con los propios gobiernos era creciente..." y que "... no existían disposiciones pertinentes en los ordenamientos legales vigentes que faciliten a los interesados el acceso a sus tribunales y enderezar una acción en contra de un Estado extranjero...".

Junto con lo anterior que "...a diferencia de otros sistemas legales nacionales, las disposiciones norteamericanas no permiten iniciar juicios contra estados extranjeros, ni existen normas suficientes que regulen la oposición y defensa del afectado me-

diante la inmunidad soberana y que por otra parte se prevea la obtención de una resolución final que condene a la entidad pública extranjera y que permita ejecutarla mediante los sistemas comerciales ordinarios".

Por todo lo anterior, unido a otros hechos, los legisladores se decidieron a dar su aprobación a esta ley que tiene una clara meta: proteger a sus ciudadanos, quitándole a su contrario el escudo de la inmunidad.

La clave del problema estriba en definir la naturaleza jurídica del acto que motiva el conflicto: si es comercial o no, ya que el Estado, como persona jurídica, realiza actividades diversas y múltiples, siendo unas exclusivas de su condición soberana, calificadas de *jure imperii*, y otras que son iguales a las que cualquier ciudadano puede ejecutar, como de *jure gestionis*. La clave está pues en la definición de la esencia jurídica del acto.

II. **El perfil de la Ley.**

Como ya se advirtió, la Ley se compone de sólo diez preceptos, pero cada uno tiene un contenido apretado de múltiple y variado aspecto, cuya precisión no se tiene, por lo que el conocimiento de su alcance posible es fundamental.

El texto no es de fácil comprensión, como suele ser en el lenguaje legal norteamericano, por lo que exige una cuidadosa y reiterada lectura, pero más difícil es apreciar el sentido de su expresión. Para alcanzarlo será necesario revisar precedentes de casos semejantes a los previstos en la misma, así como los existentes en otras leyes en las que se hayan considerado actos parecidos o iguales, como, por ejemplo, el acto de comercio en las leyes mercantiles; el acto de Estado para explicar la no sumisión de entidades públicas a la jurisdicción y competencia de los tribunales norteamericanos; la aplicación retroactiva de la Ley; la definición de una entidad soberana, y otros.

Esta tarea es muy compleja y requiere de un conocimiento profundo y amplio del sistema jurídico norteamericano. Por otra parte, como advirtieron los propios legisladores, la práctica y aplicación de la Ley serán los mejores medios para pulir, definir y precisar los conceptos. La existencia de casos concretos, pese a que se han aumentado en razón de las constantes y mayores transacciones comerciales, no pasan de ser relativamente escasos para presumir que las interrogantes principales se hayan despejado.

Por tanto, en esta ocasión, nos limitaremos a conocer el perfil de la Ley y enseguida nos detendremos en algunos puntos más interesantes, adelantando que encontraremos varios casos en los que intereses concretos de México han estado presentes o aun se hallan en juego.

El cuerpo legal integra el capítulo 97 de un ordenamiento más completo como es el United States Code, Título 28 y se titula "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros", dividiéndose en secciones o artículos extensos numerados del 1.602 a 1.611, inclusive. Asimismo, se adicionaron el capítulo 28 del mismo título con la sección 1.331 y el 89 con el párrafo d) de la Sección 1.441, adecuando la Ley en las partes concernientes a los tribunales de Distrito para conocer de estos problemas.

El principio universal de la inmunidad del Estado extranjero es reconocido, pero se le condiciona a los convenios internacionales vigentes en los que Estados Unidos sea parte y se establecen expresamente las hipótesis de los casos en que no procede alegarla en juicio, lo que se consigna en las secciones 1.605 a 1.607.

¿Cuáles son los casos de excepción?

La sección 1.605 enumera en cinco párrafos los casos en que procede, los que sintéticamente, y sin perjuicio de volver más adelante sobre ellos, son los siguientes:

1. Por renuncia expresa o tácita que el Estado haya efectuado.
2. Cuando la acción judicial esté basada en la *actividad comercial* que el Estado extranjero haya llevado a cabo en los Estados Unidos, o bien cuando se derive de un acto perfeccionado en los Estados Unidos pero relacionado con la actividad comercial que el Estado extranjero lleve a cabo en cualquier parte. Asimismo la que se apoye en *un acto efectuado fuera del territorio norteamericano pero en conexión directa con la actividad comercial* del Estado tercero sin importar dónde se lleve a cabo y que *provoque o sea la causa, de un efecto directo en los Estados Unidos.*
3. Cuando se encuentren en disputa *derechos de propiedad que han sido gravados o afectados en violación de las normas del Derecho Internacional Público* y siempre y cuando los bienes o propiedades entregadas en contraprestación de los derechos afectados se ubiquen en los Estados Unidos y tengan una conexión inmediata con las actividades comerciales del Estado extranjero celebradas en los Estados Unidos.

Igualmente, se aplicará lo aquí establecido cuando tales bienes o derechos intercambiados sean propiedad o estén controla-

dos y administrados por una dependencia oficial del Estado extranjero y *efectúe actividades comerciales en los Estados Unidos.*

4. Cuando los derechos o propiedades adquiridos por sucesión, donación, o bien sobre bienes inmuebles ubicados en los Estados Unidos, sean materia de una controversia judicial.

5. (Excepción a la excepción). Por otra parte, no quedan comprendidos en el párrafo 2 las reclamaciones monetarias exigidas al Estado extranjero a causa de lesiones o muerte o por daño, pérdidas de propiedad que ocurran "en los Estados Unidos y cuya causa origine una responsabilidad extracontractual, u omisión del Estado tercero. sus funcionarios o empleados al realizar sus actividades oficiales". Lo anterior no se aplicará en los siguientes casos:

a) A la demanda que se base en el ejercicio o cumplimiento o, en su ausencia, de las funciones discrecionales, sin importar si existió abuso de la facultad arbitral.

b) A la que se derive de persecuciones de mala fe, de abuso en el procedimiento, por libelo, difamación o calumnia, carencia de representación, dolo o interferencia u oposición a derechos contractuales.

Una primera interrogante que se nos viene a la mente es saber ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad del Estado? ¿Será permisible exigir los perjuicios o el "lucro cesante"?

Esta inquietud tan seria, sobre todo en un país en el que se dan los casos de reclamaciones más extravagantes, pretende ser despejada por la sección 1.606, estableciendo que la responsabilidad del Estado, cuando no proceda la excepción de inmunidad soberana, no se extenderá a los perjuicios.

En aquellos casos en que la ley aplicable del lugar donde la muerte haya ocurrido, si fuere el asunto, determine que la reparación a cubrirse tuviere, de conformidad con su naturaleza jurídica, el carácter de perjuicio, el Estado sólo estará obligado a cubrir daños actuales o compensatorios, calculados por los efectos pecuniarios derivados del fallecimiento.

Habiéndose fincado así el principio de la responsabilidad con sus limitaciones y matices, es pertinente mencionar la forma en que se hace efectiva y sobre qué bienes es posible buscar la ejecución judicial, o aun prevenirla mediante los procedimientos legales precautorios que las leyes aplicables consignan.

El principio general de la inmunidad del Estado extranjero se extiende a sus bienes, propiedades y derechos ubicados en los

Estados Unidos, regulándose por los acuerdos internacionales vigentes aplicables, con excepción de lo previsto en las secciones 1.610 y 1.611.

En éstas se regulan la aplicación de los procedimientos de secuestro previos al juicio y de ejecución de las sentencias condenatorias.

La primera razón para su procedencia es la renuncia que el Estado haga de su inmunidad para facilitar la ejecución del mandamiento judicial.

Otra causa puede ser que el bien sobre el que se trabe el embargo haya sido utilizado en el acto comercial del que se derivan las reclamaciones.

Asimismo, procederá cuando la ejecución se derive de un juicio en el que se hayan ventilado derechos de propiedad, fundados en actos contrarios al Derecho Internacional de alguna manera.

Sucederá lo mismo si la ejecución se dicta en un juicio en el que se declaran derechos de propiedad, adquiridos por sucesión o donación, o bien cuando sea un inmueble ubicado en los Estados Unidos, siempre y cuando no se trate de aquellos destinados para oficinas de las misiones diplomáticas o consulares, o bien sean la residencia del Jefe de la misión.

Para que pueda fincarse el secuestro o embargo de un bien o la ejecución de una resolución en la forma dicha, el Tribunal deberá conceder un período razonable para su conocimiento, tal como se previene en la sección 1.608, párrafo (E) y sólo hasta que transcurra en su integridad podrá procederse.

Esta obligación puede, sin embargo, dejarse de cumplir por las autoridades judiciales si el Estado renuncia a la misma, o bien si el objeto es solamente asegurar la ejecución o competencia.

Pese a todo, existen algunos bienes que siempre estarán exentos de ser sujetos de procedimientos ejecutorios, tales como los que el Presidente haya designado para disfrutar de los privilegios, inmunidades y excepciones a que se refiere la "International Organization Immunities Act".

Existen otros bienes que, siendo inmunes por mandato expreso, pueden eventualmente quedar sujetos a procedimientos de ejecución si el Estado afectado otorga su consentimiento; tales son, por ejemplo, los fondos que un banco central o autoridad monetaria usan para sus propios requerimientos.

Como es fácilmente explicable, los bienes de naturaleza militar o usados en actividades de tal carácter, tampoco serán afectables bajo ninguna circunstancia.

III. Algunos comentarios sobre los conceptos básicos que la integran.

A) *Actividad comercial.*

Siendo el principio general el del respeto a la inmunidad del Estado extranjero "... sujetándola a los acuerdos internacionales existentes en los que Estados Unidos sea parte..." como textualmente previene la sección 1.604 se establecen, como ya se dijo, varias excepciones que permiten sujetar a proceso en un tribunal local o federal a un Estado soberano.

Estos casos de excepción están consignados, según vimos en las secciones 1.605 a 1.607, destacando al párrafo a) 2 de la primera de las mencionadas, que se refiere a la naturaleza mercantil del acto cuya definición en el caso concreto es básico para poder determinar si procede o no la excepción, y con ello el que un Estado soberano se vea compelido a comparecer ante un tribunal norteamericano y litigar frente a un particular.

Expresamente la sección 1.605. párrafo a) 2 nos dice que:

> "A foreing state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case... in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreing states; or upon an act Performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreing state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere, and that act causes a direct efect in the United States".

En el capítulo de definiciones se da una explicación de lo que se entenderá por actividad comercial, consignándose textualmente por la sección 1.603, lo siguiente:

> d) "A" commercial activity "means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose".
>
> e) "A" commercial activity carried on in the United States by a foreing state "Means commercial activity carried on by such state and having substancial contact with the United States".

La definición que da la Ley es demasiado vaga y general y, como muchos autores dicen, deja mucho que desear, por lo cual será tarea del Poder Jurisdiccional ir precisando el concepto y puliendo las características del mismo, lo que expresamente se previno por los autores de la Ley al consignar en el documento que comenta cada una de las secciones que "...hubiera sido imprudente dar una mayor precisión aunque hubiera sido posible".

En los mencionados comentarios se ilustra el contenido del acto comercial, ejemplificando lo que se pretende definir y así se dice que tendrán estas características actividades tales como el arrendamiento de una propiedad, la celebración de contratos de trabajo con personal auxiliar, trabajadores, secretarias, agentes de relaciones públicas o comerciales; asimismo, los contratos de inversión o seguros con una compañía norteamericana; los de crédito, o bien, los de venta de productos y servicios; las actividades cotidianas de una línea aérea, y otras semejantes.

No se dejó de admitir, desde luego, la enorme dificultad para establecer la diferencia entre actos gubernamentales y actos comerciales, por lo que en forma premeditada se encomendó a los tribunales la tarea de ir precisando los conceptos y fijando la línea demarcadora en la medida de lo posible (1).

Siendo el punto de partida aparentemente fácil como es el de enfocar el acto desde el ángulo de su naturaleza y no atendiendo a su propósito, definirlo en el caso concreto no es tarea sencilla.

---

(1) El Consejero Legal del Congreso expresó, entre otros argumentos, el siguiente:

"We realize that we probably could not draft legislation which would satisfactorily delineate that line of demarcation between commercial and governmental. We therefore thought it was the better part of valor to recognize our inability to do that definitively and to leave it to the courts with very modest guidance. For example, the courts would inquire whether the activity in question is one which private parties ordinarily perform or within the realm of goverments.

Your question is a very searching one. It goes to the heart of this. But we, frankly, aside from mentioning that it should be not based on the purpose for which an activity ocurred, but rather on its nature, we have decided to put our faith in the U.S. courts to work out progressively, on a case-by-case basis, and using such guidance as has already developed in the very large body of case law which exists, on the distinction between commercial and governamental.

Your question is an extremely penetrating one and I think the best I can say is that, following the example of most other countries, we have decided to put our trust in the courts to work that out".

House Hearings: *Supra, Op. cit.* 2, p. 52, nota 83.

De conformidad con el punto de vista de Weiss, quien tal vez fue quien primero se ocupó del tema en 1923, la forma de ubicar el acto es muy sencilla, ya que bastará saber si lo puede realizar una persona común y corriente o sólo el Estado; así, por ejemplo, cuando solicita un crédito, lo que puede hacer cualquier persona, no actúa *jure imperii*, lo que sí sucede cuando legisla (2).

Esta sugerencia fue criticada por diversos motivos, alegándose que en realidad el problema no se resolvía, sino se difería solamente, preguntándose, por ejemplo, si la compra de zapatos para el ejército, de un barco para la Armada o de trigo para alimentar al pueblo, que hace un Estado en cumplimiento de su función pública, constituía un acto público pese a que por naturaleza evidentemente comercial, lo puede llevar a cabo también un particular (3).

Con posterioridad a la emisión de la "Tate Letter", famoso documento que jugó un papel crucial en la gestión de la Ley y de la que nos ocuparemos más adelante, la Corte, a través del Segundo Circuito del Estado de New York, integró una lista o catálogo de actos típicamente públicos o políticos siguiendo el criterio esgrimido en dicho documento, los que automáticamente provocaban, al identificarse, que se otorgase la inmunidad al Estado afectado siendo los siguientes:

1. Actos internacionales administrativos.
2. Actos legislativos.
3. Actos relativos a las Fuerzas Armadas.
4. Actos concernientes a las actividades diplomáticas.
5. Créditos y deudas públicas (4).

(2) "Compétence ou Incompétence des Tribunax a L'Egard des Etats Etrangers". 1, Recueil Des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye, 521. 19.

(3) Cabe señalar, sin embargo, que en diversas ocasiones, y ante tribunales distintos, se aplicó este criterio de distinción, por lo que su examen ofrece cierta utilidad. Ver, entre otros: "International Association of Machinists and Aeroespace Workers vs. Organization of Petroleum Expotring countries, 477, F. Supp. 553, 556-69 (C. D. Cal. 1979)". "Yessinin-Volpin vs. Novosti Press Agency, 443. F. Supp. 849, 856 (S.D.N.Y. 1978)". National American Corp. vs. Federal Republic of Nigeira, 448. F. Supp. 622, 641-42 (S.D.N.Y. 1978), 597, F. 2d. 314 (2d. Circ. 1979)" Outboard Marine Corp. vs. Dezetel. 461. F. Supp. 384-396 (D. Dol. 1978).

(4) A propósito del conocimiento del caso "Victory Transport Inc. vs. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes".

Durante los siguientes años, hasta la aparición de la Ley de Inmunidades Soberanas, se vino respetando este criterio en múltiples casos.

En los años anteriores a la presencia de la "Carta" y de su secuela, los tribunales se habían visto precisados a establecer la diferencia entre actos políticos o públicos y otros que sirvieron para conceder la inmunidad, basándose solamente, como ya se indicó en la opinión del Departamento de Estado, la que era variable según las condiciones políticas del caso, lo que no permitió establecer fijeza ni criterio en las soluciones dictadas. Así es de mencionarse uno que afectó a nuestro país y que consideró que la Administración de los ferrocarriles era un acto público (5).

Tradicionalmente, la Suprema Corte ha interpretado al término "Comercio" en el sentido amplio que la Constitución norteamericana consigna (6), lo que provocaría, de seguirse este camino y basándose sólo en su fuente constitucional, que se estableciese a la excepción como regla general, según dice Jefrey N. Martín.

Sin embargo, existen otros términos o elementos que condicionan la existencia del acto de comercio para los efectos de definir si se concede o no la inmunidad solicitada.

El acto comercial debe efectuarse en los Estados Unidos (entendiendo como tal la definición que el artículo 1.603 c) proporciona), bien como parte de una actividad regular o una transacción particular y única efectuada por el Estado tercero y que tiene un contacto sustancial con dicho país.

La necesidad de establecer si este contacto es o no "sustancial" es de gran relevancia, pues en ello se fincará la jurisdicción del tribunal norteamericano.

No existiendo aún suficientes resoluciones pronunciadas a la luz de la Ley, los comentaristas siguen con atención los casos que se van presentando, pues están conscientes que los pronunciamientos más significativos que surjan tendrán una influencia decisiva sobre los asuntos futuros.

Es interesante comentar algunos de ellos, ya que contienen puntos de vista discutibles o poco claros a nuestro entender,

(5) "Oliver American Trading Co. vs. México, 5 F." 2d. 659 (2 Cir. 1924) cort. denied, 267 U.S. 596 (1925).

(6) "The Congress shall have power... to regulate commerce with foreing Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes". The Commerce Clause, U.S. Const. Art. I. Secc. 8. cl. 3.

En comentarios de distinguidos constitucionalistas y juristas el término comercio tiene el mismo significado entre naciones extranjeras, estados y tribus indígenas.

pero que ponen en evidencia la necesidad de conocerlos y tenerlos presentes al momento en que sea necesario estudiar un problema concreto.

B) *Actos de naturaleza comercial realizados en el extranjero que caen dentro de la jurisdicción norteamericana.*

En un caso recientemente concluido en segunda instancia, que afectó a nuestro país, se consideró conforme las razones y argumentos expuestos en el documento analítico de la Ley que ha sido reiteradamente invocada, que las actividades comerciales del demandado, aun las efectuadas fuera del territorio norteamericano, serían estimadas como sujetas a la jurisdicción norteamericana si eran parte del quehacer normal de la empresa, tal como sucede con las líneas aéreas.

El problema es interesante, pues en primera instancia el juez consideró que la petición de inmunidad era procedente. La demanda fue interpuesta, en noviembre de 1978, ante la Corte Federal de Distrito en New Jersey, por Alan C. Sugarman, pretendiendo el resarcimiento de los gastos y el pago de los perjuicios sufridos en su salud y en su economía al no haberle transportado oportunamente desde territorio mexicano al aeropuerto de Newark, N. J. y haberle tenido quince horas en "condiciones de abandono" (SIC).

El juez, en su resolución pronunciada el día 19 de julio de 1979, estimó que siendo la demandada "Aeroméxico" una empresa del Estado mexicano, podía, sin embargo, ser llamada a juicio si se probaba la existencia de una de las causas de excepción contenidas en el artículo 1.605 a) 2. De los hechos derivó que no eran aplicables las hipótesis primera y segunda del citado artículo, por lo que no cabía decretar jurisdicción. La acción ejercida no se fundó en las actividades de la empresa, sino en actos "tortuosos" (*tourtuous acts*) acaecidos fuera de los Estados Unidos, por lo cual concluyó: "... causar un daño a ciudadanos norteamericanos en el extranjero no es un efecto directo suficiente".

Es pertinente recalcar que el punto de partida para el Juez fueron actos no comerciales, lo que le llevó a desestimar la pretensión del actor.

La resolución fue recurrida y la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito la revocó el 30 de junio de 1980 por estimar, en su parte fundamental, que la actividad de la que se derivaron los hechos base de la demanda, aparte de integrar una secuela de actividades comerciales ordinarias de la demandada, se habían originado en los Estados Unidos, ya que el viaje era

de regreso a New York y el boleto fue adquirido por Sugarman en Eatontown, N. J., lo que era suficiente para concluir que la demanda se había fundado en actividades comerciales efectuadas por la demandada en los Estados Unidos, tal como lo previene la parte primera de la sección 1.605 a) 2.

Por tanto, no afectaba la calidad del acto comercial, ni menos la responsabilidad que de ello se derivase, el hecho de que los actos a consideración se hubiesen verificado fuera del territorio norteamericano (7).

El tribunal de segunda instancia cambió, por lo dicho, el punto de apoyo que, a juicio del juez apelado, tenía la demandada y así se le dio al concepto de "actividad comercial" un nuevo alcance, en perjuicio de un Estado extranjero que fue México.

Sin embargo, al haber quedado firme el resto de la sentencia de Primera Instancia, y con ello ciertos conceptos como el hecho de que la empresa demandada es propiedad del Estado mexicano, quedando comprendida en la hipótesis legal del Estado extranjero (28 U.S.C. secc. 1.602) puede servir en otros casos para sostener este hecho como una verdad legal y así ha sido presentado en el juicio Rhett Ball *vs.* City of Houston, Aeroméxico and ARA Services Inc., C.A. No H-82-0514) que se sustancia actualmente ante la U. S. District Court para el Distrito Sur de Texas.

En las otras dos hipótesis contenidas en la sección o artículo comentado se encierran también problemas múltiples que merecen ser cuidadosamente analizados, pues quien tiene tratos constantes de carácter mercantil con los Estados Unidos, bien de gobierno a gobierno o por conducto de entidades públicas, sin duda deberá hacer frente a conflictos diversos.

La segunda de estas hipótesis establece que la realización de actos en los Estados Unidos, vinculados con las actividades comerciales del Estado tercero en cualquier parte, dará también pie a la excepción de cuenta. El punto principal estriba en que la transacción de negocios se efectúa fuera del territorio norteamericano, pero una parte de su realización puede caer en la esfera de competencia de un tribunal norteamericano.

Sobre este particular se menciona un caso en el que el tribunal estudió los detalles de esta prevención y no encontró que se reunían los suficientes elementos para estimar que los actos efectuados por la demandada fincaban jurisdicción (East Europe

(7) Alan C. Sugarman: *vs.* AEROMEXICO, p. 815.

Domestic International Sales CO. *vs.* Terra 467 F. Supp. 383 [S.D.N.Y. 1979]).

En cuanto a la tercera hipótesis planteada en la sección 1.605 a) 2, de referencia, que contempla actos efectuados en el exterior, vinculados con actividades comerciales extranjeras que provocan efectos directos en los Estados Unidos, las interrogantes son aún mayores, ya que no se dice qué deberá entender por esto; sin embargo, se estima que dos son los requisitos que deben concurrir: La presencia de "contactos mínimos" y la observancia de los principios que se refieren a que los actos produzcan efectos sustanciales en los Estados Unidos, debiendo ser, además, resultado directo de los mismos, tal como lo exige la "Restatment Foreign Relations Law or the United States" (1965).

En varias ocasiones los tripulantes han asentado lo anterior, destacando el caso Upton *vs.* Empire of Irán, en el cual varios ciudadanos norteamericanos se vieron seriamente afectados, inclusive hubo un deceso por el derrumbe del techo del aeropuerto de Teherán.

La demanda se desechó al considerar que no existían los suficientes elementos de relación para considerar que la jurisdicción debería decretarse, tal como se fijó en el caso International Shoe Co. *vs.* Washington (326 U.S. 310, 90L. Ed. 95 [1945]), habiéndose confirmado tal criterio en Harris *vs.* Vao Intourist Moscow (481 F. Supp. 1 056 [E.D.N.Y. 1979]).

Por tanto, para que se pueda pretender que existe jurisdicción se exige "...a degree of contac Beyond that occacioned simply by U.S. citizenship or U.S. residencie of the plaintiff" (Verlinden B.V. *vs.* Central Bank of Nigeria, 488 F. Supp. (S.D.N.Y. 1980) Es digno también de mencionarse en este sentido el caso Carey *vs.* National Oil Corp., (592 F. 2d. 673 U.S. Court of Appals, 2d. Cir. January 24, 1979).

La esencia de la tesis sostenida en la resolución primeramente invocada, y posteriormente confirmada en otros pronunciamientos judiciales, consiste en asegurarle al demandado una relación mínima con el foro de conocimiento, de tal manera que "...such that the maintenance of the suit does not offend traditional Notions of fair play and substancial justice". En juicios más recientes se ha ampliado la noción de este mínimo, como fue en el caso Shaffer *vs.* Heitner (433 U.S. 186 [1977]), requiriéndose una mayor precisión y claridad del concepto, lo que se ha intentado en los casos "World Wide Wolkswagen Corps. *vs.* Woodson" (100 S. Ct. 559 [1980] y "Rush. *vs.* Savchuk" (100 S. Ct. 571 [1980]), enfatizándose la situación de los demandados no residentes en el área de la jurisdicción del tribunal que se avoca al conocimiento del juicio. La conveniencia de tener la

información actualizada de este mínimo de garantías procesales y judiciales es evidente (8).

El acreditamiento de la existencia de los contactos mínimos en los Estados Unidos es requisito indispensable para que se dé el debido proceso, el cual, tratándose de un gobierno extranjero, deberá ser mayor que los exigidos para el caso de un ciudadano nacional, por ello en los comentarios del Comité del legislativo se dijo que cuando menos deberían ser los consignados en el caso "International Shoe Co." arriba mencionado. El problema se complica, ya que un Estado no es una "persona física", tal como lo considera la Constitución en su Quinta Enmienda.

Lo anterior lleva al profesor Jeffrey N. Martín a proponer que los tribunales deberán elaborar el concepto de "actividad comercial" en los términos de la Ley, para ser considerada como excepción, la que deberá ser consistente con la práctica internacional, debiendo contener mayores requisitos y más sustanciales que los ordinarios en el foro para decretar jurisdicción sobre ciudadanos norteamericanos, evitando así llamar a juicio a países amigos sin tener suficientes bases (9).

c) Créditos y deudas públicas.

Habiéndose fincado el criterio en el caso Victoria, repetidamente comentado, de que las deudas contraídas por los Estados extranjeros formaban parte del "catálogo" de actos políticos (10) que *ipso facto* daban derecho al Estado afectado a la inmunidad soberana, se proyectó su presencia en los primeros proyectos de ley, pero con algunos matices de distinción que fue objeto de múltiples críticas.

En el proyecto S. 566 que se presentó al Congreso norteamericano en el mes de enero de 1973, aparecía una sección 1.606 del título 28 del "U.S. Code" (*), en la que se distinguía entre el crédito existente a cargo de un banco central de un país extranjero y el contraído por una subdivisión política o una ins-

(8) Ver "The Minimun contacts standard and alien defendarts". Lawrence L. Cagney-Law and Policy in International Businees. Vol. 12, No. 3, 1980.

(9) "Soverign Immunity Limits of Judicial Control. The Foreign Inmmunities Act. of 1976" Harward Journal of International Law. Vol. 18. No. 2, Spring, 1877; p. 440.

(10) Este criterio fue ratificado en otras ocasiones, siendo el caso más notable el de "National City Bank *vs.* Republic of China", 348 U.S. 356, reh dnied, 349 U.S. 913 (1955).

(*) La Sección se intitulaba "Claim Involving the Public Debt".

titución pública o "agencia", como la califica el Proyecto Legislativo.

El adeudo del banco central era considerado como un acto público, por lo cual provocaba inmunidad para su titular, lo que no acontecía con los pasivos internacionales de las demás instituciones o dependencias públicas (Secc. 1.606 a) 2).

Esta exclusión seguía la posición adoptada por los países europeos sobre todo los que constituían mercados de capitales, tales como Francia y Suiza, principalmente, cuyos tribunales habían, reiteradamente, insistido en que los préstamos otorgados a gobiernos extranjeros debían considerarse como *jure gestionis*.

Se citan, para acreditar lo anterior, los juicios "Societé Bauer, Marechal et Cie. *vs.* Ministre des Finances de Turquis-Court de Appelations de Rouen; febrero, 10, 1965", "Republique Hellénique *vs.* Walder R. O. 56, 1.237 Tribunal Federal; marzo, 18, 1930", "Royaume de Grece *vs.* Banque Julius Bar et Cie R. O. 82.175 Tribunal Federal; octubre, 7, 1983," entre otros (11).

Al conocerse el proyecto en cuestión, fue duramente criticado, pues no existían a los ojos de los comentaristas razones suficientes para justificar la distinción de referencia, lo que por otra parte contradecía el propósito pretendido de codificación y uniformidad.

Con base, tal vez, en estos argumentos u otros semejantes, se modificó la propuesta y en la Ley comentada ya no aparece este artículo o sección, por lo que los créditos que contraiga un Estado, bien por conducto de su banco central o de cualquier oficina, institución o dependencia oficial, tendrán el carácter de acto comercial conforme su naturaleza, sin importar el sujeto que lo celebre o el fin a que se destine.

Pese a lo anterior, existen, en opinión de algunos autores, serias dudas de que en todos los casos se pueda acreditar la existencia de un acto de comercio, conforme lo previene la sección 1.605 a) 2, suficiente para lograr la excepción a la inmunidad de Estado soberano.

La celebración de contratos de crédito, garantía, fideicomiso y los demás actos propios de las transacciones financieras que se acostumbran, cada vez más sofisticadas, hacen temer a los "inversionistas-acreditantes-acreedores" que, en un momento dado, no sea tan sencillo poder reclamar sus derechos ante un tribunal local, contra un gobierno extranjero.

(11) Tomados de las citas en "Public Debt and Soverign Immunity. some considerations pertinent to S. 566" G.R. Delaume A.J.I.L. Vol. 67, No. 4, oct. 1973, p. 748.

En efecto, la complejidad del mundo actual en sus operaciones e interrelaciones internacionales es múltiple. El manejo de fondos provenientes de fuentes distintas, con implicaciones fiscales múltiples, como sucede, por ejemplo, con la operación denominada "arrendamiento apalancado" o "leverage leasing", nos muestra lo complejo que puede resultar en la práctica un caso concreto.

La primera de las hipótesis de la sección 1.605 a) 2, que hemos mencionado en repetidas ocasiones, no presenta, a juicio de uno de los autores que más han profundizado el tema, mayores problemas.

El nexo entre el deudor, la institución financiera norteamericana y los actos comerciales efectuados en territorio de los Estados Unidos es relativamente fácil comprobarlo; la práctica observada en algunos estados, sobre todo en New York, da pie para creerlo así (*).

En cambio, según el mismo autor, Prof. G. R. Delaume, las otras dos hipótesis planteadas en el precepto invocado no son tan claras (12).

Para nuestro país, el tema es de capital importancia y merece toda una investigación a fondo en la que se exploren todos los rincones y se haga acopio de la experiencia obtenida para cuidar debidamente las transacciones internacionales más diversas que se lleven a cabo, bien directamente o por las múltiples instituciones y empresas del Estado, tanto como en los créditos directos, arrendamientos financieros, apalancados, emisión de valores y tantas operaciones más propias de esta selva que constituye el mundo financiero.

Actualmente se ventila ante la U.S. District Court, en Nevada (**), un juicio en el que el señor Edwin Slade reclama del gobierno de México el pago de la suma de 472.123,00 dólares, apoyándose en unos convenios suscritos en 1922 y modificados en 1925.

El origen del adeudo lo constituyen diversos créditos que nuestro gobierno contrajo para financiar determinadas obras públicas y la construcción de vías de ferrocarril, mediante la emisión de obligaciones y bonos de deuda pública. Con motivo de

(*) Disposiciones contenidas en las "New York Civil Practice Law and Rules".

(12) "Three Perspectives on soverign Immunity —Public Debt and Sovering Immunity: The Foreing Immunities Act of 1976" A.J.I.L.— Vol. 71-140, 1977, pp. 406 a 409.

(**) Edwin Slade *vs.* The United States of México —U.S. District Court, Districts of Nevada— CIV-LV-80, 44, HEC.

primera guerra mundial, se dejaron de cubrir los intereses, por lo que los acreedores bancarios diseminados en los Estados Unidos y en Europa formaron un llamado Comité Internacional de Bancos para negociar el problema.

En junio de 1922 se elaboró un plan de pagos que, posteriormente, se modificó en 1925, distinguiéndose entre "deuda pública directa", "Deuda ferrocarrilera" y formando un concepto aparte el monto de los intereses no pagados.

En ocasiones subsecuentes, 1928, 1942 y 1951 se verificaron ciertos actos jurídicos que de alguna manera modificaron la situación y que en su conjunto forman el marco legal que ubica a la pretendida reclamación del señor Slade.

Sin entrar en detalles ni disquisiciones que no vienen a cuento en este momento, cabe destacar un punto que merece nuestra atención especial y del que nos ocuparemos en el apartado siguiente cual es el de la no retroactividad de la Ley, asunto que se alega, junto con otros, por nuestro gobierno para rechazar la jurisdicción de la Corte Federal, con base en las excepciones de la sección 1.605 a) 2, sosteniendo por lo contrario que la tesis tradicional ha sido la de considerar a los adeudos de Gobierno como actos públicos, y por ello no susceptibles de ser conocidos por un tribunal norteamericano.

El caso en cuestión es muy reciente, por lo que será definitivamente importante su resultado.

Ante la importancia creciente del tema se han venido formulando algunas disposiciones, tanto nacionales como internacionales, que se refieren a esta excepción de inmunidad, destacando por su importancia el acuerdo multilateral denominado "Convención Europea de Inmunidad de Estados", que en forma más técnica precisa los actos cuya naturaleza se estima comercial (artículos 4-14), lo que redunda en una mayor certeza jurídica y evita las interpretaciones de los encargados de aplicar la Ley. Sin duda que su análisis y estudio deberá ser implementado en un futuro próximo.

d) *Qué se debe entender por "Relaciones Mínimas" para fincar jurisdicción.*

Siendo cierto que se han incrementado en las últimas fechas los casos en los que se ha invocado la Ley en cuestión, y esto ha permitido su interpretación, son muchas aún las interrogantes que existen, por lo que los estudios de la misma han considerado que algunos problemas concretos que se puedan presentar, eventualmente, podrían ser resueltos por analogía con precedentes existentes en otras leyes en las que se hayan examinado interrogantes semejantes.

Así, tenemos que una de las facetas aún no exploradas suficientemente de la mencionada Ley es la que se refiere a qué debe entenderse por "contacto suficiente" con el negocio que origina el conflicto.

En el caso de Louis Marx and Co. Inc. *vs.* Fuji Seiko Co. Ltd. (453 F. Supp. 385, S.D.N.Y. 1978), se consideró que era razón suficiente para fincar jurisdicción del tribunal el que funcionarios de la empresa demandada hubiesen visitado en cuatro ocasiones a la planta de la parte actora, ubicada en territorio norteamericano. Misma razón privó en el caso Nnidex Systems Corp. *vs.* Butz Engineering Corp. (406 F. Supp. 899, DD.C. 1976), para que se configurase la condición de celebrar transacciones comerciales en territorio norteamericano al haberse reunido funcionarios de ambas partes en una comida de negocios después de una visita a la planta de la demandante en el Distrito de Columbia.

Uno de los precedentes más notables, por la amplitud del criterio aplicado, lo constituye sin duda el juicio Product Promotions *vs.* Cousteau (495 F. 2d. 483, 5th. Cir. 1974) en el que una empresa norteamericana domiciliada en Texas contrató los servicios del famoso científico Jacques Cousteau para que efectuara ciertas investigaciones submarinas en el Mediterráneo. El contrato se concluyó por correspondencia, la oferta definitiva partió de Francia y la aceptación, de Dallas, habiéndose enviado, a su conclusión, los resultados también por correo. El tribunal que conoció de una acción por incumplimiento de contrato estimó que pese a que la parte demandada no sostuvo ningún contacto personal en Texas y que su trabajo se había realizado en el extranjero (Francia), bastaba que el contrato se hubiese perfeccionado en Texas al haberse aceptado en Dallas la oferta mencionada y que el resultado del trabajo se hubiese mandado a esta población.

Como señalamos anteriormente, siendo cierto que los casos citados no se refieren a la Ley comentada, se estima por la Doctrina que sí es de interés su conocimiento, ya que los fallos fueron dictados por Tribunales Federales, aplicando disposiciones locales (state Statutes), lo que hace presumir que en otras situaciones en que se trate de aplicar normas federales por dichos Tribunales en interpretación de la sección 1.605 a) 2, se seguirá un patrón semejante (13).

(13) Ver opinión de Georges P. Delaume, *Op. cit.* Ref. p. 358.

IV. Aplicación retroactiva de la Ley en estudio.

¿Es lícita la aplicación retroactiva de la Ley que se analiza?

En contadas ocasiones los tribunales se han ocupado de dilucidar este punto, que puede significar, en casos concretos, la definición del problema.

En marzo de 1980, el Tribunal del Segundo Circuito estableció en forma contundente que la Ley comentada no era aplicable retroactivamente cuando los juicios se hubiesen iniciado antes de la vigencia efectiva de la misma, según se desprende en el caso Corporación Venezolana de Fomento contra Vintero Sales Corp. (No. 79-7 730, S.D. Cir.) (14).

En otras ocasiones en que sí se le ha dado efectos retroactivos ha sido cuando en opinión del juzgador no se afectan negativamente los derechos firmemente establecidos de las partes y además existe una clara intención del legislador en este sentido, esto es, que la parte conducente de la Ley se debía o podía aplicar a casos anteriores a su entrada en vigor, fortaleciendo así a la entidad extranjera, tal como se resolvió en el caso Yessenin Volpin *vs.* Novosti Press Agency (443 F. Supp. 849, 1978), habiéndose inspirado otras resoluciones en sus argumentos para sostener la misma tesis, como sucedió, por ejemplo, en el caso Upton *vs.* The Empire of Irán (459 F. 264, 1978) (15).

Según la profesora Beverly May Carl, el verdadero problema se presenta cuando se discute la existencia de la jurisdicción del Tribunal norteamericano, habida cuenta, como ya se

(14) Esta resolución tiene como antecedente al juicio "Martrópico Compañía Naviera, S. A. *vs.* Perushahaan Pertambagan Minyak Dans Gas Buml Negara" (pertamina 177 N.V.L.J. 11, june 28, 1977: cit. 11, col. 4 [Sup. Ct. N.Y. Country]). Análogamente, se puede mencionar otro caso en donde el tribunal —la U.S. Court for the Eastern District of New York— resolvió confirmar la sentencia del Juez recurrido de no transferir un juicio de un tribunal local a uno federal, lo que significó la no aplicación retroactiva de la Ley (Rasaw Marítima, S. A. Perusahoam Terramhagan Minyak Bar Gas Bum Negara (Pertamina) (77 Civ. 263) Digest of United States Practice in International Law, 1977. Dep. of State Publication 8960, january 1879, pp. 504 a 508.

(15) En un juicio posterior, conocido como "Amoco Overseas Oil", *vs.* Compagnie Nationale Algerienne de Navigation (No. 79-7135; No. 1020 2d. Cir.; july 19, 1979), el Juez expresamente sostuvo que: "In orden to apply immunities Act retrospectively this court would be required to asses whether such application interested with antecedent rights and if so, whether such interference was the unequivoble and inflexible import of the terms, and manifest intention of the legislature". Cit. por Beverly May Carl.

dijo, que la Ley cambia radicalmente el sistema, pues antes se exigía el secuestro o embargo previo de un bien inmueble propiedad del demandado en el territorio sujeto a la competencia del tribunal en cuestión, para que se pudiese fincar la misma sobre el Estado extranjero (jurisdicción *in rem*), ahora ya no se exige este requisito pues la jurisdicción es *in personam* (16).

Así, juicios indicados antes de la entrada en vigor de la Ley que no se pudieron sustanciar por falta de aseguramiento en bienes del demandado, por carecer de ellos en el ámbito de competencia del tribunal o por cualquier otro motivo, presentan la disyuntiva de que a la luz de las disposiciones vigentes sí puedan sustanciarse y llamar a juicio al Estado tercero.

Actualmente se ventila un juicio que se halla en estas condiciones, en donde se pretende que el Estado Mexicano sea parte, los demandantes "Insurance Company of North América" and "Crystal Boat Co." (No. 794050, [Alas. Filed, aug. 4, 1976]), promovieron ante un juez federal en Alaska un juicio de responsabilidad civil, reclamando daños y perjuicios de los astilleros "Marina Salina Cruz" ya que la embarcación de su propiedad construida en los mismos, denominada *Crystal*, se hundió en las costas de Alaska en 1974, no habiendo sido posible para el actor lograr la jurisdicción por no haber cumplido la condición entonces exigida de secuestrar previamente un bien raíz propiedad del demandado, ubicado en ese territorio, porque ni la Secretaría de la Marina ni el gobierno de México tenía alguno en dicho estado de la Unión.

El juez pretendió evadir este requisito invocando una ley local para fincar competencia personal en contra del demandado, lo que no fue aceptado, dando lugar a la apelación que actualmente se ventila en el Noveno Circuito del Tribunal Federal de Distrito en Alaska.

La coincidencia de que actualmente, en dos juicios, se estudie el problema de la aplicación retroactiva de la Ley en los que nuestro país es parte, resalta la necesidad y la importancia que tiene no sólo conocer a fondo la Ley, sino seguir muy de cerca sus aplicaciones y, en caso necesario, intervenir sin ninguna duda para ir creando una escuela de casos favorables a nuestros intereses que, eventualmente, constituyan precedentes.

Al parecer, de lo dicho, es factible, en nuestra opinión, que en ambos casos las resoluciones sean favorables a los intereses de nuestro país.

(16) "Suing Foreign Governments in United States Courts: The U.S. Foreign Sovereign Immunities Act in Practice" "Doing Bussines in México" S.M.U. —Matheus Benden— 1980, pp. 7 a 34.

V. ¿Qué entiende la Ley por "Estado extranjero"?

Al definir la sección 1.603 diversos conceptos que aparecen en las estipulaciones de la misma, incluyen dentro del concepto de Estado extranjero no sólo a la entidad política soberana, sino diversas subdivisiones políticas, agencias o entes jurídicos, los que son, a su vez, perfilados de la siguiente manera:

a) Cuando se trata de una persona moral diversa o de una sociedad mercantil.

b) Constituye un órgano del Estado o bien es una subdivisión política del mismo, o cuando la mayor parte de las acciones o partes sociales de interés son propiedad del Estado en sí o de alguna de sus subdivisiones políticas y,

c) Además, no es "ciudadano" de los Estados Unidos de Norteamérica, tal como lo define la sección 1.332 c) y d) del mismo título (*) o no ha sido creado de conformidad con las leyes de un tercer país.

La interpretación correcta, o al menos auténtica, de esta sección nos la ofrece la historia legislativa de la misma, en la que se establecieron ciertas bases para ello y se explican los propósitos y motivos de su creación.

Así, se dice que al referirse a una persona "legalmente distinta" significa que, de conformidad con las propias leyes del país en donde se creó la misma, es posible enjuiciarla directamente, puede tener bienes en su nombre y tiene capacidad suficiente para firmar contratos y obligarse por sí, en su propio nombre.

La posibilidad de que una empresa sea de participación estatal y no se exija que la totalidad de las acciones le pertenezcan, sino sólo la mayoría, obedece sin duda a una realidad económica que se da en todos los países de economía de mercado.

En cuanto a que no sea creada la empresa en cuestión al amparo de leyes norteamericanas o de terceros países, es obvia la razón, pues en el primero dejaría de ser extranjero y por ende de tener la posibilidad de invocar la excepción. En el segundo, porque la empresa o institución oficial, al haberse constituido conforme leyes de un Estado distinto al que pertenece, ya no sería jurídicamente parte de ese —llamémosle así— "segundo" Estado.

(*) U.S. Code Annotated Title 28 —Judiciary and Judicial Procedure— Seccs. 1446 to 1650, 1977, p. 215.

Los tribunales se han ocupado ya en varias ocasiones de aplicar, interpretando apropiadamente los conceptos mencionados.

Así en los casos G'ittler *vs.* Germaz Information Center (408 N.I.S. 2d. 600 [Sup. Ct. 1978]) y Carey *vs.* National Oli Corp. (453 F. Supp. 1097 [S.D.H.Y. 1978]) se identificó a los demandados como entidades o sociedades públicas amparadas por la protección de la Ley, al quedar comprendidos en la sección 1.603.

En otros juicios, cuando se ha tratado de entidades gubernamentales socialistas, la situación ha sido más difícil y compleja, como ha sucedido en el caso Yessenin-Vopin *vs.* Novosti Press Agency, en donde el concepto de propiedad de la agencia informática Novosti no se ajustaba al concepto capitalista de la misma.

No obstante, el tribunal decidió que la realidad económica de la empresa señalaba que el Estado soviético era el único dueño de sus bienes, por lo que cabía considerarla dentro de los conceptos de "agencia o instrumento".

En cambio, en el juicio Edlow International Co. *vs.* Nuklerna Elektrarna Krsko, una empresa yugoslava que operaba una planta de energía nuclear, no podía considerarse como entidad pública (441 F. Supp. 827, 1977), lo que determinó negarle la inmunidad de Estado.

Para nuestro país, de economía mixta, en donde operan aproximadamente 800 empresas de participación estatal, es indispensable conocer con precisión los conceptos y las interpretaciones que las leyes le vayan dando al concepto comentado.

En algunos casos concretos en que nuestro país se ha visto involucrado se ha ventilado va este punto, como en el de Sugarman *vs.* Aeroméxico, citado anteriormente, o en los de Mary Burt Frates, Carmen Maleno Huerta y otros, en donde fueron demandados el gobierno de México y las autoridades operadoras del Aeropuerto Central (ASA) y, adicionalmente, otras dependencias oficiales, promovidas a consecuencia del accidente de la Western Airlines en octubre de 1979 [Case No. vc. 79-4653-RMT (Kx)] (17); [Case No. 79 o 4624 WMB (TX)] (18), o en el del Pozo Ixtoc, en donde Pemex fue demandado [Civil Action No. H-79- 1880 y No. H-79-1892] (19). Hasta ahora sólo el primero quedó resuelto definitivamente, y en él no hubo duda que la demandada es una empresa estatal, pero en razón de la

(17) U.S. District Court Central District of California. Dic. 3, 1979.
(18) U.S. Dictrict Court Central District of California. Nov. 30, 1979.,
(19) U.S. Dictrict Court for the Southern District of Texas, Houston Division.

naturaleza del acto, se le negó la inmunidad solicitada, como se comentó con anterioridad.

En cuanto al caso del Ixtoc I, con fecha relativamente reciente (20) fue dictada la sentencia en Primera Instancia por el juez del distrito para la región sur de Texas, quien con acuisiosidad examinó alguno de los puntos que aquí hemos mencionado, habiéndole dedicado el Juez O'Conor un especial cuidado al análisis de la naturaleza del acto comercial. pues, como ya fue comentado, su definición legal es muy amplia.

De lo dicho por el letrado mencionado entresacamos que las actividades de Pemex al perforar el pozo Ixtoc I no tienen el carácter de actividades comerciales, pues tienen que ver de manera directa con actos soberanos que solamente el Estado Mexicano puede llevar a cabo, como son la explotación, el cuidado y el manejo de los recursos naturales; tal es el caso de los hidrocarburos y que dichas actividades fueron de carácter discrecional para dicho Estado, mismas que fueron llevadas a cabo en concordancia con un plan de nivel nacional y en el territorio nacional.

Así pues, por esto y otras razones el juez encontró fundada la solicitud de parte de Pemex para que no se considerase procedente el caso excepcional que la Ley de Inmunidades Soberanas contempla para negar la inmunidad soberana.

En consecuencia, y por lo que toca a Pemex exclusivamente, mas no así a Permargo, otra empresa de nacionalidad mexicana, se concedió acuerdo favorable a su petición de que se le otorgase la inmunidad por tratarse de una entidad pública formando parte integral del Estado mexicano.

Sin duda que esta resolución enriquecerá todos los antecedentes, precedentes e inclusive la doctrina sobre el tema que venimos tratando.

Palabras finales.

Muchas más son las dudas, las interrogantes, las cuestiones que merecen nuestra atención, no sólo por lo particular de la Ley y de la trascendencia que su aplicación tiene para México, sino por el hecho de que constantemente se ventilan problemas

(20) "In the matter of the complaint of SEDCO Inc., as owner of the Mobil Drilling unit SEDCO 135, its engines, tackle, appareal, etc. in a cause of exoneration from or limitation of liability". "Civil Action No. H-79, 1880 consolidated with: C.A. No. H-79, 1982; H-79, 2157 H-79, 2.389; H-79, 2.436 y H-81, 120 U.S. District Court Southern District of Texas. Houston Division. March, 30, 1982.

legales en donde los jueces se ocupan de asuntos íntimamente conectados con este ordenamiento legal, como aconteció recientemente en el asunto Internacional Association of Machinists and Aerospace Workers *vs.* Organization of Exporting Contries (OPEC), resuelto en la U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit (649, F. 2d. 1354 [9th. Circ. 1981]), en el que se examinaron temas como la Doctrina del Acto de Estado; las actividades monopólicas y la Ley Sherman; la jurisdicción norteamericana sobre Estados soberanos y la rebeldía; las actividades comerciales y su íntima conexión con el control de los recursos naturales (actos políticos), y otros más que nos llevaría no una sino varias sesiones más.

Por tanto, debemos entresacar los elementos más notables de la ley comentada, siendo el primero el que constituye un viraje en la política tradicional seguida por los tribunales en la aplicación de las inmunidades a los Estados soberanos, derivado de la comunicación que el Departamento de Estado, por voz de su consejero legal Jack B. Tate, le envió al Procurador General, fechada el 19 de mayo de 1952, conocida como la "Tate Letter", fijando, después de concienzudo estudio, la forma en que dicha dependencia trataría las peticiones de inmunidad, basando su cambio de actitud en tres razones básicas:

1. Muchos países industrializados, con excepción de la URSS y Gran Bretaña (*), aplicaban la teoría de la soberanía relativa.
2. El otorgamiento de inmunidades por parte del gobierno de los Estados Unidos era incongruente con la actitud del exterior.
3. El incremento de negocios entre ciudadanos norteamericanos y gobiernos extranjeros señalaba la necesidad de que sus derechos obtuviesen una protección judicial.

Este documento ha sido un crucero que delineó nuevos caminos en la política para tratar los conflictos entre ciudadanos norteamericanos y estados extranjeros.

La opinión general de los juristas norteamericanos es que los cambios fundamentales son los siguientes:

21. Se adopta la teoría llamada de la soberanía relativa, en lugar de la observada hasta entonces y conocida como de la soberanía absoluta.

(*) Gran Bretaña promulgó en 1978 un ordenamiento legal sosteniendo esta postura jurídico-política. Ver "State Immunity Act. of 1978".

2. Se modifica el sistema para determinar cuando procede la inmunidad de estado soberano, facultando únicamente al Poder Jurisdiccional para este efecto, en lugar del Ejecutivo, quien anteriormente lo ejercía a través del Departamento de Estado.

3. De esta manera se consigue llamar a juicio ante un tribunal nacional, bien sea estatal o federal, a un Estado extranjero, en las condiciones y mediante los procedimientos legales apropiados, logrando así una protección a sus derechos.

4. Se cambia asimismo el sistema para determinar la jurisdicción y competencia del Tribunal norteamericano que siendo anteriormente *in rem*, lo que significaba el aseguramiento previo de bienes inmuebles (competencia territorial) es ahora *in personam*.

5. Igualmente, se rechaza la inmunidad anteriormente existente sobre los bienes del estado extranjero, que impedía ejecutar la sentencia condenatoria.

Los últimos acontecimientos mundiales, en donde el orden internacional se ve seriamente amenazado y en cierta forma zarandeado, hacen prever el inicio de múltiples juicios promovidos ante tribunales norteamericanos, en donde Estados soberanos o entidades públicas extranjeras se vean demandadas, como lo señaló el profesor Andreos F. Lowenfeld, de la Universidad de New York, a propósito del problema de los rehenes en Irán (21)

La aplicación de la Ley ha sido desviada en algunas ocasiones a casos tan ajenos al propósito de la misma, confundiéndose un delito común con un acto de Estado, como sucedió en el homicidio de Orlando Letelier y otro (*) lo que permitió que se estableciera expresamente que:

> "1976 Foreign Sovereign Immunities Act, which grants foreing states sovereign immunities for tortuous act bases on performance of "discretionary funtions" does not shield them form liability for political assasinations commited United States".

Esto conforma lo dicho en el sentido que las posibilidades de elaborar comentarios y reflexiones en torno a la ley, su aplicación y sus proyecciones en las relaciones bilaterales méxico-norteamericanas son múltiples.

(21) "International Law and the Hostage Agreement" The Wall Street Journal Tuesday, january. 27, 1981, p. 30.

(*) Civil Action No. 78-1477. District Court for the District of Columbia Circuit.

Consideramos, asimismo, de gran importancia conocer las otras disposiciones semejantes que existen en terceros países, pues, eventualmente, también con ellos podemos en alguna ocasión tener algún conflicto.

Nuestro país ha tenido que acudir a defender sus derechos ante tribunales norteamericanos en repetidas ocasiones, encontrándose pendientes algunos casos, como se ha comentado a lo largo de este estudio; la defensa ha sido y es encomendada a distinguidos abogados norteamericanos de cuya profesionalidad no dudamos, pero considero, con plena convicción, que es ya indispensable crear un cuerpo de especialistas mexicanos que trabajen armoniosamente con sus colegas extranjeros en defensa de nuestros intereses y orienten, con un claro sentido nacionalista, sus actuaciones.

Los campos de acción son muchos, los conflictos en comercio exterior, límites y aguas, protección ambiental y explotación de recursos naturales comunes, zona económica, migración, tecnología, energéticos, relaciones financieras y otros exigen contar con un cuerpo de consultores y negociadores de gran capacidad y experiencia que, aprovechando los conocimientos de nuestros funcionarios, los enriquezcan con el estudio de nuevas disposiciones y resoluciones, permitiéndoles estar al día, ya que de la información que se tenga dependerá lo acertado de la decisión que se tome.

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION DIPLOMATICA COMO MECANISMO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS, EL CASO DE VENEZUELA

Isidro MORALES PAUL (Venezuela)
Asociado del IHLADI

La cuestión de los mecanismos de solución de controversias reviste especial significación cuando se trata del delicado tema de los problemas fronterizos.

En el caso específico de Venezuela la cuestión está intimamente vinculada a los antecedentes históricos que derivan de la aplicación de algunos de esos mecanismos a diversos problemas territoriales. Todavía persiste en el país un intenso sentimiento de frustración, producto de la convicción de que la intervención de terceros no ha conducido, en modo alguno, a la serena aplicación de la justicia sino todo lo contrario, a servir de vil instrumento a los intereses y deseos de quienes han sabido traspasar todos los límites éticos para hacer imponer sus puntos de vista. No se trata de una apreciación precipitada producto de un desbordamiento patriótico. La afirmación ha sido avalada por el respaldo inequívoco de eminentes juristas de las más diversas nacionalidades.

Los conflictos internacionales.

Los estudiosos de las relaciones internacionales han venido analizando la naturaleza y causa de los *conflictos internacionales*. Algunos parten del análisis de las *crisis internacionales* que si bien no son un concepto de fácil definición, se ha intentado concretarlos "al momento en que uno o más factores perturbadores dan lugar a un estado de cosas que un sujeto de derecho internacional considera perjudicial para sus propios intereses, hasta el punto de inducirle a actuar en contra de otro u otros sujetos de derecho internacional, con la finalidad de obtener la modificación o la cesación de aquel estado de cosas" (1). Sereni ha distinguido con aguda precisión los momentos característicos de

(1) Angelo P. Sereni: "La Jurisdicción Internacional". *Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott.* Universidad de Valladolid. España, 1969, página 10.

las crisis internacionales entre *situación, conflicto* y *controversia*. Por *situación* se entiende una crisis que no se ha producido pero que se encuentra en estado potencial. El *conflicto internacional* ha sido definido como "una diferencia entre sujetos de Derecho Internacional que ha inducido o puede inducir a uno de ellos a actuar contra otro" (2) en tanto que otros expositores le caracterizan como "una situación de hostilidad general entre estados" (3) lo que refleja evidentemente un caso de *conflicto agravado*, un grado mayor de hostilidad.

Por *controversia* o *divergencia* entre "dos partes se entiende cuando una de ellas hace valer frente a las pretensiones opuestas, o cuando una de ellas pretende algo de la otra a lo que esta última no se somete", esto es, sustentar puntos de vista enfrentados o no coincidentes (4). La Corte Internacional de Justicia ha dictaminado que "no basta con una contraposición de intereses sino que es necesario una oposición de reclamaciones (5). La *controversia* se caracteriza porque las posturas de las partes han sido suficientemente precisadas mediante la formulación de pretensiones unilaterales o recíprocas y la reacción de las partes a quienes iban dirigidas dichas pretensiones. La Corte Permanente de Justicia Internacional definió las dsputas o controversias como "un desacuerdo sobre un punto de hecho legal o un conflicto de puntos de vista jurídico o de intereses entre las partes".

Ahora bien, la controversia se pone de manifiesto, se evidencia cuando una de las partes presenta una reclamación concreta, la cual es rechazada por la contraparte. Una diferencia existe desde el momento en que una de las partes comprueba que la actitud de la otra (acto de reclamo) es contraria a la suya (rechazo) (6).

Tipos de controversias.

Conviene destacar la diferencia entre controversias *jurídicas* y *políticas* por la importancia destacada que se produce como

(2) *Ibídem*,pág. 15.
(3) B. S. Murty Settement of Disputes, M. Sorense: *Manual of Public Int. Law St. Martín Press*. New York, 1968, pág. 676.
(4) Bailey. S.: *Peaceful Settlement of Disputes*. Unitan, Univ. New York, 1971, págs. 3 y sig.
(5) *C.I.J. Rec.* 1962. 328.
(6) Véase al respecto. I. Morales Paúl: *La delimitación de áreas marinas y submarinas al Norte de Venezuela*. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1982, páginas 100 y sigs.

consecuencia de esa distinción en cuanto a la escogencia de los mecanismos de solución de controversias. En efecto, los procedimientos de carácter judicial, destinados a la aplicación de reglas de derecho, no son idóneos para la solución de controversias de carácter político. La solución de la claridad del criterio aplicable para calificar una determinada controversia de política, jurídica o mixta, esto es, controversias jurídico-políticas (7).

Difícilmente se presentan casos en que los conflictos entre Estados carezcan de puntos de interpretación de carácter legal. En todo caso, los conflictos de carácter limítrofe son, por definición conflictos de carácter legal, susceptibles de ser resueltos mediante la aplicación de reglas de derecho. Eso explica que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia identifica, en su artículo 36 las Controversias Jurídicas, como aquellas relativas a:

1. La existencia, interpretación o aplicación de tratados o instrumentos similares
2. Cualquier punto de Derecho Internacional.

Por otra parte, la existencia de componentes de importancia vital para alguno de los contendientes, o para ambos, tiene una decisiva influencia sobre la escogencia de los mecanismos de solución de controversias (8).

La cuestión fundamental radica en que la solución sea cual fuere su naturaleza, al propio tiempo, de aceptabilidad política. Cada día se hace más evidente que sólo soluciones capaces de lograr un alto grado de aceptabilidad política tienen oportunidad de perdurar y de lograr la paz. En este sentido, se ha destacado con sobrada razón, "la importancia de buscar compromisos de soluciones equitativas y aceptables en los arbitrajes latinoamericanos de fines del siglo XIX e inicios del siglo XX" (9).

Seguridad jurídica y la determinación de las líneas limítrofes.

a) Se ha señalado que, las líneas generales del Atlas se han hecho más claras, firmes y reconocidas universalmente "en

(7) Véase al respecto. Sereni Angelo Piero: "La Jurisdicción Internacional", *ob. cit.*, pág. 20.
(8) J. Dutheil de la Rochere: "Les procedures de reglament des diferrends fronteliers". *La frontiere*. Edit. A. Pedone 13 Rue Souflot. París, pág. 127.
(9) J. Dutheil de la Rochere: *Ibídem*, pág. 128 y G. W. Munkman. Adjudication and adjustment, international judical decisión and the settlement of territorial and boundary disputes B.Y.B.I.L., 1972-3, págs. 1-16.

tanto que las áreas objeto de disputa han venido aminorando y decayendo en importancia", no obstante, "algunas de las áreas controvertidas sin bien pueden no ser de gran extensión, tienen importancia destacada" (10).

b) Al propio tiempo, la creación de nuevas áreas marítimas, como la Zona Económica Exclusiva, el concepto de Estados Archipelágicos, las diversas categorías de estrechos de acuerdos a su importancia para la navegación internacional y la determinación del borde exterior del margen continental como límite de la Plataforma Continental han incuestionablemente aumentado las posibilidades de conflictos limítrofes.

c) El Derecho Internacional contemporáneo tiene entre sus objetivos primordiales la prohibición del uso de la fuerza, el mantenimiento de la paz (1).

d) Los instrumentos destinados al logro de ese objetivo son, en esencia, los mecanismos de solución pacífica de controversias.

El párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas establece que "los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia". De acuerdo con la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970, se trata de una obligación que incumbe a *todos los Estados*, sean o no miembros de las Naciones Unidas (12).

e) Al propio tiempo es necesario recordar que las controversias que *ponen en peligro la paz y seguridad internacional* no son asunto exclusivo de las partes en conflicto sino que concierne a todos los Estados y la comunidad internacional en su conjunto.

f) Las partes deberán arreglar sus controversias internacionales en base a los principios de igualdad soberana de los Estados y conforme al *principio de libre elección de los medios.*

"El recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación de tal procedimiento con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana" (13).

(10) E. Luard: "The International regulation of frontier disputes Thames and Hudson". London, 1970, págs. 221-2.
(11) E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Edit. Tecnos, Madrid. 1980, pág. 172.
(12) Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas.
(13) Resolución 2.625 (XXV), de 24-10-1970, pág. 443.

Se ha señalado que "El plan original y la estructura" que fueron adoptados en San Francisco han sido sacrificados en el altar de un respeto exagerado a lo que se ha dado en llamar "el principio de la libre elección de los medios" que se considera como un corolario de la igualdad soberana de los Estados.

g) Entre los métodos que pueden ser utilizados para tratar de resolver pacíficamente las controversias es incuestionable que la negociación directa o negociación diplomática ha demostrado ser el más *útil y fructífero*. Así lo evidencia palpablemente la Práctica de los Estados.

h) En el caso específico del Area del Caribe que se caracteriza por una geografía peculiar; mar semicerrado, existencia de recursos pesqueros comprendidos, problemas de tipo ecológicos, la existencia de 37 territorios con una variedad de status jurídico-político y donde la legislación unilateral existente en el área una gran diversidad (14), la aplicación de la negociación directa ha sido particularmente eficaz. Se estima que se necesitarán aproximadamente 105 *Acuerdos* bilaterales para definir las Zonas Económicas Exclusivas en el Caribe. A partir de 1976; se ha acentuado la utilización de negociación diplomática como mecanismo de solución de controversias.

i) La negociación ha sido definida por Maresca "como la esencia misma del método diplomático" (15).

La enciclopedia soviética afirma 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" (16).

Ha sido Sall quien la ha definido con mayor claridad y precisión, al caracterizarla como "el proceso de consideración de una disputa internacional o situación mediante medios pacíficos, distintos a los judiciales o arbitrales, con el fin de promover o alcanzar entre las partes involucradas o interesadas algún entendimiento, mejora, ajuste o solución de la disputa o situación (17).

j) Al propio tiempo son evidentes las ventajas de la negociación directa en cuanto a su actitud y eficacia como mecanismo de solución de controversias.

Entre esas ventajas se destacan las siguientes:

1. La negociación directa es incuestionablemente el método

(14) Véase al respecto Isidro Morales Paúl. *ob. cit.* pág. 15.
(15) Tratado de Derecho Diplomático. Madrid, 1952, pág. 17.
(16) Tunkin G. I. Theary of Int. Law trad. W. W. Buther. Londres, 1974, pág. 273.
(17) Modern International Negotiation. Nueva York, 1966, pág. 5.

"natural" apropiado para solucionar controversias. En efecto al mantener el conflicto bajo el control directo de las partes involucradas serán ellas las que deberán evaluar y resolver el conflicto. Esta capacidad de control reviste particular importancia en relación a las controversias que sean capaces de perturbar sus relaciones. En base a esa característica la Corte Internacional de Justicia lo calificó como "el método más apropiado para la solución de controversias" (18).

2. Este control directo permite a las partes definir la existencia misma de un conflicto, así como sus modalidades y características. Esa definición no sólo ayuda al proceso mismo de búsqueda de soluciones para el logro de las controversias, sino que en algunos casos ha sido considerado como un pre requisito para la utilización de ulteriores medios de solución de controversias. Así ocurrió en el *caso Mavrommatis* decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional cuando la decisión esclareció el objeto de las negociaciones "antes que una controversia sea objeto de un recurso en Justicia, es necesario que su objeto haya sido claramente definido a través de conversaciones diplomáticas".

3. Al mismo tiempo el contacto directo entre las partes facilita la determinación de la clase o modalidad de conflicto del cual se trata, y lo cual, a su vez, permite la aplicación de criterios para definir la competencia *ratione materiae* (18).

En efecto, puede tratarse o no de un diferendo jurídico según está contemplado en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o bien de un asunto de la competencia exclusiva de algún Estado. También permite establecer con precisión la fecha de los acontecimientos.

4. Es más, con frecuencia, el propio legislador atribuye a los países involucrados la obligación de determinar, mediante negociaciones, las modalidades y características de los derechos que corresponden a cada uno de ellos. Ese es el caso, por ejemplo, de los derechos preferenciales de pesca que tiene el Estado costero en las áreas marítimas adyacentes a su mar territorial.

Corresponde al Estado costero con los Estados que tengan derechos históricos de pesca, etc. "balancear y regular equitativamente cuestiones como limitaciones a la actividad pesquera, atribución de cupos o porcentajes de pesca, así como restricciones similares" (*caso de la Jurisdicción Pesquera*, Reino Unido Islandia, Med. Provisionales. CIJ Reports 1973, pág. 303 y *Sent. del 25 de julio de* 1974, *pág.* 32).

(18) J. Soubeyrol: Negociacion diplomatique. Element du contentieux international. Edit. Pedone. París, 1964, pág. 10.

5. En todo caso *todos los litigios pueden ser objeto de negociaciones diplomáticas,* sin que existan limitaciones derivadas de la competencia (*Ratione Materiae*) como ocurre en relación con los litigios que pueden o no ser sometidos a determinados foros, bien de naturaleza política, jurídica, etc. Igualmente permite esclarecer la competencia *ratione temporis,* al determinar *la fecha cierta* en que se inició el conflicto.

6. Ahora bien, se discute doctrinalmente si se puede afirmar la existencia de una inequívoca obligación de negociar ante la existencia de una controversia internacional o si por el contrario se trata de un simple derecho de las partes sin carácter vinculante alguno.

Los partidarios del carácter no obligante del método de negociación directa fundamentan su punto de vista en el principio de que "la elección del procedimiento de arreglo queda confiado a la discrecionalidad y voluntad de los Estados soberanos sin que ningún Estado esté obligado a someter sus controversias con otros Estados a la mediación, arbitraje o no importa que procedimiento de arreglo pacífico sin su consentimiento" (19).

A tal punto de vista se contrapone el criterio de que existe una obligación de negociar una vez establecida la existenca verdadera de una controversia internacional. Esta obligación tiene su fundamento en la propia Carta de Naciones Unidas, específicamente en las disposiciones relativas a la solución pacífica de controversias. Es conveniente recordar, en todo caso que el artículo 33 y siguientes se refieren a una categoría específica de controversias "aquellas cuya continuación es capaz de afectar el mantenimiento de la paz y seguridad mundial, debe en primer lugar buscar una solución mediante la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial o cualquier otros métodos pacíficos escogidos por las partes".

La polémica tuvo su escenario más propicio en el Comité de la Asamblea General que redactó la Declaración de 1970 sobre Principios de Derecho Internacional donde la Delegación de Checoslovaquia entre otras, propuso dar una posición predominante a las negociaciones con respecto a todos los demás medios de arreglo pacífico. Se sostuvo que la negociación directa es el único medio de arreglo que, en este sentido tiene carácter obligatorio para los Estados (20). Privó el criterio partidario de

(19) J. A. Carrillo Salcedo: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional.* Edit. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 156.

(20) El Jiménez de Aréchaga: *Derecho Internacional Contemporáneo.* ob. cit., pág. 176.

la libre escogencia de medios expresado en los siguientes términos "al procurar llegar a ese arreglo las partes convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de las controversias" (21).

La jurisprudencia en cambio, ha adoptado posiciones más enfáticas.

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte la Corte Internacional de Justicia, expresó: Esta obligación simplemente constituye una aplicación especial del principio subyacente a todas las relaciones internacionales y que es además reconocido en el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas como uno de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales" (CIJ Reports 1969, pág. 47, párfo. 86).

En términos similares se expresó el juez Padilla Nervo en su opinión disidente en el caso de la competencia en materia de pesquerías al señalar "los Estados tienen entonces (art. 33 de la Carta) la obligación de negociar, es en un principio general de Derecho Internacional Público (22).

7. En algunos casos esa obligación deriva de la naturaleza misma de los derechos de las partes, como ocurre por ejemplo en los casos en que un grupo de Estados debe determinar, mediante negociaciones, las modalidades para el ejercicio de derechos concurrentes. Este fue el caso de la "competencia en materia de pesquerías", donde la Corte señaló: "La obligación de negociar, en consecuencia, deriva de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las Partes. Ese fue también el caso del acuerdo Especial entre Libia y Túnez del 28 de febrero de 1982 (voto salvado del Juez Gross, pág. 2).

8. Las negociaciones deben ser realizadas de *buena fe*, de una manera razonable. Se trata de un principio general, de derecho internacional público como lo señaló en su opinión disidente el juez Padilla Nervo en el caso de competencia de materia de pesquería (Gran Bretaña us. Islandia).

En este sentido las negociaciones tiene que tener sentido, evidenciar que conducen a un objetivo (are meaningful.).

Los negociadores deben tomar debidamente en cuenta los derechos con base legal de la otra parte, en el caso.

Un claro ejemplo de esa situación fue el caso de la competencia en materia de pesquerías, en que la Corte decidió: "Cada parte debe de buena fe tomar debidamente en cuenta los derechos con base legal de la contraparte, en las aguas alrededor

(21) Oriol Casanova y la Rosa: *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Edit. Tecnos. Madrid, 1981, pág. 443.
(22) Reino Unido us Islandia. 2-2-1973, sentencia, pág. 45.

de Islandia, fuera del límite de 12 millas" (*CIJ sent 25 de julio de 1974, pág. 34 párrafo 78*). No basta con intentar una negociación sino además continuarla hasta donde sea posible (as far as posible).

No basta con reiterar un punto de vista o una posición inmodificable. No hay negociación si cada parte o alguna de ellas insiste en su propia posición y rehusa contemplar ningún cambio o modificación. Así lo decidió el *Laudo Arbitral del Lago Lanoux* (16-11-1957) y la *Corte de Justicia, Reports* 1969 (*pág. 49, párrafo 87*).

Las partes deben demostrar la sinceridad de su propósito mediante el examen de proposiciones sucesivas de alternativas de solución. Se trata de intentar un *proceso de aproximaciones sucesivas* en la búsqueda de la solución final.

Se ha señalado que la aportación de la sentencia arbitral del lago Lanoux constituyó una valiosa contribución al contenido de la buena fe. Las partes tienen "según las reglas de la *buena fe*, la obligación de tomar en consideración los diferentes intereses en presencia, buscar darles todas las satisfacciones compatibles con la prosecución de sus propios intereses y mostrar que tiene, a este propósito, un cuidado real de conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios". (*Sentencia del 16 de noviembre de 1927*).

En términos generales la actuación de buena fe implica la *exclusión de todo acto de mala fe*, inclusive de dolo o fraude, tanto en el curso de las negociaciones (23), como durante la etapa de ejecución del convenio.

9. *La obligación de negociar* ha sido considerada como intimamente vinculada a la obligación de aplicar principios equitativos, incluso con el carácter de "elementos inseparables" (24).

No obstante, como lo aclaró el juez Morelli en su opinión disidente "es completamente claro, de hecho, que la referencia a la equidad y la indicación de ciertos criterios son un instrumento para definir el contenido de la regla que exige la negociación; ellos no son una formulación de reglas independientes o principios adicionales a la regla que exige negociación" (25).

10. En términos generales la obligación en virtud de la cual las partes o una de ellas se obliga a concluir un tratado se ha

(23) Véase al respecto F. Zoller: *La Bonne Foi en Doit International*. Edit. A. Pedone. París, 1977, pág. 49.
(24) Equity in the North Sea Continental Shef Cases by T. Rohpfeller.
(25) ICJ. Reports, 1966, pág. 215.

denominado "*pacto de contrahendo*" (26). Se ha tratado de precisar tanto su origen, proveniente del Derecho Privado, como figuras jurídicas afines (27), como las punctationes y el tratado preliminar (*Vor Vertrag*).

Al propio tiempo se ha destacado la distinción de Sereni entre el *pactum de contrahendo* y *pactum de negotiando*, entendido por esta última, aquélla en que las partes se comprometen a negociar un acuerdo futuro "sin que la obligación suponga las de llegar a este acuerdo" (28), en tanto que el primero se caracteriza por un acuerdo de voluntades acerca de algunos puntos que las partes concurren en que se sirvan de base para un futuro tratado o de elementos integrantes del mismo.

En todo caso, es conveniente que el *acuerdo preliminar* contenga todos los elementos y requisitos necesarios para ser lo suficientemente preciso, para ser completo. Al plantearse el análisis del carácter obligante de los deberes asumidos en un acuerdo preciso es necesario que esa obligación no sea equívoca (*Opinión Consultiva del 11 de julio de 1950*). Sin embargo basta con que consagre una obligación perfecta vinculante para los Estados partes. Esa fue la situación planteada en el *caso de la Zona española de Protectorado en Marruecos, el 1 de mayo de 1925*. El profesor Max Huber, entonces Presidente del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia arbitral, se expresó en los siguientes términos: se "estima que la obligación era perfecta, al menos en el sentido en que lo es la resultante de un *pactum de contrahendo*, la obligación de hacerlo necesario con el fin de efectuar el cambio convenido puede ser perfecta, independientemente del hecho de que permita una casa por otra no pueda serlo mientras se espera la determinación de los dos edificios" (29).

En todo caso, el pacto crea "la obligación de hacer todo lo necesario para llegar al acuerdo definitivo previsto por aquéllas" (30).

11. Es cierto que "la obligación de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo", como quedó claramente establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *caso del tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, opinión

(26) Basdevant Dictionaire de la Terminologie de Droit International. París, 1959, pág. 435.
(27) A. Miaja de la Muela: Pacta de Contrahendo en Derecho Internacional. Est. de Dch. Int. Homenaje a don Antonio de Luna, Fco. de Vitoria. Madrid, 1968, p. 246.
(28) Diritto Internazionale. Milano, 1961,. vol. III, pp. 1.389-1.392.
(29) Repports. La Haya, 1925. pp. 178-179.
(30) A. Miaja de la Muela. *Ob. cit.*, p. 253.

consultiva del 15 de octubre de 1931, serie A/B núm. 42, pág. 116, así como en la *sentencia de la Corte Internacional de Justicia CIJ Reports 1969, pág. 47, párrafos 85 y 87.*

Pero bien puede ocurrir que no se llegue a concluir en el acuerdo por causas imputables a una de las partes, lo que implica, evidentemente, una violación del principio de la buena fe. Ese sería el caso, por ejemplo, de la negativa persistente a aportar o examinar soluciones, ruptura injustificada de negociaciones, desprecio de los procedimientos previstos, etc. (31).

12. En todo caso las partes *están en la obligación de "no malograr los efectos de un pactum de contrahendo"* (32).

En tal virtud, todo Estado está obligado a abstenerse de cualquier acto encaminado a malograr el objeto de un tratado por celebrarse.

El rango constitucional de las soluciones pacíficas.m

En Venezuela la escogencia de soluciones pacíficas para resolver controversias internacionales tiene rango constitucional.

La historia constitucional venezolana revela que ya la Constitución de 1864 incorporó una disposición en virtud de la cual debía insentarse en todos los tratados que "Todas las diferencias entre las altas partes contratantes relativas a la interpretación o ejecución (del tratado), se decidirán por los medios pacíficos reconocidos en el Derecho Internacional" (artículo 112).

El artículo 129 de la actual Constitución de 1961, reformada en 1973, tiene un contenido más completo y preciso, de acuerdo con el cual "En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

Esas *vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional* están señaladas esencialmente en la Carta de Naciones Unidas, en cuyos artículos 33 y siguientes se contemplan para solucionar controversias, cuya continuación de acuerdo a lo estipulado, artículo 2.º, párrafo 3.ª de la Carta de las Naciones Unidas, "los

(31) Véase al respecto Sentencia caso Lago Lanoux, 16 de noviembre de 1927.
(32) Monveay: The obligation of a State not to frustrate the objet of a Treaty prior to its entory into force. Citado por A. Miaja de la Muela, *ob. cit.* pág. 267.

miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz, la seguridad internacional, ni la justicia".

Esta obligación de carácter general ha sido ratificada por la Declaración de Principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados de la Asamblea General de las Naciones Unidas haciéndola extensiva incluso a los Estados no miembros de Naciones Unidas (33).

Los artículos 35 y siguientes de la Carta fundamental enumeran los diversos mecanismos de solución de controversias a los cuales pueden agregarse "otros medios escogidos por las propias partes". El mecanismo de solución de controversias contemplado por la Carta se fundamenta en la libertad de las partes para escoger el medio de solución pacífico que mejor les convenga. Eso explica la amplia gama de mecanismos que se mencionan a título ilustrativo, entre ellos el *recurso a organismos regionales* que sean *lógicamente compatibles con los principios y propósitos de Naciones Unidas* (34). Es cierto que el sistema de solución de controversias de la Carta parece restringido a aquellas controversias "cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional (artículo 33) pero no es menos cierto que el espíritu y sentido de esta disposición radica en destacar que ese tipo de controversias no es asunto exclusivo de las partes en conflicto sino que "concierne a todos los Estados y a la Comunidad Internacional en su conjunto" (35).

La negociación directa aplicada a la solución de los problemas marítimos.

La utilización del mecanismo de negociación directa ha permitido a Venezuela solucionar, en forma equilibrada y razonable, importantes cuestiones limítrofes.

En efecto, mediante los Tratados del Golfo de Paria e Isla de Patos, 26 de febrero de 1942, se suscribieron en la Cancillería venezolana dos importantes tratados entre Venezuela y Gran Bretaña relativos al reconocimiento de la soberanía venezolana sobre la Isla de Patos (situada en el golfo de Paria al sur de Boca Grande o de Naviós), por una parte, y por otra ambos

(33) Resolución 2.625 (XXV), de fecha 24-10-1970.
(34) Carta, artículo 52, Números 1, 2 y 3.
(35) Eduardo Jiménez de Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Edt. Tecnos. Madrid. 1980, pp. 172-5.

Estados se dividen el lecho y subsuelo marinos del golfo de Paria.

a) *El Tratado sobre la Isla de Patos* puso término a una larga diatriba con Gran Bretaña, quien pretendía extender ilícitamente reconocimiento de la ocupación británica de la isla de Trinidad realizado por el Tratado de Amies de 1802. En efecto, el artículo 4 del Tratado de Amies, dice textualmente "SMC. cede la isla de Trinidad en toda su propiedad" no hay lugar por consiguiente a dudas de ningún tipo. La controversia se inició en 1866 debido al pretendido arrendamiento de dicha isla que el Ayuntamiento de Puerto España pretendió realizar con la firma O'Connor Hermanos.

Venezuela reaccionó enviando sucesivas notas de protesta, destacándose entre ellas, la enviada por el canciller Rafael Seijas fundamentada en la *doctrina de la contigüidad* al territorio venezolano, además del título emanado de España, como potencia descubridora y poseedora de dicha isla.

En 1901 se reanudó la confrontación lo que ocasionó varias notas de protesta del entonces canciller Eduardo Blanco (36).

El Decreto del 27 de mayo de 1904 incluyó la isla dentro del territorio Colón, lo que ocasionó protestas por parte de Gran Bretaña.

El tratado sobre soberanía de la isla de Patos, denominado incorrectamente "*de Cesión de la Isla de Patos a Venezuela*" puso término a la larga controversia relativa al dominio sobre dicha isla. La cuestión debatida se resolvió favorablemente a la tesis venezolana.

Es pertinente destacar que el tratado en referencia incluye la obligación del Gobierno de Venezuela de informar al Gobierno de su Majestad sobre cualquiera obra de defensa militar o naval que tuviera la intención de hacer en la isla de Patos" (artículo 2.º). Esta obligación cesó en su defecto jurídico con motivo de la independencia de Trinidad y Tobago ya que se trata de una obligación de naturaleza individual, vinculante respecto a Gran Bretaña pero no transferible a un tercer Estado.

b) *Sin embargo, fue el tratado sobre áreas marinas y submarinas del golfo de Paria el de mayor trascendencia desde el punto de vista político, histórico y jurídico.*

El tratado del 42 representa el primer caso en que dos Estados definían sus respectivos derechos en relación al suelo y

(36) Véase al respecto K. Nwheihed: *La Vigencia del Mar*. Edic. Univ. S. Bolívar. Caracas, 1974, tomo II, p. 372.

subsuelo marinos. Es cierto que no se utilizó la expresión "Plataforma Continental" como se ha denominado a dichas áreas tradicionalmente, pero la inequívoca referencia al "lecho del mar y del subsuelo fuera de las aguas territoriales de las altas partes contratantes de uno y otro lado de la línea limítrofe, identificada por las secciones A-B, B-Y, Y-X. Las partes contratantes declaran (artículo 2.º) que no harán valer derecho alguno a la soberanía o al control de aquellas partes de las áreas submarinas del golfo de Paria que están situadas en el sector que corresponden al otro. Como complemento de la declaración anterior de las Partes declaran que reconocerán mutuamente todos los derechos de soberanía o de control que hayan sido o fueren en el futuro legal.

La expresión "reconocerán mutuamente todos los derechos de soberanía o de control que *hayan sido, o fueren en el futuro,* legalmente *adquiridos*" abarca, evidentemente, tanto los derechos de soberanía o control ya realizados como aquellos que legalmente se realicen en el futuro. Esa forma de expresión, si bien plenamente suficiente entre las partes ha sido calificada "no como una afirmación de soberanía sino más bien como una división de esferas de interés (37). No puede afirmarse válidamente, sin embargo, que "el tratado no contiene en sí mismo ninguna aseveración o reclamo de soberanía o jurisdicción sobre las áreas submarinas, sino que se restringió a declaraciones mutuas relativas a los derechos de las Partes Contratantes" (38).

Es cierto que las partes no utilizan un lenguaje plenamente afirmativo en relación al ejercicio de la soberanía, como es hoy en día frecuentemente realizado, pero no es menos cierto que tal aseveración está implícita en la cláusula 2.ª, en virtud de la cual se reconocen mutuamente los actos de soberanía o control "que hayan sido o fueren en el futuro realizados". Se trata de un tratado bilateral con efecto relativo entre las partes contratantes, por lo que carece de efecto respecto a terceros. La intención de las partes contratantes en todo caso, fue plenamente confirmada por la virtual anexión de su área que efectuó posteriormente el Reino Unido al emitir la Orden Consejo de 6 de agosto de 1942.

Por esto el Tratado del Golfo de Paria ha sido reconocido como un claro precedente para la declaración del presidente Truman, de 1945 (39) y como "el primero y el único instrumento,

(37) Waldock, C. H. M.: *International Law and the new maritime claims.* Intern. Relations. Londón 1956, pp. 163-194.
(38) Extravour, W. C.: *The Exclusive Economic Zone.* Sijetroff Leinden, 1981, p. 64.
(39) Extravour, W. C.: *Ob. cit.* p. 64.

hasta entonces, en el cual se fijaba una virtual división de una Plataforma Continental entre dos Estados con costas opuestas" (40).

Como lo ha señalado el maestro Azcárraga, el tratado "puede pasar como un símbolo auténtico de declaraciones reinvidicatorias de zonas platafórmicas situadas bajo aguas libres y como primer precedente legislativo bilateral en el orden de realizaciones prácticas estatales que estamos estudiando" (41).

Una característica importante del tratado es su expresa afirmación de que sus disposiciones no afectan la condición de las islas, islotes y rocas existentes en el área (artículo 5.º) ni la condición de las aguas del golfo de Paria, ni los derechos de paso o navegación alguna en la superficie del mar, fuera de las aguas territoriales de ambas partes.

No cabe duda alguna, en consecuencia, de que el Tratado se limitó al reconocimiento mutuo de la soberanía sobre la Plataforma Continental, suelo y subsuelo marinos del golfo de Paria, fuera de las aguas territoriales y sin afectar la naturaleza de las aguas suprayacentes, ni afectar la libre navegación sobre las mismas.

La delimitación de áreas marinas y submarinas entre Venezuela y los Estados Unidos de América.

Con motivo de la visita del presidente J. Carter a Venezuela, a finales de marzo de 1978, ambos gobiernos consideraron oportuno y conveniente proceder a la delimitación de las líneas de delimitación de áreas marinas y submarinas entre ambos países. Los contactos se iniciaron en la ciudad de Caracas, a fin de acordar el procedimiento a seguir (Modus Operandi) (42).

El esfuerzo culminó el 28 de marzo de 1978 con la firma del acuerdo de delimitación entre los dos cancilleres.

Objeto de la delimitación.

El objeto de la negociación consistió en la delimitación de fronteras marítimas, entre nuestra isla de Aves, ubicada a

(40) M. W. Mouton: *The Continental Shelf.* Rec. de Cur., vol. 85, 1954, p. 368.
(41) *La Plataforma Submarina y el Derecho Internacional.* Consejo Superior Investigaciones Científicas. Madrid, 1952, p. 97.
(42) La delegación venezolana estuvo presidida por el autor del presente trabajo, con el carácter de embajador plenipotenciario en misión especial, el Contralmirante Luis Rafael Lucas Morales, ex director de Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores y los Doctores J. F. Pulvenis y Justo Farias, Asesores del citado Ministerio.

500 kilómetros al norte de la isla de Margarita y a 200 kilómetros al oeste de Dominica; la cadena de islas que forman el anteportal geográfico venezolano; archipiélago de Aves y los Roques con las islas bajo jurisdicción norteamericana: Puerto Rico y Santa Cruz. En realidad el 63,30 por 100 de la línea de que delimita las áreas marinas y submarinas entre las costas de las islas de Aves y St. Croix.

Antecedentes.

En 1854 dos grupos de comerciantes norteamericanos se instalaron en isla de Aves a fin de explotar el guano, importante ingrediente para estimular fertilidad de la tierra (43). *El 12 de diciembre de* 1854 la goleta General Falcón comandada por el capitán Manuel de Cotarro llegó a la isla. El día siguiente el capitán domingo Díaz desembarcó logrando que los ilegales ocupantes reconocieran nuestra soberanía. Se les concedió un permiso provisional de explotación. Debido a la violación de los términos del permiso por parte de los comerciantes norteamericanos se ordenó el desalojo de la isla.

Posteriormente se suscribió entre ambos gobiernos, un acuerdo de indemnización a los comerciantes, mediante la aceptación de letras de vencimientos sucesivos. A fines de diciembre de 1854 el señor John D. T. Wallace, oriundo de Filadelfia, Estados Unidos, firmó un contrato de explotación de guano en isla de Aves con el Secretario de Estado de los Despachos del Interior, Justicia y Relaciones Exteriores por el término de quince años. Debido al incumplimiento de Wallace, el gobierno venezolano resolvió el contrato de explotación de acuerdo al decreto del 22 de mayo de 1855 y suscribió un nuevo convenio de explotación con la compañía de guano de Filadelfia, el 29 de septiembre de 1855 (44). El 30 de junio de 1865 la Reina Isabel II de España dictó el Laudo que reconoció la soberanía de Venezuela sobre dicha isla en litigio con los Países Bajos. Estos acontecimientos constituyen valiosos antecedentes para demostrar la capacidad económica de la isla de Aves, que ha servido y puede seguir sirviendo como una valiosa fuente de suministro de guano para la región del Caribe.

La historia del acontecimiento y la subsiguiente reclamación norteamericana culminó con la suscripción del Convenio sobre

(43) Los dos grupos de comerciantes fueron: Shelton, Sampon y Tappan, por una parte, y Lang y Delano, por la otra.

(44) Edición de la Biblioteca Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968.

Isla de Aves, el 14 de enero de 1859, en virtud del cual, Venezuela pago una indemnización a los comerciantes desalojados.

La historia ha sido expuesta por W. I. Harris en su libro "Las reclamaciones de la isla de Aves" (45).

Características geográficas.

a) *La isla de Aves* es una estructura coralífera, punta emergida de la prominencia dorsal de Aves, cordillera sumergida que se extiende paralela al arco insular de las Antillas Menores. La isla mide 580 metros de longitud Norte-Sur y 150 metros en dirección Este-Oeste, en su parte más ancha (Patin 1972) hasta 27 metros en su parte más angosta. Tiene una superficie de 0,042 Km². y su altura máxima es de 3 metros.

b) *El archipiélago de Aves* ubicado a 160 kilómetros de la costa del estado Aragua, en cambio, está constituido por "dos atolones en formación constituidos por islas, islotes, cayos y arrecifes coralinos, conocidos como Aves de Sotavento (cinco) y Aves de Barlovento (46).

c) *El Archipiélago los Roques* por su parte, está ubicado a 35 kilómetros al este de las Aves y a 120 kilómetros al norte de Naiguatá. Es un *atolón coralino* en proceso de formación, de aspecto oval alargado, de 36,6 kilómetros de Este a Oeste, por 24,6 kilómetros de Norte a Sur. la isla mayor, el Gran Roque tiene una superficie de 1,70 Km².

d) *La isla de Puerto Rico* tiene un área de 8.897 Km². y sostiene una población de 3,5 millones de habitantes. Su producto interno bruto aproximado alcanza 9.800 millones de dólares.

e) *Santa Cruz* por su parte, tiene una superficie de 218 Km². y cuenta con una población aproximada de 35.000 habitantes. Se encuentra a unas 40 millas náuticas al sur del grupo de islas Vírgenes aun cuando separada de éstas por una fosa submarina de más de 2.000 metros de profundidad y se provee de agua mediante una planta desalinizadora.

Las zonas jurídicas a delimitar.

Como cuestión previa, se examinó la naturaleza jurídica de las zonas a delimitar.

(45) B. Velásquez: *La isla de Aves y las agresiones extranjeras a Venezuela.* Imp. Universitaria. Caracas, 1978, pp. 89 y sig.

(46) W. William Trujillo: *Las Maravillosas islas venezolanas.* Publicaciones Seleven. Caracas, 1980, pág. 41.

Desde el punto de vista de Venezuela, se trataba de determinar la línea limítrofe de la *Zona Económica Exclusiva*, concepto novedoso, cuya creación y apoyo sustancia en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, lo ha hecho incorporar de una manera inequívoca al Derecho Internacional Marítimo. En cuanto al suelo y subsuelo marinos se aplica el concepto de Plataforma Continental (47). Al respecto, es conveniente recordar: *a)* fue Venezuela por intermedio del Dr. Andrés Aguilar el primer país que propuso la creación de una zona de mar patrimonial de naturaleza económica, el 19 de agosto de 1971, ante la Sub-Comisión II de Naciones Unidas, sobre utilización de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional (48); *b)* que Venezuela ha sido copatrocinadora de la proporción, conjuntamente con México y Colombia, de cambiar la creación de un mar territorial de 12 millas náuticas con una zona, adicional de naturaleza económica de 18 millas náuticas; *c)* que el Congreso Nacional estaba en proceso de aprobar la Ley que estableció la Zona Económica Exclusiva de 200 millas; *d)* que los otros países del Caribe habían legislado e incluso delimitado Zonas Económicas adyacentes a las islas marinas venezolanas (49).

Los EE. UU., en cambio, se encontraban vinculados por la Ley que creó la Zona de Protección de 200 millas o Zona Exclusiva de Pesca, en vigencia desde el 1 de mayo de 1977. (Fishery Conservation Zone).

En virtud del citado instrumento legal, los EE. UU. han firmado, entre otros, acuerdos pesqueros con México (24-11-76), Cuba (27-04-77).

A fin de obviar todo posible conflicto de interpretación sobre la naturaleza jurídica de las zonas a delimitar, se acordó no calificar jurídicamente las citadas zonas a fin de no prejuzgar sobre tal extremo. Eso explica que el considerando utilice la expresión genérica "la necesidad de establecer *límites marítimos precisos y equitativos*, sin realizar calificación alguna. No obstante y a fin de evitar equívocos, se estableció "la obligación de ambos Gobiernos, de no reclamar ni ejercer, con propósito alguno derechos soberanos o jurisdicción al otro lado de la línea limítrofe, sobre las aguas, suelo y subsuelo marinos" (artículo 4.º).

(47) Esa expedición que ratificó la realizada en la sesión plenaria del jueves anterior, el Dr. Aguilar propuso la creación de tres zonas: a) Un mar territorial de 12 millas; b) Una zona de mar patrimonial de 200 millas y c) Una zona internacional fuera de los límites anteriores.

(48) Publicada, en definitiva, el 26-7-78 ("Gaceta Oficial" 2.291).

(49) Colombia, México, Cuba, etc.

Esta última previsión clarifica los derechos de cada parte en sus respectivas áreas marítimas así como el de respetar los derechos de la otra parte contratante en el área que le corresponde.

Al propio tiempo, y a fin de evitar que los criterios adoptados por el Tratado pudiesen afectar de alguna manera las soluciones que pudiese contemplar la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, se aclaró expresamente que "*la delimitación no afecta ni perjudica, de modo alguno, las posiciones de ninguno de los dos Gobiernos con respecto a los dederechos soberanos o a la jurisdicción de cualquiera de los dos Estados, o las reglas del Derecho Internacional o cualquier otra cuestión relacionada con el Derecho del Mar*" (artículo 4.º).

Esta previsión está orientada a impedir cualquier posibilidad de confusión que pudiese derivarse del proceso de elaboracón de la nueva Convención sobre Derecho del Mar.

El Derecho Aplicable.

El Derecho aplicable, como se señaló al tratar de las zonas jurídicas a delimitar (50) se fundamentó, básicamente, en el desarrollo del Derecho Internacional Marítimo contenido en el texto oficioso con fines de negociación de la III Confemar. En efecto el texto oficioso reconoce una Zona Económica Exclusiva que no se extenderá más allá de 200 millas náuticas, medidas a partir de las líneas de base, a partir de las cuales se mide en mar territorial (artículo 57).

Este criterio es aplicable tanto a la masa continental como a las islas. Ahora bien, una isla desde el punto de vista jurídico, es "una extensión natural de tierra rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar" (51).

No obstante se pretende categorizar el concepto de isla, agregando al concepto anterior, el siguiente calificativo:

"Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán Zona Económica Exclusiva ni Plataforma Continental" (artículo 21).

Ahora bien, la isla de Aves no es una roca desde el punto de vista geológico, sino una estructura *coralífera*, por consiguiente de origen animal. Por otra parte, es apta para tener vida económica propia como lo evidencia las sucesivas explotaciones de guano en ella realizadas, por los hábitos tradicionales

(50) Infra. Núm. 5.

(51) Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua (Art. 10).

de pesca en ella existentes, por la permanencia de la tortuga verde y otras especies de gran importancia comercial.

Las posiciones de las partes y el método de delimitación aplicado.

Las posiciones de las partes contrastaron en cuanto a las áreas marinas y submarinas que debían reconocerse a la isla de Aves. La delegación norteamericana pretendió aplicar la *tesis del efecto parcial a isla de Aves*, alegando su incapacidad para mantener habitación humana y la carencia de vida económica.

Después de algunas discusiones se impuso la tesis venezolana de reconocimiento pleno de sus áreas marinas y submarinas, en base, principalmente a la evidencia representada por la indemnización pagada por Venezuela con motivo del desalojo de los comerciantes norteamericanos explotadores de guano, en cumplimiento del *convenio sobre la isla de Aves, suscrito el 14 de enero de* 1859. El citado convenio, en efecto, constituye prueba irrefutable por lo menos de frente a los Estados Unidos de América, de la capacidad e importancia económica de la isla de Aves.

El método de delimitación aplicado fue orientado por la necesidad de establecer límites *marítimos precisos y equitativos.*

Se utilizó una línea equidistante entre las diferentes islas involucradas. La utilización de la equidistancia, revela, una vez más, que el método de delimitación depende del conjunto de *circunstancias pertinentes* de cada caso y especialmente que su aplicación conduzca a una solución equitativa. Lo que no es admisible la aplicación preconcebida de un método único a todos los casos y mucho menos en forma automática y obligatoria.

La posición de Venezuela ha sido muy clara al respecto, al afirmar que no se trata de excluir ningún método sino de aplicar el que sea más conveniente y apropiado al caso concreto, dentro de la variedad de métodos existentes.

Descripción de la línea limítrofe.

La frontera marítima entre Venezuela y los Estados Unidos de América está determinada por líneas geodésicas que unen veintidós (22) puntos que abarcan una extensión aproximada de 298,7 millas náuticas, entre sus extremos. Como puede apreciarse en el mapa adjunto, desde el punto 22, la línea limítrofe se proyecta en sentido Oeste, siguiendo el azimut 274,33 por 100 hasta el punto de unión con un tercer Estado (art. 2.º).

La posición de los puntos se define por longitudes y latitudes, según Datum de Norteamérica 1927, elipsoide Clarke 1966.

Los puntos base.

Es conveniente destacar que para la medición de los puntos anteriormente mencionados, se utilizó como puntos de base tanto nuestra isla de Aves como las islas que forman parte del anteportal venezolano, es decir, archipiélago de Aves y el archipiélago los Roques, con lo que obtuvo el reconocimiento de la totalidad de sus áreas marítimas.

La línea de delimitación está integrada por tres partes o sectores definidos así:

a) *Sector Aves-Santa Cruz.*
b) *Sector Aves-Puerto Rico.*
c) *Sector Los Roques-Puerto Rico.*

a) *El Sector Aves-Santa Cruz.*

Comprende la mayor extensión de la línea de delimitación entre los puntos 1 y 8 (52) con 130.72 millas naúticas de extensión. El punto número 1 está, aproximadamente, a 67 millas de Aves y Santa Cruz.

b) *Sector Aves-Puerto Rico.*

Del punto 8 la línea toma una inclinación Sur-Oeste más acentuada hasta el punto 11 recorriendo un trayecto de 55.64 millas náuticas (53).

c) *Sector Los Roques-Puerto Rico.*

Del punto 11 la línea toma una inclinación Norte-Oeste hasta alcanzar el punto 22, corriendo 112,34 millas náuticas.

En el punto 12 "el límite alcanza su máxima distancia de los respectivos territorios midiendo, aproximadamente, 177,2 millas náuticas de Puerto Rico y la isla Los Roques" (54).

Del punto 22 la línea limítrofe toma un rumbo verdadero constante siguiendo el azimut 274,23º hasta llegar al punto de

(52) Ver mapa adjunto.
(53) *Id., íd.*
(54) Límites in the sea. U.S. Departamente of State. Núm. 91, Marítime Boundary United States, Venezuela, p. 4.

unión con su tercer Estado, para el caso de que la línea de delimitación marítima de los Estados Unidos de América se extienda hacia el Oeste. En ningún caso dicho punto de triple convergencia (Venezuela, Países Bajos, Tercer Estado), estará situado más al Oeste de punto de latitud 15° 14' 28" N y longitud 68° 51' 44" Oeste (artículo 2.°).

Este último punto coincide con el punto extremo de la delimitación entre Venezuela y las Antillas Neerlandesas.

El tratado acoge el método de la *negociación directa* como mecanismo de solución de controversias que pudieran seguir con motivo de la interpretación o aplicación de las disposiciones del Tratado (artículo 5.°).

Este sistema consolida la tesis tradicional de Venezuela favorable a la negociación directa como el método más apropiado y conveniente para la solución de controversias entre las partes.

Evaluación y resumen.

1. El Tratado de Delimitación de Fronteras Marítimas entre Venezuela y los Estados Unidos de América, suscrito el 28 de mayo de 1978, es el primer instrumento jurídico celebrado por nuestro país en el área marítima, posterior al célebre tratado que delimitó "el lecho y subsuelo marino del golfo de Paria" entre Venezuela y Gran Bretaña, el 26 de febrero de 1942.

2. El objeto del tratado fue delimitar las áreas marítimas ubicadas entre nuestra isla de Aves (ubicada a 500 kilómetros de Margarita), las islas que integran el anteportal venezolano (archipiélago de Aves, Los Roques), con las islas bajo jurisdicción norteamericana (Puerto Rico y Santa Cruz).

3. La línea limítrofe acordada, sin prejuzgar sobre la naturaleza jurídica de las áreas marítimas delimitadas, establece explícitamente la obligación de ambos gobiernos de no reclamar ni ejercer, con propósito alguno, derechos soberanos o jurisdicción al otro lado de la línea limítrofe.

4. El tratado reconoce la totalidad de las áreas marítimas (Mar Territorial, Zona Económica, Plataforma Continental), de todas las islas venezolanas involucradas; isla de Aves, archipiélago de Aves, archipiélago Los Roques, enfrentadas a las islas de Puerto Rico y Santa Cruz, no obstante las diferencias geográficas y económicas que la caracterizan.

El tratado contribuye a consolidar el control por Venezuela del Promontorio o Dorsal de Aves, cuya expresión exterior es, precisamente, la isla de Aves.

La delimitación de áreas marinas y submarinas entre Venezuela y el reino de los Países Bajos.

a) *El inicio del proceso.*

El inicio de los contactos formales entre Venezuela y el reino de los Países Bajos se produce oficialmente el 4 de abril de 1972, con motivo de un *Aide Memoire* presentado por el embajador de Holanda a la cancillería Venezolana, expresando el deseo de iniciar negociaciones tendientes a la delimitación de áreas marinas y submarinas. Notas similares fueron enviadas en septiembre y noviembre del mismo año.

b) *Areas a delimitar, características geográficas.*

Desde el punto de vista geográfico, las áreas a delimitar están comprendidas entre dos grupos de islas neerlandesas y el territorio continental venezolano, así como islas pertenecientes a nuestro país. El sector principal está integrado por el grupo de islas neerlandesas conocido como el ABC, esto es, Aruba, Bonaire y Curazao, enfrentadas a la costa venezolana del Estado Falcón. El sector B está formado por el grupo de islas neerlandesas de Saba, San Eustaquio y San Martín, por una parte, y la isla de Aves venezolana, ubicada a 500 kilómetros de Margarita.

Desde el punto de vista jurídico era necesario determinar:

a. La línea divisoria de *Mar Territorial* entre la isla de Aruba y nuestra península de Paraguaná (la distancia mínima aproximada entre ambas costas es de 27.500 metros o 14.848 millas, en tanto que la distancia máxima aprimada es de 38.000 metros o 22.518 millas).

b. La división de *Plataforma Continental* entre la zona comprendida al oeste de la isla de Aruba, el archipiélago de Los Monjes y la costa de Paraguaná.

El área total de plataforma entre Aruba y Los Monjes es de, aproximadamente, 1.300 Km². Entre el borde del mar territorial de Aruba y el punto medio con Los Monjes hay, aproximadamente, 590 Km².

c. *Las Zonas Económicas Exclusivas* que corresponden a ambos países en el área del Caribe. El área de Zona Económica Exclusiva al norte de Venezuela, es de, aproximadamente, 390.000 Km²., incluyendo el efecto de isla de Aves, cuya área

de control total abarca entre 75.000 y 80.000 Km². Si excluimos el efecto de isla de Aves, el área a delimitar, aproximadamente, a 315.000 Km².

c) *Análisis del tratado de delimitación.*

1. *El preámbulo.*

El contenido del preámbulo del tratado constituye el conjunto de orientaciones, propósitos y principios que han servido a las partes contratantes como guías (55) u objetivos al celebrar dicho tratado. En ese sentido, el tratado en examen, cumple con esa función primordial en cuanto al proceso interpretativo de su contenido. La convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece (56) que, "los tratados deben ser interpretados de buena fe, de acuerdo con el sentido ordinario que debe ser dado a sus términos, dentro de su contexto y a la luz de su objeto y propósito".

El contexto, a los fines de la interpretación de un tratado comprende, además del propio texto, el preámbulo, sus anexos los acuerdos de ejecución del tratado, las prácticas en la aplicación del tratado, o las relativas a su interpretación, etc. El contenido de los seis (6) considerandos del tratado puede ser clasificados así:

Considerandos de origen político-histórico-económico de importancia fundamental, están contenidos en los números (1), (3), (4) y (5). El considerando primero contiene la reafirmación "de las cordiales relaciones entre los Estados contratantes y, en especial, las vinculaciones históricas, sociales, económicas y culturales entre los pueblos de Venezuela y las Antillas Neerlandesas".

En realidad puede afirmarse que se trata de un considerando usualmente utilizado en este tipo de instrumentos. La sola firma de un Tratado de naturaleza limítrofe reafirma en forma concreta tales relaciones. En todo caso, es incuestionable que las relaciones de Venezuela con los Países Bajos, así como con el

(55) El preámbulo es medio normal de interpretación, una guía virtual, según la expresión de los jueces Hurts, Rostworowki y Negulesco en la *Opinión consultativa sobre el asunto de las escuelas minoritarias de Albania*, "Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A/B, de 6-4-1935, p. 31; citado por J. A. Corriente Córdova", Valoración Jurídica de los Preámbulos de los Tratados Internacionales.

(56) Artículo 31.

pueblo de las Antillas Neerlandesas han sido y seguirán siendo excelentes (57).

Ese espíritu ha sido, sin lugar a duda, uno de los factores que han influido decisivamente en las Delegaciones negociadoras, en su esfuerzo por lograr una solución equitativa, racional, sin menoscabo alguno para los intereses vitales de ambos pueblos. Importancia fundamental reviste el contenido del considerando cuarto que reconoce expresamente "la importancia vital e histórica que tiene para Venezuela, el golfo de Venezuela, el complejo de intereses fundamentales que caracterizan, así como el tránsito marítimo hacia o desde Venezuela" (58).

Este reconocimiento, que las partes contratantes consagran en forma destacada al ubicarlos en el preámbulo, constituye, sin lugar a duda, *el principio fundamental*. Si bien no hay novedad alguna en destacar "la importancia vital e histórica que tiene para Venezuela, el golfo de Venezuela, el conjunto de intereses fundamentales lo caracterizan, así como el tránsito marítimo hacia o desde Venezuela", es la primera vez que se reconoce tal conjunto de intereses vitales en un Tratado Internacional, tanto más, si se trata precisamente de un Tratado de Delimitación de áreas marinas y submarinas en la propia área del golfo de Venezuela.

Esa importancia vital fue un factor decisivo en el proceso de determinación de las líneas limítrofes, especialmente en área enfrentada entre el archipiélago de Los Monjes (Venezuela) y la isla de Aruba (Antillas Neerlandesas) (59). Igualmente explica el requisito de *mutuo consentimiento* exigido para la aplicación de normas de prevención, reducción y control de la contaminación, en la medida que afectasen la navegación en el ejercicio del derecho de paso en tránsito, particularmente en las rutas de navegación internacional ubicadas en el área marina que se extienda entre el archipiélago de Los Monjes y la isla de Aruba (60).

En esta área, por otra parte, coincidió el interés particular de las Antillas en controlar la mayor extensión posible de Plataforma Continental, toda vez que únicamente en ese sector

(57) Prueba evidente de esas excelentes relaciones han sido las Convenciones de explotación conjunta y asistencia técnica entre las líneas "Viasa" y "KLM", así como entre las empresas navieras de ambos países.

(58) El contenido material de los intereses vitales existentes para Venezuela en el golfo han sido examinados, en líneas generales, en el capítulo.

(59) Artículo y ordinal 8.

(60) Artículo 4, núm. 8.

existe en área de Plataforma Continental propiamente dicha. Ese interés quedó reflejado en el considerando quinto del Preámbulo al reconocer las partes "que para las Antillas Neerlandesas es de esencial importancia asegurar los medios para su desarrollo económico" (61).

Estas disposiciones están contempladas por el reconocimiento por las Partes de "la necesidad de establecer medidas adecuadas para la preservación y aprovechamiento racional de los recursos existentes en sus *respectivas Jurisdicciones*". En realidad esta disposición, más que una obligación jurídica precisa, ya que no contempla en sí misma la acción inmediata alguna, representa una típica *Cláusula-Constatación* (62), una norma de conducta perfectamente clara, y con un objetivo preciso. En todo caso, se refiere al aprovechamiento de los recursos existentes "en sus respectivas Jurisdicciones", por lo que no está planteada interferencia alguna en los recursos de la otra parte contratante.

La citada consideración preámbulo está concretada a las disposiciones sustantivas de los artículos 9, 10 y 11 (63). En este sentido, las partes convinieron en coordinar, en cuanto fuera posible, las medidas legislativas y reglamentarias que adopte cada parte, "promover, fomentar y facilitar la realización de investigciones científicas marinas", así como "adoptar conjuntamente medidas para evitar o eliminar la contaminación".

2. *Las líneas limítrofes.*

El Tratado con los Países Bajos abarcó un amplio sector geográfico que incluye toda el área de costas enfrentadas entre el Estado Falcón y el archipiélago Los Monjes (Venezuela) con las islas de Aruba, Curazao y Bonaire, por una parte, y por la otra, la isla de Aves (Venezuela) con las islas neerlandesas Saba y San Eustaquio.

Las líneas limítrofes fueron trazadas utilizando líneas geodésicas a fin de tener en cuenta la curvatura de la tierra, abarcaron cuatro (4) grandes sectores, a saber: El sector A entre el

(61) Conflicto de intereses vitales que explica que fuese adoptada una solución de compromiso reflejada por el meridiano 70° 25' que asegura una salida autónoma para Venezuela hacia el Caribe medio, sin peligro de interferencia por terceros Estados (al explotar la Plataforma Continental) y al propio tiempo reconoce un área moderada de Plataforma en el área oeste de Aruba.

(62) Véase al respecto J. A. Corriente Córdova, *Ob. cit.*, p. 27.

(63) No es por consiguiente una "flatus vocis" sino que está implementada mediante disposiciones concretas en la parte sustantiva.

oeste de la isla de Aruba y el archipiélago Los Monjes (territorio venezolano) donde la línea limítrofe sigue el meridiano 70° 25' Oeste hasta un punto de latitud 12° 49' Norte donde la línea limítrofe se inclina en sentido Nor-Este hasta llegar al punto de longitud 69° 34' 38" Oeste y latitud 15° 24' 48" Norte (cabo Beata, isla Saona-Aruba). Este sector fue, sin lugar a dudas, el de más difícil determinación debido a la confluencia de intereses de ambas partes.

En efecto, es el único sector con posibilidades potenciales de hidrocarburos cercana a las Antillas, por una parte y por la otra, se trata del área de salida marítima hacia el Caribe de la navegación proveniente del golfo de Venezuela.

La solución, al propio tiempo corrige la inequidad que hubiese representado la aplicación de la equidistancia que hubiese cercenado a Venezuela su legítimo derecho de salida del golfo de Venezuela y del lago de Maracaibo por aguas bajo jurisdicción propia hacia el Caribe.

En el sector B, entre las islas de Sotavento (Aruba, Curazao y Bonaire) y la costa Norte de Venezuela le correspondieron 12 millas náuticas a Venezuela y 10,5 millas a Aruba. Esta solución favoreció racionalmente a la masa continental frente a la isla neerlandesa, sin demeritar su derecho.

En el sector C, la línea tomó el meridiano de Puerto Cabello, tangente a las doce millas de Bonaire para luego tomar hacia el Nor-Oeste y formando así una figura de trapezoide.

En el sector D, entre la isla de Aves, Saba y San Eustaquio, la línea es equidistante de los puntos más sobresalientes de nuestra Isla de Aves (Venezuela) y las islas neerlandesas de Saba y San Eustaquio.

El examen de las soluciones planteadas nos pone de manifiesto:

1. Que se logró una solución justa, equilibrada, conveniente al ponderar adecuadamente los intereses vitales tanto de Venezuela como de los Países Bajos (Antillas Neerlandesas).

2. Esa apreciación se robustece al ser examinada en el marco global de las relaciones de Venezuela con los Países Bajos y especialmente, con las Antillas Neerlandesas, con quien nos unen lazos históricos, sociales, económicos y políticos.

3. Se aplicaron los principios equitativos en el trazado de las diferentes líneas limítrofes, combinados con una pluralidad de métodos de delimitación de acuerdo a la variedad de circunstancias geográficas. En efecto, en el sector A, se emplearon los meridianos y paralelos; en el sector D la equidistancia, en

los sectores B y C se dió un relativo mayor peso a la masa Continental, etc.

4. La asignación de áreas refleja las anteriores consideraciones, toda vez que, de los 114.000 kilómetros cuadrados hasta el Caribe Medio, a las Antillas Neerlandesas le correspondieron 74.000 kilómetros cuadrados, esto es el 64 por 100 del área total, en tanto que los 40.000 kilómetros cuadrados restantes, ubicados al Este y Oeste de las líneas limítrofes, quedaron a favor de Venezuela.

5. La distribución de áreas, al propio tiempo, refleja razonablemente el criterio de proporcionalidad entre éstas y las áreas costeras involucradas, (64), no obstante, que la proporcionalidad no ha sido considerada como un método autónomo de delimitación, sino como un criterio para apreciar la equidad del método empleado. Como lo señaló la Sentencia Arbitral Francia-Inglaterra "es la desproporción más que un principio general de proporcionalidad lo que constituye criterio o factor pertinente". (Núm. 101, pág. 105).

6. En las proyecciones hacia la línea media del Caribe, la inclinación de la línea en sentido Este al norte de Aruba, a partir del punto 2 (latitud 12° 47') hasta alcanzar el punto 1 de latitud 15° 24' 50" y longitud 69° 33' 30", se amplía el área cercana a la línea media del Caribe a 77,78 kilómetros hasta el meridiano 71° 06' 14" (65) (máxima aspiración Colombiana).

7. La solución preserva la salida del golfo de Venezuela y del lago de Maracaibo hacia el Caribe, al asignarnos un área de 48,9 kilómetros entre la línea limítrofe y el Monje Este (Zona Económica Exclusiva).

8. La línea limítrofe adoptada en el sector D, entre las islas de Aves-Saba-San Eustaquio, consolida el control de Venezuela sobre el promontorio de Aves y sobre las áreas marítimas que circundan dicha isla, las cuales alcanzan, aproximadamente, 75.000 kilómetros cuadrados.

9. El régimen de navegación (66) adoptado resguarda adecuadamente los intereses fundamentales de Venezuela en tan estratégica área, al reconocer, a partir de las tres millas de mar territorial de las Antillas, a) el paso en tránsito, es decir: la libertad de navegación y sobrevuelo para *todos* los barcos y aviones mercantes y de Estado venezolano (67); b) ese paso en

(64) Véase al respecto, Capítulo.
(65) Punto de triple equidistancia Alto Velo-Aruba-Guajira.
(66) Véase al respecto.
(67) Excluyendo, lógicamente, las libertades de pesca e investigación científica.

tránsito, no puede ser interrumpido por el Estado costero, ni siquiera por razones de seguridad (artículo 4, núm. 5); c) se aplica el mismo régimen para los buques y las aeronaves mercantes de terceros países procedentes de o destinados a Venezuela; d) los canales de navegación o rutas aéreas que puedan designar el Estado costero no pueden constituir un obstáculo a la libre navegación y, e) toda medida contra la contaminación que pudiese afectar la nevegación en el área, debe ser tomada de común acuerdo.

10. Las disposiciones relativas a estructuras minerales o similares cabalgando en la línea limítrofe, a) evitan racionalmente la eventualidad de que uno de los países limítrofes pueda ser perjudicado por la explotación realizada del otro lado de la línea limítrofe; b) establecen el procedimiento en virtud del cual se determinarán las características técnicas del yacimiento, así como su división proporcional entre los países limítrofes, etc.

11. Representa un valioso precedente a favor de los intereses vitales de Venezuela, en relación con otras delimitaciones pendientes de realizar, especialmente en relación a Colombia, República Dominicana, Francia, Gran Bretaña, etc.

12. Contribuye a consolidar la situación de las islas Venezolanas y su ámbito de control sobre las áreas marinas y submarinas que les corresponden.

13. Se evidencia, una vez más, lo adecuado y pertinente del mecanismo de negociación diplomática directa para la solución de los más difíciles problemas fronterizos, sin necesidad de la intervención de terceros.

La delimitación de áreas marinas y submarinas entre Venezuela y República Dominicana.

a. *Las áreas a delimitar:*

Entre las áreas a delimitar al noroeste de Venezuela se encuentra el área enfrentada entre el sector extremo occidental de Venezuela donde se destaca el archipiélago de Los Monjes, la costa norte del golfo de Venezuela y la República Dominicana, sobre la llamada línea media del Caribe entre los 14° y 15° de latitud Norte. Desde el punto de vista jurídico, las líneas de delimitación consagran los límites tanto de la Plataforma Continental derivados de su extensión hasta el Margen Continental, como de la Zona Económica Exclusiva o cualquier otra área que pudieran ser establecidas por partes de conformidad con el Derecho Internacional.

b. *Antecedentes.*

1. La República Dominicana promulgó la Ley 186, modificada mediante Ley 573, de marzo de 1977 (68), en virtud de la cual se estableció el Mar Territorial, la Zona Contigua, Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental del citado país. El fundamento del citado instrumento legal radicó en: a) la actual tendencia puesta de manifiesto por numerosos países del mundo, que han reivindicado para sí los recursos del mar aumentando los límites de sus aguas jurisdiccionales; b) que la Organización de las Naciones Unidas, a través de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, viene realizando la reglamentación armónica de dichas tendencias que constituirán las normas regulatorias del Mar y sus áreas submarinas (69). Al propio tiempo, c) se tomó en cuenta el contenido de la declaración en Santo Domingo de la Conferencia Especializada de los Países sobre Problemas del Mar, de fecha 9 de julio de 1972, instrumento que contiene las orientaciones fundamentales sustentados por los países del Caribe.

2. *La delimitación Colombia-República Dominicana.*

Como antecedente de obligatorio examen, se presenta el Acuerdo de delimitación suscrito entre Colombia y República Dominicana, de fecha 13 de enero de 1978. En efecto, el Acuerdo en referencia, realizado mediante la utilización del método de la línea media, cuyos puntos son todos equidistantes de los más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado, establece una línea limítrofe trazada desde un punto cuya posición geográfica está en latitud 15° 02' 00" Norte y longitud 73° 27' 30" Oeste, se dirige a través de un punto ubicado en latitud 15° 00' 10" y longitud 71° 40' 39" Oeste, hasta otro punto localizado en latitud 15° 18' 00" Norte y longitud 69° 29' 30" Oeste, hasta donde la delimitación deba hacerse con un tercer Estado (artículo 2.°). Es curioso observar que, si bien el Acuerdo establece que las líneas y puntos se señalan en la carta náutica 25.000 de la Defence Mapping Agency de los Estados Unidos, no se indica el Datum utilizado, si se trata del Datum del Norte América 1927, Elipsoide Clarke 1966 o del Datum de Sur América (ajuste provisional 1956). La cuestión puede dar lugar a diferencias de interpretación con efectos diversos desde el punto de vista geográfico y cartográfico.

(68) Véase anexo cartográfico.
(69) Preámbulo-considerado.

Por otra parte, no está claro el sentido y alcance del tercer punto, esto es el ubicado en latitud 15° 18' 00" Norte y longitud 69° 29' 30" Oeste. En efecto, el citado punto se encuentra ubicado *geográficamente al norte de la isla de Aruba*, por lo que invade el área Venezolana ubicada al Norte del golfo de Venezuela, como un sector del área perteneciente a las Antillas Neerlandesas.

Si bien en el mapa adjunto al Acuerdo la línea trazada entre los puntos 2 y 3 aparece como Azimut o línea abierta, la ubicación del punto 3 es lesivo a los derechos e intereses venezolanos y neerlandeses en el área, y sustituye una grosera e inadmisible invasión de áreas indiscutiblemente de Venezuela y los Países Bajos, respectivamente.

Eso explica las severas notas de protesta que la Cancillería venezolana envió a la Cancillería colombiana como a la Cancillería de la República Dominicana. La práctica que los Estados Unidos utiliza, cuando está por determinar algún punto de delimitación hacia un tercer Estado, un Azimut o línea abierta con una inclinación determinada, sin especificar punto final alguno, ya que ese punto es precisamente el que debe determinarse en la negociación con el tercer Estado. Por otra parte, esa fue la solución adoptada en los Tratados Venezuela-Reino de los Países Bajos, Venezuela y República Dominicana. En todo caso, el Tratado Venezuela-República Dominicana ha dejado perfectamente claro que el área de salida de Venezuela al Caribe se inicia cerca del punto 2 del Tratado Colombia-República Dominicana.

c. *Las Delegaciones Negociadoras.*

La Delegación Venezolana estuvo presidida por el autor del presente trabajo, con carácter de Embajador extraordinario y plenipotenciario e integrada, además, por el Contralmirante Luis Rafael Lucas Morales, ex Director de Fronteras, el Dr. F. J. Pulvenis, Director de Fronteras Marítimas del M. R. E., el Dr. Justo Faría Filósofo Ingeniero. El Embajador Marcial Pérez Chiriboga acompañó a la Delegación en la última etapa, como representante del Presidente electo Dr. Luis Herrera Campins.

b. *Métodos de la Delimitación utilizados.*

Como se desprende expresamente el preámbulo del proyecto de Tratado, las partes contratantes han utilizado la *aplicación de principios equitativos* para definir los límites marítimos, es decir, se han tomado en cuenta todo el complejo de factores geográficos,

políticos, económicos, jurídicos, que caracterizan esta área del golfo de Venezuela, identificando su importancia vital para Venezuela. Así consagra tanto en la expresión: "Animados del propósito de delimitar de manera justa, precisa y en base a principios equitativos, las áreas marinas entre Venezuela y República Dominicana". como por el propio conjusto de líneas limítrofes adoptadas.

Mención especial merece la expresada referencia que hace el proyecto, a la importancia del tránsito marítimo hacia o desde Venezuela (preámbulo), así como la mención del archipiélago de Los Monjes (artículo 2.º; sector A), como punto de base para determinar el punto 6, entre otros. Se consagra de esta manera la prominencia de los principios equitativos como norma orientadora de la delimitación por sobre cualquier otro sistema o método aplicable.

e. *Descripción de la línea limítrofe.*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 2 del tratado, la delimitación marítima está determinada por las líneas geodésicas que unen ocho puntos identificados mediante coordenadas geográficas, las cuales, para su precisa determinación han sido divididos en dos sectores A (Oeste) y B (Este). El sector A (Oeste) parte, como se indicó con anterioridad, del punto extremo Noroeste del Tratado de Delimitación de áreas marinas y submarinas entre Venezuela y los Países Bajos (15º 24' 48" latitud Norte y 69º 34' 38" latitud Oeste), en dirección Oeste siguiendo la línea media del Caribe a través de los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 (este último con coordenadas 14º 57' 52" latitud Norte y 71º 24' 19"). *El punto 6 es de importancia destacada, toda vez que representa el sitio de convergencia entre el Archipiélago de Los Monjes (Venezuela) y Alto Velo (República Dominicana).* Del punto 6, la línea limítrofe sigue en dirección Oeste un rumbo constante por el azimut 270º 68", o sea Nº 89; 23 W, hasta otro punto donde la delimitación debe hacerse con un tercer Estado. Es decir, a partir del punto 6, la línea limítrofe sigue en dirección Noroeste hasta otro punto, hasta donde la delimitación deba hacerse con un tercer Estado, solución que consagra claramente los derechos de nuestro país en dicha área para el caso de una delimitación lateral.

f. *Evaluación-Efectos jurídicos.*

1. A fin de enfatizar los efectos jurídicos de los límites trazados y consecuencialmente de las áreas marinas y submarinas

existentes a cada lado de dicha línea, se establece que Venezuela, al Norte de dicha línea, y la República Dominicana, al Sur de la misma, no reclamarán ni ejercerán con propósito algunos derechos soberanos o jurisdicción sobre áreas marinas y submarinas a que se refiere el artículo 1.º del Tratado. Si bien, el artículo en referencia, pudiese aparecer, a primera vista, como supérfluo, contribuye a dilucidar cualquier duda sobre la interpretación que pudiera presentarse sobre cualquier Tratado existente en el área, cuyas líneas en el Caribe medio pudieran no coincidir con la trazada en el presente.

2. La línea limítrofe ha sido trazada tomando, como punto de base, el Archipiélago de Los Monjes, reconociéndose así la totalidad de sus áreas marítimas, confirmando así el tratamiento contemplado en el Tratado con los Países Bajos.

3. El Tratado reconoce plenamente los intereses vitales de Venezuela en el área y contribuye por consiguiente, a consolidar su posición jurídica frente a terceros Estados, especialmente frente a la República de Colombia.

4. El Tratado adopta líneas, criterios y soluciones que permiten evitar cualquier interpretación contraria a los intereses nacionales, que pudiere emanar del Tratado suscrito entre Colombia y República Dominicana.

5. El Tratado constituye, conjuntamente con el existente con el Reino de los Países Bajos, un conjunto de precedentes de innegable valor en favor de los puntos de vista de Venezuela, especialmente por tratarse no solo de países de área afectada, sino directamente involucrados en el sector discutido.

6. En virtud del Tratado, Venezuela controlará un área de salida hacia el Caribe medio, al consolidar las líneas derivadas del sector enfrentando entre el Tratado con los Países Bajos (extremo Oeste) y la línea hacia el Caribe, adoptado con República Dominicana.

Faltaría lógicamente, su definición final con la República de Colombia, pero los antecedentes señalados constituyen puntos consolidados para cualquier solución futura.

7. Una vez más demuestra Venezuela que es capaz de lograr soluciones justas y equitativas, empleando el método de negociación directa, ratificando así en la práctica, la tradicional posición de nuestro país en esa materia.

La negociación limítrofe: Venezuela-Francia.

a. El 18 de julio de 1980 se firmó entre Venezuela y Francia el convenio que establece la línea limítrofe entre zonas Económicas Exclusivas de ambos países, concretamente entre nues-

tra isla de Aves (70) y las dependencias francesas *Guadalupe y Martinica*. La solución adoptada en definitiva, fue señalada por el meridiano 62° 48' 50". En nuestro concepto se trata de una solución razonable y equitativa al problema limítrofe en ese sector, por las razones que se expresan a continuación.

b. *Características generales del área.*

1. Se trata de determinar las áreas marinas y submarinas que corresponden a islas ubicadas a prudente distancia de la masa Continental. No se trata, en consecuencia, de islas cercanas al área costera en sentido estricto.

Por otra parte, Guadalupe y Martinica son dependencias de Ultramar dependientes de Francia, ubicadas en el Mar Caribe y por otra, la isla de Aves, (perteneciente a Venezuela), ubicada a 600 kilómetros de la península de Araya y a 500 kilómetros de la isla de Margarita.

2. Las islas se encuentran enfrentadas, en dirección Este Oeste.

3. *La isla de Aves,* de estructura coralina está situada en el sector Centro Occidental del Mar Caribe, es la punta emergida de la Prominencia o Dorsal de Aves, coordillera sumergida que se extiende paralela al arco Insular de las Antillas Menores, separa la Cuenca de Venezuela de la Cuenca Granada.

La isla mide en la actualidad 580 metros de longitud, en dirección Norte-Sur y 150 metros en dirección Este-Oeste, en su parte más ancha (Patin 1972), hasta 27 metros en su parte más angosta. Tiene una superficie aproximada de 0,042 Km². y su altura máxima es de 3 metros (71). Existe en dicha isla un apostadero naval de nuestra marina de guerra, encargada de velar por el mantenimiento de nuestra soberanía en el área. Sus coordenadas son 15° 40' 33" de latitud Norte y 63° 36' 27" de longitud Oeste y su estructura es "casi totalmente coralina, aunque dentro de él se aprecian distintas unidades litológicas (calcerinas, calizas, rocas de playa, arena de playa y suelo en formación) (72).

Las colinas de la Dorsal de Aves constituyen volcanes extintos (Biju-Duva-et al 1978). Es el único punto Oriental del mar Caribe donde acuden las tortugas (Chelonia Mydas) en la época de cría.

(70) La isla está situada a 500 Kms. de Margarita y a 200 Kms. al Oeste de Dominica.

(71) Zarzosa, J. D. Nuevos aportes al conocimiento de la Geología de la isla de Aves núm. 4, pág. 5.

(72) Zarzosa, J. D. *Ob. cit.*, p. 5.

El Decreto Presidencial número 1.069, de 23 de agosto de 1972, declaró a la isla de Aves "refugio de fauna silvestre", con el fin de preservar su riqueza en las distintas especies.

Las especies más importantes de aves existentes en la isla son: 1) Tijereta de mar; 2) Playero turco; 3) Playero arenoso; 4) Gaviota arenguera; 5) Guanaguanase; 6) de Veras, y 7) Tinosa. Se ha estimado en más de 500.000 el número de aves, unas diez por cada metro cuadrado (73).

4. *El Archipiélago de Guadalupe,* ubicado al Oeste de Aves, está integrado por dos islas de regular tamaño (Brasse Terre y Grande Terre), así como de cinco islas menores, tiene un área total de 1.179 kilómetros cuadrados y sostiene una población de 360.000 habitantes, distribuidos principalmente entre las ciudades de Brasse-Terre y Point a-Pitre, en base a una actividad esencialmente agrícola: azúcar, ron, cacao, cafe, vainilla, bananos, mandioca.

Su producto interno bruto, para 1976 fue de 675.000.000 de dólares (74).

En 1978 exportó diversos productos agrícolas por un valor de 85.000.000 de dólares (75).

5. Martinica, por su parte, tiene un área de 11.020 Kms.² y sostiene una población de 369.000 habitantes. Tiene 1.788 kilómetros de carretera y depende de una producción eminentemente agrícola. Exporta azúcar, café, bananos, piñas en conserva, ron y cacao.

Su producto interno bruto, para 1976 fue de 773.000.000 de dólares (76). En 1978 exportó diversos productos, con un valor de 100 millones de dólares.

El concepto jurídico de la isla.

a. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 10 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua "Una isla es una extensión natural de tierra que sobresale en pleamar". Ese mismo concepto es aplicable en relación a la Plataforma Continental. Es decir, salvo la exigencia del carácter "*natural*" de la formación el carácter jurídico de una isla no depende de su tamaño, estructura geológica, ri-

(73) W. H. Phelp. "Las aves de la isla de Aves". Venezuela. *Boletín Soc. Venezolana de Ciencias Naturales*, núm. 88. Caracas, 1957, páginas 63 a 72.

(74) United Nations, Handbook of Internacional. Trade an development Statistiees, 1979, p. 475.

(75) *Ibídem*, pág. núm. 5.

(76) *Ibídem*. p. 475.

queza o capacidad para mantener habitación humana. Sin embargo, es conveniente recordar que la delimitación en referencia (Venezuela-Francia), se concretó a establecer la línea limítrofe entre las *Zonas Económicas Exclusivas* de las islas pertenecientes a ambos Estados. En consecuencia, es necesario examinar y aplicar las nuevas normas del Derecho Internacional Marítimo que han venido surgiendo con motivo del proceso de formación, aceptación y establecimiento de dicha Zona Económica, especialmente las que figuran en los sucesivos Textos Integrados Oficiosos de Negociación, emanados de la Conferencia del Mar. Como lo ha señalado el doctor Andrés Aguilar (77) "después de un laborioso proceso de negociación, se ha logrado un consenso en esta materia". La última versión del Texto Integrado recibe el título de "Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar".

b. De acuerdo a lo dispuesto por el Ordinal 3.º del artículo 121 del proyecto citado, "las rocas que no sean capaces de mantener habitación humana o tengan vida económica propia no tendrán derecho sino a Mar Territorial".

Aun sin profundizar en la tremenda dificultad en examinar el contenido específico de los términos *roca, habitación humana o vida económica propia*, por su carácter artificial y especulativo, es conveniente recordar que todo el concepto de Zona Económica Exclusiva tiene ese carácter evolutivo, por lo que al ser aplicado ha de serlo integralmente. En relación con la isla de Aves, se ha sostenido válidamente que en el siglo pasado, existió en dicha isla una famosa explotación de Guano por parte de Compañías Holandesas y Norteamericanas, cuyo desalojo costó al país una indemnización pecuniaria a los comerciantes norteamericanos (78). El pago de las reclamaciones se realizó en cuarenta y cinco años (79). También la pesca de tortugas en los alrededores de la isla tiene una importancia en el mismo sentido. Esos argumentos entre otros han logrado eliminar (80) en las delimitaciones realizadas, la hipótesis de una

(77) Jefe de la delegación venezolana y Presidente de la Comisión I de la Conferencia, en su reciente trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. Venezuela, 1980. p. 47, núm. 69.

(78) 130.000 dólares, según la Convención de la isla de Aves, ratificada el 26 de febrero de 1981.

(79) Véase al respecto W. I. Harris. Las reclamaciones de la isla de Aves. Edic. de la *Biblioteca Universidad Central de Venezuela*, 1963. página 84 y sigtes.

(80) Según E. D. Brown "de aprobarse el citado artículo, y ser la Convención aplicable a las partes, Rockall únicamente generaría doce millas de Mar Territorial". Marine Policy. *Obj. cit.* 1978, p. 207.

negociación total a la isla de Aves de las áreas marítimas. Se hizo necesario aplicar, entonces, las normas sobre delimitación que pudieran existir en Venezuela y Francia.

c. Como ambos países reservaron el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental (1958), tal circunstancia hizo inaplicable dicha regla, de acuerdo con la cual se aplicaría la norma equidistancia-circunstancias especiales.

No obstante, como lo estableció la Corte Arbitral en el caso del Canal, U.K. contra Francia, "no existen reales diferencias entre las reglas del artículo 6 de la Convención de 1958 y la regla emanada del Derecho consuetudinario; ambas reglas tienen en común el objetivo de lograr una solución equitativa". (Sent. parágrafo 65, 70). Al examinar el Derecho consuetudinario, la Corte interpretó la regla equidistancia-circunstancias especiales, "señalando que la inclusión de las circunstancias especiales en el artículo 6 evidencia la incorporación a dicho artículo del principio de que cualquier delimitación debe ser hecha de acuerdo con los principios equitativos". (Sent. parágrafo 70).

d. Esa interpretación, por otra parte, coincide con el texto y sentido de los artículos 74 y 83 del Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar de acuerdo con las cuales, el criterio predominante de delimitación es la necesidad de obtener un *resultado equitativo*.

En efecto, el Proyecto de Convención establece que el acuerdo entre las partes debe realizarse sobre la base del Derecho Internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa (artículo 74).

e. *La estructura geológica* del promontorio de Aves parece estar formada por una cadena Norte- Sur de Picos Volcánicos, posiblemente de edades diferentes y que están parcialmente sobrepuestos unos a otros (Holmar y Sykes 1969).

La denominada Dorsal de Aves en un arco insular volcánico extinguido, según Austin Weches 1971, Partin Herrera 1978, Fox et al 1971, Nagle 1972, Bifun-Duval 1978.

Por otra parte, "La dorsal de Aves, la cuenca o fosa de Granada y el arco insular volcánico de las Antillas Menores son parte integrante de la micro-placa del Caribe; por tanto, no tienen ninguna relación estructural y litológica con el continente sudamericano". (configuración geomorfológica del margen continental de Sudamérica, estudio de la Fundación La Salle, 1980, p. 7). En cambio el promontorio de Aves y el arco de las Antillas se formaron bajo el mismo proceso: primero Aves y después las Antillas (Zarzosa. *Ob. cit.*, p. 12).

La prominencia de Aves parece representar la posición original del Arco de las pequeñas Antillas, la cual fue abandonada más tarde por efecto de una migración Hane al este de una zona de Benioff (J. M. Sellier de Civreux. Geología del mar Caribe y del margen continental de Venezuela, "Cuadernos Azules", número 16, Caracas 1974, pp. 18 y 19).

f. En todo caso, no hay duda en que entre la isla de Aves y las islas de Guadalupe y Martinica existe una sola y única Plataforma Continental ya que la Fosa de Granada integra su misma estructura geológica y no produce, en consecuencia, una ruptura de la unidad fundamental de la Plataforma Continental (81).

Siendo una sola y única Plataforma Continental entre costas enfrentadas de dos Estados "puede decirse, como lo estableció la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, que geológicamente la Plataforma constituye la prolongación natural del territorio de cada uno de los Estados en cuestión (82).

g. En todo caso, tanto la sentencia de la Plataforma Continental del Mar del Norte como la de las islas del Canal, (Francia e Inglaterra consideraron que la aplicación del método de la equidistancia o de otro método depende de las circunstancias pertinentes, geográficas y otras del caso en especie y de la regla fundamental que busca que la delimitación sea conforme a principios equitativos (83).

Al precisar el contenido de los principios equitativos la Corte Internacional de Justicia, señaló los siguientes:

1. La configuración general de las costas, así como la presencia de circunstancias especiales o mensuales.
2. La estructura física o geológica y los recursos naturales.
3. Un razonable grado de proporcionalidad entre la extensión de Plataforma perteneciente al Estado costero y la extensión de las costas medidas en dirección general de las mismas, teniendo en cuenta, a estos efectos, actuales o futuros, de cualquier otras delimitaciones de Plataforma Continental entre los Estados en la misma región (84).

(81) En efecto, como lo señaló la Sentencia sobre las islas del Canal, sólo una ruptura de la unidad de la Plataforma Continental podría interrumpir esa continuidad (sentencia párrafo 107).
(82) Sentencia de las islas del Canal núm. 97.
(83) Sentencia de las islas del Canal, núm. 97.
(84) Sentencia de la Plataforma Continental del Mar del Norte, número 101, de fecha 20-2-1969.

h. *El frente costero* de Guadalupe (50.000 m.) y Martinica (60.000 m.) es bastante mayor que el frente a isla de Aves (580 m.) (85), en consecuencia, el *razonable grado de proporcionalidad* entre la extensión de las costas medidas en su dirección general y la extensión de la Plataforma perteneciente a cada Estado costero milita igualmente en favor de las islas francesas de ultramar (86).

i. Frente a estos y otros argumentos relativos al efecto de isla de Aves sobre las áreas marítimas que la rodean, la delegación Venezolana argumentó otros orientados a destacar factores que hacen de la citada isla un punto fundamental en la proyección marítima venezolana en el Caribe. Estos factores son, *inter alias* los siguientes:

La citada isla de Aves pertenece a Venezuela, como resulta del Laudo Arbitral dictado por la Reina Isabel II de España, el 30 de junio de 1865.

La citada isla es la emersión de la Dorsal o Promontorio de Aves, eminencia submarina vinculada geográficamente a la costa venezolana.

El efecto Jurídico de isla de Aves no debe valorarse aisladamente, sino en estrecha conexión con la proyección marítima costera tanto de la masa continental venezolana en el Caribe, como de la cadena de islas que forman el anteportal costero venezolano.

La importancia estratégica que representa isla de Aves para Venezuela, tanto desde el punto de vista de la preservación de la navegación en el área, las necesidades de la defensa y seguridad en el sector circundante.

Desde el punto de vista de los recursos se trata de un punto de gran importancia en relación con la pesca y con la conservación de especies como la tortuga verde.

Tanto en el reino de los Países Bajos, como en los EE. UU. reconocieron a la citada isla la totalidad de sus áreas marítimas.

Estos factores revisten particular importancia en el caso de isla de Aves, dada su ubicación geográfica e importancia político-estratégico.

(85) En el caso de las islas del Canal, la Corte consideró a Francia e Inglaterra "en términos generales, en *situaciones geográficamente comparables, en relación con la Plataforma Continental*", Sentencia Parágrafos 234-244.
(86) *El medio efecto* representa el punto medio entre la negación total de efecto alguno a la isla en el área marítima y el reconocimiento del 100 por 100 o la totalidad de sus áreas. Si el 100 por 100 fuese la línea media, por ejemplo, el medio efecto representaría un 25 por 100 del área total.

Ahora bien, la defensa e importancia de esos factores logró evidenciar la no razonabilidad de la *tesis del efecto medio*. Precisamente, la confrontación de esos factores con los geográficos los geológicos anteriormente señalados, condujo a la Delegación Francesa a proponer como solución los tres cuartos de efecto para la isla de Aves (63° 02') y, finalmente, una solución de compromiso representada por el meridiano 62° 48' 50" de longitud Oeste.

j. La solución adoptada, ésto es, el meridiano 62° 48' 50" longitud Oeste, representa: 1) *un método perfectamente congruente con la tesis tradicional y reiterada de Venezuela de no aplicar ningún método y en especial la equidistancia*, en forma automática y obligatoria, posición que ha sido sistemáticamente sostenida por Venezuela en la III Conferencia sobre Derecho del Mar. La aplicación del método de los meridianos y paralelos es práctica diaria en las Convenciones Internacionales de límites (87) fue aplicada por Venezuela en el Tratado con los Países Bajos (en el sector Aruba-Los Monjes y al adoptar el meridiano de Puerto Cabello) (Tratado artículo 2.°); 2) El meridiano 62° 48' 50" representa una media aritmética de las coordenadas geográficas equidistantes entre Martinica-isla de Aves, por lo que equivale a una línea equidistante entre ambas Islas, pero adoptando otro método o procedimiento similar. Reconoce a ambas Islas la totalidad de sus áreas marítimas. 3) En el área isla de Aves-Guadalupe, la solución adoptada distribuye casi por igual entre ambos países. En otras palabras no obstante las determinadas diferencias en "área, frente costero, proporcionalidad, población, actividad económica y política" entre ambas islas. se les reconoció casi iguales derechos desde el punto de vista Jurídico.

El carácter claro, positivo y equilibrado de la solución adoptada no puede ser ensombrecida por la expresión superficial y poco diplomática del Delegado francés que, estimulado por el deseo de justificar el Tratado ante las poblaciones de Guadalupe y Martinica, manifestó que su Delegación obtuvo una pequeña tajada en la solución adoptada.

Conclusiones

a. El control directo permite a las partes definir, tanto la existencia misma del conflicto, como sus modalidades y características. En algunos casos esta definición ha sido considerada como un requisito para acometer otras etapas del procedimiento.

(87) Véase *Rousseau, Droit Int. Public.*, tome III, p. 241.

b. La negociación directa facilita la determinación de criterios que permitan definir la competencia *rationae materiae* como sería el caso de la competencia exclusiva de algún Estado, etcétera.

c. Las negociaciones deben ser realizadas de *buena fe*, actuar de manera razonable, evidenciado que conducen a un objetivo. Por eso no basta con reiterar un punto de vista o mantener una posición inmodificable.

d. En la práctica se trata de un proceso de *aproximaciones sucesivas* en la búsqueda de una solución final.

La actuación de las partes debe excluir todo acto de mala fe, inclusive de dolo o fraude tanto durante las negociaciones como durante la etapa de ejecución del convenio.

e. En el caso específico de las controversias fronterizas coincidimos con Mme. De la Rochere al afirmar que "el análisis geopolítico refleja una confirmación de la variedad de actitudes en relación a la solución de conflictos en el tiempo y en el espacio, y al mismo tiempo el *favor creciente de los procedimientos diplomáticos* de los nuevos Estados y de los Estados llamados revolucionarios que desconfían de construcciones teóricas del Derecho Internacional clásico y cada vez más no se consideran vinculados que por su propia manifestación de voluntad" (88).

(88) Les procedures de Reglaments de differents fronteirs. *Ob. cit.*, p. 127.

LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A ZONAS FRONTERIZAS

Isidro MORALES PAUL (Venezuela)
Asociado del IHLADI

I

Estado y territorio

a. "El territorio es esencial para la existencia e identidad de los Estados. En este sentido la palabra "boundary" tiene un sentido técnico y específico. Se refiere a la línea precisa imaginaria que separa el territorio de Estados adyacentes", afirma el profesor John H. Crabb (1) (p.1).

b. El concepto jurídico de Estado soberano ha evolucionado de tal manera que toda el área terrestre está sujeta a Estados soberanos entre los cuales existen linderos precisos, al menos idealmente.

Si bien Europa parece gozar, con motivo de los acuerdos políticos posteriores a la segunda guerra mundial, de una relativa estabilidad de sus fronteras, "el resto del mundo está lejos de beneficiarse de esa claridad, de esa certeza de la carta geopolítica" (2).

"Ciertos elementos de hecho" —agrega el profesor P. Reuter (3)— caracterizan en América, Africa y Asia una gran masa de conflictos territoriales donde la herencia de situaciones coloniales ocupa un importante lugar. "En 1963 había en Africa 25.000 millas de fronteras no demarcadas y 35.000 en América (4).

La delimitación colonial no tuvo —por otra parte— en cuenta los deseos de las poblaciones involucradas, ni de los factores sociológicos, étnicos, económicos, ni siquiera geográficos que eran mal conocidos en la época.

c. Las controversias sobre títulos soberanos en relación a la tierra son territoriales, cualquiera que sea el área a que se refieran (Crabb, p. 8).

---

(1) "International Territorial Disputes and their settlement". *National Reports*, USA.
(2) J. Dutheil: *Ob. cit.* p. 113.
(3) Droit Int. Public, 5ª. edit., pp. 179-180.
(4) J. Dutheil: *Ob. cit.*, p. 114.

d. En términos generales la frontera más cierta y duradera será aquella que por su naturaleza rechaza actividades humanas significativas (como un desierto o montañas rocosas) (Crabb. p. 2).

Sin embargo hay innumerables factores en la evolución de la sociedad humana que han causado el *reemplazo de las fronteras por límites* (boundaries) (Crabb. p. 3).

e. El establecimiento de un límite ha sido estructurado como requiriendo tres procedimientos o pasos: *atribución, delimitación y demarcación.*

f. Mientras las disputas limítrofes son primeramente aquellas provenientes del proceso de delimitación o demarcación, las disputas territoriales propiamente tales implican competencias de atribución, esto es aquéllas que exigen una confrontación de títulos de propiedad sobre una masa o territorio determinado.

Esa distinción puede ser arbitraria y superficial. En efecto. "Esto significa, sin embargo, que el proceso de limitación sea extraño al concepto de status territorial. La delimitación y subsiguiente demarcación permitirán precisar con exactitud el ámbito espacial perteneciente a cada país limítrofe. Por eso, con no poca frecuencia, las controversias limítrofes deben ser resueltas mediante confrontación de títulos de propiedad. La Corte Internacional de Justicia, en el caso del Mar Egeo, consideró que "cualquier controversia de delimitación conlleva alguna determinación de la titularidad de las áreas a ser delimitadas" (5).

g. La mayoría determinante de las disputas territoriales activas se originan en la delimitación o demarcación de territorio. Las diferencias de interpretación de actos de delimitación, los errores geográficos y cartográficos constituyen una de las causas esenciales de conflicto (6).

La guerra, incluso la amenaza de guerra, ha sido el más catalítico de la transferencia de territorio entre Estados soberanos.

h. No obstante, los Estados fronterizos siempre fundamentan sus reclamos en "derechos" que consideran jurídicamente bien fundados.

(5) Isidro Morales Paúl. "La delimitación de áreas marinas y submarinas al norte de Venezuela". Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, agosto, 1982, p. 16.

(6) J. Dutheil de la Rochiere: "Las procedures de Reglament des differendo frontaliers" La frontiere. Soc. F. D. I. *Edit. A. Pedone.* París.

II

La utilidad marginal de la noción de zona fronteriza

Siendo la frontera una línea ideal, afirma el profesor J. Verhoeven (7), establecida mediante acuerdo entre los Estados interesados que las operaciones de demarcación se esfuerzan habitualmente de trazar sobre el suelo de una manera más o menos eficaz, nada obliga a los Estados a delimitar jurídicamente un territorio respetando una demarcación geográfica aparente.

Se ha señalado que de hecho se trata de una *zona* más que *una línea*, un medio geográfico y humano.

La frontera presenta un efecto doblemente perverso porque rompe una unidad natural impuesta por la geografía y porque fuerza una unidad artificial, impuesta por la historia.

Estudios recientes han demostrado que "el desarrollo propio del medio fronterizo ha sido más de una vez largamente sacrificado a la función política que cumple la frontera en el derecho de gentes contemporáneo".

Se comprende entonces que se pueda sostener "que no existe en el derecho internacional común una noción fronteriza de la cual se deriven consecuencias jurídicas (P. Reuter, "Droit Int. Public", p. 115, 198).

La doctrina y jurisprudencia concuerdan en que no existe en derecho internacional *general* una noción de zona fronteriza con un contenido jurídico específico (V. Ch. de Visscher, "Problemes de Confins, en DIP", p. 21, 1969). Coincidiendo con este punto de vista el profesor Bruhães afirma que es generalmente convenido que la banda fronteriza reglamentada por el derecho administrativo no es una institución de derecho internacional y una zona fronteriza, como noción de derecho internacional no existe (Academia de Ciencias de Hungría).

Si la noción existe, está exclusivamente referida a las necesidades de un derecho particular, de origen convencional, tendentes a organizar espacios limítrofes.

Si bien algunos autores afirman las existencia de reglas generales de derecho internacional que imponen, aun sin Convención, de obligaciones específicas a los Estados de los confines, el contenido de esas obligaciones no es nada preciso, aun si se afirma que se trata de obligaciones de hacer como de no hacer (I. Pop., "Voisinage et bon Voisinage en Droit International, 1980" pág. 180 y sig.).

(7) Relator Nacional Belga, Profesor de la Universidad Católica de Lovaina.

Si bien la tesis es atractiva, es difícil calificarla de derecho positivo.

No es totalmente inútil señalar que la zona frontera puede ser de interés específico en relación con ciertos temas, a saber, delimitación de fronteras, derecho de vecindad y ordenamiento del espacio fronterizo.

En materia de delimitación es conveniente destacar que los factores geográficos pueden difícilmente ser totalmente descartados de los arreglos jurídicos.

El caso del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental (CPII. Serie A/B, núm. 49) o la condición actual de los Estados Archipelágicos prueban fácilmente que el respeto a una unidad geográfica es subyacente a una solución jurídica a título de soberano.

Lo mismo puede ocurrir en relación a comunidades sociales, como ocurrió en el caso de Rann de Kutch, que fue considerada una zona más que una línea fronteriza (A. F. D. I., 1968, pág. 218 y sig.).

Una situación similar puede ocurrir en materia de vecindad donde se crean comunidades de intereses que no deben ignorarse, como ocurre, asimismo, en relación con el esfuerzo de los Estados por moderar mediante acuerdos fronterizos el rigor de la división fronteriza.

El profesor Brufacs (Academia de Ciencias de Hungría) (8) señala que, "sobre las reglas de *Jure Conditio* de derecho internacional, es justo hablar de un sistema jurídico particular relativo a las zonas fronterizas. En este sentido identifica diversas fuentes de normas regulatorias, a saber: a) un gran número de *tratados internacionales* multilaterales de diversa naturaleza, como: 1) *Tratados relativos al régimen de la frontera* destinados a reglamentar la línea de fronteras, el mantenimiento de signos de demarcación, tráfico por aguas fronterizas, rutas y ferrocarriles fronterizos, etc. La característica de estos Convenios es que tienden conscientemente a privilegiar la cooperación internacional". 2) Tratados con efectos transfronterizos de especial significación, destinados a prohibir la modificación unilateral de los cursos de agua, determinan la distribución de reservas, protección contra la contaminación, etcétera.

b) También los *tratados bilaterales* son de importancia en

(8) "Las nuevas tendencias del D. I. en la solución de conflictos fronterizos".

el sentido indicado. Su diversidad crea la necesidad de una hermandad entre los diferentes tratados.

c) También el *derecho consuetudinario* ocupa una posición importante en este proceso.

d) Es importante destacar la contribución de los *órganos encargados de la institucionalización de las relaciones fronterizas*, como las *comisiones mixtas*, complementados por órganos centrales.

Una característica destacada de este tipo de Convenios es la carencia de Tribunales de arbitraje, debido a que "una parte significativa de los conflictos fronterizos es impropia a la aplicación a decisiones de justicia". Entre las competencias atribuidas a las comisiones, los litigios se encuentran relegados a un segundo plan.

En cambio, son frecuentes los conflictos de interés en el régimen de derecho internacional de zonas fronterizas.

El derecho aplicable en la solución de esos conflictos no puede estar limitado a los tratados internacionales en vigor, debiendo ser considerados igualmente las reglas generales del derecho internacional.

Ya que la utilización de mecanismos de solución obligatoria de conflictos tales como una Corte de Justicia Internacional, las soluciones están dadas bien por soluciones técnicas o bien nuevas legislaciones internacionales.

III

El Derecho aplicable

Como lo ha destacado el profesor Samuel Durán Bächler (9), "Cuando las repúblicas hispanoamericanas surgieron a la vida independiente, además de proclamar su derecho sobre el territorio bajo el control de los nuevos gobiernos, enfrentaron el problema de hacer valer su soberanía sobre territorios que no habían sido realmente ocupados. En estas circunstancias fue tomando forma, solución o acuerdo conocido como la doctrina del *uti possidetis*, que esencialmente consistía en que las nuevas repúblicas proclamaban su derecho a suceder a la Madre Patria en todos sus derechos territoriales, incluyendo naturalmente aquellas regiones no conquistadas".

(9) La doctrina latinoamericana del *Uti Possidetis* y la aplicación de sus principios a los actuales conflictos limítrofes de Africa y Asia.

La doctrina "es consecuencia inevitable del supuesto básico de que no existía *terra nullius* en el continente americano en la época de la independencia".

Algunos autores restringen cuidadosamente su alcance cuando abogan por su publicación al problema de la fijación de límites.

En América la expresión *uti possidetis* aparece por vez primera en la Gran Colombia en 1826 en Panamá, a proposición del Libertador Simón Bolívar (10), y luego en los tratados bilaterales celebrados por Brasil con Perú (1841) y generalizándose su uso a partir de 1860 a nuevas repúblicas latinoamericanas.

Cuando esa regla aparentemente simple y lógica quiso aplicarse en la realidad surgieron numerosos y casi insalvables problemas.

En términos generales las dificultades de interpretación de actos de delimitación, los errores geográficos y cartográficos constituyen las principales causas de conflicto. En algunos casos no ha sido posible precisar actos administrativos coloniales definitorios de límites entre Provincias o Dependencias. Esa circunstancia obligó a la Corte de Justicia Centro Americana en el caso de Honduras y Guatemala a adoptar una línea fronteriza que responde a factores y realidades geográficas, hechos de posesión (23 de enero de 1933).

Gross Espiel ha señalado que si bien el *uti possidetis* ha jugado un importante papel en la historia de América Latina hoy en día es "casi inaplicable en el continente americano", hasta el punto de otorgar carácter prioritario —casi unánime— al principio de autodeterminación de los pueblos (11).

IV

Los métodos pacíficos no conflictivos (12)

La negociación diplomática.

1. El profesor Isidro Morales Paúl (13) estudia el Procedimiento de negociación diplomática como mecanismo de solución

(10) D. Guerra Iñiguez: "El Arbitraje en las dispo. int. en América". *Edit. El Cojo.* Caracas, 1956, p. 18.

(11) *La frontiere. Ob. cit.* p. 175.

(12) Hemos utilizado la expresión no conflictivos por ser menos confusa que la expresión "no jurídicos", que consideramos incorrecta.

(13) I. Morales Paúl: "El procedimiento de negociación diplomática como mecanismo de solución de controversias". Ponencia nacional. Venezuela, 1982.

de controversias, utilizando como marco de referencia el Area del Caribe y en particular el caso de Venezuela, si bien sus Conclusiones son de validez universal.

La negociación directa definida como "la esencia misma del método diplomático", tiene evidentes ventajas sobre otros mecanismos de solución de controversias. Entre esas ventajas, pueden señalarse:

a) Es el método natural y apropiado (14) para solucionar controversias, como consecuencia de mantener el conflicto bajo el control directo de las partes involucradas.

b) El control directo permite a las partes definir, tanto la existencia misma del conflicto, como sus modalidades y características. En algunos casos esta definición ha sido considerada como un requisito para acometer otras etapas del procedimiento.

c) La negociación directa facilita la determinación de criterios que permitan definir la competencia *ratione materiae*, como sería el caso de la competencia exclusiva de algún Estado, etcétera.

d) Especial relevancia adquiere la negociación directa en el *caso de recursos compartidos* o bien cuando el Estado tiene derechos preferenciales, como es el caso de los derechos de pesca del Estado costero en las áreas marítimas adyacentes al mar territorial.

e) Al propio tiempo la negociación diplomática es aplicable a *todos* los litigios sin que existan limitaciones derivadas de la competencia *ratione materiae* ni *ratione temporis*.

f) Si bien se discute doctrinariamente, sí puede afirmarse la existencia de una inequívoca obligación de negociar ante la existencia de una controversia internacional o más bien una vía de solución optativa para las Partes en conflicto quienes pueden escogerlo o no discrecionalmente, la Jurisprudencia ha sido reiterativa al afirmar que "esta obligación simplemente constituye una aplicación especial del principio subyacente a todas las relaciones internacionales y que es además reconocido en el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas como uno de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales (Caso Plataforma Continental Mar del Norte. CIJ. Reports, 1969, pág. 47, parág. 86).

g) En algunos casos esa obligación deriva de la naturaleza misma de los derechos de las partes, como ocurre en los casos en que dos o más Estados deben determinar, mediante negocia-

(14) La C. I. J. así lo calificó en la Sentencia de 1974. *C. I. J. Reports*, 1974. p. 32, parágr. 73.

ciones, las modalidades para el ejercicio de derechos concurrentes.

h) Las negociaciones deben ser realizadas de *buena fe*, actuar de manera razonable, evidenciando que conducen a un objetivo. Por eso no basta con reiterar un punto de vista o mantener una posición inmodificable.

En la práctica se trata de un proceso de *aproximaciones sucesivas* en la búsqueda de una solución final.

La actuación de las partes debe excluir todo acto de mala fe, inclusive de dolo o fraude, tanto durante las negociaciones como durante la etapa de ejecución del convenio.

i) La obligación de negociar ha sido considerada como íntimamente vinculada a la obligación de aplicar principios equitativos, incluso con carácter de elementos inseparables.

j) Se analizan las modalidades del *pacto de contrahendo* como "acuerdo de voluntades acerca de algunos puntos que las partes convienen en que sirvan de base para un futuro tratado o de elementos integrantes del mismo". *El pactum de negotiando* consiste en el compromiso de negociar un acuerdo presente o futuro sin que la obligación suponga la de llegar a este acuerdo.

Se trata, por consiguiente, de una obligación de comportamiento y no de una obligación de resultado (15).

En todo caso es conveniente que el acuerdo preliminar contenga todos los elementos y requisitos necesarios para ser suficientemente preciso, por lo menos en cuanto a consagrar la obligación perfecta, vinculante para los Estados partes.

k) En todo caso es inequívoca la obligación de las Partes de no malograr los efectos del compromiso de negociar, en el sentido de abstenerse de cualquier acto encaminado a malograr el objeto de un tratado por celebrar.

En el caso específico de las controversias fronterizas coincindimos con Mme. De la Rochere al afirmar que "el análisis geopolítico refleja una confirmación de la variedad de actitudes en relación a la solución de conflictos en el tiempo y en el espacio, y al mismo tiempo el *favor creciente de los procedimientos diplomáticos* de los nuevos Estados y de los Estados llamados revolucionarios que desconfían de construcciones teóricas del derecho internacional clásico y cada vez más no se consideran vinculados más que por su propia manifestación de voluntad" (16).

(15) Sentencia de la *C. I. J.* en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte Rec. 1969, p. 47.

(16) "Les procedures de Reglaments de differents frontaiers". *Ob. cit.* p. 127.

En Europa el procedimiento de negociación diplomática ha sido particularmente útil en la solución de problemas fronterizos complejos. Su utilización ha permitido a Italia resolver problemas relativos a *zonas fronterizas*, así como problemas de cooperación entre Estados vecinos (T. Treves. Las nuevas tendencias del Derecho Internacional para la solución de conflictos concernientes a zonas fronterizas). En este sentido se destacan tanto los acuerdos recientes concluidos en Osimo para determinar los confines en la zona de Trieste (17), cuyo objeto principal es definir el trazado de la frontera, incluida su proyección marítima en el golfo de Trieste.

Particular interés revisten las disposiciones destinadas "a proteger las minorías étnicas italianas en el territorio bajo soberanía yugoeslava y viceversa, así como las normas destinadas a la determinación de la nacionalidad (pág. 4). Estas normas "contemplan la posibilidad para los integrantes de grupos extranjeros minoritarios de trasladarse al otro país perdiendo la nacionalidad del Estado de su domicilio de origen" (pág. 4), los problemas relativos al seguro social y a las pensiones.

Al propio tiempo, se destacan "las disposiciones proyectadas al futuro y que *tienen por objeto la cooperación* entre los dos países en la región fronteriza (18) en los campos económicos, de buenas relaciones de vecindad, cuencas hidrográficas, comunicaciones, carreteras. Particular importancia tiene la creación de una "zona libre" o franca de "desarrollo industrial", cuya administración está confiada a un Comité mixto italo-yugoslavo (pág. 5).

En el campo tecnológico sobresalen los acuerdos de protección del medio ambiente de regiones fronterizas, de las aguas fronterizas, ecología y problemas de vecindad (19).

También se han realizado convenios relativos a construcción de túneles fijando las reglas de juego aplicables. La frontera fue fijada "a la vertical de la frontera a cielo abierto" (pág. 7), principio coherente incontrovertido de derecho internacional, según el cual la soberanía territorial se extiende al subsuelo territorial (pág. 7).

También la negociación bilateral ha permitido resolver complejos problemas fronterizos en el *campo marítimo*.

(17) Acuerdo de Osimo, del 10-11-1975, para promover la cooperación económica.

(18) *Id., íd.*

(19) a) Convención Italo-Suiza para la protección de las aguas italo-suizas de la contaminación, de 7-10-73. b) Acuerdo Italo-Yugoslavo. c) Cambio de notas entre Italia y Francia, del 20-1-81.

En lo relativo a delimitación de Plataforma Continental se han resuelto problemas relativos a costas enfrentadas y costas adyacentes (20).

Los acuerdos de delimitación contienen normalmente mecanismos propios de solución de controversias, especialmente aplicables a problemas de recursos compartidos (21).

El análisis que realiza el profesor Janos Brufacs, de la Academia de Ciencias de Hungría (22), permiten destacar las características del régimen internacional de zonas fronterizas, en los siguientes términos:

1) Tanto los tratados internacional como la práctica de los Estados tienden conscientemente a *privilegiar la cooperación internacional.*

2) Las reglas de derecho internacional relativas a zonas fronterizas no contemplan sino incidentalmente los litigios internacionales. De ellos, los conflictos de interés constituyen la mayor parte.

3) El fundamento jurídico de los litigios internacionales no puede limitarse a los tratados internacionales, son aplicables igualmente las reglas generales del derecho internacional.

4) La solución de estos problemas consiste, en general, o una solución técnica o una nueva legislación internacional.

Procedimiento de investigación.

Este procedimiento es utilizado a fin de determinar o aclarar un hecho o conjunto de hechos a lo cual permitirá a las partes bien poner término a la controversia o bien pasar a los otros medios de solución de controversias.

El procedimiento fue contemplado en forma independiente en las Convenciones de La Haya tanto de 1889 como de 1907 con las siguientes características:

a) El recurso a las comisiones de investigación es facultativo.

b) Las comisiones sólo deben intervenir para resolver cuestiones de hecho en litigios internacionales que no comprometan el honor ni los intereses esenciales.

(20) Italia-Yugoslavia, 8-1-1968; Italia-Túnez, 20-8-71; Italia-España, 19-2-1974, e Italia-Grecia, 25-5-77.

(21) Italia-Yugoslavia e Italia-Túnez.

(22) Las nuevas tendencias del Derecho Internacional para la solución de controversias concernientes a zonas fronterizas.

c) El procedimiento es de carácter temporal, cesa al cumplir su misión.

La integración de las comisiones debe tender a garantizar su imparcialidad y;

e) El Informe no tiene carácter obligatorio.

El Pacto de la Sociedad de Naciones (arts. 12 y 15), el Acta General para el arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (23), como la propia Carta de Naciones Unidas (artículo 33), lo contemplan entre los principales métodos de solución de controversias.

Las Naciones Unidas, con frecuencia, han utilizado el método de investigación mediante la formación de comisiones especiales que debieron rendir cuenta a alguno de los órganos permanentes de la organización (24).

La Resolución 2.329 (XIV) del 18-12-67, estableció las normas aplicables a dicho procedimiento.

Similar grado de utilización se le ha dado en la Organización de Estados Americanos (O. E. A.) con resultados positivos.

Con motivo de la llamada crisis de República Dominicana (abril de 1965) la Décima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores designó una Comisión Especial cuya misión fue la de ofrecer sus buenos oficios a las facciones en lucha a fin de lograr un alto el fuego como la de realizar una investigación sobre todos los aspectos de la situación en República Dominicana.

Como consecuencia de la actuación de la Comisión Especial se firmó el Acta de Santo Domingo (24). Particular efecto surtió la Comisión Investigadora designada por la IV Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Reunida en Costa Rica, en aplicación del Tratado de Río, con motivo de los actos de intervención y agresión del Gobierno de República Dominicana contra el Gobierno de Venezuela, en agosto de 1960.

Los buenos oficios y la mediación.

Se ha considerado bastante difícil establecer la diferencia entre los buenos oficios y la mediación (26), aun cuanto los

(23) Que entró en vigencia el 16 de agosto de 1929 y creó una Comisión de Conciliación.

(24) Véase, al respecto, L. Valencia Rodríguez: "Principios de Naciones Unidas", Casa Cult. Ecuat., 1972, p. 130.

(25) 5 de mayo de 1965.

(26) J. A. W. Verzijil Int.: "Law in hist perspective Sijthoff Leyland, 1976". Vol. III, p. 49.

convenios multilaterales tienden a diferenciarlos (27), según el Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas, la fundición de quien ejerce los *buenos oficios* es "el reunir a las partes, a fin de hacer posible para ellos lograr un convenio adecuado" (art. 9).

Las funciones del mediador van más allá al *asistir a las partes* en la solución de controversias, de la manera más simple y directa, pero toma parte en las negociaciones, procura una negociación aceptable.

Quien presta sus buenos oficios, bien sea un Estado o un ciudadano, termina su misión una vez que las partes se han reunido y reanudado negociaciones. Sólo por acuerdo expreso participa en las negociaciones (Pacto de Bogotá, art. 11).

La ventaja de la mediación es que puede aplicarse en cualquier clase de controversias, especialmente las de carácter político. Por su naturaleza es muy flexible y puede revestir diversas modalidades.

Si bien los buenos oficios ejecutados por Estados han disminuido en importancia en relación el siglo XIX, los ejercidos por entes u organizaciones regionales o por grupos de Estados han tenido cierto grado de eficacia.

Los buenos oficios de Costa Rica - Guatemala lograron en 1976 un acuerdo fronterizo entre Honduras y Salvador, en presencia de observadores de la O. E. A. (28).

Los buenos oficios del Secretario General.

También la actuación del Secretario General de Naciones Unidas es hoy en día reconocida como una nueva modalidad o mecanismo de solución de controversias.

U Thant calificó la esfera de actividades diplomáticas conocidas como buenos oficios como una de las más útiles y menos conocidas posibilidades de Naciones Unidas, actividad a cuyo desarrollo contribuyó entusiásticamente, conjuntamente con Trygve Lie y Dag Hammarskjold (29). Esa actividad puede realizarse en base a las disposiciones de la Carta que le atribuyen poderes diplomáticos independientes (30), o bien a

(27) Convenios de La Haya de 1899, de 1907, así como el Pacto de Bogotá del 30 de abril de 1948.
(28) J. Dutheil: Ob. cit. p. 141.
(29) V. Pechote: "The Quiet Approach. A study of the Good Offices Exercised by United Nations Secretary General in the cause of Peace". *Unitar Study*, 1972, p. 2.
(30) Artículo 99 de la Carta.

solicitud de un órgano competente de Naciones Unidas como sería el caso de una recomendación del Consejo de Seguridad en base al artículo 33 de la Carta. Además de las atribuciones explícitas, hay que mencionar los llamados poderes implícitos que pueden "ser caracterizados como diplomáticos por naturaleza y constituyen justificadas iniciativas del Secretario General en relación con los Gobiernos a fin de lograr alivio de los conflictos" (31).

Es conveniente destacar que si bien esa actividad del Secretario General no está específicamente contemplada en el artículo 33 de la Carta entre los métodos de solución pacífica de controversias, esto se explica porque esa actividad se ha desarrollado en base a la práctica surgida con posterioridad a la redacción del instrumento (32).

Es incuestionable en todo caso que la posición del Secretario General le concede "la ventaja especial de un cuasi-permanente, bien informado y bien equipado tercero, cuyos servicios pueden ser confiables en casos en que otros medios de solución no sean accesibles" (33).

Se han señalado entre los tipos de conflictos en que ha intervenido el Secretario General, los siguientes:

a) Prevención o suspensión de hostilidades.
b) Problemas resultantes de conflictos armados.
c) Perturbaciones de las relaciones entre Estados.
d) Problemas sobre status territorial y libre determinación de los pueblos.
e) Problemas humanitarios.
f) Cuestiones menores de efecto conflictivo.

Es evidente que la actuación del Secretario General se fundamenta en el consentimiento de las partes, consentimiento que puede ser retirado en cualquier momento, salvo que su actuación fuese solicitada por una Institución, pero en todo caso es mucho más amplia que la actividad clásica en esta materia. Ella incluye "cualquier procedimiento concebible de asistencia conciliatoria que se conforme con la Carta de Naciones Unidas" (34).

En el caso del Canal de Beagle, la intervención del Vaticano se transformó de buenos oficios en mediación (35).

(31) *Ibídem*, p. 8.
(32) *Ibídem*, p. 10.
(33) Unitar *Ibídem*, p. 11.
(34) Unitar *Ibídem*, p. 79.
(35) A. Brouillet: "La Mediation du Sain-Siege dans le différend entre l'Argentina et Chili sur la zone australe". A. F. D. I., 1979, p. 48.

En Africa, la Organización de la Unidad Africana (O. U. A.) ha intervenido entre Argelia y Marruecos (1963), Somalia y Etopía (1964), Alto Volta y Otali (1975).

Se ha definido la mediación como "la acción que busca, por medio de la *persuasión*: 1) acerca a los Estados entre los que existe un diferendo o ha estallado un conflicto; 2) a impulsarlos a celebrar o reiniciar negociaciones; 3) para seguir luego esas negociaciones sugiriendo una *base de acuerdo o soluciones aptas a conciliar* los intereses opuestos; 4) sin buscar imponer esta o aquella solución" (Basdevant, Dictionaire de la Terminologie du Droit International).

El Pacto de Bogotá o Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas establece que el procedimiento consiste en someter la controversia o uno o más gobiernos americanos o uno o más ciudadanos emientes de cualquier Estado, circunscribe las funciones de mediador a: 1) asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa; 2) evitando formalidades, y 3) procurando hallar una solución aceptable; 4) *El mediador se abstendrá de hacer informe alguno*, y 5) en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales" (artículo XII).

Como lo recuerda H. Gross Espiel (36), el mediador: 1) interviene en las bases de arreglo; 2) "no se contenta con poner en presencia los Estados en litigio para que entren en negociaciones; 3) toma parte en ellas; 4) busca una solución de fondo y no sólo una base para una nueva negociación".

El procedimiento utilizado en el caso del Canal de Beagle ha previsto cierta originalidad, especialmente por haber adoptado un procedimiento organizado. Se inicia con una *fase de información* y desarrolla luego la *fase de proposición*. Esta segunda etapa se realiza por etapas, poco a poco. La planificación del mediador trata de identificar los a) puntos de convergencia; b) los puntos de divergencia; c) fase contradictoria; d) reuniones separadas y conjuntas, etc.

El aspecto procesal reviste una importancia destacada. Una cuestión fundamental consiste en la escogencia del mediador, quien no sólo debe responder a las más altas exigencias de conocimientos, honorabilidades y ética, sino que debe conocer el problema en todos sus detalles.

El mediador no es un Juez ni tiene por misión imponer a las partes una solución.

(36) La intervención de Juan Pablo II. Mediación y Arbitraje. *Revista Intern. y Diplomát.*, 361. México, 1981, p. 29.

Eso explica que se evite la presentación de Informe alguno en relación con su gestión.

En el caso del Canal de Beagle se ha sostenido que, en su propuesta, el Papa asume el papel de árbitro, que no le fue otorgado por las Partes" (Domingo Sabate. L. "La Propuesta papal ante el Derecho y la Política Internacional") (37).

Se ha señalado que la confusión es consecuencia de la adopción de una fórmula procesal que se aleja de las recogidas en el Pacto de Bogotá de 1948 y en Convenio de Washington del 6 de octubre de 1976 (38).

El procedimiento de mediación adquiere cada día mayor respeto y admiración, particularmente como consecuencia de la intervención del doctor José Luis Bustamante y Rivero en el caso del conflicto entre El Salvador y Honduras (39), que culminó con la firma del Tratado de Paz del 30 de octubre de 1980 (Lima, Perú), así como el deseo y esperanza que la intervención del Papa Juan Pablo II en el conflicto del Canal de Beagle conduzca a una solución negociada entre Argentina y Chile (40).

La Convención sobre mediación firmada en Washington el 6 de octubre de 1976 (41), establece un meticuloso procedimiento de mediación, por lo cual ha sido señalado como "un signo de las nuevas tendencias en la búsqueda de un mecanismo de solución de controversias fronterizas en continente" (42).

El procedimiento de mediación contemplado en el Acuerdo (Salvador-Honduras) (43) ha sido considerado como un "signo de las nuevas tendencia de solución de controversias" (44).

Es interesante destacar que el Acuerdo de mediación está destinado "a dar impulso decisivo a las negociaciones directas

(37) *La Prensa*, Buenos Aires, 17 de enero de 1981, p. 7.
(38) H. Gross Espiel: *Ob. cit*, p. 30.
(39) Véase, al respecto, H. Gross E.: "La Paz entre el Salvador y Honduras". *Rev. Intern. y Diplomática*, 361, dic. 1980.
(40) Como antecedente importante del caso de mediación papal puede citarse la del Papa León XIII en el caso de las islas Carolinas, entre España y Alemania. El Papa en su propuesta se pronunció en favor de los derechos de soberanía de España, examinando los títulos de ambas partes. Este mecanismo le confiere al mediador el carácter de árbitro, lo cual desvirtúa su propia naturaleza. H. Gross Espiel: "Un antecedente de mediación papal". *Rev. Int. y Diplom.*, 362, 1981. p. 16.
(41) R. G. D. I. P., 1977, 533, 864.
(42) J. Dutheil de Rochiere: "Las procedures de reglément des differends frontaliers". *La frontiere. Edit. A. Pedone*, p. 129, París, 1980.
(43) Int. Leg. mat. Vol. XV, núm. 6, nbre. ,1976, pág. 1.277-1.281.
(44) J. Dutheil de la Rochere: "Les procedures de reglament des differends frontaliers". *La frontiere, ob. cit.* p. 129.

suplementándolas mediante el procedimiento de mediación. La mediación adquiere un carácter al menos formalmente diferente a su carácter tradicional, toda vez que se le utiliza con carácter supletorio del procedimiento prioritario de negociación directa. Es más, la expresión anterior parece destinada a dar un carácter específico a la función del árbitro, cuya misión esencial parece orientada a hacer avanzar el acuerdo entre las partes. En efecto, el Acuerdo señala que si bien el mediador presentará sus recomendaciones en sus reuniones conjuntas, su esfuerzo está orientado al intento de preparar, en común acuerdo con las Partes, un proyecto de Tratado sobre las materias sometidas a mediación" (art. IX).

Es interesante destacar, al propio tiempo, la disposición en virtud de la cual las partes asumen la obligación de no realizar ninguna acción directa o indirecta como consecuencia de la cual pueda ser frustrado el objeto de la Convención (art. XI).

La Conciliación.

Se ha intentado definir la conciliación como 1) la intervención en la solución de una controversia internacional de un órgano, 2) sin autoridad política propia, 3) que cuenta con la confianza de las partes en litigio, 4) encargado de examinar todos los aspectos del litigio y 5) de proponer una solución que no es obligatoria para las partes" (45).

Propuesto por Bolívar al Congreso de Panamá de 1822 como método de solución de controversias, fue acogido en el artículo 16 del Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua (46).

El procedimiento conciliatorio no fue contemplado en las conferencias de La Haya y sólo fue el 22 de septiembre de 1922 que la Liga de las Naciones adoptó un reglamento de IX artículos sobre el mismo. A partir de esa fecha se suscribe una apreciable cantidad de Convenios bilaterales que consagran procedimientos diferentes, aún cuando con elementos comunes.

Los esfuerzos de sistematización realizados por el Instituto de Derecho Internacional en 1927 (Lausanne), 1961 (Salzburgo), así como del Consejo de Europa (47), contribuyeron a diseñar el mecanismo establecido por la Liga de las Naciones

(45) J. A. Cot: "La Conciliación Internationale" *Edit. A. Pedone*, París, 1968, p. 8.
(46) D. Guerra I.: *Ob. cit.* p. 20.
(47) Convención Europea de Solución de Controversias, de 1957.

en el Acta General del 26 de septiembre de 1928, revisado el 28 de abril de 1949.

El profesor Henri Rolin, gran partidario de la Conciliación, afirmó que "en presencia de la crisis de confianza que se manifiesta en el mundo y que ha conducido a una repugnancia evidente a adoptar los procedimientos arbitrales o judiciales para la solución obligatoria de los conflictos internacionales, la conciliación parece cada vez más deseable como vía de solución obligatoria de los conflictos internacionales, la conciliación parece cada vez más deseable como vía de solución razonable de conflictos. Este método no obliga ni a un sacrificio previo ni a someter a oscuras al criterio de autoridades desconocidas, es capaz de contribuir a mermar numerosas dificultades que deterioran las dificultades internacionales.

El examen que realiza Mme. Bastid del Protocolo creador por la Conferencia General de UNESCO de una Comisión de conciliación y buenos oficios encargada de la solución de controversias con motivo de la lucha contra la discriminación en la enseñanza (48) plantea interrogantes de interés en la materia. Se crea una Comisión de investigación y conciliación, como órgano permanente insertado en el mecanismo institucional, cuya misión específica es la búsqueda de una solución amigable (art. 17). Si bien se establece que la Comisión no tiene poder de decisión. Se buscó una integración estable a fin de lograr una quasi jurisprudencia sobre la interpretación de la Convención.

Si bien el sometimiento a la Comisión está subordinado a una negociación diplomática previa, se contempla el sometimiento *unilateral* de la controversia al mecanismo, lo que le confiere importancia destacada al procedimiento. Con razón Mme. Bastid ha considerado esta disposición, "la más importante del texto". Asimismo reviste particular interés el poder de iniciativa de la Comisión que no está sometida necesariamente al impulso procesal de las Partes. Al propio tiempo el Protocolo contempla la obligación de la Comisión en caso de fracaso de su misión, de publicar un Informe incluyendo las recomendaciones por ella formuladas, procedimiento modificatorio del procedimiento conciliatorio tradicional (49).

(48) S. Bastid: "Une nouvelle Comisión de Conciliation". Melanges a H. Rollin. *Edit. Pedone*, 1964, p. 5 y sig.
(49) S. Bastid: *Ob. cit.* p. 5 y sig.

El Arbitraje.

Si bien es cierta la afirmación del juez Baxter de que nunca hubo una edad de oro de la adjudicación internacional, no es menos cierto que entre 1870 y 1914 se produjeron "un considerable número de importantes arbitrajes" (50). Se ha destacado el papel eminente del arbitraje en el contencioso fronterizo americano (51).

El mayor número de arbitrajes se refiere en América a interpretación de Tratados con frecuencia de carácter limítrofe (52).

El profesor Werter ha dicho, con tristeza, que al señalar en un mapamundi todas las fronteras y territorios que han sido objeto de arbitraje o de otra determinación judicial "después de dictada la mayor parte de las decisiones, los límites siguen siendo los mismos".

La observación adquiere particular revelación si observamos que en Africa, Asia, Sudamérica, en los Estados Arabes, existe un gran número de virtuales disputas arbitrajes.

Se ha señalado entre las ventajas del arbitraje internacional, a) la flexibilidad de lo que permite lograr "un alto grado de eminencia y pericia" (53). La libertad de escoger los árbitros, el local, el idioma o los idiomas, el procedimiento, etc., permiten mayor capacidad de adaptación a las necesidades de las partes.

La libertad de adoptar o crear reglas para la conducción de los procedimientos arbitrales está únicamente limitada por los requerimientos externos, cuyas transgresiones causen nulidad (54).

Ese alto grado de flexibilidad acerca el procedimiento arbitral con el mecanismo de negociación directa.

Reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales.

La ponencia del profesor Raúl Arrieta, de la Universidad Católica "Andrés Bello", examinan exhaustivamente el arbitraje Internacional como medio de solución de controversias.

(50) J. Gellis Werter: "El futuro del arbitraje". *Boletín de la Acad. de C. Políticas y Sociales*, 84, p. 117, Caracas.
(51) J. Duthil de la Rochere: La Frontiere, Soc. Franc. pour le Droit International. *Edit. A. Pedone*, p. 128, París, 1980.
(52) A. L. W. Munkman. "Adjudication and Adjustment the Settement of territ. boundary disputes". B. Y. I. L., 1972, vol. XLIV, p. 21.
(53) J. Gellis Werter. *conf. citada*, p. 123.
(54) J. Gellis Werter. *conf. citada*, p. 124.

El autor analiza la delicada cuestión del reconocimiento y ejecución de las Decisiones Arbitrales.

La práctica de los Estados revela que si bien en un comienzo fueron poco frecuentes los casos en que un Estado se negaba a cumplir una Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (caso del Canal de Corfú [Reino Unido vs Albania] y Anglo Iranian Oil [Reino Unido vs Irán] en los últimos años las decisiones Internacionales, especialmente las de la Corte Internacional de Justicia, en forma particular, han encontrado frecuentes y severas negativas para cumplir sus fallos, especialmente en asunto que envuelven problemas territoriales y/o fronterizos; así lo evidencian los casos de:

a) Suroeste africano, en que la Corte sostuvo que la presencia continua de Africa del Sur en Namibia, después de la cancelación de su mandato, es ilegal, no obstante la decisión y numerosas resoluciones de Naciones Unidas, Africa del Sur aún se mantiene en Namibia (ICJ. Report 1971).

b) El rechazo por Islandia de las medidas provisionales dictadas por la Corte en el caso de la Jurisdicción en materia de Pesquerías por considerar que carecían de validez (ICJ 1974, Rep. 3, 49).

c) La realización por Francia de las pruebas nucleares del Pacífico en contravención de la decisión de la Corte (caso de las Pruebas Nucleares ICJ. 1973, Rep. 99, 135).

En términos generales la práctica de los Estados pone de manifiesto una mayor escogencia del Arbitraje como sistema de solución de controversias y especialmente del acatamiento de sus Decisiones.

Se analizan las posibles soluciones y sus consecuencias prácticas, como sería el caso de una cláusula *compromisoria universal obligatoria*, pero es evidente que la aplicación de este mecanismo a las áreas vitales puede aumentar el riego de su no acatamiento.

Se plantea la cuestión de determinar "las razones que *inducen a los Estados a desconfiar de los tribunales internacionales.* El autor se pronuncia por dos causas fundamentales: a) porque "consideran que a veces las decisiones judiciales son impedictibles dada la composición del tribunal arbitral" (55). A veces se ha señalado la incertidumbre sobre el Derecho aplicable (56), así como la propia abundancia de opiniones disidentes como las causas principales.

(55) *Ibidem.* p. 34.
(56) Merrils, J. G.: "The justiciability of Int. Disputes". *Canadian Bar Review*, vol. 47, p. 241,

Dos órdenes de opiniones afectan el prestigio de la Corte Internacional de Justicia, la de los que consideran que se han introducido cambios amplios en el Derecho existente, y los que consideran que los Tribunales Internacionales son exageradamete conservadores.

La argumentación merece en el criterio del autor el calificativo de exagerada y desproporcionada, ya que la fusión esencial de los Tribunales es aplicar y no crear el Derecho.

Es conveniente destacar que se advierte una renuncia de Estados a someter a estos mecanismos las controversias territoriales o fronterizas. Estas controversias llegan a ser negociación o de la mediación.

Interpretación, revisión y nulidad de las Sentencias.

Una de las cuestiones que preocupa a juristas y políticos es la relativa a la revisión y nulidad de sentencias arbitrales.

Durante mucho tiempo la materia de los mecanismos de revisión de las sentencias arbitrales fue considerada de "interés limitado. Hoy en día, en cambio, el problema requiere de mayor atención" (57).

Es cierto que el principio de respeto a la autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Público; tanto más en los casos en los que las propias partes han establecido el procedimiento, escogido los jueces y acordado las consecuencias y efectos de las decisiones a adoptarse. Sin embargo, es admitida en doctrina, en la práctica de los Estados y en los convenios y proyectos presentados, la necesidad de contemplar y permitir algunos mecanismos que permitan a la parte perjudicada intentar su rectificación.

Ya en la Convención de La Haya de 1899, se admitió tanto la interpretación como la revisión en los casos en que así lo hubiesen contemplado las Partes en el compromiso arbitral (58). La Convención de 1907, en cambio, admitió la posibilidad de interpretación o revisión de la sentencia, salvo que se hubiese estipulado expresamente su negación (art. 82), ésta es, transformó la excepción en regla general.

(57) "Observations sur la revision et interpretation des sentences arbitrales". *Eliz. Zoller.* Anuaire Fr. de D. I., 1978.
(58) Artículo 55.

El procedimiento de interpretación.

En realidad se trata de un procedimiento o mecanismo procesal destinado no a impugnar el contenido o validez de un fallo, sino a aclarar su contenido y extensión. Es por eso un procedimiento y no un recurso, como los casos de la revisión y nulidad.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de la Opinión Consultiva relativa a la delimitación de la frontera polaco-checoslovaca, condicionó, a la existencia de un acuerdo formal, la posibilidad de *interpretar una sentencia* (59).

La práctica de los Estados refleja la costumbre de contemplar expresamente esa posibilidad, a fin de permitir que cualesquiera de las partes pueda solicitarla, como ocurrió en el caso del Mar d'Iroise o de las islas del Canal (60).

El recurso de revisión.

En material de *revisión* de sentencias, alguna jurisprudencia ha sido más exigente, requiriendo un acuerdo de las Partes (61), en tanto que otra ha planteado como interrogante abierta el deber si en consecuencia de una cláusula expresa, una sentencia puede ser revisada debido a existencia de hechos nuevos de incidencia fundamental o errores esenciales.

En los casos de la cuestión Black Tom, sometido a la Comisión de las reclamaciones germano-americanas, así como en el de Trail (EE. UU. *vs.* Canadá), se admitió el recurso de revisión en base a que no estaba excluido por el compromiso.

En base a esa situación, la práctica arbitral ha sido considerada matizada, no clara (62), en tanto que alguna doctrina sostiene que, aun en ausencia de cláusula, una parte puede pedir la sentencia en caso de descubrir *hechos nuevos importantes, susceptibles de acarrear una modificación de la decisión* (63).

La primera Convención de La Haya (1899) exige que para que la demanda de revisión sea admisible, es necesario que: 1) se descubra un hecho nuevo que sea capaz de ejercer una influencia decisiva sobre la sentencia, y 2) que fuese desconocido con anterioridad tanto para el Tribunal como para la Parte que pide la revisión.

(59) Caso Lawrzina. C. P. J. I., serie B, 8, p. 38.
(60) Francia vs Gran Bretaña. A. F. D. I. p. 1.294, 1977.
(61) E. Zoller: *Ob. cit.* p. 334.
(62) "La practique arbitrale est donc mancée".
(63) Ver Pierre Lalive: "Questions actuelles concernant l'arbitraje international" Cours I. H. E. I. (1959-60).

Entre esos hechos, de carácter especial, se han señalado el descubrimiento de fraudes en el proceso probatorio, como ocurrió en el caso Black Tom (64), en que el superárbitro Roberts declaró la nulidad de la sentencia de 1930.

El recurso de nulidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de la acción de nulidad, una vez que ha permitido el derecho de revisión, especialmente cuando esa posibilidad no esté excluida del compromiso arbitral. Así ocurrió en los casos Black Tom y de la Fundición Trail (65).

El análisis de los motivos o causales de nulidad pone de manifiesto que consisten esencialmente en:

a) Violación de las disposiciones del compromiso arbitral como los casos de exceso de poder o jurisdicción, etc.

b) Violación de reglas procesales básicas, aun en el caso de que el compromiso no contemple esa hipótesis. Relevancia destacada se atribuye al caso de corrupción o mala fe de los arbitros, aprobada unánimemente por la doctrina (66) (Gellis Weter The Int. Arb. Process Vol. III, pág. 188).

c) Violación de reglas sustantivas de carácter fundamental. Los errores de derecho, por ejemplo, deben tener no sólo el carácter de *esenciales*, sino además el de ser manifiestos para que puedan servir de base a una demanda de nulidad. En el caso de la Fundición Trail la decisión determinó que "un simple error de derecho no es motivo suficiente para fundamentar una demanda de revisión (67). Similar circunstancia ocurrió entre Venezuela y EE. UU. en el Orinoco Stemschip. en que las partes acordaron que "un simple error no es fundamento suficiente para una revisión".

Es necesario, al propio tiempo, examinar el grado de aceptación y adecuación de cada mecanismo de solución de controversia al momento político internacional e incluso a cada región geográfica.

En América Latina, el famoso caso del Canal de Beagle ha sido calificado como un ejemplo excelente, grave y actual de un

(64) Comisión mixta germano-americana; Recueil des sentences.
(65) La cuestión se ha puesto nuevamente sobre el tapete con motivo del alegato argentino de que la sentencia del Canal de Beagle es "fundamentalmente nula" R. G. D. I. P. pp. 635-638, 1978.
(66) EE. UU. *vs* Canadá. Recuel (ONU), vol. III, p. 1.954.
(67) Rec. Sent. Arb. (ONU), vol. III, p. 157.

Procedimiento inadecuado en el momento presente y en la situación que predomina hoy en día. (H. Gross Espiel, *art. cit.*, página 75). Todo el desarrollo de la cuestión ha mostrado una carencia de conocimiento de las realidades de América Latina. La Sentencia arbitral y la posición de Argentina han procesado una grave situación política y creado una amenaza para la paz.

Ese punto de vista ha llegado a afirmar que el arbitraje en América es por el momento una fórmula superada (68).

La doctrina refleja dos corrientes de pensamientos en cuanto a la utilidad y eficacia del arbitraje para los países en desarrollo. Mientras R. P. Arand dijo que no sólo los países afroasiáticos son reacios a someterse a mecanismos de solución de controversias con intervención de terceros, toda vez que incluso los viejos y poderosos Estados no han dado un claro respaldo a la Corte Internacional de Justicia (69). L. Caflich considera "el arbitraje, especialmente el arbitraje facultativo, un medio de solución particularmente adoptado a las necesidades de los países del tercer mundo" (70).

Estudios recientes han demostrado la importancia de la necesidad de compromiso de soluciones aceptables y equitativas en los arbitrajes latinoamericanos (71).

En cuanto a las reglas sustantivas, el único intento de sistematización es el concerniente al sector marítimo en el Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar, hasta ahora solamente con el carácter de reglas *in statu nascendi*.

Quedan todavía en pie la proposición de Mdme. Bastid al actualizar la jurisprudencia de la C.I.J. en materia territorial, al sostener la necesidad de una codificación del derecho territorial, especialmente en beneficios de los nuevos Estados (72).

El procedimiento judicial.

Sereni ha caracterizado, acertadamente, el procedimiento *judicial contemporáneo*, por cuanto características fundamentales, a saber:

(68) Mdme. de la Rochere y H. Gross Espiel: "La Frontiere", *ob. cit.* página 176.
(69) Studios in International Adjudication Vibas Publications, p. 69, India, 1969.
(70) "L'avenir de l'arbitrage intertatique". R. G. D. I. P., p. 10 y sig., 1979.
(71) J. Dutheil de la Rochere: "Les procedures de Reglament des differends fronteirs", *ob. cit.*, p. 128.
(72) S. Bastid: "Les problemes territoriaux dans la jurisprudence de la CIJ". R. C. A. D. I., III, vol. 107, 1962.

a) *Facultativo*, en cuanto que las partes están obligadas a utilizarle solamente cuando hayan consentido en ello;

b) *Inorgánico*, en cuanto no existe una organización judicial internacional en la que formen parte todos los tribunales internacionales existentes y que supongan una relación de coordinación y jerarquía entre ellos;

c) *Limitado*, en cuanto a que cada tribunal no tiene más competencia que la que le atribuye el compromiso judicial;

d) *Excepcional*, y de aplicación limitada, en cuanto a que la mayor parte de las controversias entre Estados son resueltas mediante otros procedimientos (73).

La estructura y procedimiento de la Corte Internacional de Justicia parece pesada para solucionar los litigios ordinarios que bien pueden ser solucionados mediante la negociación directa (74).

El reconocimiento de la Jurisdicción obligatoria de la C.I.J. es muy rara en Africa (75) y son escasos los casos en que la Corte Internacional de Justicia ha conocido de casos de conflictos fronterizos provenientes de *América Latina*. Sólo el caso de la Sentencia Arbitral del Rey de España (Nicaragua *vs.* Honduras) fue sometido a su conocimiento y no tuvo por objeto la resolución del problema limítrofe, sino la cuesión de la validez o nulidad del fallo arbitral. Los conflictos fronterizos europeos de inicios de siglo, en cambio, han realizado interesantes aportes a la doctrina de las soluciones fronterizas; el caso Grisbadarma que definió la frontera marítima entre Noruega y Suecia fue conocido por la Corte Permanente de Arbitraje (23 de octubre 1909). Francia denunció su aceptación a la competencia de la C.I.J. (76) en el caso de los ensayos nucleares.

Se ha señalado que la declinación de la Corte Internacional de Justicia se revela por la disminución de cláusulas convencionales contemplando el sometimiento a su jurisdicción (77).

Parece, en términos generales, haber disminuido la calidad de los litigios sometidos a su conocimiento. En este sentido, debe, no obstante, señalarse que la Corte de los casos de 1) la competencia en materia de Pesquerías (R. Unido *vs.* Islandia)

(73) La jurisdicción Internacional, *ob. cit.* pág. 42.
(74) J. Dutheil de la Rochere, *ob. cit.*, p. 131.
(75) *Ibidem.* p. 31.
(76) E. Decaux: "La practique francaise matiere d'arbitrage", A. F. D. I., p. 372, 1978.
(77) L. Caflisch: "L'avenir de l'arbitrage inter étatique", R. G. D.-I. P., p. 9 y sig., 1979.

1974, 2) el caso del mar Egeo (Grecia *vs.* Turquía) 1978), y 3) el caso del golfo de Gaba (Libia *vs.* Túnez) 1982.

Se han destacado entre los factores que pueden influir en la conducta de los Estados, las siguientes:

a) Una primera categoría de factores de carácter general como con el temor de perder la causa o la idea de que recurrir a un tribunal internacional constituye un acto inamistoso hacia el Estado demandado.

b) La inseguridad jurídica derivada del rechazo por los países socialistas y en desarrollo de reglas del derecho internacional a cuya formación ellos concurrieron y que no están dispuestos a aceptar.

c) Entre los factores de carácter no fundamental se han señalado la preferencia por mecanismos de carácter regional, lo lento y complicado del procedimiento ante la Corte (78).

d) En todo caso es un hecho cierto la decadencia de la idea de solución de controversias internacionales por tribunales permanentes, salvo los casos de Tribunales concluidos dentro de mecanismos de solución de controversias, como la Corte de las Comunidades Europeas o la Corte Europea de los Derechos Humanos, etc. (L. Caflisch) (79).

El estudio del caso de la nulidad de la Sentencia arbitral del Rey de España ha planteado una nueva vía de ejecución de sentencias arbitrales (80) utilizando el poder de ejecución contemplado para las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.

La sentencia en referencia se limitó a examinar la legalidad formal del Laudo arbitral sin pronunciarse sobre el fondo de la materia planteada debido a que esa posibilidad no se planteó en el compromiso arbitral.

El problema se deriva de "una imperfecta repartición de competencias entre las jurisdicciones internacionales".

Lo lógico es contemplar una atribución plena de competencias al órgano jurisdiccional a fin de que en caso de que considere ajustada a derecho la petición de nulidad se pronuncie sobre el fondo del problema planteado.

(78) Algunas veces la utilización de Cámara ad hoc por la Corte Internacional de Justicia puede contribuir a superar ciertas dificultades. 1979.
(79) "L'avenir de l'arbitrage Interrelatique". R. D. I. P., p. 10 y sig.
(80) Louis Caravé: "L'arret de la CIJ du 18-11-60 e les moyens d'assurer l' execution des sent arb". Melanges offerts a H. Rolin, *ob cit.*, pp. 39 y sig.

La delimitación de fronteras fluviales y la práctica de los Estados.

a) El profesor D. Montaz, de la Universidad de Teherán (81), examina en detalle la espinosa cuestión de la delimitación fluvial entre Irán e Irak y del régimen aplicable al Chatt-El-Arab.

b) A simple título ilustrativo la cuestión puede resumirse en los siguientes términos: Irak ha sostenido que el límite en Chatt-El Arab radica en la costa iraniana (límite a la rive) en base a que esta fórmula fue acogida en el Protocolo de Constantinopla (1913) y rodeado de ciertas excepciones por el tratado de 1973. Irán sostiene que, la no ejecución de las obligaciones contractuales asumidas por Irak en el Tratado de 1937, quitó todo fundamento jurídico a su pretensión.

Irán ha rechazado la pretensión de Irak sobre la interpretación del Tratado de Erzernoum debido a que dicho instrumento "no traza, en términos directos, netos, categóricos, por encima del curso del río la frontera en la costa, precisión necesaria en términos absolutos, formales, a fin de derogar el principio fundamental de la igualdad soberana de ambos ribereños hasta el medio del río" (pág. 5).

c) El planteamiento del tema, sin que amerite ni se justifique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo puede, no obstante, servir de ilustración de métodos y posiciones que han contribuido a estimular los puntos de divergencia entre los Pueblos y Gobiernos, hasta llevarlos al punto extremo en que se encuentra la guerra.

La evolución del Derecho Internacional y los conflictos relativos a las fronteras marítimas.

En el campo marítimo han ocurrido y continúan ocurriendo acontecimientos de importancia destacada que están ejerciendo una influencia determinante en la posibilidad de crear conflictos de diversa índole.

Esos acontecimientos han tenido su foro más trascendental en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar —en adelante Confemar—, cuya misión ha sido tanto la codificación como el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Marítimo (82).

(81) "La frontiere Irano-Irakien ne dans le Chatt-el Arab". *Rapport national iranien.*

(82) Proyecto; preámbulo.

Los hechos y normas que están percutiendo con mayor intensidad en el campo de las relaciones internacionales marítimas son los siguientes:

1. La extensión del mar territorial a un máximo de 12 millas náuticas.
2. La creación de una Zona Económica Exclusiva con una amplitud máxima de 188 millas adicionales, hasta alcanzar las 200 millas náuticas.
3. La nueva definición del concepto de plataforma continental que puede llegar al borde exterior del margen continental.
4. La consagración del concepto de Estado Archipelágico que se define por "el polígono archipelágico, a la vez límite exterior de las aguas archipelágicas y punto de partida del cálculo de las zonas económicas exclusivas" (Guy de Lacharriere, Consejero de Estado, Francia) (83).
5. La adopción de reglas sustantivas destinadas a la delimitación tanto de la Zona Económica Exclusiva como de la Plataforma Continental (arts. 74 y 83 del Proyecto de Convención).
6. La incorporación al Proyecto de Convención de un mecanismo de solución de controversias destinado a resolver los problemas de carácter marítimo y que, aun cuando está bastante complicado, representa un esfuerzo de sistematización en tan delicada materia.

Todo este conjunto de normas y determinaciones se traduce en apropiación de sectores marítimos de diversa naturaleza jurídica que necesariamente modifican y alteran las normas tradicionales regulatorias de los espacios marítimos y crean conflictos potenciales entre Estados limítrofes, así como entre Estados costeros y la comunidad internacional.

Si bien es cierto que el Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar no ha sido suscrito y ni siquiera firmada el Acta Final (84) y por tanto no es sino derecho en gestación, reglas in "*statu nascendi*", no es menos cierto que muchas de sus disposiciones ya cuentan con un alto grado de aceptación,

(83) "Las nuevas tendencias del Derecho Internacional destinadas a la solución de conflictos concernientes a la delimitación de zonas marítimas".

(84) De acuerdo con lo dispuesto por el art. 308 del Proyecto, la Convención entrará en vigor doce meses después de la fecha del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación.

lo que ha dado lugar a su incorporación al Derecho Interno mediante la promulgación de legislaciones unilaterales. Incluso la jurisprudencia le ha reconocido algún grado de aceptación en la medida en que sean codificatorias de reglas preexistentes (85).

En la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Libia-Túnez, las partes habilitan a la Corte a "tener en cuenta las nuevas tendencias aceptadas en la medida en que dichas tendencias representen un estado avanzado del proceso de elaboración" (86). Si bien es cierto que este Convenio sólo es vinculante para las partes, la propia Corte consideró que debía aplicar aquellas disposiciones del Proyecto que consagren "una regla de derecho consuetudinario preexistente o en vía de formación" (87).

En este sentido es conveniente destacar que parece existir una práctica uniforme y sistemática de los Estados, en cuanto a la creación de Zonas Económicas, zonas pesqueras o de conservación pesquera realizada por 86 Estados ribereños. Esta práctica, según E. Jiménez de Aréchaga (88), "constituye una práctica estatal muy abundante, que es clara y bien merece una regla consuetudinaria que constituye una regla irreversible del derecho contemporáneo del mar".

1. *El ámbito de las aguas interiores.*—La innovación de importancia en esta materia consiste en el reconocimiento del concepto de *Estados Archipelágicos.*

Se entiende por archipiélago un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otras características naturales forman: a) una entidad geográfica, b) económica y c) política, o que históricamente ha sido considerada como tal. Los Estados archipelágicos pueden alcanzar hasta 100 millas náuticas y en algunos casos hasta 125 millas náuticas (art. 47).

2. *Delimitación de aguas territoriales.*—En esta materia el Proyecto de Convención, en adelante el Proyecto, consagra la anchura del mar territorial en 12 millas náuticas.

Al propio tiempo el Proyecto adopta íntegramente en su artículo 15, el artículo 12 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua. La norma adopta como criterio, salvo acuerdo en contrario, la equidistancia - circunstancias especiales. La regla, no obstante, no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma, por lo que no se trata de una situación nueva.

(85) Corte Int. de Justicia. Sent. Libia-Túnez, parág. 24.
(86) *Ibidem.*, parág. 24.
(87) *Ibidem.*, parág. 24.
(88) Sentencia. Voto individual, parág. 54.

3. *Zona contigua.*—Tampoco la zona contigua ha sido objeto de innovaciones en Confemar, salvo la extensión de su ámbito espacial de 12 (Ginebra, art. 24) a 24 millas (Proyecto, art. 33), su naturaleza de carácter policial en contraste con lo ocurrido con las Zonas Económicas no fue objeto de interés específico por parte de la Conferencia.

4. Las reglas relativas a la delimitación tanto de la Plataforma Continental como la Zona Económica Exclusiva (artículos 74 y 83) contemplan puntos de vista que modifican el contenido de las normas consagradas por las Convenciones de Ginebra de 1958.

La Zona Económica Exclusiva constituye un aporte novedoso del Proyecto de Convención. Fue propuesta como tal por la Delegación de Kenia en la reunión del Comité Jurídico consultivo afro-asiático, reunido en Lagos en enero de 1972, en tanto que los países latinoamericanos proponían la creación de un mar patrimonial de 200 millas náuticas en la Conferencia Especializada de Países del Caribe, reunida en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 1972.

5. La noción de Plataforma Continental, por su parte, ha sido objeto de una evolución significativa. Se ha considerado el año 1945 como el punto de partida de la incorporación del concepto de plataforma continental al derecho internacional (89) con motivo de la famosa proclama del Presidente Truman.

En todo caso correspondió a la Convención de 1958 reconocer al Estado ribereño el ejercicio de derechos soberanos sobre la plataforma continental, a los fines de su exploración y explotación (90). La expresión plataforma continental hizo referencia al lecho y subsuelo de las regiones submarinas adyacentes a las costas, situadas más allá del mar territorial.

El problema fundamental radicó, no obstante, en la imprecisión en cuanto al límite exterior de la plataforma continental, como consecuencia de combinar el criterio batimétrico (200 metros de profundidad) con el criterio de *explotabilidad*,

(89) Según E. Jiménez de Aréchaga. Voto individual. Caso Libia-Túnez, parág. 28.
(90) Artículo 2.º, parágrafo 1. Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental.

que hacía depender la extensión apropiable de la evolución tecnológica.

El Proyecto de Convención consagra el concepto como integrado por "el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde continental o bien hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia" (art. 76).

La presente definición es el resultado de una larga y controvertida evolución. Ya en 1958 se evitó consagrar una definición en base puramente geológica de la plataforma para incluir aquellos casos en que no existe una plataforma continental en sentido geológico como es el caso de los países del Pacífico Sur, como Chile, Perú, etc. Por esa razón se agregó al criterio batimétrico el criterio de *explotabilidad*. Como lo expresó claramente el juez Ammoun en su opinión individual en la Sentencia de 1969, "no juzgando la geología un papel determinante en la doctrina jurídica es difícil oponerse a las reivindicaciones de los Estados ribereños que no poseen plataforma en el sentido geológico del término, sea en el golfo Pérsico o en América Latina (C. I. J. Recueil, 1969, pág. 111).

La nueva definición, en cambio, se fundamenta en el principio de *prolongación natural del territorio*, lo cual hace referencia, factores *geológicos o geomorfológicos*.

La Corte Internacional de Justicia en el caso del Mar del Norte estableció que "la institución de la plataforma continental surgió del reconocimiento de un hecho natural y de la vinculación entre el hecho y el derecho, sin el cual nunca hubiera existido y continúa siendo un elemento importante en la aplicación del régimen jurídico en la institución. La plataforma continental es, por definición, una zona que prolonga físicamente el territorio de la mayor parte de los Estados marítimos hacia esta especie de zócalo, que atrajo primero la atención de geógrafos e hidrógrafos y luego de los juristas. La importancia del aspecto geológico se pone de manifiesto por la preocupación que la Comisión de Derecho Internacional tuvo desde el comienzo de sus estudios en documentarse sobre sus características. La dependencia geológica en que se encuentra la plataforma continental respecto de los países ribereños ante cuyas costas se extiende es, por lo tanto, un hecho y el examen de la geología de dicha plataforma puede ser de utilidad

con el fin de averiguar si algunas características de su configuración pueden influir en la delimitación, precisando en ciertos lugares la noción misma de dependencia de la plataforma continental respecto del Estado cuyo territorio en realidad prolonga (Sent. parágr. 95).

No basta con afirmar que la plataforma continental "se extiende, independientemente de la existencia de fosas, depresiones u otros accidentes y cualquiera que sea su estructura geológica, hasta 200 millas de las líneas de base, salvo si el borde externo del margen continental se extiende más allá (91).

Es cierto que en algunos casos la Plataforma Continental puede y debe considerarse la prolongación natural de los dos o tres territorios en disputa, como ocurre cuando existe una sola y única estructura geológica, pero igualmente ocurre que la plataforma es prolongación natural de sólo un territorio e incluso que tenga una estructura geológica o geomorfológica distinta a los otros territorios que se la disputan.

No se trata simplemente de proyectar hacia el mar la fachada marítima de cada Estado.

La propia Sentencia del Mar del Norte fue enfática al advertir la necesidad de atribuir, en toda la medida de lo posible, a cada Parte la totalidad de zonas de plataforma continental que constituyan la prolongación natural de su territorio bajo el mar y no invadir la prolongación natural del territorio del otro (parágr. 101, C).

No es fácil tarea la de establecer con certeza hasta dónde alcanza la prolongación natural del territorio de un Estado. La propia Corte Internacional de Justicia, en la Sentencia del golfo de Gaba (Libia-Túnez), señala que "sería un error creer que en todos los casos o su mayor parte sea posible o apropiado establecer que la prolongación natural de un Estado se extiende, en relación al otro Estado, hasta un punto bien determinado, de suerte que las dos prolongaciones se encuentren sobre una línea fácil de definir" (Sentencia parág. 44).

Seguidamente, la Corte destaca que "El respeto de los principios equitativos en el proceso de delimitación es de capital importancia como la Corte lo demostrará seguidamente y la identificación de prolongación natural puede, si las circunstancias geográficas lo permiten, jugar un importante papel en la definición de una delimitación equitativa, vista la importancia

(91) F. Jiménez de Aréchaga. Voto individual. Caso Libia-Túnez, parág. 51.

que la prolongación reviste en ciertos casos como fundamento del derecho sobre la plataforma continental" (Sent. parág. 44).

En el caso del golfo de Gaba, al examinar los factores geológicos consideró que "no era posible definir jurídicamente las zonas de plataforma continental pertenecientes a Libia o a Túnez, considerando únicamente o principalmente las consideraciones geológicas. El deber de la Corte consiste en no recurrir a la geología, sino en la medida en que lo exige la aplicación del derecho internacional" (Sent. parág. 61).

El examen de los citados factores, permitió a la Corte establecer la existencia de configuraciones similares de una plataforma continental única que constituye el bloque pelágico, por lo cual acudió a la aplicación de principios equitativos (parág. 67).

6. Las normas sustantivas aplicables a la delimitación, consagradas en el Proyecto de la Plataforma Continental, así como a la Zona Económica Exclusiva entre Estados con costas enfrentadas o adyacentes, han experimentado una variación significativa entre el texto del artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental que consagra el criterio equidistancia - circunstancias especiales como elemento fundamental del *acuerdo entre las partes*. La Decisión Arbitral en el caso de las islas del Canal consideró que la regla equidistancia-circunstancias especiales y las reglas de derecho consuetudinario tienen un mismo objeto "la delimitación de la línea limítrofe de acuerdo a principios equitativos" (92).

El Proyecto de Convención en sus artículos 74 y 83 relativos a la delimitación de la Zona Económica Exclusiva y a la Plataforma Continental, adoptó el criterio que se fundamenta *en el acuerdo entre las partes*, la cual deberá realizarse sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una *solución equitativa*. Es pues, el "*resultado equitativo*" el objetivo de alcanzar, sin que el método o métodos utilizados tengan relevancia al efecto.

Los mecanismos de solución de controversias adoptadas por el Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar.

a) Es bien sabido que la adopción de mecanismos obligatorios de soluciones de controversias con intervención de terceros ha sido tema de ardua polémica en la evolución del Derecho Internacional —específicamente en el campo marítimo.

(92) Decisión, parág. 75.

La Conferencia de Ginebra de 1958 sólo logró la creación de un Protocolo facultativo que confirió jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia, con un procedimiento previo de conciliación o arbiraje, si así lo acuerdan las partes (art. IV) (93). El Protocolo sólo logró el respaldo de 40 Estados, sin incluir en ellos los EE. UU. ni la Unión Soviética.

b) En la Conferencia del Mar se enfrentaron dos corrientes de pensamiento: los países que consideraron necesario un mecanismo obligatorio de solución de controversias con intervención de terceros y los países que no aceptaron someterse anticipadamente a la Jurisdicción de un Tribunal preestablecido. El debate abarcó, igualmente, la determinación del mecanismo a implantar, sus diferentes etapas, la naturaleza del Tribunal, el carácter vinculante o no de su decisión, etc.

c) A la par de reglas sustantivas el Proyecto de Convención incorporó un mecanismo global de solución de controversias. En efecto, el Proyecto contempla tanto un Procedimiento General (Parte XV) estructurando de acuerdo con el principio de libre escogencia por las Partes del medio pacífico de su elección (art. 280), la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar con una Sala Especial de controversias de los Fondos Marinos, un Procedimiento General de Arbitraje, el Procedimiento Especial de Arbitraje aplicable a las controversias surgidas de interpretación o aplicación de reglas relativas a: 1) pesquería, 2) proteción y preservación del medio marino, 3) investigación científica marina y 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento (Anexo VIII).

El sistema de solución de controversias constituye un conjunto de modalidades obligatorias y facultativas de solución de controversias. Al propio tiempo, el Proyecto contempla tanto limitaciones a la aplicabilidad del procedimiento (art. 297) como excepciones facultativas a la aplicabilidad (art. 298).

El sistema de solución de controversias adopta los siguientes principios fundamentales:

1. La obligación de resolver las controversias por medios pacíficos (art. 297) reiterando así la obligación genérica contem-

(93) Ginebra, 29 de abril de 1958. Entró en vigor el 30 de septiembre de 1962.

plada en el artículo 2.º parágrafo 3 de la Carta de Naciones Unidas.

2. La libre escogencia de medios pacíficos por las Partes (art. 280). Esta norma, no obstante, está complementada por otra (art. 283) que obliga a las partes, al surgir una controversia, a la interpretación o aplicación de la Convención a *intercambiar opiniones* con miras a resolverla mediante *negociación* o por otros medios pacíficos.

Esta norma otorga a las *negociaciones diplomáticas* un carácter prioritario en relación a los otros medios de solución de controversias (94).

3. Al propio tiempo, la Convención concede un *carácter subsidiario* a los procedimientos por ella previstos, ya que ellos no se aplicarán sino en caso de que el mecanismo escogido por las partes no hubiese dado resultado (art. 281). Por otra parte, se requiere de la solicitud de una de las partes, esto es, no existe una transferencia automática entre ambos procedimientos.

4. Se contempla una *gran flexibilidad* en cuanto a la escogencia de los mecanismos de solución de controversias, ya sean regionales, generales o especiales de carácter obligatorio.

En efecto, "al firmar la Convención, al adherirse a ella o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente entre cuatro alternativas: a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar; b) La Corte Internacional de Justicia; c) Un Tribunal arbitral general; d) Un Tribunal arbitral especial aplicable a determinadas controversias (Anexo VIII). En realidad el Tribunal Arbitral especial no constituye una opción adicional con el mismo rango de las otras, sino que es sólo utilizable para una o varias de las categorías de controversias en él especificadas. En caso de duda o contradicción entre los procedimientos se aplicará el procedimiento de Arbitraje General (Anexo VIII).

5. Un tratamiento especial para determinadas categorías de controversias que deberán resolverse de acuerdo con determinados procedimientos. En efecto, A) Las controversias relativas a la Parte XI (Zona de Fondos Marinos y Oceánicos) que deberán ser resueltas exclusivamente por los mecanismos con-

(94) Véase, al respecto, G. Lehoux: "La troisieme Conference sur le droit de la mer et le reglament obligatoire des differende". *The Canadian Yearbook of Int. Law* 1980, pp. 31 y sig., 1980.

templados en esa sección (95), salvo que un disposición expresa los someta a otro procedimiento (art. 285). Eso explica que ninguna declaración sobre los mecanismos de solución aplicables pueden afectar "la obligación del Estado Parte de aceptar la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Es conveniente destacar la no competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos respecto al ejercicio por la Autoridad de sus facultades discrecionales ejercidas de conformidad con la Parte XI (art. 189). Entendemos que el espíritu del legislador es el de preservar esas facultades discrecionales como privativas de la autoridad, evitando así que la Autoridad Judicial afecte indebidamente tan importante materia. Seguidamente se agrega que "en ningún caso sustituirá por la propia la facultad discrecional de la Autoridad" (art. 189). Lo lógico hubiera sido dotar de competencia al Tribunal para realizar el control de la legalidad de los actos discrecionales como es admitido en el Derecho Administrativo moderno, caso en el cual si es pertinente la afirmación de que el Tribunal no sustituirá por la propia la facultad discrecional de la Autoridad".

Por otra parte, la Sala carece de competencia para pronunciarse respecto a la conformidad entre el Derecho derivado (actos emanados de la Autoridad) con las disposiciones del Derecho Primario (Convención), por lo que no puede tampoco declarar la nulidad de tales normas, reglamentos o procedimientos. La Sala se limitará a determinar si "la aplicación de tales normas, reglamentos o procedimientos de la Autoridad a casos particulares está en conflicto con 1) *las obligaciones contractuales* de las partes en la controversia, o 2) con las derivadas de la Convención.

En verdad entendemos el pronunciamiento sobre la aplicación de las normas de la Autoridad y la Convención, pero no el conflicto entre las normas de la Autoridad y las obligaciones contractuales. Si las normas emanadas de la Autoridad no están en conflicto con la Convención, sino de acuerdo con ella, deben privar sobre cualquier obligación contractual. Lo contrario es concebir la reforma o violación de las normas de la Convención utilizando el mecanismo contractual, lo cual sería absurdo y contrario a la estructura jurídica de la propia Convención.

(95) Los procedimientos son: 1) Una sala ad hoc de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, 2) Una Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, 3) El arbitraje comercial obligatorio en caso de interpretación o aplicación de un contrato.

La Sala puede conocer, igualmente, de las reclamaciones relativas a la extralimitación en el ejercicio de la competencia o desviación de poder, así como de las reclamaciones por daños y perjuicios u otras reparaciones derivadas de la Convención.

También podrá emitir *opiniones consultivas* cuando así lo soliciten la Asamblea o el Consejo sobre cuestiones jurídicas que "*se planteen dentro del ámbito de actividades de esos órganos*". La última frase parece ser de carácter limitativo, tendente a restringir la competencia a los problemas internos de los órganos. En todo caso, tocará a la Jurisprudencia pronunciarse sobre su alcance y consecuencia.

B. Se establece un procedimiento especial de arbitraje para las controversias relativas a: 1) pesquerías, 2) protección y preservación del medio marino, 3) investigación científica marina y 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y vertimiento.

La escogencia de los Estados puede abarcar "una o varias de las categorías de controversias que en él se especifica" (art. 287).

El objetivo fundamental de esta disposición fue que por su naturaleza estas materias deben ser decididas por *expertos*.

De acuerdo a lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 297 estas controversias se resolverán de conformidad con la sección 2 de la Parte XV (Procedimientos obligatorios conducentes a Decisiones obligatorias). Ese principio está sometido, no obstante, a importantes limitaciones derivadas de la oposición de los Estados costeros a someter ciertas facultades soberanas a dichos mecanismos de solución obligatoria de controversias. Eso explica la existencia de la Sección 3 de la Parte XV que se refiere a las "*limitaciones a la aplicabilidad de la Sección 2.ª*".

Esa sección contempla los casos en que se someterán a los procedimientos obligatorios (Sección 2.ª) las cuestiones relativas al ejercicio por parte del Estado ribereño de sus derechos soberanos o su Jurisdicción previstos en la Convención. Esos casos son:

a) Cuando se alegue infracción por el Estado ribereño de disposiciones de la Convención sobre usos internacionalmente legítimos del mar establecidos en el artículo 58 (navegación, sobrevuelo, tendido de cables, etc.).

b) Cuando se alegue infracción por Estado del pabellón en el ejercicio de las anteriores libertades, de disposiciones de la Convención, leyes, reglamentos y otras normas de derecho internacional no incompatibles con ella.

Las excepciones facultativas.

La confrontación de puntos de vista entre los Estados partidarios de aplicar un régimen global obligatorio de solución de controversias y los Estados no dispuestos a someter a dicho mecanismo ciertos temas vinculados a sus derechos soberanos contribuyó a la adopción de un sistema intermedio en virtud del cual se facultó a los Estados para excluir del procedimiento global ciertos tipos de controversias, bajo ciertas condiciones.

Los tipos de controversias son las siguientes:

a) Las relativas a *la interpretación o aplicación de los artículos* 15, 74 *y* 83, *relativos a la delimitación de zonas marítimas o las relativas a bahías o títulos históricos.*

Aun cuando la redacción de la disposición es equívoca y hasta contradictoria, de las discusiones y debates se desprende que:

1. Se aplica a las controversias surgidas después de la entrada en vigor de la Convención —*Excepto ratione temporis*— a fin de respetar el principio de no retroactividad de sus disposiciones.

2. No incluye las controversias que entrañen necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular.

3. Que después de un *período razonable de negociaciones* entre las partes, el Estado acepte que la cuestión sea sometida al procedimiento de conciliación previsto en la Sección 2.ª del Anexo V.

4. En base al informe de la *Comisión de Conciliación* las partes deben negociar un acuerdo.

En caso de no alcanzar un acuerdo someterán la cuestión por mutuo consentimiento a los procedimientos obligatorios de la Sección 2.ª.

b) Las controversias relativas a actividades militares o buques no comerciales.

c) Las controversias respecto a las cuales el Consejo de Seguridad ejerza funciones que le confiere la Carta de las Naciones Unidas.

Es importante destacar que el Estado puede declarar en cualquier momento que no acepta uno o varios de los procedimientos de solución de controversias previstos en la Sección 2.ª en cuanto concierne a una o varias categorías de controversias.

CONCLUSIONES

1. La idea de la seguridad colectiva y de la solución de controversias mediante medios pacíficos adquiere cada vez mayor importancia en el mundo contemporáneo.

2. A pesar de la evolución del derecho internacional "en el campo de los métodos de solución pacífica de controversias, nos hallamos prácticamente como en 1908, al terminar la II Conferencia de La Haya, con excepción del recurso judicial, de naturaleza voluntario, ante la Corte Internacional de Justicia, que fuera creado pocos años después" (96). Eso explica que se acentúe el carácter rudimentario del proceso de adjudicación internacional. Se afirma que "los organismos internacionales de naturaleza política han puesto el acento en mantener la paz a toda costa, relegando a un segundo plano la solución pacífica de controversias.

3. Si bien la solución de controversias mediante medios pacíficos forma parte esencial de la Carta de Naciones Unidas, su ámbito está restringido a las controversias que tengan carácter internacional que sean "susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz" (arts. 2, núm. 3 y 1 numeral 1). Es decir, "si el peligro de quebrantar la paz no existe las partes pueden abstenerse el buscar el arreglo de la controversia" (José María Ruda) (97).

El parágrafo 3 del artículo 2 no está concebido en términos claros y precisos. No existe en rigor, afirma Jiménez de Aréchaga (98), una obligación de los miembros de la Organización de arreglar sus controversias mediante medios pacíficos, sino de no solucionarles sino por esos medios pacíficos. No es una obligación de hacer sino de no hacer.

4. Prevalece el criterio de que los procedimientos pacíficos no pueden ser utilizados sin el consentimiento de las partes litigantes salvo lo señalado en referencia a las negociaciones diplomáticas.

La Corte Permanente de Justicia Internacional así lo estableció en la Opinión Consultiva relativa al Estatuto de la Carelia Oriental el 23 de julio de 1923, en los siguientes términos: "ningún Estado puede ser obligado a someter las controversias con otros Estados a la mediación, el arbitraje o a

(96) Necesidad de la revitalización de los procesos de arreglo pacífico de Controversias. Libro homenaje a don Antonio de Luna. Inst. Fco. de Vitoria. Pp. 130 y sig., Madrid, 1968.
(97) Citado por J. M. Ruda. *Ob. cit.*, p. 133.
(98) J. M. Ruda. *Ibidem.*, p. 139.

cualquier otro procedimiento de solución pacífica sin su consentimiento (99).

Este no es el caso, sin embargo, de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, la cual "no depende del consentimiento de los Estados interesados" como lo decidió en el caso de Interprestación de los Tratados de Paz (100), ratificado en 1975 en el caso de Carelia Occidental (101).

Sin embargo, el denominado "principio de libre elección de los medios" ha sido duramente criticado, especialmente al ser interpretado como un principio absoluto resultante de la igualdad soberana de los Estados, lo cual "a menudo en la práctica conduce a un "impasse" que prolonga indefinidamente la controversia y transforma el deber de arreglo pacífico resultante de la Carta en una obligación imperfecta" (E. Jiménez de Aréchaga, "El Derecho Internacional Contemporáneo". Ob. cit., 176).

5. En todo caso, *la negociación diplomática* ha evidenciado constituir el mecanismo más idóneo y adecuado para la solución de controversias mediante medios pacíficos. De las 317 delimitaciones que el geógrafo del Departamento de Estado ha considerado necesario realizar, una aplastante mayoría de las realizadas lo han sido aplicando el método de la negociación directa (102). Esto explica que constituya el método *prioritario* como lo evidencia la cláusula usual de sólo ocurrir a los otros métodos de solución en los casos "que no ha sido posible resolver mediante la negociación directa" (103). Sólo cuando una controversia no ha sido resuelta mediante negociación directa, alcanzando un punto muerto, se aplican los otros mecanismos de solución.

En Africa y Asia los *métodos diplomáticos,* con la intervención colectiva o individual de los otros Estados africanos han sido los únicamente utilizados para resolver cuestiones limítrofes (104).

6. El procedimiento de investigación ha reiterado su eficacia como procedimiento intermedio de soluciones, bien para

(99) Como lo ha dicho Sereni, "la competencia de los tribunales internacionales, fundada en una obligación asumida por los Estados y que constituye una limitación de su soberanía, no se presume y debe ser interpretada restrictivamente". A. P. Sereni. "La Jurisdicción Internacional", p. 35. Univ. de Valladolid. España 1969
(100) I. C. J. Reports, 1950, p. 71.
(101) I. C. J. Reports, 1975, p. 25.
(102) Hodgson y Smith: "Boundary Issnes created by extended national Marine Jurisdiction 69", *Geographical Revew,* pp. 423-426, 1979.
(103) L. B. Sohn: "International Arbitrator today", p. 12.
(104) J. Botheil. *Ob. cit.*, pp. 133 y 136.

preparar otros procedimientos o para esclarecer hechos en discusión.

7. Los buenos oficios, de utilización frecuente en el siglo XIX, no han sido utilizados con la misma frecuencia recientemente, quizá debido, entre otras razones, a la desconfianza de los nuevos Estados de la influencia de terceros que puede ser ineficaz y peligrosa (105). En cambio, los buenos oficios en forma colectiva o por medio de organizaciones regionales, tanto en Africa como en América han producido resultados positivos.

8. El procedimiento de *mediación* adquiere cada día mayor respeto y admiración como mecanismo adecuado y pertinente para el arreglo de cuestiones que no haya sido posible resolver mediante el mecanismo de negociación directa. En América Latina se ha enfatizado esa tendencia con motivo del exitoso resultado producido en el conflicto El Salvador-Honduras, donde intervino el eminente jurista Dr. José Luis Bustamante y Rivero. El propio Convenio de mediación de 6 de octubre de 1976 ha sido considerado como una expresión de las nuevas tendencias en cuanto a los mecanismos de solución de controversias. La propia mediación papal entre Argentina y Chile mantiene viva la esperanza de que pronto sea posible resolver dicho conflicto.

9. También el procedimiento de conciliación, tanto facultativo como obligatorio, ha venido acentuando su aceptación como lo revela su utilización en la Convención de Viena sobre Derecho del Mar (107).

Es considerado un procedimiento particularmente adecuado para la solución de controversias políticas.

10. La práctica de los Estados pone de manifiesto una mayor escogencia del arbitraje como método de solución de controversias y especialmente del acatamiento de sus decisiones.

11. Se plantea la cuestión de la *ejecución* de las sentencias arbitrales. La práctica internacional evidencia que la mayor parte de las sentencias arbitrales han sido cumplidas (108).

Ha habido, en cambio, casos de incumplimiento de Sentencias de la Corte Internacional de Justicia, como los: a) del Canal de Corfú; b) Anglo-Iranian Oil Company; c) Suroeste

(105) J. Botheil. *Ob. cit.*, p. 140.
(106) Artículo 65 y anexo.
(107) Artículo 297, 298, etc.
(108) Véase, al respecto, A. P. Sereni: "La Jurisdicción Internacional". *O. cit.*, p. 74.

Africano; d) Islandia en el caso de la competencia en materias de pesquerías, e) Francia en caso de las Pruebas Nucleares.

También en materia arbitral el caso del Canal de Beagle ha preocupado a la opinión mundial.

12. Se admite en doctrina que *el procedimiento judicial* no es idóneo para la solución de todas las controversias internacionales, ya "que las exigencias de justicia, seguridad y bienestar de una sociedad requieren a veces la aplicación y, en ocasiones, la modificación del derecho vigente" (Sereni, La Jurisdicción Internacional, pág. 23).

La solución de controversias por procedimientos judiciales está circunscrito a las *controversias jurídicas*, en tanto que las de *naturaleza* política no pueden decidirse conforme a derecho.

13. Es evidente que siguen vigentes las ventajas de los tribunales permanentes en relación con los mecanismos temporales u ocasionales, "como órganos capaces de desarrollar una Jurisprudencia estable, establecer una serie de procedentes que enriquezcan y hagan progresar el corpus del Derecho Internacional (E. Jiménez de Aréchaga. Ob. cit., pág. 179).

14. La modificación del Reglamento de la Corte en 1972 tiende evidentemente a incorporar elementos de naturaleza arbitral, flexibilizando los mecanismos de constitución de las Salas ad hoc y permitiendo que la elección de los magistrados se funde en un Consenso entre la Corte y las partes, entre los cuales pueden incluirse Jueces ad hoc, esto es, magistrados especialmente designados por las partes.

Al propio tiempo, la posibilidad de formular reservas a la cláusula opcional ha generado un número importante de éstas, lo que han afectado la utilización de la cláusula opcional y su eficacia jurídica.

15. Los estudios de diversas instituciones, como los de la American Society of International Law (109), la iniciativa de los EE. UU. de incorporar el tema "Revisión del papel de la Corte Internacional de Justicia" en la agenda de la 25.ª Sesión de la Asamblea General han intentado explicar la razón por la cual sólo 45 Estados han aceptado la jurisdicción de la Corte como obligatoria, y una fracción de ellos han sometido sus casos a su criterio (110). La propia ONU con sus Resoluciones 2.723 (XXV) del 15-12-1970, y 3.232 (XIX) del 12-11-1974, ordenó al

(109) "Pavel on the future of the ICJ". *Edit. by Leo Gross. Oceana Public Inc.* p. 727. New York, 1976.
(110) *Ibidem.*

Secretario General indagar entre los miembros y la propia Corte sobre su misión y proyección de futuro.

Entre las proposiciones formuladas merecen destacarse el procedimiento de votación en las Sentencias y Opiniones Consultivas a fin de eliminar el voto decisivo del Presidente, la posibilidad de acceso a la Corte, a las Corporaciones y en algunos casos a los individuos, y el derecho aplicable por la Corte a fin de incluir en el artículo 38 las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General creadoras de derecho (Law-making character).

16. La creación de nuevas normas en el Derecho Internacional Marítimo aumenta la posibilidad de conflictos potenciales fronterizos tanto frontales como adyacentes.

El Proyecto de Convención sobre Derecho del Mar adoptó un mecanismo global de solución de controversias. Se establece un Procedimiento General estructurado de acuerdo con el principio de libre escogencia por las partes del medio pacífico de su elección, bien sea: a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar; b) La Corte Internacional de Justicia; c) Un Tribunal Arbitral general, o d) Un Tribunal Arbitral especial.

El sistema de solución de controversias adoptado constituye un conjunto de modalidades facultativas y obligatorias, a la par que limitaciones a la aplicabilidad del procedimiento, como excepciones facultativas a su aplicabilidad.

17. Persisten los límites, de diversa naturaleza, a la aplicación de los procedimientos de solución de controversias.

Esos límites se originan, esencialmente, en: a) El carácter facultativo del procedimiento de adhesión, b) la posibilidad de adherir a sólo una parte de la Convención (111), c) la posibilidad de formular reservas demasiado extensas, etc.

18. La cuestión fundamental en materia de escogencia de solución de controversias continúa radicando en el *factor confianza*. Con razón Charles de Visscher ha dicho que "el árbitro en gran medida es el hombre de confianza de las dos partes" (R. C. A. D. I., 1954, II, pág. 54).

(111) J. Salmon: "La Convention Europeenne pour le reglement pacifique des differends". *Edit. Pedone*. p. 28, París, 1959.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Emilio Ramón ESTRADA Y DE MIGUEL
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Zaragoza (España)

1. Introducción general.

Se ha escrito que "si la descolonización y el aumento del número de naciones-Estado en el mundo ha sido el fenómeno político más notable de la última postguerra, el acontecimiento económico más significativo ha sido el crecimiento de las empresas transnacionales" (1). Se trata de una reafirmación de un hecho totalmente comprobable.

Para caracterizar, para definir a la empresa multinacional o transnacional es preciso acudir, en nuestra opinión, a una definición de tipo estructural, como ha señalado Goldman (2). Así, puede definirse la empresa multinacional como la empresa formada por un grupo de sociedades constituido por una casa matriz y un número de filiales constituidas a su vez en Estados distintos del de la sociedad matriz. Esta es la que ostenta el poder económico y gestor. Las sociedades filiales tienen la personalidad jurídica que les otorga el Derecho del Estado en que se asientan y la nacionalidad de tal Estado.

Unidad económica y pluralidad jurídica son notas destacadas del ente multinacional (3). Por ser una unidad económica,

(1) *Vid.* Crónica mensual ONU, julio 1982, p. 8. Entre la reciente bibliografía sobre el tema, *vid.* "Des sorcières dans l'Economie: les multinationales". René Gendarme, París, 1981, y "El control de las empresas multinacionales", A. Fernández Tomás, Madrid, 1983.

(2) En "Unificación y armonización de Derecho en el campo de las sociedades multinacionales", informe al congreso de Derecho Privado (Roma, septiembre de 1976), organizado, por UNIDROIT, recogido en "Empresas Multinacionales y Derecho Español", coordinado por Bernardo M. Cremades, Madrid, 1977, p. 730.

(3) Por todas las aportaciones doctrinales, sirva la definición del Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las empresas multinacionales adoptada en la sesión de Oslo, en 1977 (*vid.* texto en "Anuario de Derecho Internacional" (ADI). IV (1977-78), Pamplona, (p. 258). Según el Preámbulo de la resolución, son "empresas caracterizadas por su unidad económica, bajo el impulso de una sociedad madre que constituye su centro de decisión, al mismo tiempo que por la di-

encaja mejor el término económico "empresa"; de otra parte, al tratarse de una pluralidad jurídica de sociedades, cada una con su personalidad y su nacionalidad, hace que sólo el término jurídico "sociedad" sea el adecuado para cada una de las integrantes de la empresa, más bien que para el conjunto.

Desde un punto de vista de Derecho positivo, ¿existe la empresa multinacional? El ente multinacional es un conjunto de sociedades nacionales y, desde esa perspectiva jurídica, hoy por hoy no pasa de ahí. Tal pluralidad de sociedades entraña dificultades en cuanto a una regulación unitaria, al estar sometidas las integrantes de dicho ente a los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, en virtud de su respectiva nacionalidad.

Para Naciones Unidas (4) son suficientes estos tres elementos para caracterizarlas: 1) ser una empresa comercial que comprende entidades económicas y que opera en dos o más países; 2) poseer un sistema centralizado de adopción de medidas; 3) compartir las informaciones, los recursos y las responsabilidades entre las entidades integrantes.

¿Empresa multinacional o empresa transnacional? La doctrina acoge una u otra expresión, las más de las veces sin justificar la razón, o exponiendo el estado de la cuestión (5).

Así, por todos, el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución relativa a las empresas multinacionales, adoptada en la sesión de Oslo de 1977, se refiere a ellas con el adjetivo "multinacional" (6). Para el Instituto Hispano-Luso-Americano

seminación de sus establecimientos, dotados o no de una personalidad jurídica, y constituyendo sus centros de actividad en un gran número de países". El dispositivo de la resolución expresa, en este sentido, I: "Las empresas formadas por un centro de decisión localizado en un país y de centros de actividad, dotadas o no de personalidad jurídica propia, situadas en uno o varios países, deberían ser consideradas como constitutivas en Derecho, de empresas multinacionales".

(4) A efectos de trabajo fue así para el Grupo Intergubernamental de Trabajo sobre "Código de conducta de las empresas transnacionales (o multinacionales)". *Vid.* Crónica mensual ONU, septiembre-octubre 1980, p. 53. Pese a ello, el informe del grupo a la Comisión Intergubernamental sobre las Corporaciones Transnacionales tras la reunión de aquel en mayo de 1982, indica que no existe todavía acuerdo sobre la definición de empresa transnacional, en el sentido de si sólo se refiere a empresas privadas o también a empresas públicas. *Vid.* Crónica mensual ONU, junio, 1982, *cit.* en nota 1, p. 84.

(5) Así, Miaja de la Muela, en "El Derecho Internacional ante las sociedades multinacionales", ADI, II (1975), p. 190.

(6) *Vid. op. cit.* en nota 3 pp. 258 y 259.

de Derecho Internacional, sirven ambas expresiones (7). Para la OCDE, empresas multinacionales (8). Para el Club de Roma, empresas transnacionales (9). En Naciones Unidas, ambos términos (10).

Parece más apropiado el término "transnacional", en el sentido de trascender de las fronteras de los Estados, en la línea de las construcciones de Philip Jessup (11) y de Wolfgang Friedmann (12).

Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado se encuentran con un ente pluriforme, sobre el que no hay acuerdo tan siquiera en su definición, al basarse en datos económicos, jurídicos, etc.: junto a la característica de ser un ente pluriforme, que produce dificultades al Derecho Inter-

(7) La recomendación y la declaración adoptadas en su X Congreso, en México-Guanajuato, en 1974, se refiere a las empresas multinacionales, pero en el cuerpo de las mismas alude a empresas transnacionales. *Vid.* texto en "Tabla general de las resoluciones y demás acuerdos (1951-1977) del IHLADI", Pérez Montero, Madrid, 1979, páginas 105 a 107, y Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 5; Madrid, 1979, pp. 344 a 346.

(8) En la declaración de los Gobiernos de los Países miembros de la OCDE y en el anejo sobre principios directivos, respecto de las empresas multinacionales, de 21 de junio de 1976, en "Texto básicos de Derecho Internacional Privado", Bernad, Estrada y Zabalo, Zaragoza, 1979, pp. 351 y sigs. y 354 y sigs., respectivamente.

(9) Informe del Club de Roma,. sesiones de Argel, octubre de 1976 y Amsterdam, noviembre de 1976, en "Reestructuración del orden internacional", obra coordinada por Jan Tinbergen, México D. F., 1977.

(10) Así, por citar las grandes líneas de actuación de Naciones Unidas, en la solicitud del ECOSOC, en 28 de julio de 1972, al término de su 53.ª sesión, de un estudio sobre el efecto de las corporaciones multinacionales en el proceso del desarrollo y en las relaciones internacionales, especialmente en los países en desarrollo (*vid.* Crónica mensual ONU, agosto-septiembre, 1972, p. 85); en la primera reunión del Grupo de Expertos, en septiembre de 1973, en Nueva York, se alude a empresas multinacionales (*vid.* Crónica mensual ONU, octubre, 1973, página 40); en la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, anexa a la resolución 3.201 A. G. VI-E, de 1 de mayo de 1974, se recoge el principio de reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales (*vid.* Crónica mensual ONU, mayo, 1974, pp. 76 y 84) y en la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, anexa a la resolución 3281 (XXIX) A. G., de 12 de diciembre de 1974, se habla de empresas transnacionales (*vid.* Crónica mensual ONU, enero 1975, especialmente, página 124). Es el término adoptado, al parecer definitivamente, en Naciones Unidas.

(11) En "Transnational Law", Yale University Press, EE. UU., 1956. Versión española, "Derecho Transnacional", México D. F., 1967.

(12) En "The Changing Structure of International Law", EE. UU., 1964. Versión española, "La nueva estructura del Derecho Internacional", México D. F., 1967.

nacional para la regulación jurídica de dichas empresas, se da también la de que las sociedades componentes son instituciones creadas y reguladas hasta ahora más por el Derecho interno que por el Derecho Internacional general o Público. Como señala Pierre Lalive (13), la empresa multinacional o transnacional ha de tener en cuenta —al menos— a tres ordenamientos jurídicos: el del Estado de origen, el del Estado huésped y el Derecho Internacional Público (aspectos de protección diplomática de las sociedades, nacionalizaciones, "derechos adquiridos" de los extranjeros...). En suma, pues, el Derecho Internacional Privado, ya en el plano de la nacionalidad y en el de la extranjería, ya en el de la competencia judicial, ya en el de la competencia legislativa, de una parte, y de otra, el Derecho Internacional Público.

Dado que el control económico lo ostenta la sociedad matriz y el capital es el que controla la marcha del entramado multinacional, la sede central invierte el capital en las filiales aportando, a su vez, tecnología, organización empresarial, mercados, etcétera.

De este modo, aparecen, íntimamente ligados, empresas multinacionales o transnacionales e inversión de capital extranjero, si bien puede darse la segunda sin necesidad de las primeras.

Para la inversión de capital en el extranjero, la sociedad matriz se encuentra con las barreras aduaneras a sus exportaciones y con la desventajosa situación de la creación de establecimientos en el extranjero, sucursales éstas que, manteniendo la nacionalidad del Estado de la sociedad matriz, son —lógicamente— extranjeras en el país de instalación, con claras desventajas respecto de las sociedades nacionales del país huésped.

Crear, por tanto, sociedades a las que el Estado de recepción o huésped reconoce personalidad jurídica y otorga su nacionalidad, es contar con ventajas jurídicas para la sociedad matriz; es un medio de penetración, bajo control de la sociedad de origen.

La regulación de la inversión de capitales extranjeros en el país huésped y la de capitales procedentes del Estado nacional en el extranjero se realizan por medio de la ley del Estado huésped y de la ley del Estado de la nacionalidad del inversor.

(13) En "Aspects juridiques des entrepises multinacionales" (resumen del informe a la A. A. A. de Derecho Internacional de La Haya, Neuchâtel, 1973, p. 2).

2. Las empresas multinacionales en Derecho Internacional Privado.

Si bien el considerarlas sujetos de Derecho Internacional Público es hoy más una pretensión que una realidad, sí son sujetos de relaciones privadas internacionales.

Trataremos, de un lado, aspectos generales del Derecho Internacional Privado, centrándonos en los problemas de competencia legislativa; posteriormente, aspectos concretos del Derecho Internacional Privado, como en Derecho Mercantil, Derecho Fiscal y Derecho Laboral.

2.1. *Las empresas multinacionales ante aspectos generales del Derecho Internacional Privado.*

2.1. A. *Competencia judicial.*

2.1. A. 1. *En general.*

2.1. A. 1. A. *Arbitraje.*

En el plano de la competencia judicial en general en torno a las empresas multinacionales, se reconoce el recurso al arbitraje de un modo preferente, en diversos textos convencionales y declaraciones de Organizaciones y doctrinales. Así, el Convenio de Washington del BIRD, de 18 de noviembre de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (14), se establece la creación de un Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, cuya jurisdicción, a tenor del artículo 25, punto 1, lo es sobre diferencias jurídicas que surjan directamente de una inversión entre un Estado parte (del Estado que recibe la inversión) y el nacional inversor de otro Estado parte, que las partes hayan consentido en someter al Centro ya sea para conciliación, ya para arbitraje. Mas éste no es el caso de las empresas multinacionales, que, en sus relaciones con los Estados receptores, actúan mediante sociedades filiales, de nacionalidad de tal Estado huésped.

Como señala Pierre Lalive (15), el arbitraje atenúa el inconveniente de la diversidad jurisdiccional, y tal diversidad es bien conocida, ya que los criterios de competencia judicial en la materia son los que se utilizan para establecer la competencia judicial sobre las sociedades nacionales; en cada país, para

(14) Texto en pp. 367 a 369 de "Textos básicos de Derecho Internacional Privado", *op. cit.* en nota 8.

(15) *Op. cit.* en nota 13, p. 3.

cada filial, por tanto, el de ese país. Con todo, ha de abordarse el tema por el carácter internacional que puede presentarse desde el punto de vista del Estado receptor de la inversión, cuando el litigio lo fuere con sociedad matriz, extranjera.

Desde el punto de vista de la empresa multinacional, todo se reducirá a litigios entre Estados receptores y sociedades de nacionalidad de los mismos. De ahí que en los ámbitos de competencia judicial y de competencia legislativa, el planteamiento y el desarrollo de los casos sean para la empresa multinacional, tantos y tan diversos como sociedades filiales tenga.

Esa doble perspectiva obedece a un planteamiento digamos formal. Para la Cámara de Comercio Internacional, las cosas han sido siempre distintas en este aspecto. Considera que se trata de un arbitraje internacional también cuando lo es entre compañías o sociedades de la misma nacionalidad si una de ellas es controlada por una sociedad extranjera o pertenece a una empresa multinacional. Reconoce la Cámara la realidad económica del ente (16). La propia Cámara de Comercio Internacional en un arbitraje auspiciado por ella, establece que "el concepto de grupo se define, por encima de la independencia formal nacida de la creación de personas morales distintas, por la unidad de orientación económica dependiente de un poder común" (17). Esta idea del grupo económico se refleja en la práctica arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de modo que aquellos contratos que prevén el arbitraje, vinculan al cumplimiento de la resolución arbitral a las demás sociedades participantes del grupo (18). Y para llegar a tal conclusión se basan los tribunales arbitrales en que siguiendo siendo la voluntad de las partes (sociedades filiales de un ente multinacional en un caso, y una sociedad filial de un ente multinacional y una sociedad del Estado huésped en otro) la que establece el sometimiento a arbitraje, es "la intervención de los grupos de sociedades en la conclusión de acuerdos industriales en el plano internacional lo que constituye, para los árbitros, el elemento revelador de la voluntad de las partes", en expresión de Yves Derains (19).

(16) En "Las empresas multinacionales y el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", Yves Derains, p. 859 de "Empresas multinacionales y Derecho español", *op. cit.* en nota 2.

(17) *Idem.* nota 16, p. 863, refiriéndose al caso 2375/1975, recogido anónimamente en Clunet, 1976, pp. 973 y sigs.

(18) *Idem.* nota 16, pp. 862 y sigs., respecto del caso citado en nota 17 y del caso 1434/1975, Clunet, 1976, pp. 978 y sigs., anónimo. Esta vinculación de las sociedades del grupo a la resolución arbitral es recogida expresamente en el caso 1434/1975, al decir el tribunal arbitral que se reserva "en caso de eventuales sentencias condenatorias, pronunciarse, si llega el caso, sobre la atribución o reparto entre las sociedades del grupo que han participado en la operación", p. 865 de *op. cit.* en nota 16.

Podemos señalar entre otros aspectos la Declaración sobre las sociedades multinacionales formulada por el X Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, México-Guanajuato, 1974, que recoge en una formulación amplia el recurso al arbitraje (20); la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, en su artículo 2, punto 2 - c, lo incluye también (21); del mismo modo, lo recogen los Principios directivos respecto de las empresas multinacionales, anejos a la Declaración de los Gobiernos de los países miembros de la OCDE sobre la inversión internacional y las empresas multinacionales, de 21 de junio de 1976 (22); igualmente, el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Oslo (23); en el proyecto de Código internacional de conducta de las empresas transnacionales elaborado en Naciones Unidas, concretamente en las Formula-

(19) *Idem.* nota 16, especialmente pp. 863 y 864.

(20) *Op. cit.* en nota 7, punto 3 de la Declaración, en pp. 106 y 107 de "Tabla general de resoluciones y demás acuerdos (1951-1977) del IHLADI", *op. cit.* y en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, *op. cit.*, p. 346; la declaración, en su punto 3 señala, entre otras cosas, que "las controversias que se susciten entre un Estado y una empresa transnacional que opere en su territorio deben quedar sujetas, exclusivamente, a los tribunales del primero, (...) y las controversias entre la sociedad transnacional y las personas naturales o jurídicas sujetas a la jurisdicción de éste, salvo pacto en contrario compatible con las leyes del Estado; dentro de la formulación un tanto anbigua, cabe deducirse que esa disposición sea para los dos tipos de controversias y que pueda disponer de otros medios de arreglo, tales como el arbitraje.

(21) Según tal disposición, aplicable a controversias sobre compensaciones por nacionalización, expropiación, transferencia de la propiedad de bienes extranjeros, puede darse el libre y mutuo acuerdo de todos los Estados interesados en que se recurra a otros medios pacíficos de arreglo de controversias, sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de medios (*Vid.* Crónica mensual ONU, enero 1975, *cit.*, p. 124).

(22) En el punto 10 del preámbulo de tales Principios se alienta al empleo de "procedimientos apropiados de arreglo internacional de conflictos, comprendido el arbitraje (...) para facilitar la solución de los problemas que se presentan entre empresas y países miembros" (texto en "Textos básicos de Derecho Internacional Privado", *op. cit.* en nota 8, p. 357).

(23) El Instituto se pronuncia por el arbitraje, junto a otros medios de arreglo pacífico de los litigios, en el punto III, 2 b, de la resolución referente a las empresas multinacionales (texto de la resolución, en *op. cit.* en nota 3, pp. 258 y 259; respecto del arbitraje, p. 259).

ciones del Presidente del Grupo de trabajo intergubernamental del Código de conducta, se señala el recurso al arbitraje (24).

Para Bertold Goldman, el arbitraje habría de ser obligatorio para las sociedades y los Estados (25), como uno de los instrumentos de unificación o de armonización del Derecho que propone, en este caso, un instrumento de unificación o de armonización de tribunales competentes.

2.1. A. 1. B. *Competencia judicial en sentido estricto.*

En el caso de plantear la controversia ante un tribunal judicial tengamos por dicho lo expuesto con anterioridad en la doble vertiente de relaciones entre el Estado huésped y la sociedad filial de su nacionalidad, y el del Estado huésped y la empresa multinacional, y desde el punto de vista de la empresa multinacional, la sumisión a tantos tribunales estatales como filiales posea.

Entre los textos más representativos, la Declaración sobre las sociedades multinacionales formulada por el IHLADI (25), establece como tribunal competente para las controversias entre el Estado huésped y una sociedad transnacional que opere en su territorio los tribunales de tal Estado y también para las que se produzcan entre la sociedad transnacional y las personas físicas o jurídicas sujetas a la jurisdicción del Estado huésped.

La Carta de derechos y deberes económicos de los Estados establece como tribunales competentes para las diferencias entre el Estados huésped y la empresa transnacional los del tal Estado huésped (27).

Los citados Principios directivos de la OCDE en materia de empresas multinacionales, recogen tácitamente en el punto 10 de su Preámbulo el acceso a los tribunales, al referirse a "procedimientos apropiados de arreglo internacional de conflictos" (28).

(24) Parágrafo 54 de las Formulaciones del Presidente del Grupo de trabajo intergubernamental del Código de conducta, documento N.U. E/C 10/31, de mayo de 1977, citado por FATOUROS en "Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d'évolution", Clunet, 1980, p. 26; y *vid.* Crónica mensual ONU, marzo, 1978, p. 28.

(25) *Op. cit.* en nota 2, p. 758.

(26) *Op. cit.* en nota 7; punto 3 de la Declaración, citado éste en nota 20, p. 347.

(27) Artículo 2, punto 2c, *en cit.* en nota 21, p. 124, en el sentido expuesto allí para casos específicos.

(28) *Op. cit.* en nota 8, p. 357.

El Instituto de Derecho Internacional, en la citada resolución de Oslo, alude a tal acceso en el punto III 2-b de su dispositivo, al referirse ampliamente una vez señalado el recurso al arbitraje, a "otros medios de arreglo de los litigios que interesan a las empresas registradas" (en un Registro internacional de empresas internacionales) (29).

Por su parte, el ya citado proyecto de Código de conducta de las empresas multinacionales elaborado en Naciones Unidas (30), considera competente judicialmente al Estado local.

Este es pues el criterio de atribución de competencia judicial en algunos representativos textos internacionales.

En definitiva, si nos atenemos a los planteamientos clásicos, la competencia judicial la tiene en el ámbito internacional el Estado receptor o huésped, para litigios entre tal Estado y la sociedad extranjera (matriz); no tiene relevancia para el Derecho Internacional Privado en el caso de litigios entre el Estado huésped y la sociedad filial, por la nacionalidad de ésta, que no es otra que la que le otorga el ordenamiento jurídico del tal Estado huésped, careciendo, por tanto, de elemento extranjero la relación litigiosa, cuando menos en principio. La misma puntualización, por lo demás bien sabida, ha de hacerse respecto del caso de litigios entre la sociedad filial y las personas físicas o jurídicas con nacionalidad del Estado huésped.

2.1. A. 2. *En Derecho español.*

Se aplican las reglas de competencia judicial internacional españolas generales, para los supuestos en que los litigios entre empresas multinacionales y el Estado español, caso no perteneciente este último al ámbito del Derecho Internacional Privado, en tanto que carezca de elemento de extranjería alguno la relación.

Las reglas españolas de competencia judicial internacional serán, de una parte, o bien las recogidas en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien en el artículo 70 de la misma, a tenor de la no resuelta polémica sobre la derogación o no del Decreto de Extranjería por el Decreto de Unificación de Fueros y la subsiguiente aplicabilidad de unos u otros de los preceptos de la LEC; todo ello, salvo cláusula de arbitraje inserta en el contrato de inversión.

Según el artículo 51 de la LEC (dentro de las disposiciones generales relativas a competencia), existe competencia española

(29) *Cit.* en nota 23, p. 259.

(30) En *op. cit.* en nota 24, p. 26.

para conocer de los negocios civiles suscitados en España entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros; según el artículo 70 (dentro de las reglas para determinar la competencia judicial aplicables aquí al ámbito internacional), aplicación de tales normas a los extranjeros que acudieren como actores o como demandados contra españoles o contra otros extranjeros.

También con respecto a la competencia judicial sobre las compañías extranjeras (extranjeras en el caso por su constitución en país extranjero, a tenor del Código de Comercio), el artículo 15, primer párrafo de dicho Código, establece la competencia judicial española sobre las mismas.

2.1. B. *Competencia legislativa.*

2.1. B. 1. *En general.*

Hechas las mismas precisiones que al tratar de la competencia judicial respecto de los litigios entre la sociedad filial y el Estado huésped se hicieron, para las relaciones con elemento extranjero pueden emplearse los métodos de solución de los problemas de competencia legislativa. Y es que no aparece generalizado hasta el momento reflejado en los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional en torno a la imputación al ente multinacional, a la unidad económica, de obligaciones por actividades de sociedades que la componen.

La resolución del Instituto de Derecho Internacional en el punto III. 1, a (31), señala la conveniencia de tener presentes en las conexiones de la sociedad matriz con un Estado determinado y en las de cada filial con un Estado determinado, los vínculos de la sociedad matriz con el país de cada filial y los de cada filial con el país de la sociedad matriz: la resolución se pronuncia por la idoneidad de acuerdos internacionales para poder desarrollar el principio anterior (32).

En virtud de la diversidad legislativa que ofrecen las leyes nacionales de los Estados huéspedes, las empresas multinacionales tienen interés en atrincherarse tras la legislación del tal Estado para cada filial en lo que de ventajoso sea para el ente multinacional, como expresa Pierre Lalive (33). Es decir, la búsqueda de legislaciones adecuadas a sus propósitos es un

(31) *Op. cit.* en notas 3 y 23, p. 258.
(32) *Op. cit.* en notas 3 y 23, p. 259.
(33) *Op. cit.* en nota 13, p. 5.

factor más que se une a los de expansión y penetración económica.

Otra ventaja más que puede encontrar la empresa multinacional es la de que no existe un marco de exigencia de responsabilidad por las acciones como empresa mundial, y, desde luego, no es un modelo eficaz para controlarlas la suma de las legislaciones nacionales, divergentes y contradictorias y, a menudo, como indican I. Jazairy, P. Kvin y L. Somavia (34). Accionistas, consumidores, país receptor, país de origen, carecen de la visión global de las actividades totales de la empresa multinacional, no pudiendo, por tanto, controlar el ejercicio de su poder (35).

Nos centraremos en tres aspectos respecto de la competencia legislativa genérica:

A) La competencia del Estado huésped sobre la empresa multinacional (ampliable también a las esferas de la competencia judicial y de la competencia de autoridades, en cuanto a conexiones con la competencia legislativa).
B) La ley aplicable a la vida de la sociedad filial (aspectos generales); y
C) Los Códigos de conducta de las empresas multinacionales.

A) La competencia del Estado huésped sobre la empresa multinacional.

Hagamos un breve recorrido de las principales aportaciones.

La declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, de Naciones Unidas (36), señala como uno de los principios básicos del nuevo orden económico, el de "la reglamentación y la supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía nacional de los países donde esas empresas realizan sus actividades, sobre la base de la plena soberanía de esos países" (37).

(34) En "Las empresas transnacionales", informe técnico del Club de Roma, 1976, en anexo 7 de "Reestructuración del orden internacional", *op. cit.* en nota 9, p. 435.
(35) *Op. cit.* en nota 34, p. 435.
(36) Anexa a la resolución 3201 A. G. (VI-E), de 1 de mayo de 1974, texto en Crónica mensual ONU, mayo 1974, *cit.* en nota 10, pp. 73 a 76.
(37) *Op. cit.* en nota 36, p. 75.

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, en su declaración sobre las empresas multinacionales, se pronuncia por la facultad de cada Estado "para reglamentar y controlar de conformidad con su propio Derecho a las sociedades transnacionales que operen dentro de su territorio (...) y de adoptar medidas para velar porque esas sociedades cumplan 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" (38).

Por otra parte, la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, en su artículo 2, punto 2 b, señala también el derecho de todo Estado a "reglamentar y supervisar las actividades de las empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y a adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales" (39).

La Declaración de la OCDE (40) establece que la misma "no afecta al derecho de todo país miembro a reglamentar la admisión de las inversiones extranjeras o las condiciones de establecimiento de empresas extranjeras" (en el caso, por medio de sociedades filiales, de nacionalidad del Estado receptor): el punto 7 del preámbulo de los principios directivos, anejos a la Declaración, señala el Derecho de cada Estado a reglamentar "las condiciones de funcionamiento de las empresas multinacionales en los límites de su jurisdicción, bajo reserva del respeto del Derecho Internacional y de los acuerdos internacionales en los que sean parte. Las entidades de un empresa multinacional situadas en diversos países están sometidas a las leyes de estos países" (41).

B) La ley aplicable a la vida de la sociedad filial (aspectos generales).

La personalidad, la constitución, el funcionamiento, la disolución de las sociedades filiales, se regula por la ley nacional, como sintéticamente expresa Batiffol (42). Como señalaba

(38) *Ops. cits.* en nota 7 y nota 20, p. 106 de "Tabla general de las resoluciones y demás acuerdos (1951-1977) del IHLADI", y p. 345 de Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.
(39) *Op. cit.* en nota 21, p. 124.
(40) *Op. cit.* en nota 8, p. 353.
(41) *Op. cit.* en nota 8. p. 356.
(42) Batiffol y Lagarde: *Droit International Privé*, tomo I, París, 1981, número 203, p. 246.

Miaja de la Muela, es la ley del lugar de constitución la que determina "si la sociedad creada goza o no de personalidad jurídica" (43); no se plantean problemas sobre el reconocimiento de la sociedad filial, dado que posee la nacionalidad del propio país.

Si bien el Instituto de Derecho Internacional, en su ya citada resolución (44), señala que constitución, organización, funcionamiento, actividad de las componentes de la empresa multinacional, deben regirse por las normas conflictuales del foro requerido, la misma resolución insta a: a) la armonización progresiva de los sistemas conflictuales, teniendo en cuenta ante todo, el país en que se realizan las actividades de las empresas multinacionales, así como los países en que se producen los efectos directos e inmediatos (45); y, por otra parte, b) una armonización progresiva de las normas materiales referentes a las actividades de las empresas multinacionales.

Un caso específico de ley aplicable a una situación concreta de la empresa multinacional es el referido a la nacionalización, a la expropiación, a la transferencia de la propiedad de bienes extranjeros, que recoge el artículo 2. punto 2 c, de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (46); la ley aplicable será la del Estado que adopta tal medida, ley que por las características de afectar a Derecho Público es una norma de aplicación inmediata o necesaria, sustraída, por tanto, al mecanismo conflictual.

Obvio es decir que cuando se refiere a bienes que no puedan adscribirse a la sociedad matriz sino a la sociedad filial de nacionalidad del país, no estaremos ante un caso de Derecho Internacional Privado, al faltar el elemento de extranjería.

(43) Miaja de la Muela: *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Madrid, 1977, p. 348; tomo II, Madrid, edición de 1982, p. 437, en sección revisada por Victoria Abellán.
(44) *Op. cit.* en notas 3 y 23, puntos IV.1 y IV.2, p. 259.
(45) Esta misma idea la ha expresado Goldman, ponente, como es sabido, de los trabajos del Instituto de Derecho Internacional en torno a la empresas multinacionales, al decir que las normas conflictuales unificadas, "supondrían una seria mejora, ya que permitirían, al menos a los que aportan (...) sus capitales a la sociedad, la protección legal de la que pueden beneficiarse en presencia de riesgos propios de la multinacionalidad"; ahora bien, señala, "también sabemos que, prácticamente, las reglas de conflicto caerían en el vacío y, por tanto, nos podemos preguntar qué resulta más difícil de conseguir, si la de múltiples legislaciones estatales de las que habría que determinar de un modo uniforme el campo de aplicación, o si la elaboración directa de una regulación internacional" (*op. cit.* en nota 2, pp. 756 y 757).
(46) *Op. cit.* en nota 21, p. 124.

C) Los Códigos de conducta de las empresas multinacionales.

El concepto de Código de conducta ha evolucionado. Fatouros indica que, hasta aproximadamente 1970, era un conjunto de reglas, no un instrumento determinado y sistemático. La expresión "Código de conducta" tenía sentido material; desde principios de los años setenta —y sobre todo en Naciones Unidas—, adquirió un sentido técnico, de tal modo que se ha dado el nombre de Código de conducta a otros instrumentos, ya aceptados o en curso de negociación, cuyo título formal es diferente, aunque sea semejante su contenido. Para el citado autor, un Código de conducta es un conjunto de principios y reglas incorporados en un solo acto o instrumento jurídico adoptado por los Estados (47).

Nos referiremos, en primer lugar, a pronunciamientos doctrinales de importancia en torno a Códigos de conducta de las empresas multinacionales, que, a su vez pudieran ser también de conducta para los Estados (de origen y huéspedes) en sus relaciones con tales empresas.

Entre las propuestas a medio plazo formuladas por el Club de Roma en sus sesiones de 1976 en Argel y Amsterdam, se recoge en su informe la de la formulación de un Código de conducta, a su juicio "con elementos legalmente exigibles" (48), constituyendo "normas mínimas de comportamiento internacionalmente aceptadas" (49). El informe técnico citado (50), lo establece como una acción de la comunidad internacional, comprendiendo normas mínimas de comportamiento, "con elementos legalmente obligatorios", a su juicio, entre las propuestas a largo plazo.

El Instituto de Derecho Internacional, en la referida resolución adoptada en Oslo (51), insta en el punto IV.2 a proseguir los trabajos para la elaboración de Códigos de conducta para las empresas internacionales. En el marco de normas materiales, desde luego, al decir allí que "es deseable que sea acometida una armonización internacional progresiva de las reglas de Derecho material referidas a la actividad de las Empresas multinacionales, y que prosigan los trabajos para la elaboración de «Códigos de conducta» para estas empresas".

(47) *Op. cit.* en nota 24, pp. 5 y 6.
(48) *Op. cit.* en nota 9, pp. 243, 244 y 293. Una Autoridad internacional debería supervisar los estatutos de las empresas multinacionales, como una de las propuestas a largo plazo (*op. cit.*, p. 244).
(49) *Op. cit.* en nota 9, p. 242.
(50) *Op. cit.* en nota 34, p. 446.
(51) *Op. cit.* en notas 3 y 23, p. 259.

Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional publicó unas llamadas Directrices para la inversión extranjera en 1977, con características de Código de conducta (52).

De tal preocupación participan tanto a nivel de Organización internacional general, Naciones Unidas, como a nivel de Organizaciones internacionales regionales la OCDE.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico establece unos Principios directivos, anexos a su Declaración sobre la inversión internacional y las empresas multinacionales, de 21 de junio de 1976, dirigidos unos y otra a los Estados miembros y, muy especialmente, a las empresas multinacionales que actúen en ellos (53).

De otro lado, la Organización Internacional del Trabajo, reconocida como organismo especilizado de la ONU (54), en el desarrollo de sus propósitos de mejora de las condiciones de trabajo, el nivel de vida y promover la estabilidad social y económica y de contribuir al establecimiento de la paz mediante la justicia social (55), se ha preocupado de los efectos de las empresas multinacionales sobre temas concretos, tales como la mano de obra, las condiciones de trabajo, las relaciones laborales, la aplicación de los principios y las normas internacionales de trabajo de la OIT. Así en la reunión tripartita (gobiernos, empresarios y trabajadores) convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en otoño (octubre-noviembre) de 1972, sobre la oportu-

(52) En "Empresas multinacionales y Derecho español", *op. cit.* en nota 2, "Empresas multinacionales y organismos internacionales. Especial consideración a la actividad de las Naciones Unidas", Pieter Sanders, pp. 837 y 738.
(53) *Op. cit.* en nota 8, pp. 351 a 364, así como tres decisiones del Consejo de la OCDE relativas a los procedimientos de consulta intergubernamental, concernientes a los Principios directivos respecto de las empresas multinacionales, al trato nacional y a los estímulos y obstáculos a las inversiones internacionales, en pp. 364 a 367 de *op. cit.*
(54) Reconocimiento por acuerdo entre la OIT (creada en 1919, como es sabido) y Naciones Unidas "como un organismo especialmente competente para emprender la acción que considere apropiada, de conformidad con su instrumento constitutivo básico, para el cumplimiento de los propósitos expuestos en él", como recoge Valticos en "Derecho Internacional del Trabajo", traducción de María José Triviño, puesta al día de 1977, Madrid, 1977, núm. 108, pp. 99 y 100.
(55) Según las formulaciones de la Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, volviendo a definir fines y objetivos de la Organización, *op. cit.* en nota 54, núms. 96 y sigs., pp. 92 y sigs.

nidad y las posibilidades de acción de la OIT sobre las relaciones entre las sociedades multinacionales y la política social (56); de la reunión emana la recomendación de la Oficina Internacional del Trabajo de que estudiare si era útil formular principios y líneas de orientación internacionales en el ámbito de la política social relativa a las actividades de las empresas multinacionales, y de ser así, iniciar la acción de establecer pautas y principios (57).

De esta forma, en mayo de 1976 se celebra una reunión tripartita en el seno de la Oficina Internacional del Trabajo, en torno a la materia, destinada a elaborar una Declaración de principios de carácter no obligatorio de la Organización Internacional del Trabajo respecto de dichas empresas y la política social (58).

Con posterioridad, el Consejo de Administración de la OIT, en noviembre de 1977, aprueba unos principios de carácter voluntario de política laboral para las empresas multinacionales, basados en la Declaración de Principios del Consejo de Administración en relación con las empresas multinacionales y la política social, redactada ésta por una Comisión tripartita en abril de aquel año (59).

Naciones Unidas, en el Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional (60), explicitará la necesidad de formular, adoptar y aplicar un Código de conducta internacional de las empresas transnacionales, con los siguientes objetivos: a) impedir su intervención en los asuntos de los Estados huéspedes, b) regular sus actividades en ellos, eliminando prácticas comerciales restrictivas y ajus-

(56) *Op. cit.* en nota 54, núm. 145, p. 137, e informe titulado "Las empresas multinacionales y la política social", publicado por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1973.

(57) "Las empresas multinacionales y la política social", *op. cit.*, nota 56, p. 190.

(58) *Op. cit.* en nota 54, núm. 145, pp. 137 y 138, y núm. 416 ter., página 355.

(59) La Declaración, que comprende propuestas sobre empleo, condiciones de trabajo y de vida y relaciones industriales, principalmente, indica el papel positivo que pueden desempeñar en la economía tanto en los Estados huéspedes como para el Estado de la sociedad matriz, pero que sus operaciones pueden conducir a conflictos con los objetivos nacionales y con los intereses de los trabajadores. La Declaración alienta la positiva contribución de las empresas multinacionales (vid. Crónica mensual ONU, diciembre 1977, p. 61).

(60) Programa aprobado por la resolución 3.202 A. G. (VI-E), de 1 de mayo de 1974, texto en Crónica mensual ONU, mayo 1974, p. 77 a 92; respecto de empresas multinacionales, p. 84.

tándose a los objetivos nacionales de desarrollo, c) lograr que existan, transmitan su tecnología y conocimientos de administración y gestión a los países en desarrollo en que operan (60 bis), d) reglamentar la repatriación de beneficios y utilidades, y e) promover la reinversión de las utilidades en los países en desarrollo.

La Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio para el Desarrollo de las Naciones Unidas, en 1980, hace referencia entre sus medidas referentes al comercio internacional, a la adopción de un Código de conducta, del que seguidamente trataremos, regulador de las actividades de las empresas multinacionales (60 ter).

Por su parte, el Consejo Económico y Social de la ONU, en un estudio publicado en 1971 (61), manifestaba que "la comunidad internacional tiene que formular una política positiva y establecer un mecanismo eficaz para hacer frente a los problemas que plantean las actividades de esas empresas". En 28 de julio de 1972 solicitaba un estudio sobre el efecto de las corporaciones multinacionales en el proceso del Desarrollo y en las relaciones internacionales, especialmente en los países en desarrollo (62).

El ECOSOC, por resolución 1913 (LVII) de 5 de diciembre de 1974 (63) creó una Comisión Intergubernamental sobre las Corporaciones Transnacionales, Comisión que se plantea en su primera sesión, la elaboración de un Código de conducta (64).

(60 bis) Abstracción hasta ahora de las empresas multinacionales del Tercer Mundo que operan en países del mismo. (Vid. Louis T. Wells, "Technology and Third World multinationals", documento de trabajo número 19 del Programa de empresas multinacionales de la OIT, Ginebra, 1982.)

(60 ter) La Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, anexa a la Resolución 35/56 de la Asamblea General de la ONU, adoptada en 5 de diciembre de 1980. III. Medios de política, A, Comercio internacional, epígrafe 70. *Vid.* "Textos básicos de Naciones Unidas", dirección, recopilación de textos, notas y estudio preliminar de Carrillo Salcedo, Madrid, 1982, 2.ª edición, p. 326.

(61) "Estudio económico mundial de 1971", citado en "Las nuevas potestades económicas", Simó Santonja, Madrid, 1976, p. 131.

(62) Resolución 1.721, de 28 de julio de 1972 (LIII) (*vid.* Crónica mensual ONU, agosto-septiembre 1972, p. 85).

(63) Resolución titulada "Efectos de las empresas transnacionales en el proceso del desarrollo de las relaciones internacionales" (*vid.* Crónica mensual ONU, enero 1975, p. 79).

(64) *Vid.* Crónica mensual ONU, abril, 1975, p. 33. En la primera sesión de la Comisión Intergubernamental sobre las Corporaciones Transnacionales, en enero de 1977, se estableció una llamada lista de temas y principios a tener en cuenta en un proyecto de Código de

La Comisión creó un grupo de trabajo "ad hoc" sobre un Código de conducta de las empresas multinacionales (65). El Código habrá de ser regulador y controlador de las actividades de tales empresas y estar destinado a eliminar los aspectos negativos resultantes de las actividdes en los diversos países y en las relaciones internacionales (66).

Entre la primavera de 1976 y la de 1977 el Grupo de trabajo examinó propuestas y opiniones de numerosos Gobiernos y de distintos grupos de intereses no gubernamentales, especialmente sindicatos, empresarios y grupos de interés público (67). El Grupo de trabajo, en su tercera sesión, en febrero de 1978, consideró un documento de trabajo elaborado por el Presidente del Grupo, el sueco Sten Niklasson, basado en las sugerencias hechas por las Delegaciones hasta el momento (68). En marzo del mismo año (69), se discute un documento de trabajo preparado por el Centro de Información e Investigación sobre Empresas Transnacionales (70). El Grupo de trabajo manifiesta que habrán de tenerse en cuenta las actividades que paralelamente se desarrollan en el Grupo Intergubernamental de Tra-

conducta, que se recoge en "Empresas multinacionales y organismos internacionales. Especial consideración a la actividad de las Naciones Unidas", *op. cit.* en nota 52, p. 843. Señala Sanders en dicho trabajo la disparidad manifestada en el seno de la Comisión, en que se presentaron desde el principio tres posiciones: la de los países en desarrollo (mayoritaria en la Comisión), que propugnaba que el Código fuere obligatorio y sólo dirigido a las actividades de las empresas transnacionales; la de los países industrializados, para los cuales, habría de ser un Código dispositivo dirigido a los Gobiernos (de Estado de origen y de Estados huéspedes) y a las empresas; y una tercera postura, según la cual, habría de ser dispositivo y sólo dirigido a las empresas, debiendo los Gobiernos formular una declaración general de los principios que se comprometerán a seguir en sus relaciones con dichas empresas, declaración que no figuraría en el Código (*op. cit.*, página 843).

(65) *Vid.* Crónica mensual ONU, abril 1976, p. 45.

(66) *Vid.* Crónica mensual ONU, noviembre, 1981, p. 27.

(67) *Vid.* Crónica mensual ONU, junio, 1977, pp. 62 y 63.

(68) *Vid.* Crónica mensual ONU, marzo, 1978, p. 28.

(69) *Vid.* Crónica mensual ONU, abril, 1978, p. 65.

(70) Creado por resolución 1908 (LVII) del ECOSOC, en julio de 1974 (*vid.* Crónica mensual ONU, agosto-septiembre 1974, p. 103). El Centro tiene como objetivos el desarrollar normas para promover la aportación de las empresas transnacionales a los objetivos nacionales del Desarrollo y al crecimiento económico internacional, así como controlar o eliminar los efectos negativos de las empresas transnacionales; suministrar apoyo a los Estados para que puedan fortalecer su capacidad de negociación con dichas empresas y profundizar en el conocimiento de la naturaleza y los efectos de las empresas en las relaciones internacionales (*vid.* Crónica mensual ONU, julio, 1982, página 84).

bajo sobre prácticas corruptas (o pagos ilícitos) en el seno de Naciones Unidas (71) y la Declaración de Principios del Consejo de Administración de la OIT, o Declaración tripartita de la OIT, de abril de 1977 (72).

Hasta el momento no ha podido alcanzarse en el marco de la ONU un Código de conducta de las empresas multinacionales, código que, en idea de una resolución adoptada por el ECOSOC, habría de ser eficaz, amplio, de aceptación general y de adopción universal (73).

En su decimoquinta sesión, en enero de 1982, el Grupo de trabajo sobre el Código de conducta llega al acuerdo en torno a la aplicación del mismo a nivel nacional, a la necesidad de un mecanismo institucional internacional (coordinador de la aplicación internacional), a establecer un procedimiento de revisión seis años después de adoptado, no más tarde) A los efectos de la aplicación nacional, los Estados habrían de difundirlo, vigilar su cumplimiento, apoyarlo y tenerlo en cuenta al introducir o revisar leyes o disposiciones administrativas; e igualmente, informar de todo ello a la Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales (74).

Tras el decimosexto período de sesiones del Grupo intergubernamental, en Mayo del mismo año, en un informe presentado a la Comisión de Empresas Transnacionales, señala que la mayoría de las Delegaciones insta a que se concluya la redacción del Código de conducta a comienzos de 1983 y que sea adoptado inmediatamente después; sin embargo, un sector de las Delegaciones señala que debe continuarse el trabajo de redacción hasta alcanzar acuerdos claros y hasta resolver todos los problemas principales pendientes, temas que son la defi-

(71) El ECOSOC, por resolución 2041 (LXI) adoptada en agosto de 1976, había establecido un grupo "ad hoc" de trabajo para examinar la cuestión de las prácticas citadas, denominado oficialmente Grupo de trabajo para el problema de las prácticas corruptoras (*vid.* Crónica mensual ONU, agosto-septiembre, 1976, p. 42).

(72) *Op. cit.* en nota 59, p. 61.

(73) Reunión de julio de 1980 (*vid.* Crónica mensual ONU. septiembre-octubre, 1980, p. 46). El Grupo de trabajo sobre el Código de conducta, en un informe emitido en septiembre de 1981, indica que el Código "tendrá que ser adoptado universalmente, ser realista, práctico y global" (*vid.* Crónica mensual ONU, noviembre, 1981, p. 27). La Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo (*cit.* en nota 60 ter.) preveía para fines de 1981 la conclusión del Código de conducta, cuya adopción habría de ser expeditiva para todos los miembros de la comunidad internacional. Pero tal cosa no se ha producido. (*Vid. op. cit.* en nota 60 ter.)

(74) *Vid.* Crónica mensual ONU, marzo, 1982, p. 33.

nición y el ámbito de empresa transnacional (75), la renegociación de contratos entre Estados y empresas transnacionales, las cuesiones relativas a nacionalizaciones y compensaciones, el tratamiento (trato nacional, para no discriminar, según los países desarrollados con economía de mercado, trato no igualitario, para evitar incidencia en la competencia, según los países en desarrollo; y ámbito de aplicación del Código) (76).

También la ONU trabaja en la elaboración de un Código de conducta en materia de transferencia de tecnología, en desarrollo de la resolución 74, de 18 de septiembre de 1970, de la Junta de Comercio y Desarrollo, complementada con otras resoluciones de diversos órganos (76 bis). Mas el tratamiento del tema, tema específico, en detalle, excedería, de una parte, para el conjunto de este trabajo, la extensión del mismo, y, por otra, ha de tenerse presente que el tema no es necesariamente característico en exclusiva de tales empresas, si bien ha de decirse que su estudio en Naciones Unidas ha sido motivado por y dirigido esencialmente a la transferencia tecnológica que se produzca en el ámbito de tales multinacionales.

Si bien los temas que trataremos en los apartados relativos a Derecho Mercantil Internacional, contratos y libre competencia son concretos también (y el de libre competencia no exclusivo de las empresas multinacionales), el ámbito cualitativo y cuantitativo que abarca es notable, razón que estimamos suficiente para desarrollarlos en su momento.

En el ámbito comunitario europeo, la Comisión sostenía en 1975 que "no debe aprobarse ninguna reglamentación de los grupos multinacionales europeos, que pueda afectar a su capacidad competitiva, antes de que se establezca una reglamentación de las multinacionales a nivel mundial" (77). Si bien, añadía que "es muy poco probable que esta reglamentación vaya a producirse en un futuro próximo y es más que dudoso que la Comunidad deba limitarse a esperar".

¿Qué carácter habrían de tener los Códigos de conducta adoptados por diversas Organizaciones internacionales?

(75) *Vid.* nota 1, p. 84.
(76) *Vid.* Crónica mensual ONU, julio 1982, *cit.*, p. 84. Para un esquema del proyecto de Código, *idem.*, p. 85.
(76 bis) "Derecho Internacional Económico. Perspectiva histórica, económica, política y jurídica". Brito Moncada, México D. F., 1982, pp. 92 y sigs. y *vid.* Crónica mensual ONU, octubre, 1970, p. 27.
(77) "Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la CEE" (Libro Verde de la Comisión de las CC. EE., versión española del Gabinete de Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio español de Trabajo, Madrid, 1976, p. 190, y *vid.* "Bulletín des CC. EE., Suplément 8/75.

Para el ya referido informe del Club de Roma, "con elementos legalmente exigibles" (78), y para el informe técnico (79), "con elementos legalmente obligatorios".

Tal carácter todavía no está determinado en los trabajos de Naciones Unidas. En esta línea, Fatouros (80), que señala que de adoptarse bajo forma jurídica no obligatoria (es el caso del de la OCDE, de 1976 (81), habría de establecerse o bien su valor de recomendación, o bien el de fuente subsidiaria de principios y normas para situaciones no previstas, resalta el principio del respeto al Derecho del país huésped por parte de los Códigos de conducta relativos a las empresas transnacionales, principio establecido ya en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Código (82).

¿Qué clase de instrumentos jurídicos recogerán a los Códigos de conducta?

Como antes hemos señalado, el concepto de Código de conducta ha evolucionado. Indicaba allí Fatouros (83) el sentido técnico actual que hace que pueda revestir la forma de un ya determinado instrumento, de una fuente formal ya determinada. Recordemos que se trata, para este autor, de un conjunto de principios y reglas en torno al comportamiento de ciertos agentes internacionales, y que se hallan incorporados en un sólo acto o instrumento jurídico adoptado por los Estados.

De establecerse los Códigos por medio de un instrumento jurídico ya existente, varios podrían ser éstos. Para Fernández Tornás (84), el instrumento podría ser un convenio o una declaración solemne de los Estados (si en Naciones Unidas, como resolución de la Asamblea General o como resolución del ECOSOC; es también el caso, para nosotros, de la Declaración de los Gobiernos de los Estados miembros de la OCDE, tantas veces citadas (85). Nada impediría que un convenio contuviera

(78) *Op. cit.* en nota 9, pp. 243 y 293.
(79) *Op. cit.* nota 34, p. 446.
(80) Declaración y Principios de 21 de junio de 1976, citados *op. cit.* en nota 8.
(81) *Op. cit.* en nota 24, pp. 31 y 32.
(82) FATOUROS, en *op. cit* en nota 24, pp. 21 y 22, y trabajos del Grupo de trabajo de Naciones Unidas, en *op. cit.* en nota 76 bis, p. 91, nota 126.
(83) Al comienzo de esta rúbrica "Los Códigos de conducta de las empresas multinacionales", y *vid. op. cit.* en nota 24, pp. 5 y 6.
(84) En "Los Códigos internacionales de conducta: nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional", ADI, IV (1977-78), pp. 228 y 229.
(85) *Op. cit.* en nota 8, pp. 351 y sigs.

una ley uniforme —ésta es la fórmula que sustenta Goldman (86), o bien como una ley modelo (87).

Concluyendo: obligatorio o no, el Código —como ha expuesto Goldman (88)— un elemento de presión política y moral, que podría reforzarse con un mecanismo internacional de control de la aplicación de Códigos, ya fuere de Naciones Unidas, de la OCDE, de organismos privados como la Cámara de Comercio Internacional, o de otros orígenes.

Es más, "un Código de conducta elaborado por las Organizaciones internacionales gubernamentales adquiriría progresivamente por su aplicación constante y general y por la desconfianza que supondría su desconocimiento, el carácter de una práctica internacional, verdadera fuente de Derecho positivo", al decir de Goldman (89).

Menos optimista se muestra Gérard Lyon-Caen, al señalar que le idea de someter a las empresas multinacionales a un Código de buena conducta "parece ampliamente ilusoria" (90). Tampoco se mostraba optimista la Comisión de las CC. EE,, cuando, en su comunicación al Consejo en 8 de noviembre de 1973, consideraba que la solución a los problemas que presentan las empresas multinacionales "no consiste en la adopción de algunas acciones espectaculares o de un Código de buena voluntad cuyo contenido no vincularía, por definición, más que a las empresas de buena voluntad. (...) la amplitud de ciertos problemas, concretamente en materia de seguridad de empleo, de evasión fiscal o de movimientos perturbadores de capital, justifica la adopción de medidas más apremiantes, más constrictivas". Se pronuncia, por ello, por establecer un conjunto de medidas coherentes que, de una parte, aseguren a las empresas multinacionales el grado de autonomía indispensable para sus objetivos económicos y sociales, y, de otra, lo suficientemente riguroso para prohibir las actividades que la Comunidad considere indeseables (91).

(86) *Op. cit.* en nota 2, p. 762.
(87) Esta y la anterior fórmula (ley uniforme) son las posibilidades que apunta Fernández Tornás, *op. cit.*, en nota 84, pp. 231 y 232.
(88) *Op. cit.* en nota 2, pp. 762 y 763.
(89) *Op. cit.* en nota 2, 1973.
(90) "Droit Social International et Européen", París, 1976, número 145, p. 118.
(91) "Les entreprises multinationaux dans le contexte des règlements communitaires", comunicación de la Comisión al Consejo, de 8 de noviembre de 1973, Bulletin des CC. EE., Supplément 15/73, páginas 8 y 9.

2.1 B. 2. *En Derecho español.*

Para el Derecho español, a tenor del artículo 28, primer párrafo, del C. C., las sociedades españolas habrán de cumplir los requisitos de: responder al concepto de persona jurídica establecido por dicho Código, ser reconocidas por la Ley y tener domicilio en España; según el artículo 15, primer párrafo, del Código de Comercio, la creación de establecimientos dentro del territorio español se regirá por el C. Com., con carácter subsidiario respecto de los tratados (artículo 15, segundo párrafo). Se adopta como es bien sabido el criterio de otorgar la nacionalidad por el lugar de constitución, según dicho artículo (92).

Cuando la sociedad revista el carácter de anónima (93), la sociedad española habrá de tener domicilio en España Igual criterio se sigue si adopta el carácter de sociedad de responsabilidad limitada (94).

Según el artículo 9, punto 11, primer párrafo, del C. C., "La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción". Aplicable, por tanto, la ley nacional a la vida de la sociedad matriz y a cada una de las filiales, para el Derecho Internacional Privado español.

Respecto de las sociedades extranjeras (en el caso, la sociedad matriz o las restantes sociedades filiales), los tratados o las leyes especiales determinarán —a tenor del artículo 28, segundo párrafo, del C. C.— la consideración y los derechos de las mismas en España. El C. Com., en su artículo 15, primer párrafo, establecida la primacía de lo acordado en tratado (artículo 15, párrafo segundo), adopta como ley aplicable la nacional para la capacidad para contratar de las sociedades ex-

(92) El artículo se inicia estableciendo que "Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero (...)", criterio que les otorga la nacionalidad del lugar de constitución a la sociedad extranjera; bien puede aplicarse en la filosofía de tal artículo el mismo a lo referente a la creación de establecimientos en España, cuando se pretenda que tal establecimiento tenga nacionalidad española, entendiendo para ello de un modo amplio el término "establecimiento".
(93) A tenor del artículo 5 de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951 (texto en *op. cit.* en nota 8, p. 50).
(94) Según el artículo 4, primer párrafo, de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953 (texto en *op. cit.* en nota 8, p. 50).

tranjeras en España, y la Ley española (el Código de Comercio en concreto), para sus operaciones mercantiles en España.

Conviene tener presente —cosa que, igualmente apuntamos— el debate jurisprudencial sobre la superioridad de las normas del C. C. o de las del C. Com., Código éste que es ley posterior y ley especial respecto del primero, y que, obviamente, incide en la determinación de la ley aplicable (95).

2.2. *Las empresas multinacionales ante aspectos concretos del Derecho Internacional Privado.*

2.2. A. *Derecho Mercantil Internacional.*

Vamos a centrarnos en algunos aspectos concretos relativos a las empresas multinacionales en el Derecho Mercantil Internacional, como son los contratos y la libre competencia, por cuanto, pese a su especificidad, inciden cuantitativa y cualitativamente en las relaciones económicas y jurídicas, de forma notable.

2.2. A. 1. *Contratos.*

Los contratos en que son parte empresas multinacionales, ¿deben regirse por las normas de los Estados huéspedes (96) o por una reglamentación especial de fuente internacional?

Si se considera que la regulación ha de hacerse todavía a nivel de fuentes estatales, el método conflictual parece poco adecuado, si hablemos con realismo. Así lo señala Batiffol (97), para quien el método "aparece manifiestamente poco adaptado:

(95) La jurisprudencia ha adoptado el criterio de acumulación (domicilio [criterio del C. C.] y lugar de constitución [C. Com.]); así, las sentencias del T. S., de 17 de enero de 1912, 30 de octubre de 1922 y 3 de noviembre de 1967 y las resoluciones de la D. G. de los Registros y del Notariado, 17 de abril de 1953 y 23 de marzo de 1966; por el criterio del domicilio, la sentencia del T. S., de 7 de enero de 1954; por el lugar de constitución, la sentencia del T. S., de 21 de diciembre de 1908.

(96) Entendiendo que se trata de sociedades filiales de nacionalidad del Estado huésped, estaríamos ante un caso de Derecho interno; entendiendo que las relaciones lo son con otra sociedad del ente multinacional, habría elemento de extranjería, e imputándole la relación a la empresa también.

(97) En "L'avenir du Droit International Privé", en "Choix d'articles rasemblés par ses amis", París, 1976, p. 323.

tales contratos no dependen, desde un punto de vista realista, de ninguna ley determinada, sea en razón de que por su carácter no ofrecen ningún punto de conexión con una ley estatal dada que sea preferente respecto de los otros, sea porque ninguna de las leyes en presencia ofrezca los recursos necesarios a la organización del vínculo creado". Por ello, considera el profesor de París que "es efectivamente posible que, también en este terreno, se desprendan en el futuro los trazos de una categoría de normas) que escape al juego clásico de los conflictos de ieyes" (98).

Frente a una solución de normas materiales como señalan entre otros Batiffol y Miaja, Goldman se pronuncia por normas conflictuales de fuente internacional, cuyo punto de conexión podría ser el del lugar de ejecución de las prestaciones más características del contrato (99), pero en tanto que esto no pueda producirse, se decanta por normas conflictuales estatales, en que la localización objetiva sea lo fundamental, restringiendo para ello el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y dar juego también a las normas de aplicación inmediata o necesaria del sistema estatal (100).

La Cámara de Comercio Internacional, en su arbitraje número 2375/1975 (101) dio una respuesta más práctica y segura descartando la aplicación de derechos de los Estados. Adoptó una solución más acorde con la realidad económica, en tanto que la sociedad primera demandada (española) era una filial de una empresa multinacional cuya sociedad matriz también era demandada y la sociedad demandada era filial de otra multinacional: por ello, los árbitros estimaron que la personalidad de los contratantes —su pertenencia a empresas multinacionales— excluía la localización del contrato en un ordenamiento nacional, no siendo adecuado ningún Derecho estatal, pese a la existencia de índices de localización que habrían sido decisivos en otras relaciones. El Derecho aplicable a grupos de vocación internacional (sin, por tanto, vínculos efectivos con un Derecho estatal determinado), especializados en el comer-

(98) *Op. cit.* en nota 97. Del mismo parecer es Miaja, quien considera que las normas conflictuales producen por el carácter de norma indirecta que tienen, "un resultado aleatorio, que lo hace poco apropiado (el método conflictual) para los negocios jurídicos en que intervienen las sociedades multinacionales", en *op. cit.* en nota 5, p. 22.

(99) *Op. cit.* en nota 2. p. 757.

(100) En su ponencia al Instituto de Derecho Internacional, en "La reunión del Instituto de Derecho Internacional en Oslo (1977)", crónica de Miaja de la Muela, en ADI, IV (1977-78), p. 260.

(101) *Cit.* en nota 17, pp. 860 y 861.

cio internacional, son las reglas propias de la comunidad de comerciantes, la "Lex Mercatoria" (102).

Existen, en efecto —como ha expresado Batiffol (103)— "operaciones que, en nombre del realismo, ha de rechazarse su sometimiento a la Ley de un Estado determinado, porque desbordan, por su amplitud, el marco de todo sistema", tales como "los acuerdos acerca de sus mutuas relaciones, entre sociedades que operan en múltiples países".

Son, por tanto, las características específicas de las empresas multinacionales y las de los contratos (104) que sirve de exponente de la necesidad de una regulación sistemática, unificada igualitaria para las partes y de efectos prácticos, en torno a tales operaciones, de cuya trascendencia ocioso es insistir.

Si en la contratación por parte de una empresa multinacional apreciamos, entre otras características, la situación predominante de la misma, es en otra cuestión la de la libre com-

(102) Para un ámbito general, así se han manifestado también Fouchard (en *L'arbitrage commercial international*, número 534, página 325, París, 1965) y Goldman (en *Le Droit des societés internationaux*, *Clunet*, 1963, p. 320 y en p. 763 de *op. cit.* en nota 2). para éste la *Lex Mercatoria* puede ser o reflejar una costumbre comercial internacional (dentro del debatido punto de si constituye una costumbre o un uso mercantil, a nuestro juicio, discusión académica. Para Remiro Brotóns, son usos, costumbres y prácticas de los comerciantes. *Vid.* "Regla de conflicto y normas materiales de Derecho Internacional Privado", en *Symbolae Garcia Arias*, Zaragoza, 1973-74, p. 635). Para un estudio detallado de la *Lex Mercatoria* en los contratos y en el arbitraje internacionales, *vid.* "La *Lex Mercatoria* dans les contracts et l'arbitrage internacionaux: realités et perspectives", Goldman, en pp. 209 a 240 de "L'influence des Communautés Européennes sur le Droit nternational Privé des Etats membres", obra colectiva, Bruselas, 1981.

(103) Batiffol y Lagarde, *op. cit.* en nota 42, tomo II, núm. 578, p. 227, París, 1971.

(104) Contratos que serán económicos internacionales si se da alguna de estas características, señaladas por Espinar Vicente: 1) que desarrollen el tráfico de mercancías, servicios y capitales entre empresas de diferentes países; 2) en que, al menos una parte desempeñe un papel preponderante en el medio económico internacional en lo relativo a la materia objeto del acuerdo; 3) que afecten a todos los países integrantes del área de mercado de tales bienes o servicios; 4) que pongan en juego los intereses corporativos del conjunto de empresas dedicadas al sector de actividades sobre el que versa la operación; 5) con disposiciones homogéneas, con cláusulas de sometimiento a arbitraje y con terminología unificada. Dada una característica en un contrato de tráfico económico internacional, es presumible que estamos ante un contrato económico internacional, en que, en una u otra medida, se dan las demás características, al decir de Espinar.

petencia de las empresas, donde se manifiesta de forma más acusada, precisamente en las prácticas restrictivas o abusivas de tal competencia.

2.2 A. 2. *Libre competencia.*

2.2 A. 2. A. *La relación entre libre competencia y empresas multinacionales.*

Desde el punto de vista del Derecho de la empresa es la manifestación del derecho a tener clientes y a la competencia con las demás empresas, en régimen de igualdad de oportunidades como ha señalado Aguilar Navarro (105). Frente a ese derecho, se registran prácticas restrictivas o abusivas de la competencia.

Esquemáticamente, podemos referirnos a la teoría de la concurrencia-condición, del Derecho estadounidense, según la cual, la competencia producirá los precios más bajos y los mejores productos y servicios y la de la concurrencia-medio, en el conjunto de la CEE, según la cual, la competencia es un medio privilegiado de promover el desarrollo armónico de las actividades económicas (106).

¿Qué relación existe —si es que la hay— entre tales prácticas y las empresas multinacionales?

Sobre la incidencia de las empresas multinacionales en el tema, parece ser que no puede responderse categóricamente. Así, en el informe del Comité OCDE sobre Prácticas restrictivas (107) en él se indica que no es posible llegar a las conclusiones categóricas sobre sus efectos en torno a la competencia, al carecerse de análisis rigurosos sobre la medida en que el carácter multinacional constituya la causa de sus efectos sobre la competencia.

(105) *Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1979, p. 556.

(106) El T. S. de EE. UU., en su sentencia "National Society of Professional Engineers", de 1978, señala que la "Sherman Act" expresa la adopción por parte del legislador de la tesis de la concurrencia condición (A. D. Neale, en "The Antitrust Laws of the USA, A Study of Competition enforced by Law", Cambrige, 1980, comentado por P. Bonassies en Revue Internationale de Droit Comparé, 1982, número 1, especialmente, Respecto de la segunda tesis, vid. artículo 2 del Tratado de Roma, en *Corpus Iuris Gentium*, Luis García Arias, Zaragoza, 1968, p. 244.

(107) Informe titulado "Las prácticas comerciales restrictivas de las empresas multinacionales", en pp. 417 y 422 de "Empresas multinacionales, competencia y monopolio", Daranas, en "Empresas multinacionales y Derecho español, *op. cit.* en nota 2.

No obstante, hay que constatar con frecuencia que las empresas multinacionales incurren, ya sea en prácticas para impedir o restringir la competencia, ya sea en explotación abusiva de una situación de predominio (108).

Aunque se afirma también que no existen diferencias entre los tipos de restricciones de la competencia por empresas sean éstas multinacionales o no, las restricciones o las prácticas abusivas tienen efectos más importantes y directos, y el propio Comité de la OCDE lo pone de relieve (109), ya que se puede producir un reparto internacional ilícito de la producción y de los mercados (*a*), se pueden fijar abusivamente los precios (*b*), realizarse fusiones anticompetitivas (*c*) y prácticas restrictivas en materias de patentes o marcas (110).

Parece, por tanto, que incluso quienes afirman que no está definido que el hecho de tratarse de empresas multinacionales repercuta en la libre competencia, no dejen de establecer reservas a tales afirmaciones y de considerable envergadura.

La preocupación por este aspecto específico se la plantean las Naciones Unidas en diversos frentes. Así en la III UNCTAD, celebrada en Santiago de Chile, en 1972, se adopta una resolución sobre el tema (111): crea un Grupo de expertos para estudiar las restricciones comerciales practicadas por empresas y sociedades multinacionales, como Comité adscrito al Comité de Manufacturas de la UNCTAD. La UNCTAD IV, en Nairobi en 1976, y la UNCTAD V, en Manila en 1979, se pronuncian por el control de las prácticas que puedan afectar negativamente al comercio internacional y al desarollo económico (112).

Por su parte, el Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, al señalar la necesidad de que se formule un Código de conducta de las empresas transnacionales, incluye entre los objetivos a cumplir por éste, la regulación de las actividades de tal modo que se eliminen las posibilidades de que realicen prácticas comerciales restrictivas (113).

También en el ámbito de la ONU, la Comisión de Empresas Transnacionales ha venido reconociendo la importancia de la valoración del grado de incidencia en las empresas locales de los Estados para fortalecer la competitividad de las mismas (114). Por otra parte, el informe de la Comisión Independiente sobre Cuestiones Internacionales de Desarrollo (CICDI), o Comisión BRANDT, en el capítulo relativo a la contribución al desarrollo propone la creación de un régimen en que las empresas multinacionales participen en el mismo, régimen que debería tener un carácter contractual, con la obligación para todas las partes de evitar las prácticas restrictivas de la competencia (115).

En el plano internacional regional, ha de hacerse referencia a los Principios directivos de la OCDE, que, tras señalar la posibilidad de que por "los progresos realizados por las empresas multinacionales en la organización de sus actividades fuera del ámbito nacional puedan conducir a concentraciones abusivas de poderío económico" (116), se dirige a las empresas

(108) Por expresarlo en términos del Tratado de Roma, artículo 85, punto 1, y 86, primer párrafo, respectivamente, *Vid.* texto en *op. cit.* en nota 106, *Corpus Iuris Gentium*, pp. 264 y 265.

(109) *Op. cit.* en nota 107, pp. 429 y sigs.

(110) En cuanto a (*a*), las empresas multinacionales restringen o la gama o la cantidad de productos fabricados por la filial o los mercados que cada sociedad filial podría abastecer, lo que produce efectos negativos para el país huésped de tal filial, ya que dicho país no podrá producir —a salvo, claro está, que lo haga por otras compañías— determinados artículos que cubren sectores del comercio interior y hasta de la exportación, y no empleará todos los recursos de mano de obra que de otra forma utilizaría; respecto de (*b*), caben tanto las subidas comunes de precios como el acuerdo de vender a precios inferiores a los practicados por los principales fabricantes en cada mercado; en cuanto a (*c*), ya sea adquirir sociedades extranjeras con sede principal en el país por empresa multinacional, ya sea por absorción o compra de sociedades extranjeras; por lo que respecta a (*d*), traspasos o cesiones de patentes y marcas con fines limitadores de la competencia.

(111) Resolución 73 (III UNCTAD), de 19 de mayo de 1972 (*vid.* Crónica mensual ONU, junio, 1972, p. 49); "El Derecho Internacional ante las sociedades multinacionales", Miaja de la Muela, *op. cit.* en nota 5, pp. 211 y 212. El Grupo habrá de estudiar, entre otras cuestiones, las prácticas comerciales restrictivas practicadas por empresas, y entre ellas (pero no sólo ellas), las multinacionales, tratando también las prácticas comerciales prohibitivas de importación, los acuerdos sobre reparto y asignación de mercados, fijación de precios arbitrarios de transferencia y prácticas monopolísticas.

(112) Respectivamente en Crónica mensual ONU, junio, 1976, p. 47 y Crónica mensual ONU, julio, 1979, p. 53. También en torno a las prácticas respectivas, la creación en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Código de conducta para la transferencia de tecnología, de un grupo del Comité Segundo encargado al efecto (*vid. op. cit.* en nota 76 bis *Derecho Internacional Económico* (...), Brito Moncada, especialmente p. 93.

(113) *Cit.* en nota 60, p. 84.

(114) *Op. cit.* en nota 65, p. 47.

(115) Informe Brandt presentado al Secretario General de Naciones Unidas en 12 de febrero de 1980, titulado "Nord-Sud: un programme de survie", París, 1980, p. 507. Señala el Informe que las leyes nacionales eficaces y los Códigos internacionales de conducta deberían regular el impedir las prácticas comerciales anticoncurrenciales.

(116) Preámbulo de los Principios directivos, *op. cit.* en nota 8, página 358.

multinacionales en sus relaciones con las sociedades filiales, indicando que aquéllas habrían de "dejar a las entidades que las componen la libertad de desarrollo sus actividades, y de sacar partido de su ventaja competitiva sobre los mercados interiores y extranjeros, de una manera compatible (estas ventajas) con las necesidades de la especialización y de las sanas prácticas comerciales" (117); dirige también a tales empresas en cuanto a su actividad, el principio relativo a competencia, directrices de carácter general, unas (prácticas restrictivas, monopolísticas y abusivas), concretas, otras (principalmente discriminatorios) (118).

En el ambito comunitario europeo, es un capital principio de la CEE el de que la libre competencia, complementario del de la libre circulación. Puede decirse que el "dumping", los entes que produzcan efectos restrictivos de la competencia y el abuso de posición dominante a monopolio es el tríptico de las prácticas ilícitas que tiende a evitar y reprimir la Comisión Económica (119).

En otro plano, el Club de Roma, que tanto en su informe de las reuniones de 1976, como en el informe técnico, recogen entre las ya citadas propuestas a medio plazo la de la formulación de un Código de conducta sobre las empresas transnacionales, el que el tal Código recoja la libre concurrencia en materia de mercados (en el informe) (120), la evitación de prácticas empresariales restrictivas (en el informe técnico) (121).

2.2. A. 2. B. *Soluciones legales.*

Para dar respuesta a tales prácticas, preventiva y represiva, existen medidas que no diferencian entre que tales prácticas restrictivas y abusivas las realicen empresas nacionales o empresas multinacionales, tales como la mítica "Sherman Antitrust Act, de 1890 (122), pero interesa aquí la respuesta más de "iure condendo" que de Derecho actual, a la práctica por em-

(117) Principios generales, *op. cit.* en nota 8, p. 358.
(118) *Op. cit.* en nota 6. pp. 360 y 361.
(119) *Vid,* respectivamente, artículos 91, 85, punto 1, y 86 del Tratado de Roma, en pp. 264 a 266 de *op. cit.* en nota 108; en el mismo sentido, artículos 65 a 67 del Tratado de París, o Tratado de la CECA, de 18 de abril de 1951 (texto en *Revista de Política Internacional,* número 8, Madrid, 1951, pp. 277 a 282).
(120) *Op. cit.* en nota 9, pp. 243, 244 y 293.
(121) *Op. cit.* en nota 34, p. 446.
(122) Finkeltein, J. A., "Les acords de distribution exclusive aux Etats-Unis et en France", *Revue International de Droit Comparé,* número 1, pp. 27 y sigs., 1982.

presas multinacionales, entendiendo que puede atribuírsele responsabilidad a la empresa multinacional y no a la sociedad filial (en cuyo último caso estaríamos ante un supuesto repitámoslo— de Derecho interno).

Los Códigos de conducta de procedencia internacional general o regional podrán ser un marco de principios, dependiendo, entre otros factores, de su carácter obligatorio o dispositivo. Como hemos visto, incluyen el tema. Valgan las consideraciones hechas al tratar de ellos con carácter general para el tema específico que ahora nos ocupa.

El Derecho positivo comparado se adscribe, en principio, a una de estas dos teorías, en parte impulsadas por la doctrina, son las llamadas teoría de los efectos y teoría de la unidad de empresa o de la prolongación (123).

Por la teoría de los efectos, cada Estado tiene competencia para juzgar las prácticas restrictivas o abusivas que tengan efectos en su territorio, incluyendo las cometidas por empresas extranjeras que actúan desde otros países; se incluiría aquí, por tanto, el caso de las empresas multinacionales.

Por la teoría de la unidad de empresa, se acude a la consideración de grupo o entidad económica; de ahí, se imputa a la sociedad local —ya sea matriz, ya filial, por lo que respecta a multinacionales— el comportamiento de la o las sociedades extranjeras que incide en el país.

En Derecho español, la ley de 20 de julio de 1963 de represión de prácticas restrictivas de la competencia (124) abarca a todas aquellas empresas cuyos efectos restrictivos o abusivos se produzcan en el mercado nacional, respondiendo a uno de estos dos requisitos: ser práctica concertada entre, al menos dos empresas (artículo 2, punto 2 b) o de una empresa dominante total parcial del mercado (artículo 2, punto 2 a), en la línea de lo estipulado en el artículo 85, punto 1 y en el artículo 86 del Tratado de Roma en el artículo 85, punto 1 y en el artículo 86 del Tratado de Roma (125).

(123) Las legislaciones, y las jurisprudencias nacionales cuando la legislación no es clara, o completa, se adscriben a una u otra teoría, en principio; así a la teoría de los efectos, la ley alemana de cárteles, la sueca de 1953, la danesa de 1955, la austríaca de 1972, la finesa de 1973, la española de 20 de julio de 1983, y en la jurisprudencia, la canadiense, parte de la estadounidense, la japonesa, la suiza, entre otras; a la teoría de la unidad de empresa, la Ley británica de 1956 y parte de la jurisprudencia estadounidense, entre otras (*vid. op. cit.* en nota 107, pp. 456 y sigs.)
(124) Ley 110/1963, de 20 de julio de 1963, *BOE.* de 23 de julio
(125) *Op. cit.* en nota 108, pp. 382 y 383.

Un caso que, tangencialmente, trata de la defensa de la competencia es el resuelto por sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de noviembre de 1974, en que se absolvió de la demanda a un comerciante establecido en Barcelona, representante exclusivo para España de la casa escocesa "Jony Walker and sons", y lo absolvió de la presunta práctica abusiva consistente en negar sistemáticamente la venta del whisky "Johnnie Walker" a un proveedor de buques, justificando tal negativa de venta por una decisión de la casa escocesa, porque tal proveedor no respetaba la prohibición de revenderlo en el extranjero, y porque estaba en relaciones comerciales con una firma de Rotterdam incluida en una lista negra de la sociedad escocesa (126).

En realidad, ¿cabía hablar de monopolio escocés en la representación exclusiva en España?, ¿cerraba el mercado total o parcialmente a otras marcas de whisky? Evidentemente, no. ¿Restringían, falseaban o limitaban el juego de la competencia? Tampoco parece que pueda afirmarse. El fondo del asunto era un tema distinto del de prácticas restrictivas o abusivas de la concurrencia. El Tribunal no hizo sino constatar que no se encontraba ante un caso de su competecia "ratione materiae".

En el marco de la CEE, las soluciones a las prácticas que restringen, falsean y limitan la libre competencia las proporcionan en el artículo 85, punto 2 del Tratado de Roma, así como —por todos— el Reglamento número 17, de 6 de febrero de 1962, modificado y completado por otros, que prevén como respuesta jurídica, o bien la nulidad de pleno Derecho de tales actos, o bien las modificaciones objetivas en la entente, en tanto que por las prácticas monopolísticas o abuso de posición dominante en el mercado, se sumaría a la nulidad de pleno Derecho (127).

Del carácter que se de a las normas estatales relativas a la evitación y represión en las prácticas restrictivas o abusivas de la competencia, dependerá la ley aplicable.

Si son consideradas como normas de aplicación inmediata o necesaria, serán aplicables a las relaciones o situaciones en

(126) *Op. cit.* en nota 107, p. 463.

(127) Louis Cartou: *Communautés Européennes*, París, 1979, números 300 y 301, pp. 294 y 295; Y Loussouarn y J. D. Bourel, *Droit du commerce international*, París 1969, números 182 y siguientes, pp. 191 y sigs., el Reglamento número 17 del Consejo, fue modificado y completado por el número 59, de 3 de julio de 1962 (J. O. núm. 10, de julio de 1962, de 7 de noviembre de 1963., 2696) y por el núm. 2.822/71 (J. O. núm. 1285, de 29 de noviembre de 1971, p. 49): y *vid Recueil du Droit de la concurrence dan la CEE dans la CECA*, publicación de la Comisión.

que se produzcan tales prácticas dichas normas del foro. De no ser así, aquí puede consignarse la posición de Golman que él mismo considera hoy por hoy impracticable, la de normas materiales de fuente internacional (128). Como señala dicho autor, no es factible hoy conseguir una normativa material internacional. Expresa que "la dificultad de lograrla induce a afirmar que un reparto de las competencias estatales, realizado mediante la difícil combinación del criterio del efecto sobre el mercado con la toma en consideración de la unidad de la empresa (...) sería de un gran interés" (129).

Aparecen en Goldman, pues, las dos teorías citadas, en lo que él mismo llama "difícil combinación".

El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución sobre las empresas multinacionales adoptada en Oslo, en el punto VI, ante las dificultades de la unificación material, se pronuncia por otras soluciones. Se considera competente para reglamentar, controlar y sancionar dichas prácticas al Estado (y a la ley de ese Estado) en que se produzcan los efectos, pudiendo ser más de un Estado. Añade que sería deseable la conclusión de acuerdos internacionales de reparto de competencias (los efectos pueden producirse en más de un Estado), es decir, la adopción de normas conflictuales de fuente internacional, y considera igualmente deseable el armonizar internacionalmente las reglas de competencia (130). Para el Informe Brant, la coordinación de legislaciones del Estado de origen y del Estado huésped puede ser la solución (130 bis).

2.2. B. *Derecho Fiscal Internacional.*

2.2. B. 1. *En general*

Ha de señalarse como pórtico que —con carácter general— se producen los problemas fiscales internacionales esencialmente por las diferencias existentes entre los principios organizadores de la competencia fiscal (1), entre las definiciones de materia imposible (2), entre los tipos impositivos (3) y entre las deducciones por tributación en el extranjero (4).

(128) *Op. cit.* en nota 2, p. 757.

(129) *Op. cit.* en nota 2, p. 757.

(130) Texto en *op. cit.* en nota 3, p. 259, en la línea de la Ponencia Berthold Goldman.

(130) bis *Op. cit.* en nota 115 y 507.

2.2. B. 1. A. *Problemas de las empresas multinacionales.*

Las empresas multinacionales pueden encontrarse con determinados problemas, tales como el del desconocimiento del grupo multinacional como unidad fiscal (este desconocimiento favorece el aprovechamiento de las ventajas de la diversificación en distintos Estados, como sociedades nacionales); sin embargo, no pueden producirse las discriminaciones fiscales que puedan darse sobre las empresas extranjeras respecto de empresas nacionales que desarrollan las mismas actividades, dado que —por definición— la sociedad instalada en el país receptor tiene nacionalidad del mismo.

2.2. B. 1. B. *Ventajas que extraen las empresas multinacionales de su singularidad.*

De la diversificación en sociedades nacionales —por sólo referirnos al desconocimiento del grupo multinacional— la empresa multinacional puede extraer ventajas: al no existir desde un punto de vista del Derecho Fiscal el grupo multinacional, la empresa multinacional, al no ser unidad fiscal, puede transferir parte de los beneficios, parte de su capacidad tributaria, de una sociedad a otra, de la filial de un país de elevada presión fiscal a otro de menor. Estaríamos ante los "tax havens" o refugios o paraísos fiscales, que gravan mínimamente las rentas procedentes del extranjero, percibidas en el país, en tanto sean países éstos con los que existan conexiones jurídicas (131).

Es una demostración, entre otras, de la afirmación de Pierre Lalive (132), de que las empresas multinacionales "gozan de una independencia muhco más grande que la de una empresa local".

La comisión de las CC. EE. (133) considera que la influencia de la multinacional en la vida económica, social, cultural, política de los Estados en que actúa provoca preocupaciones profundas, especialmente en, entre otros, temas de la evasión

(131) Para Cartou, para que exista paraíso fiscal, junto a ello ha de producirse otras condiciones, jurídicas, políticas, técnicas y de hecho: caracteres jurídicos favorables, tales como el secreto bancario, la ausencia de control de cambios, la de convenios de doble imposición internacional y de convenios de asistencia judicial o administrativa, estabilidad políticas, medios suficientes de comunicaciones y telecomunicaciones, infraestructura hotelera, red bancaria y de establecimientos financieros, gabinetes de abogados, etc. (*vid. Droit Fiscal International et Europeen*, núm. 212, pp. 236, 237, París, 1981).

(132) *Op. cit.* en nota 13, y. 4.

(133) *Op. cit.* en nota 91, p. 7.

fiscal, que justifican la adopción de medidas más apremiantes que las de un Código de conducta (134). Para la Comisión, es en el plano del Derecho Fiscal donde aparece más clara la inadecuación de los sistemas fiscales nacionales, que con métodos e impuestos propios y con controles que no cubren más de una parte de las operaciones entre sociedades de un mismo grupo, ofrece posibilidades de evasión fiscal (135). Los responsables de las empresas multinacionales admiten voluntariamente que aplican la estrategia fiscal que mejor sirve a sus intereses. Ese resultado fiscal puede decirse que es una de las principales razones de la rápida expansión de las empresas multinacionales. Entran así —aunque no sólo de este modo— las multinacionales en conflicto con los Estados, que consideran que sufren pérdidas fiscales idebidas y que ven en ello un desafío a su soberanía y con las empresas locales, que ven una distorsión de la competencia por esta vía (136).

¿Es siempre fraudulenta la evasión fiscal? Señala Cartou (137) que no siempre, al aprovechar las lagunas de las legislaciones concurrentes o las contradicciones entre ellas; considera que un exceso de habilidad para utilizar la ley o sus lagunas no genera una ilegalidad, un abuso de Derecho, ya que una empresa puede ser libre de establecerse en Estados elegidos en función de la fiscalidad, pudiéndose transferir la materia imponible de un Estado a otro, respetando la Ley y, concre-

(134) *Op cit.* en nota 91, p. 8.

(135) *Op. cit.* en nota 91, p. 25: la disparidad de sistemas "Ha conducido fatalmente a intentar protegerse, incluso a utilizarlos en una medida que algunos estiman abusiva", al decir de la Comisión (*op. cit.* p. 9) Las relaciones de interdependencia permiten diversos métodos de evasión fiscal. Así, reduciendo los beneficios de la sociedad filial sita en un país de elevada presión fiscal y con subsiguiente aumento de los beneficios de la sociedad matriz, en país de menor fiscal. El instrumento empleado es el de la venta de mercancías de la filial matriz a bajo precio, o con nulo beneficio. La sociedad matriz revende los productos a precios normales, con elevados beneficios y la empresa sufre una menor imposición (*op. cit.* en nota 131, núm. 208, pp. 231 y 232). O bien, por medio de préstamos a un interés alto, lo que permite reducir los beneficios de la sociedad prestataria en un país de fuerte presión fiscal; por el contrario, un interés débil aumenta los beneficios de la misma si está situada en un Estado de débil fiscalidad. O mediante el pago de cantidades por el uso o concesión de propiedad intelectual e industrial: en un Estado de fuerte tributación puede reducirse, y en uno de débil, aumentarse. O imputando gastos más elevados como realizados en países de alta presión fiscal, por cuanto suponen beneficios menores (*idem.* núm. 209, página 232).

(136) *Op. cit.* en nota 91, p. 25.

(137) *Op. cit.* en nota 131, núm. 17, pp. 19 y 20, núm. 202, p. 227.

tamente, la reglamentación de cambios. Concluye que, con frecuencia, el verdadero instigador de la evasión es el Estado que, voluntariamente, por su legislación, crea un refugio fiscal (138).

2.2. B. 1. C. *Soluciones.*

La evasión fiscal puede convertirse, pues, en un resultado "ad abundantiam" de las actividades de las empresas multinacionales.

¿Qué soluciones se propugnan para regular la fiscalidad de las empresas multinacionales, que es tanto como decir para evitar que las multinacionales —no entendidas como grupo— aprovechen tal circunstancia de no constituir una finalidad fiscal?

Dos son los criterios aplicables en cuanto a los principios de tributación: el origen o la fuente de la renta (origen determinado principalmente por el lugar de la actividad y del establecimiento permanente) y el de la residencia del contribuyente (139); sobre estas dos coordenadas gravita la relación empresa multinacional-convenios de doble imposición internacional.

¿Qué debe entenderse por establecimiento permanente y por residencia? Hemos de establecer los conceptos que constituyen los puntos de conexión tributarios. Nacionalidad, residencia y establecimiento permanente, son terminos a que hacen referencia los convenios-modelo de la OCDE de 1963 y 1977 para evitar la doble imposición internacional en materias de renta y patrimonio.

La nacionalidad viene determinada por la ley del Estado que la otorga, norma constante que recoge el artículo 24, punto 2, de los convenios de 1963 y 1977 (140); la residencia (domicilio, residencia, sede de dirección) de personas físicas o jurídicas, determinada por el Estado que la otorga, puede dar lugar a duplicidad que resuelven los convenios (artículo 4) por atribución de la residencia fiscal al Estado de sede de dirección efectiva (141) el establecimiento permanente viene calificado

(138) *Op. cit.* en nota 131 núm. 204, p. 229.
(139) *Op. cit.* en nota 131, núm. 115, p. 120.
(140) *Op. cit.* en nota 131, núm. 114, p. 119. A nuestro juicio, en caso de doble nacionalidad, puede resolverse por el criterio de la nacionalidad efectiva.
(41) Op. cit. en nota 131, núm. 112, p. 116; "Doble imposición internacional", Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1972, p. 84; "Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, OCDE, 1977", Instituto de Estudios Fiscales *cit.* Madrid, 1978, p. 38.

por los convenios (artículo 5, punto 1) como lugar fijo de negocios en que se efectúa por una empresa parte o la totalidad de su actividad, no siendo suficiente el establecimiento de una sociedad filial para darle tal carácter de establecimiento permanente (artículo 5, punto 7, del convenio-modelo de 1977) (142).

¿Cuál es la residencia de la empresa multinacional?, más aún: ¿puede hablarse de residencia de la empresa multinacional o, más bien de residencia de las sociedades integrantes de la empresa? Sí, o bien la ley del domicilio o bien la ley del lugar de constitución de la sociedad es la que le otorga nacionalidad, y dicha ley nacional regula la vida de dicha sociedad, habrá tantas residencias como sociedades nacionales constituyan la empresa. Por esta razón no puede mantenerse que exista una residencia de la empresa multinacional; si, como sabemos, la empresa multinacional no es considerada como unidad fiscal, ha de irse a la tributación de cada integrante de la misma, de cada sociedad; por ello, no puede plantearse el caso de duplicidad de residencias de una misma sociedad; en todo caso, sí el de multiplicidad de reisdencias; tantas como sociedades integran la empresa multinacional, que descartamos precisamente por cuanto no estamos analizando ahora la fiscalidad de la empresa multinacional como unidad, sino que ha de analizarse la de cada sociedad.

En este punto, ¿puede hablarse de doble imposición en la empresa multinacional? Siendo los principios de tributación los de origen de la renta o patrimonio y de la residencia del contribuyente, y siendo éste una sociedad nacional, se produce un caso de Derecho interno, ya que el lugar de origen o de la fuente y el de la residencia es el mismo, y es el del Estado de la nacionalidad de la sociedad (ya sea ésta matriz o filial).

Posiblemente, la realidad misma nos da la solución. Veámoslo, genéricamente y por vía de ejemplos, no exhaustivos. Partamos de la afirmación de que, fiscalmente, las empresas mul-

(142) *Op. cit.* en nota 131, núm. 113, pp. 117 y 118; para los convenios-modelo (artículo 9), las empresas asociadas lo son cuando, situadas en dos o más Estados, una de ellas participa en la dirección, el control o el capital de otra de otro Estado, difiriendo sus relaciones financieras o comerciales de las que se establecerían entre empresas independientes (*op. cit.* en nota 31, núm. 127, p. 129, y "Doble imposición internacional", *op. cit.* en nota 141, p. 87; y "Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, OCDE, 1977", *op. cit.* en nota 141, pp. 43 y 44). Si en vez de referirse a empresas asociadas lo hubiera hecho a grupo de sociedades, podríamos habernos encontrado con más propiedad —de un modo general— ante un supuesto de ellos, ante el caso de las empresas multinacionales.

tinacionales no constituyen unidades: las integran sociedades nacionales, residentes en el país de su nacionalidad.

Caso 1) La sociedad matriz tributa en su país por el principio de residencia o por obligación personal; cada sociedad filial, en el suyo, por el mismo principio; cada sociedad no nacional (la matriz o las demás filiales), pero integrante de la empresa multinacional, en el país donde se produzca la actividad, por el principio de origen o por obligación real (incluye los rendimientos percibidos satisfechos por la sociedad filial residente).

Caso 2) A la sociedad matriz se transfieren encubiertamente por una sociedad filial bienes o rentas, que, por tanto, aparecerán como propios, como originados en el país de dicha sociedad matriz. La sociedad matriz tributa en su país por el principio de residencia; la sociedad filial tributa en el suyo propio por el mismo principio de residencia, evidentemente por menores rentas o bienes, que aparecen como propios de la sociedad matriz, caso éste de evasión fiscal.

La doble imposición internacional se produce, como es sabido, cuando una misma renta o un mismo bien, una misma materia imponible, se grava en dos Estados, por el mismo período tributario, por impuestos análogos o idénticos, existiendo identidad de sujeto pasivo (143). Para Cartou, la doble imposición internacional se debe a la yuxtaposición de soberanías fiscales, pero no necesariamente siempre a disparidad entre las legislaciones, al poder producirse casos de doble imposición entre legislaciones fiscales idénticas, ya que pueden ser las conexiones fiscales de un contribuyente las que la hagan posible (144).

Podrán darse supuestos de doble imposición internacional en las empresas multinacionales respecto de cada sociedad integrante si rentas o bienes pueden ser sometidos en función del origen y de la residencia simultáneamente (a); pero no constituirán casos de doble imposición la tributación no superpuesta, ya exclusivamente por el principio de origen, ya exclusivamente por el principio de residencia, sobre las rentas o el patrimonio de cada sociedad integrante, aunque la empresa multinacional

(143) Por todos, Alegría Borrás, "La doble imposición; problemas jurídicos internacionales", Madrid, 1974, especialmente pp. 26 y 30. Para el convenio-modelo OCDE de 1977, la concurrencia fiscal de dos soberanías sobre un mismo contribuyente, por una misma materia imponible, en un mismo período tributario (OCDE, "Modèle de la convention de double imposition concernat la revenu et la fortune", París, 1977, p. 150).

(144) *Op. cit.* en nota 131, núm. 16, p. 19.

verá recaer múltiple imposición en tantos Estados como sociedades de nacionalidades la constituyan (b).

Vamos a tratar de la medida en que los métodos tendentes a evitar la doble imposición internacional por vía convencional inciden sobre las empresas multinacionales.

Para Georges Dalimier, los métodos se circunscriben a dos: el de la división de la materia imponible y el de la división del impuesto (145), el sistema de división de la materia imponible comprende dos modalidades: (a) renuncia de un Estado, ya unilateral, ya convencionalmente, a su competencia fiscal: y (b) renuncia y reconocimiento de competencia fiscal exclusiva (reconocimiento por vía convencional) a otro Estado: este último es el sistema de exención, a —tradicionalmente— de reparto; a su vez, el sistema de exención puede ser de dos clases: exención integral (b-1), por el que el Estado que renuncia no tiene en cuenta la renta o el bien, y exención con progresividad (b-2), en que el bien o la renta son tenidos en cuenta para fijar el tipo impositivo correspondiente al resto de los bienes o rentas gravados en su territorio por el Estado que renuncia; en otras palabras: el Estado que renuncia deja exentos tales rentas o bienes, pero aplica a la parte sometida a su poder fiscal el tipo impositivo que habría aplicado si la totalidad de la materia imponible le hubiera estado sometida. Es el sistema del artículo 23-A-1 de los convenios-modelo OCDE citados. Por el sistema de división del impuesto, cada Estado liquida según su propia legislación los impuestos que gravan la misma materia imponible: después, uno de los dos (unilateral o convencionalmente, mejor por este procedimiento), el de mayores vínculos con el contribuyente, efectúa una deducción igual a lo percibido por el impuesto en el otro Estado (es el sistema de deducción o imputación): comprende también dos modalidades: deducción integral (a), por el que el Estado de residencia deduce la cantidad pagada en el otro Estado, y deduce una cantidad limitada: hasta la cantidad que le correspondería pagar al contribuyente según el impuesto del país de residencia por patrimonio obtenido en el extranjero (en el caso, en el país de la fuente, de la actividad). Es el sistema del artículo 23-B de los convenios modelo OCDE y del artículo 23-A-2 de los mismos, como excepción este último al método de exención, en favor del de deducción del artículo 23- B, en el tema relativo al

(145) En "Conventions internationaux en matière fiscale (relatives aux doubles impositions)" Juris Classeur, fascículo 352, pp. 2 a 4.

impuesto sobre la renta respecto de dividendos, intereses (y en España y otros países también respecto de cánones) (146).

En los convenios-modelo OCDE de 1963 y 1977, es el Estado de residencia el que practica la exención o la deducción (147), métodos cuya elección corresponde a los Estados que establezcan un convenio bilateral basado en el modelo OCDE.

Para evitar tanto la doble imposición internacional como la evasión fiscal, ya sea por utilización de los convenios para

(146) A. Borrás, en *op. cit.* en nota 143, pp. 70 y sigs.

(147) "Doble imposición internacional", *op. cit.* en nota 141 p. 93, y "Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, OCDE, 1977" *op. cit.* en nota 141, pp. 53 y 54. y *op. cit.* en nota 131, número 135, pp. 136 y 137. El artículo 23-A-1 recoge el método de exención. Establece: "Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea bienes que, de acuerdo con las disposiciones del presente convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primer Estado, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, dejará exentos tales rentas o bienes, pero para calcular el impuesto correspondiente a las restantes rentas o bienes de esta persona puede aplicar el tipo impositivo que correspondería sin esta exención". El artículo 23-A-2 recoge el método de deducción: "Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10 y 11 (relativos, respectivamente, a dividendos e intereses), puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primer Estado deducirá del impuesto sobre las rentas de esta persona una cantidad igual al impuesto pagado en el otro Estado contratante. Sin embargo, esta deducción no puede exceder de la parte del impuesto, computado antes de la deducción, correspondiente a la renta obtenida en el otro Estado contratante". En el modelo de 1977, el artículo 23-A-3, según el cual, "Cuando, de conformidad con cualquier disposición del convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en este Estado, éste puede, no obstante, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de este residente".

El artículo 23-B, también en torno al método de deducción, señala: "1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea bienes que, de acuerdo con las disposiciones del presente convenio puedan someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primer Estado deducirá: *a*) del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente, un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en el otro Estado contratante; b) del impuesto que perciba sobre el patrimonio de este residente, un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en el otro Estado contratante. 2. Sin embargo, en uno y otro caso, la cantidad deducida no puede exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente según el caso, a las rentas o al patrimonio que pueda someterse a imposición en el otro Estado contratante". En el modelo de 1977, el artículo 23-B-2, en idéntica formulación que el 23-A-3 del mismo.

evitar la doble imposición (148), ya por otros medios, son diversas las soluciones propuestas, junto a las expuestas de los convenios modelo OCDE.

La necesidad de una mayor uniformidad en los Estados en sus estructuras impositivas (149) y la falta de cooperación en materia fiscal entre los Estados, cuestión esta última que produce oportunidades a las empresas multinacionales para una menor tributación (150), son dos aspectos resaltados por el Club de Roma, que sugiere como propuesta a medio plazo la inclusión de la tributación en un Código de conducta para las empresas multinacionales (151), y a largo plazo, la institución de una Autoridad internacional que grave (presumiblemente a tenor de lo establecido en el Código) los beneficios de las empresas multinacionales (152); en tanto se llega a esa solución (si es que tal cosa ocurre), el Club de Roma (153) propone evitar la doble imposición internacional mediante la imposición en el Estado de la actividad u origen de la renta o el incremento patrimonial.

Por el reparto de competencias entre el Estado de la fuente (o Estados de las sociedades filiales) y el Estado de la sociedad matriz, se pronunció el grupo de personalidades designado por el Secretario General de Naciones Unidas para el estudio de los efectos de las empresas multinacionales en el Desarrollo y en las relaciones internacionales (154), dentro del proyectado

(148) Puede darse un uso incorrecto del convenio, sobre lo cual el convenio-modelo OCDE de 1977 no ha podido aportar más que soluciones fragmentarias, concurrentes con las del artículo 26 (disposición de carácter general que reproduce, en líneas generales, el texto de 1963; sobre éste, *vid.* p. 95 de "Doble imposición internacional", *op. cit.* en nota 141) de cooperación entre los Estados en materia de fraude y evasión fiscal (entre otras) (*vid. op. cit.* en nota 141, "Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio, OCDE, 1977", p. 57). El comité de Asuntos Fiscales (antes Comité Fiscal de la OCDE) manifiesta su intención de profundizar en el estudio de ese uso incorrecto, de la evasión fiscal y del fraude fiscal (*vid.* Dalimier, "L'évolution des conventions sur les doubles impositions (Réflexions sur le nouveau modèle de l'OCDE)", Clunet, 1980, p. 509; sobre el término "uso incorrecto" se muestra remiso Dalimier (*op. cit.*, p. 512) por significar la introducción de un elemento subjetivo.

(149) Informe citado del Club de Roma, *op. cit.* en nota 9, p. 292.

(150) Informe técnico citado del Club de Roma, *op. cit.* en nota 34, página 439.

(151) *Op. cit.* en nota 9, pp. 244 y 293.

(152) *Op. cit.* en nota 9, pp. 244 y 293: Autoridad internacional citada en nota 48.

(153) Informe técnico, cit. en nota 34, p. 445.

(154) Apéndice 1.º de Multinacionales. "Nacimiento y desarrollo de una estrategia empresarial diferente", Puelles Pérez, Madrid, 1980, especialmente, pp. 253 y 254.

Código de conducta de tales empresas, de Naciones Unidas, sistema que puede coincidir o no con las directrices propuestas por el Club de Roma, anteriormente citadas.

A nivel convencional, la ONU ha tratado este tema de la doble imposición internacional centrado en las relaciones entre países desarrollados y países en desarrollo, que es tanto como decir, en gran parte, las relaciones entre sociedades matrices y sociedades filiales respecto de los Estados huéspedes de cada una de ellas (hacemos aquí abstracción de las empresas multinacionales cuya sociedad matriz tiene nacionalidad de un Estado del Tercer Mundo). El convenio-modelo de Naciones Unidas, abierto a la firma en Ginebra en 21 de diciembre de 1979 (155), sigue los mismos métodos de eliminación de la doble imposición internacional de los convenios-modelo de la OCDE (156).

Todo lo antedicho respecto de la doble imposición internacional no será suficiente si las empresas multinacionales pueden transferir de una sociedad a otra sus beneficios, si, como señalan los principios directivos de la OCDE respecto de las mismas, éstas no se abstienen de "utilizar las facilidades particulares de que disponen (...), para modificar de manera contraria a las legislaciones nacionales, la base imponible sobre la cual los miembros del grupo son gravados" (157); es lo que el informe técnico citado del Club de Roma (158) sugiere como propuesta a largo plazo, pero dirigida a los Estados: la cooperación para evitar los refugios fiscales, una de las facetas de esa necesidad de cooperación entre los Estados en política fiscal que manifiestan tanto el Club de Roma (159), como el informe

(155) Convenio-modelo de Naciones Unidas para evitar la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, publicación del Departamento de Asuntos económicos y Sociales Internacionales, ST/ESA/102, Nueva York, 1980. Por su parte, y con el fin de alcanzar "una reorientación de las actividades de las corporaciones transnacionales hacia una transformación industrial más completa en los países en desarrollo", la IV UNCTAD, celebrada en Nairobi, en mayo de 1976, pidió en una resolución a los países desarrollados el ajuste de —entre otras— las políticas fiscales, otro medio, para nosotros, de evitación de distorsiones en las relaciones fiscales en que se hallen implicados Estados desarrollados, Estados en desarrollo y empresas multinacionales. (*vid.* Crónica mensual ONU, julio, 1976, p. 47: *vid.* también *op. cit.* en nota 60 bis.

(156) *Op. cit.* en nota 155, Convenio-modelo de Naciones Unidas. pp. 37, 38 y 184, especialmente.

(157) Fiscalidad 2, en *op. cit.*, en nota 8, p. 361.

(158) En *op. cit.* en nota 34, p. 446.

(159) *Op. cit.* en nota 34, p. 439.

de la Comisión Independiente sobre Cuestiones Internacionales, o Comisión BRANDT (160).

2.2. B. 2. *En Derecho español.*

A) Derecho convencional.

Como notas a destacar, la de que el Derecho convencional bilateral, con aproximadamente una veintena de convenios para evitar la doble imposición internacional en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, sigue la línea expuesta en los convenios-modelo de 1963 y 1977, y que en los más recientes establece disposiciones para prevenir la evasión fiscal (161). Cuando se ha indicado al tratar de los convenios-modelo contra la doble imposición internacional y de la evasión fiscal sería reiterativo aquí por cuanto aplican aquellas directrices los convenios en que España es parte, pero ha de precisarse que respecto de los métodos alternativos (exención y deducción), se siguen uno u otro, y siempre el de deducción para dividendos, intereses y cánones.

B) Derecho interno.

Considerados los acuerdos para evitar la doble imposición internacional como convenios reguladores de la tributación, en ausencia de éstos, es la ley interna, las disposiciones de Derecho interno las que regularán la imposición. Así, la ley de 27 de diciembre de 1978 por la que se regula el impuesto sobre sociedades (162) contiene normas aplicables a las sociedades residentes en España.

Las sociedades integrantes de una empresa multinacional ostentan la nacionalidad del Estado en que tienen el domicilio o donde se han constituido, a tenor de los distintos sistemas legislativos, como es sabido. La sociedad filial de nacionalidad española, integrante de una empresa multinacional, tributará en razón de su nacionalidad concurrente con su residencia en España y con su lugar de construcción en España. Serán supues-

(160) *Op. cit.* en nota 115 y 507.

(161) Por cuanto hace al conjunto de los textos de los convenios de doble imposición internacional suscritos por España, puede verse "Convenios de doble imposición suscritos por España y disposiciones reglamentarias" Ministerio de Hacienda, Madrid, 1979, y consultarse en *BOE* los subsiguientes desde 1980.

(162) Texto de la Ley en *Textos básicos de Derecho Internacional privado op. cit.* en nota 8, pp. 74 y 75.

tos de Derecho Internacional Privado aquellos en que la sociedad filial española se relacione con la sociedad matriz o con otras filiales, aquellos en que éstas o aquélla tributen en España (por obligación real) y aquéllos en que se tengan presentes las obligaciones tributarias constituidas en el país de la sociedad matriz o en los de las otras filiales. Nos centraremos en la regulación del impuesto de sociedades, por la Ley citada.

Según el artículo 4, punto 1 a, tributan por obligación personal, "los sujetos pasivos que sean residentes en España", siéndolo los "sujetos de derechos y obligaciones, con personalidad jurídica, que no estén sometidos al impuesto sobre la renta de las personas físicas", según el artículo 4, punto 1 (163); por el artículo 4, punto 1 b, tributan por obligación real, "los sujetos pasivos, cuando sin ser residentes en territorio español, obtengan rendimientos o incrementos de patrimonio en dicho territorio (caso a) o perciban rendimientos satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en el mismo (caso b) (164). En este último caso la referencia lo es a la sociedad filial española de la que perciba la sociedad matriz u otra filial, residentes en el extranjero.

Para la Ley, serán entidades o sociedades residentes en España, "las que cumplan cualquiera de los requisitos siguientes: a) que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas; b) que tengan su domicilio social en territorio español; c) que tengan la sede de dirección efectiva en territorio español" (165).

Por obligación personal, la sociedad filial (en el caso) tributa "por la totalidad de los rendimientos o incrementos de patrimonio que obtenga, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador", a tenor del artículo 6, punto 1, de la Ley (166); por el criterio de residencia tal como se establece en el artículo, se tributa sin deducción o exención alguna, y sin tener en cuenta el origen o la actividad, que puede hacer concurrir una doble imposición: la española por residencia de la filial, la extranjera del país donde se produjere el incremento patrimonial o la renta. No obstante, el artículo 24 de la ley, como veremos, establece ciertas deducciones de la cuota tributaria en caso de tributación por tal obligación personal.

(163) *Op. cit.* en nota 162, p. 74.
(164) *Op. cit.* en nota 162, p. 74.
(165) Artículo 9 de la Ley del impuesto de sociedades, en *op. cit.* en nota 162, p. 74.
(166) *Op. cit.* en nota 162, p. 74.

Por obligación real, quedan sometidos al impuesto los sujetos pasivos por el importe de los rendimientos o incrementos patrimoniales obtenidos en territorio español, especificados en el artículo 7, según el artículo 6, punto 2 (167), o que —según el artículo 4, punto 1 b, perciban rendimientos realizados por la sociedad filial española (168); por el criterio de origen o actividad, tributan sin deducción o exención alguna, determinados incrementos de patrimonio o rentas obtenidos en España por no residentes en España; por cuanto pueda concurrir con tributación en el país de residencia de tal o tales sociedades, puede darse también aquí un caso de doble imposición. El artículo 24 de la Ley, establece, por su parte, determinadas deducciones de la cuota tributaria en el caso de tributación por tal obligación real.

Para evitar la doble tributación por la conjunción sobre la misma sociedad de los principios de residencia y de origen, la ley de 27 de diciembre de 1978 se acoge al sistema de deducción.

Para el caso de obligación personal, de tributación según el principio de residencia, se deduce de los rendimientos obtenidos y gravados en el extranjero (éstos allí por el principio de origen, o por obligación real); se aplica el método de deducción ordinaria (169); para el supuesto de obligación real, de tributación según el principio de origen, se deduce en función de que las sociedades que operen en España lo hagan por medio de establecimiento permanente o en los restantes casos: en el primer supuesto, respecto de dividendos, participaciones en beneficios y retenciones: en el segundo, respecto de retenciones (170).

Podría pensarse que la conexión "residencia" pudiere producir problemas de calificación. La vía convencional lo resuelve por medio de la atribución al Estado de sede de dirección efectiva (171), lo que, a su vez, podría implicar la cuestión de la

(167) *Op. cit.* en nota 162, p. 74.
(168) *Op. cit.* en nota 162, p. 74 segunda parte o segundo del apartado 4.1 b.
(169) Artículo 24, punto 4, de la Ley, en *op. cit.* en nota 162, pp. 74 y 75. El parágrafo señala: " En el caso de obligación personal cuando entre los ingresos del sujeto pasivo figuren rendimientos obtenidos y gravados en el extranjero, se deducirá la menor de las dos cantidades siguientes: *a*) el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto: *b*) el importe de la cuota que en España correspondería pagar por estos rendimientos si se hubieran obtenido en territorio español".
(170) Artículo 24, punto 6, de la Ley, en *op. cit.* en nota 162, p. 75.
(171) Artículo 4 de los convenios-modelo OCDE 1963 y 1977, *op. cit.* en nota 131, núm. 112, p. 116 y "Doble imposición internacional", *op. cit.* en nota 141, p. 84.

dirección efectiva de una empresa multinacional. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se plantea problema, ya que la sociedad filial tiene la nacionalidad de un país determinado en el que, además, se constituye, y la residencia en ese país, como venimos viendo, y de un modo exclusivo y excluyente; cada sociedad, con una nacionalidad determinada, no tiene otra residencia que la del país de su nacionalidad, en suma.

2.2. C. *Derecho Laboral Internacional.*

2.2. C. I. *En general.*

Es el Derecho Laboral Internacional una de las materias en que se produce mayor incidencia del poder centralizado de la empresa multinacional, pese a la personalidad jurídica independiente de cada sociedad integrante, éstas que, no obstante, aparecen en el estado actual del Derecho, como la parte empresarial. Es la sociedad matriz, en realidad, representando a la empresa multinacional, la que decide en cuanto a la parte empresarial, con decisiva importancia en las relaciones laborales.

Por tanto, ha de tratarse de la incidencia que tiene el ser la parte empresarial una empresa multinacional, en sucesivamente, el empleo (ya que, como señala Valticos (172), "en el plano individual, el empleo, en el campo del trabajo, condiciona todos los demás"), las relaciones laborales colectivas.

La Oficina Internacional de Trabajo considera que la determinación internacional de "condiciones de empleo y trabajo en las actividades locales" sería uno de los "elementos posibles de principio y de líneas de orientación relativos a empresas multinacionales" (173).

Ha de destacarse que si se entendiere que es la sociedad (matriz o filial, pero sociedad local) con la que se establecen relaciones laborales sin elemento extranjero alguno, no estaríamos ante casos de Derecho Internacional Privado. Hoy en día continúa jurídicamente siendo la relación sociedad-trabajadores locales la única, puede decirse, y muchos temas, salvo en las puntualizaciones que haremos, no pasan de ser de Derecho interno.

(172) *Op. cit.* en nota 54, núm. 306, p. 282.
(173) "Possibilités d'établir des principes internationaux sur la politique sociale pour les enterprises multinationales", Ginebra, 1976 páginas 19 y 20.

La Declaración de principios del Consejo de Administración de la OIT, de abril de 1977 (174) señala el papel positivo que pueden desempeñar las empresas multinacionales tanto en la economía del Estado de sede de la sociedad matriz como en los Estados de las filiales respectivas, pero no deja de ver que pueden producirse conflictos con los objetivos nacionales, de un lado, y con los intereses de los trabajadores, de otro, por lo que se insta a una contribución positiva por las empresas multinacionales.

2.C. I. A. *Empleo* (175).

Para el Club de Roma (176), el Código de conducta habrá de establecer normativa sobre el empleo en las empresas multinacionales; los principios directivos de la OCDE remiten al marco de la legislación del Estado huésped, y en él habrán de observar las empresas "normas tan favorables como las que son observadas por los empresarios comparables del país receptor" (177).

La OIT ha expuesto que las inversiones de las multinacionales han sido beneficiosas para el mercado de empleo, en general (178). Otro es el parecer de la Federación Sindical Mundial, para quien puede provocar graves perturbaciones en las estructuras de empleo y en el reparto del mismo territorial y profesionalmente (179). Se trata de una de las típicas armas

(174) *Vid.* en 4.1. B.C. (Competencia legislativa, en general, los Códigos de conducta de las empresas multinacionales) y nota 59.
(175) La Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales tuvo entre sus primeras preocupaciones la de la consideración de la incidencia de las multinacionales en el empleo en el país de las respectivas sociedades, matriz y filiales (*vid, op. cit.* en nota 65, página 47, respecto del segundo período de sesiones, celebrado en Lima en marzo de 1976): por su parte, la Comisión de las CC. E., en su comunicación al Consejo en 8 de noviembre de 1973 a propósito de las empresas multinacionales en el contexto de los acuerdos comunitarios (en *op. cit.* en nota 91, p. 7), indica la profunda preocupación que suscita la influencia de las empresas multinacionales en determinadas materias, entre ellas la de empleo.
(176) En su informe, cit. en nota 9, pp. 244 y 293.
(177) En empleo y relaciones profesionales. 4, en *op. cit.* en nota 8, páginas 361 y 362.
(178) En "L'impact des entreprises multinacionales sur l'emploi et la formación", Ginebra, 1976, p. 32. En tal afirmación fueron parte gobiernos, empresarios y trabajadores.
(179) Coloquio de Naciones Unidas, Ginebra, noviembre de 1976, citado por sagardoy Bengoechea, en "La temática laboral del grupo de empresas", en *Empresas multinacionales y Derecho español, op. cit.* en nota 2, p. 781.

de dos filos. Sagardoy Bengoechea (180) expone una realidad, la de la posibilidad de retirar capitales de un negocio improductivo (o bien de un país en el que no es productivo) y colocarlo en otros negocios y o en otros países, con graves repercusiones en los trabajadores. A nuestro juicio se trata de repercusiones negativas para los desplazados, aunque positivas para la creación de empleo en otros sectores o en otros países. Esta movilidad de capitales —que nadie pretende descubrir— queda patente en los Principios directivos de la OCDE (181) cuando se insta a que la empresa multinacional no recurra a su facultad de transferir la unidad de explotación total o parcialmente (en el caso, para ejercer presión durante las negociaciones sobre condiciones de empleo o durante el ejercicio del derecho de los trabajadores a organizarse profesionalmente).

2.2.C. I. B. *Relaciones individuales y colectivas.*

Relaciones laborales individuales, entendidas en palabras de Golman en tanto que "se refieren directamente a la situación de cada asalariado personalmente considerado" y relaciones laborales colectivas, según el mismo autor, por cuanto "afectan al conjunto de los asalariados en tanto que grupo" (182).

Nos parece más apropiado un tratamiento conjunto de ambas clases de relaciones, habida cuenta de la profunda interpenetración de las mismas.

La OCDE, en sus Principios directivos respecto de las empresas multinacionales remite de forma amplia a la legislación del Estado huésped las relaciones laborales individuales y colectivas, en cuyo marco habrá de seguir la empresa multinacional normas tan favorables como los que siguen los empresarios equiparables de dicho país, como ya indicábamos en el apartado relativo al empleo (183).

B-1) *Contratos laborales.*

De una parte, no existe normativa de fuente convencional aceptada en la materia; por otra, se plantea aquí la cuestión de quien contrata por la otra parte empresarial con el trabajador. Si es la sociedad local, la relación que se establece puede ser

(180) *Op. cit.* en nota 179, p. 782.
(181) Empleo y relaciones profesionales, 8. en *op. cit.* en nota 8, página 363.
(182) *Op. cit.* en nota 2, p. 741.
(183) Empleo y relaciones profesionales, 4. en *op. cit.* en nota 8, páginas 361 y 362.

puramente interna; cuando exista un elemento extranjero en la relación jurídica, a falta de normas conflictuales o materiales internacionales, serán las normas conflictuales del foro del Estado huésped, las que regulen el contrato (184).

Se presenta la cuestión de los contratos de directivos que pasan de una a otra sociedad del ente multinacional. ¿Qué norma se aplica a tales contratos? Dependerá de la postura que se adopte en torno a quien es la parte empresarial (185).

Por el criterio formal o jurídico, la sociedad que ha reclutado al trabajador es considerada la sociedad local. Se producirán tantos contratos como lugares de prestación de servicios. A falta de convenios, se aplicará la norma conflictual del foro, habida cuenta también de normas de aplicación inmediata o necesaria. Pero, ¿qué sucede cuando es la sociedad matriz la que contrata a un directivo para prestar servicios en otra filial?; ¿no estamos ante un caso —precisamente en el tema de directivos— de un solo contrato entre la sociedad matriz y el directivo, supuesto este que es más habitual que el de sucesivos contratos precisamente con las diferentes sociedades filiales en que presta sus servicios?

Por el criterio real o económico, se considera que las sociedades locales forman parte de un grupo y que éste, la parte empresarial. En este caso (y también en el anterior en cuanto la parte empresarial siga siendo la misma) se mantendrá la antigüedad en el empleo, dada la clase de relación contractual (186).

B-2) *Condiciones de trabajo.*

Precisamente, en tanto que la modificación del lugar de trabajo es un cambio substancial en las condiciones de trabajo (salvo, naturalmente, que el contrato laboral lo prevea), en caso de rechazo por el trabajador de tal cambio, debe imputarse al empresario la extinción del contrato, dando lugar a indemnizaciones (187).

(184) Gérard Lyon-Caen, en *op. cit.* en nota 90, núm. 131, p. 104.
(185) *Op. cit.* en nota 90, núms. 132 y 133, pp. 105 y 106.
(186) Numerosas sentencias francesas avalan la tesis del criterio económico, adelantándose sistemáticamente a la legislación *vid.* en *op. cit.* en nota 90, notas 1 y 2 en p. 106. No se ha resuelto el problema de la norma conflictual aplicable en el caso: si la del país de la sociedad matriz o si la del lugar de prestación del trabajo.
(187) Recogido, por ejemplo, en el proyecto de convenio sobre la fusión internacional de sociedades anónimas de la CEE, artículos 30 y 44 (*vid Bulletin des CC. EE.*, Suplément 13/73, pp. 19 y 21, respec-

Respecto de otras condiciones de trabajo entre las que pueden ser más polémicas, sobre la relativa al salario y cantidades asimiladas existe coincidencia en que equéllos no se hallen por debajo de los pagados por las demás empresas del Estado huésped, siendo —según las propias empresas multinacionales— incluso más elevados, aunque no sea así según organizaciones sindicales (188). También existe acuerdo en que no pagan igual en todos los países. Por tanto, se pregunta Goldman (189) si es deseable y posible una regulación internacional que haga desaparecer las desigualdades entre trabajadores de filiales sitas en distintos países, dado que esto produciría la desigualdad respecto de las empresas nacionales no pertenecientes a una multinacional. Se pregunta si ha de mantenerse el salario regulado según cada Derecho nacional, según su Derecho Público.

B-3) Negociación colectiva, convenios colectivos.

Ante la presencia de la empresa multinacional, aunque por medio de la sociedad filial local, las Comunidades Europeas se han hecho eco de la necesidad de establecer medidas de contrapeso frente a la potencia negociadora de aquéllas, frente a los efectos nocivos que puedan darse en la negociación colectiva (190). La OCDE insta a proporcionar datos a la parte social. Así, en los referidos Principios directivos, sitúa en el marco de la legislación del Estado huésped, el suministro por la empresa multinacional a los representantes de los trabajadores de los medios para la puesta a punto de convenios colectivos eficaces, debiendo permitir a los representantes habilitados de los trabajadores negociarlos con los representantes patronales habilitados para decidir sobre las cuestiones objeto de la negociación, debiendo negociarse en tal marco legislativo del Estado receptor (191).

Goldman destaca un dato más y es el de la participación —más de "lege ferenda"— también de sindicatos internacionales y de la sociedad matriz, con lo cual, para él, habría de procederse en el ámbito normativo a establecer una norma conflictual internacional que repartiere las competencias entre el

tivamente y otros textos comunitarios, y *vid op. cit.* en nota 90, número 136, p. 108).

(188) Goldman, en *op. cit.* en nota 2 p. 741.

(189) *Op. cit.* en nota 2, pp. 741 y 742.

(190) Comunicación de la Comisión al Consejo de 8 de noviembre de 1973, *cit.* en nota 91, p. 11.

(191) Empleo y relaciones profesionales, 1, 2 y 9, en *op. cit.* en nota 8, pp. 361 a 363.

Estado de la sociedad matriz (representando a la empresa) y el de la filial, en cada caso (191 bis).

B-4) *La huelga en la empresa multinacional.*

La huelga internacional puede entenderse en dos acepciones: huelga, cuyo origen es un conflicto interno (o relación laboral interna que deviene conflictiva), o como huelga cuyo origen es un conflicto internacional. Es el primer caso el que se produce cuando la decisión motivo se da en un país, afectando a trabajadores de ese país y la huelga en otro u otros (a) (aparte, es obvio, de aquél en que se produjo la causa); es el segundo caso aquél en que la huelga se produce o puede producirse en todos los países a que afecta el motivo de la misma (b).

Para Antoine Lyon-Caen, "lo más frecuente es que se completen o que tiendan a ser completadas ambas clases de huelgas" (192).

La huelga en una empresa multinacional puede tener su motivo en un conflicto interno, en cuyo caso se produce la huelga en otro país. Se trata de un ejemplo de huelga de solidaridad (es el caso a); o bien, tener su base en un conflicto internacional, en tanto que afecta a la empresa multinacional, no a una sociedad (matriz o filial) determinada (es el caso b). Parece claro que puede darse otro caso —y éste es el más frecuente—, el del conflicto que afecta a más de una sociedad filial y la creación subsiguiente más allá de los trabajadores de tales sociedades; menos veces se dará el caso de que el conflicto motivante afecte a toda la empresa.

Tratemos el caso (a). Según Antoine Lyon-Caen, el problema de la competencia legislativa —planteado ante el foro del Estado en el cual se produce una huelga de solidaridad— se resuelve por recurso a las normas materiales o a las normas conflictuales (193). En este segundo caso, primeramente ha de calificarse la huelga. Puede considerarse lícita en el país de origen (situación 1) y puede ser considerada ilícita la de origen en otro, en el foro (situación 2-A) o sometida a una finalidad profesional (situación 2-B); en este último caso, ha de determinarse la finalidad del movimiento de origen (situación 2-B-1) y, posteriormente, (siempre que se haya dado respuesta que no sea negativa a la cuestión de la huelga en el país de origen, según el foro), de-

(191 bis) *op. cit.* en nota 2, p. 757.

(192) "La grève en Droit International Privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, París, 1977, p. 273.

(193) *Op. cit.* en nota 192, pp. 290 y sigs.

terminarse si la acción de solidaridad responde o no a ese fin profesional, inmediato (situación 2-B-2).

¿Por qué ley se califica la huelga originaria? para Knapp (194) y para Antoine Lyón-Caen (195), la ley del país en que se desarrolla la huelga de solidaridad es la ley competente, y ello por razones prácticas ¿Qué Derecho califica la acción de solidaridad, es decir, si persigue o no un fin profesional? La ley de dicho país, por las mismas razones.

En cuanto al caso (b), en palabras de A. Lyon-Caen, "si la empresa es el grupo multinacional entero, toda discusión sobre la exterioridad de la huelga es inútil cuando la solidaridad se manifiesta entre trabajadores de unidades de una misma empresa multinacional" (196). En ese caso, "la acción internacional de solidaridad no es un sostén exterior a la empresa (a los trabajadores), expresa una comunidad profunda de intereses" (197).

Respecto de los problemas de calificación y de ley aplicable (de aplicarse el método conflictual), se seguirán las mismas pautas que en el supuesto anterior, con la precisión de que la huelga podrá estimarse como originaria en todos los países, por cuanto la decisión motivante de la misma afecta directamente a los trabajadores de la sociedad integrante, de cada sociedad integrante.

No podemos dejar de reflejar que, ya sea un conflicto de origen interno que desemboca en huelga de solidaridad (a), ya sea un conflicto internacional que produce una huelga (b), cada Estado regula la materia de huelga, considerándola las más de las veces en el ámbito de las normas de aplicación inmediata, lo que descarta la aplicación de los otros métodos de solución de los problemas de competencia legislativa.

2.2. C. 1. C. *El Derecho Laboral Internacional ante el carácter de la empresa multinacional.*

La carencia de una regulación de las relaciones laborales que sea internacional y específica por su fuente (por no referirnos aquí de nuevo a otras relaciones jurídicas), conduce a un tratamiento desigual; desigual en un doble sentido: las relaciones entre la sociedad filial y los trabajadores de cada país determinado con respecto a los demás, y de las relaciones dependientes directamente unas veces de la sociedad matriz y otras de la sociedad filial (e indirectamente en este último caso de la sociedad matriz).

Por tanto, no es extraño que diversas Organizaciones internacionales propugnen también en el ámbito laboral la búsqueda de fórmulas. Así, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que han de buscarse medios jurídicos que proporcionen mayor libertad formal que aúnen la integración económica con la integración social, de modo tal que las relaciones profesionales se produzcan a nivel de grupo y se reconozca una responsabilidad común de las empresas del grupo hacia sus trabajadores (198).

Algo se habrá logrado, de momento, si un Principio como el establecido por la OCDE (199) relativo a informar a los trabajadores —con la salvaguarda de si ello es posible conforme al Derecho y a la práctica local, para la OCDE— de la actividad y de los resultados de la empresa en su conjunto y de la sociedad local, fuere llevado a la práctica.

En este mismo sentido, en el ámbito comunitario europeo, un proyecto de directiva presentado por la Comisión al Consejo en 24 de diciembre de 1980, la luego llamada directiva Vredeling (200). En su curso por el Parlamento Europeo se ha visto recortada en algunos puntos, incluso esenciales (201). Tal vez, todo un síntoma.

Desde una perspectiva general de los problemas que plantea la empresa multinacional, los países receptores de las mismas y las organizaciones sindicales coinciden, como señala y destaca Pérez Voituriez, "en las exigencias fundamentales para un control más efectivo y jurídico positivo que enmarque la actividad de las multinacionales dentro de sus respectivas co-

(194) En "La protection des travailleurs des sociétés membres des groupes", en "Le Droit International Privé des groupes de sociétés", Ginebra, 1973, núm. 131, p. 184.
(195) *Op. cit.* en nota 192, p. 291.
(196) *Op. cit.* en nota 192, p. 295.
(197) *Op. cit.* en nota 192, p. 296.

(198) En *op. cit.* en nota 91, p. 26; el Informe Brandt, se pronuncia por la coordinación de las legislaciones de los Estados de origen y huésped. *Vid. op. cit.* en nota 115, p. 507.
(199) Empleo y relaciones profesionales. 3, en *op. cit.* en nota página 362.
(200) Antiguo Comisario y antiguo miembro del Parlamento Europeo.
(201) Vid. "Proposition de directive sur l'information et la consultation des travailleurs des entreprises à structure complexe, en particulier transnationale", *Bulletin des CC. EE.*, Suplément 3/80; Informe T. Spencer (Document 1-324/82/B, de 12 de julio de 1982, en Communautés Européennes, Parlament Européen, Documents de séance 1982-83); e informe modificado (en "Le Parlement Européen", 29 de octubre de 1982, p. 1).

nexiones con los estados de la sede matriz y de las filiales" (202).

Con anterioridad, hemos visto el carácter híbrido de las relaciones laborales en el Derecho comparado, en el sentido de la participación de la sociedad matriz en nombre de la empresa multinacional y en el de la participación de sólo la sociedad filial correspondiente. Nada hay establecido en Derecho español al respecto sobre si, por ejemplo, es la sociedad matriz o es la filial española la que contrata, y nada sobre las relaciones laborales en el seno de una empresa multinacional. Escasos son los textos legislativos que se refieren a relaciones laborales con elemento de extranjería. Recogen normas conflictuales y tienen en cuenta también ya las normas de aplicación inmediata del foro en materia de policía del trabajo (el artículo 10, apartado 6, del C.C., al remitir al artículo 8, apartado primero del mismo), ya las normas de aplicación inmediata extranjeras (el artículo 1, apartado 4.º, del Estatuto de los trabajadores, al hacerlo a las por él llamadas "normas de orden público aplicables en el lugar del trabajo" (203).

Por lo que respecta a la legislación, sin entrar en la polémica de la oposición de los artículos 10, apartado 6 del C.C. y 1, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, recordemos brevemente el contenido de los mismos. Por el primero, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo se regulan por la ley a la que expresamente se sometan las partes, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8 del mismo Código; en su defecto, por la ley del lugar de prestación del servicio, sin perjuicio de la aplicación de las normas contenidas en el citado apartado primero del artículo 8 del mismo C.C.,

(202) En "Las sociedades multinacionales y los sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional", Madrid, 1981, p. 57.

(203) Texto de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en *BOE*., de 14 de marzo; entre las normas españolas aplicables a tenor del artículo 8, apartado 1, del C.C., el Decreto de 27 de julio de 1968 por el que se regula el empleo, el régimen de trabajo y el establecimiento de los extranjeros en España (*vid.* "Textos básicos de Derecho Internacional Privado", *op. cit.* en nota 8, pp. 76 a 79), R.D. de 2 de junio de 1978 por el que se regula la concesión y la renovación de permisos de trabajo a extranjeros (*vid.* "Textos básicos (...)", cit., p. 80), orden ministerial de Presidencia del Gobierno de 4 de octubre de 1979 regulando la concesión de permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros (*vid. BOE* núm. 241/79, de 8 de octubre), R. D. de 3 de mayo de 1980, regulando el procedimiento de concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros (*BOE* núm. 131/80, de 31 de mayo), entre los textos de carácter general.

es decir, de las, en el caso, leyes de policía "a todos los que se hallen en territorio español" (204).

Diversas pueden ser las partes en la relación y en función de ellas, la ley aplicable. Prescindiendo ahora de que las partes elijan la ley reguladora de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, veamos las relaciones y la aplicación de la ley del lugar de prestación de los servicios: 1) trabajadores españoles en país extranjero, al servicio de una empresa multinacional extranjera; es decir, al servicio de una sociedad matriz o filial extranjera: 2) trabajadores españoles en país extranjero, al servicio de una empresa multinacional española; es decir, al servicio de sociedad filial extranjera: 3) trabajadores españoles en España, al servicio de una empresa multinacional extranjera; es decir, al servicio de una sociedad filial española: 4) trabajadores españoles en España, al servicio de una empresa multinacional española, o de una sociedad española (sociedad matriz). En este último caso estamos ante un supuesto de Derecho interno, en ausencia de otros posibles elementos de extranjería. 5) trabajadores extranjeros en España, al servicio de una empresa multinacional extranjera; es decir, de una sociedad filial española; 6) trabajadores extranjeros en España, al servicio de una empresa multinacional española, de una sociedad (matriz) española, y 7) trabajadores extranjeros en país extranjero, al servicio de una empresa multinacional española, o sociedad filial extranjera.

El artículo 1, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores establece que "La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español" (205). El caso que contempla, si lo enmarcamos en el ámbito de relaciones laborales en una empresa multinacional, es el de los trabajadores españoles en un

(204) El texto es incompleto (y gramaticalmente inexactó en razón de ello) ("A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto del sometimiento expreso de las partes, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8, les será de aplicación la ley del lugar donde presten sus servicios"), ya que no se indica que sea sometimiento a una ley, si bien, puede sobreentenderse, y tampoco (mucho menos), si ha de tener conexión con el negocio jurídico laboral, trasladando la precisión en este sentido del apartado 5 del artículo, en cuanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

(205) *Op. cit.* en nota 203. No deja de ser curiosa la redacción del final de esta disposición.

país extranjero, al servicio de una empresa multinacional española, es decir de una sociedad filial extranjera, que es el supuesto segundo de los expuestos a tenor del artículo 10, apartado 6, del C.C., decantándose en el artículo del C.C. por la aplicación de la ley del lugar de prestación de los servicios (salvo expreso sometimiento de las partes a otra ley) y en el Estatuto de los Trabajadores, por la ley española, siempre y cuando hayan sido contratados en España.

Desde un punto de vista jurídico privado internacional, que éste ha sido el ámbito de estas consideraciones sobre algunos aspectos de las empresas multinacionales en Derecho Internacional Privado, hemos de destacar la necesidad de que se llegue con urgencia a elaborar normas conflictuales o normas materiales internacionales que proporcionen una solución internacional específica. Por tres razones: para evitar desigualdades en las relaciones jurídicas, para establecer una solución precisa para todos y cada casos y porque sería lo único acorde y consecuente, tanto para los Estados como para las empresas, con el carácter transnacional de éstas.

PONENCIAS DEL XIII CONGRESO

EL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Dra. Elisa PEREZ VERA
Catedrática de Derecho Internacional
(España)
Asociada del IHLADI

I. Introducción.

La noción de orden público expresa, en términos generales, el esquema de valores a cuya tutela atiende, con carácter esencial, un determinado ordenamiento jurídico.

En tal sentido, podemos calificar como "de orden público" a aquellos preceptos que definen de una manera específica y concreta alguno de estos valores. De igual modo, podemos recurrir a esta noción para referirnos al conjunto de principios que emanan de la estructura del ordenamiento, articulando su coherencia global, o a los que cumplen idéntica función en el seno de cada institución jurídica, conformando el marco de valores esenciales que la impregnan y que no pueden sufrir ninguna derogación en el proceso de aplicación del conjunto normativo so pena de desvirtuar el auténtico carácter ordenador de la institución.

El "orden público" es, pues, el esquema axiológico de todo grupo normativo articulado y que, plasmado unas veces en preceptos y otras en principios, cumple la función positiva de dotar de su carácter formal de *ius cogens* a las proposiciones jurídicas que sustancialmente lo definen y la función negativa de suministrar al intérprete del filtro técnico que le permitirá atender a la defensa de los valores esenciales del sistema, tanto frente a normas ajenas al mismo como frente a situaciones creadas fuera de éste.

Entendiendo así el concepto de "orden público", resulta claro que representa un elemento esencial de cualquier ordenamiento jurídico autónomo y que a nivel de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado constituye un mecanismo funcional básico para el funcionamiento de ambos sistemas.

Ahora bien, como esquema axiológico, el "orden público" se caracteriza por el rasgo de su actualidad, es decir, porque tiene que ser apreciado en íntima relación con la valoración que

merezca, en cada momento, cada uno de estos principios jurídicos en el medio social donde opera el sistema. En efecto, el que los valores son cambiantes y el que en cada época se asiste a la aparición y desaparición, así como al cambio de posición jerárquica de muchos de ellos, es un dato que puede comprobarse con la simple observación de la evolución histórica de cualquier ordenamiento jurídico en los últimos decenios. Pues bien, en un momento en el que la aceleración de los cambios puede calificarse de excepcional en relación con otras épocas, mi intervención aspira a presentar ante ustedes unas líneas de estudio sobre la dinámica de los cambios que se están produciendo en el contenido y funcionamiento del orden público, tanto en la esfera del Derecho Internacional Público como en la del Derecho Internacional Privado.

Mi intención no es —y quiero subrayarlo— la de ofrecer una síntesis cerrada en la que se articulen todas las transformaciones y tendencias detectables hoy, sino la de ofrecer un motivo de reflexión sobre una serie de puntos que me han parecido particularmente relevantes en esta materia.

II. El orden Público y el Derecho Internacional público.

1. *Los Principios Estructurales del Orden Internacional.*

En 1958, en el asunto relativo a la aplicación del convenio de 1902, que regula la tutela de menores, el juez MORENO QUINTANA, en su opinión individual a la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, afirmaba que "el orden público internacional opera en los límites del sistema de derecho internacional público cuando establece ciertos principios, tales como los principios generales del derecho de gentes y los derechos fundamentales de los Estados, cuyo respeto es indispensable para permitir la coexistencia jurídica de las unidades políticas que constituyen la comunidad internacional".

Con tan precisa afirmación se adelanta una clara distinción entre dos grupos de principios constituyentes del orden internacional mínimo en la sociedad internacional actual: la existencia de unos principios que, por su carácter esencial, podrían ser calificados de constitucionales, al constituir la expresión de la estructura general de la sociedad internacional contemporánea.

Precisamente las primeras delimitaciones del núcleo esencial de un orden público internacional u orden público de Derecho Internacional Público procedería al intento de perfilar cuál fuera ese estructura mínima o esencial del orden constitucional internacional. En este sentido cabe, sin duda, interpretar los principios incorporados en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y los posteriores intentos de desarrollo. Ya la Resolución 178 (II) de la Asamblea General de la citada Organización encargaba a la Comisión de Derecho Internacional, el 4 de noviembre de 1947, que preparara un proyecto de declaración sobre los derechos y deberes de los Estados, como punto de partida necesario para la elaboración de un entramado jurídico imprescindible y mínimo.

Finalmente, perfilado el proyecto, es de sobra conocido que la Resolución 375 (V), de 6 de diciembre de 1949, en fórmula elegante de reconocer los desacuerdos básicos que el proyecto había suscitado, decidía estudiar más extensamente en el futuro el asunto que se pretendía codificar, "considerando que en el momento presente ha encontrado algunas dificultades para formular los derechos y deberes fundamentales de los Estados".

Se trataba, con todo, de un fracaso momentáneo. La consideración teórica y las repetidas manifestaciones de la práctica —recuérdese los principios incorporados en el Acuerdo sobre comercio y comunicación entre la región del Tibet de China e India, de 29 de abril de 1954—, llevarían de nuevo el problema a Naciones Unidas. Así, en 1961 y en el seno de la sexta Comisión, en torno a un debate sobre la futura labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, el representante yugoslavo opinaría que los Estados no podían ya concretarse a la codificación de ciertas materias clásicas, sino que debían procurar codificar los resultados de la transformación gradual del Derecho Internacional acaecida en los últimos quince años. De ahí su propuesta de intentar la codificación de los principios de la coexistencia pacífica y activa.

Impugnada la propuesta en su denominación formal, por las obvias connotaciones políticas, y pese a ciertas reticencias occidentales sobre el fondo, terminaría aceptándose con calor el sentido esencial de dicha proposición. De ahí que la Resolución 1915 (XVII), de 18 de diciembre de 1962, de la Asamblea General, reconociera la singular importancia, en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y en la promoción de la primacía del derecho en las relaciones entre las naciones, de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y los deberes resultantes de ellos.

Tras casi un decenio de debates, en 1970 fue posible obtener un acuerdo *ad referéndum* del contenido de los principios considerados; finalmente incorporados en la Resolución 2.625 (XXV), de 4 de noviembre de 1970, que, como anexo, contiene

la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

En una monografía que yo misma publicara en 1973 tuve ocasión de manifestar que la formulación de los principios realizada por la Resolución 2.625 no es completa. En efecto, el enunciado de los principios se refería, de forma exclusiva, a los elementos estructurales del orden internacional concretados con el Estado, con obvia marginación de otros principios de igual importancia, aunque no tan referidos al orden constitucional de los Estados.

En este sentido, yo señalaba que los principios incorporados en la citada Resolución eran susceptibles de una reagrupación en dos grandes apartados: de una parte, un conjunto de principios que presuponían la aceptación de la estructura política de la sociedad internacional (igualdad soberana de los Estados, arreglo pacífico de las controversias, cooperación pacífica y el de buena fe); de otra parte, un segundo grupo de principios que aspiraban a regular el cambio pacífico en la sociedad internacional (no ingerencia en los asuntos internos de los demás Estados, abstención a la amenaza o al uso de la fuerza e igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos). En este segundo apartado, y, sin duda, por una visión excesivamente interestatal, reprochaba yo la marginación de la referencia a los derechos fundamentales de la persona humana.

2. *Los Principios de Orden Público del Orden Internacional.*

Tan universal enumeración era tanto más criticable porque, simultáneamente, en Naciones Unidas se hacían esfuerzos paralelos de ampliación de los marcos de referencia. Me refiero a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la codificación del Derecho de los Tratados y, posteriormente, a los relativos a la responsabilidad internacional.

En efecto, en su primer informe al respecto, en 1952, Lauterpacht, incluia un proyecto de artículo 15 por el que "un tratado, o cualquiera de sus previsiones, será nulo si su cumplimiento supone la ejecución de un acto ilegal conforme al Derecho Internacinal y así es declarado por el Tribunal Internacional de Justicia". En su comentario al artículo Lauterpacht explicaba la importancia del citado artículo y el hecho de que la prueba de su nulidad estribaria en su disconformidad respecto de principios que pueden ser considerados como constituyentes de un orden público internacional. "Estos principios —afirmaba Sir

Lauterpacht— no necesitan haber cristalizado forzosamente en una norma jurídica claramente aceptada como tal, como la prohibición de la piratería o de la guerra de agresión. Pueden ser la expresión de reglas de moralidad internacional tan obligatorias que un tribunal internacional las consideraría parte de aquellos principios del derecho reconocidos generalmente por las naciones civilizadas que el Tribunal Internacional de Justicia está obligado a aplicar en virtud del Artículo 38, 3.°, de su Estatuto".

La idea así lanzada sería mantenida en los siguientes relatores, Fitzmaurice y Waldock, dando finalmente lugar a la final aceptación por la Comisión de Derecho Internacional de la noción de *ius cogens*. En su comentario, la Comisión reconoció la dificultad de definir y delimitar las normas de *ius cogens*, como no fuera recurriendo a un criterio negativo, según el cual la mayor parte de las normas de Derecho Internacional no tendrían carácter imperativo. La opinión de la Comisión fue dejar su determinación a la práctica estatal y a la jurisprudencia internacional, aunque algunos de sus miembros eran partidarios de incluir, a modo de ejemplo, ciertas normas evidentes, tales como la prohibición del uso ilegítimo de la fuerza, los actos delictivos contra el Derecho Internacional y actos contra la humanidad (esclavitud, piratería o genocidio), citándose incluso como principios imperativos los derechos humanos y la auto determinación de los pueblos. En cualquier caso resultaba claro que se habían rebasado, con mucho, las aproximaciones puramente interestatales, de intentos anteriores. De ahí la especial importancia de los artículos 53 y 64 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El profesor González Campos ha destacado los dos elementos existentes en la definición formal del artículo 53 del Convenio de Viena: a), son normas imperativas aquellas que así han sido calificadas por el conjunto de la Comunidad Internacional por vía de su *aceptación* y de su *reconocimiento* como tales; b), estas normas derivan, en definitiva, del "*consensus*" *general de los Estados* respecto a ciertos valores jurídicos esenciales en el ordenamiento internacional. Quizá sea excesivo exigir la calificación expresa de derecho imperativo, como literalmente requieren los preceptos citados. Pero, de otra parte, no parece que sea suficiente retener el elemento referente al acuerdo general de los Estados, en la medida en que tal categoría podíamos incluir una multiplicidad de instituciones y normas que no serían realmente de derecho imperativo. De ahí que quizá llevara razón De Visscher cuando señalaba el carácter impreciso y tautológico de la definición provista.

La conceptuación, quizá, queda más perfilada si se le uniera otro elemento elaborado en el contexto del proyecto de artículo 19 sobre la responsabilidad de los Estados. En su segundo informe sobre la materia, en 1970, el profesor Ago señalaba que el Derecho Internacional Convencional pudiera disponer que, en ciertas hipótesis, un hecho ilícito internacional creara relaciones no sólo entre el Estado culpable y el Estado perjudicado, sino también entre aquél y otros Estados, sobre todo entre el Estado culpable y las organizaciones formadas por Estados. Este análisis primigenio le llevaba a la consideración de la posibilidad de una reacción internacional contra un comportamiento ilícito mediante la imposición de sanciones institucionalmente decididas.

La originaria propuesta de Ago ha experimentado encuadramientos posteriores que han permitido una considerable ampliación de aquella primera concepción. En la introducción a su quinto informe, Ago llamaba la atención sobre la necesidad de discutir la medida en que el contenido de la obligación incumplida puede afectar a la consecuencia de la responsabilidad del Estado, esto es, si podía establecerse una distinción entre actos ilícitos internacionales de acuerdo con el grado de esenciabilidad que el respeto de una obligación determinada tiene para la comunidad internacional.

Frente a los autores que proponía diferenciar esa gravedad por la naturaleza de la fuente de la obligación lo que hubiera llevado a la clásica distinción entre tratados concretos, de discutible calificación hoy día, Ago propuso que la diferenciación se buscara no en el origen de la obligación, sino en el mayor interés de la sociedad internacional en garantizar que sus miembros actuaran de acuerdo con los requisitos específicos de la obligación en cuestión. De ahí que en el proyecto de artículo 19, intitulado no demasiado correctamente en español, como el Congreso del IHLADI, en su sesión de 1980, tuviera ocasión de subrayar crímenes y delitos internacionales, incluyera una distinción entre delitos y crímenes, entendiendo por tales la "violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto".

El tercer elemento, pues, vendría constituido por la exigencia de que la norma en cuestión hiciera referencia a intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto y conceptuada como tal interés fundamental por el conjunto de la comunidad.

De la exigencia de este elemento se deduciría de inmediato, que no sería posible dar la razón a Reuter cuando se muestra partidario de la existencia de normas imperativas regionales, siendo preferible la tesis de Viraly, según la cual es de difícil compaginación una norma regional con su carácter de esencial para la comunidad internacional en su conjunto. Pero, de otra parte, retener el citado elemento es aún más importante si se quiere evitar una inflación del concepto de *ius cogens*. Y ello por una posible consecuencia indeseada; "intentar clasificar de norma de *ius cogens* toda norma que reciba el consentimiento generalizado de los Estados puede implicar vaciar de contenido el Derecho Internacional necesario, al introducirse normas sobre cuyo carácter esencial podría al menos, dudarse".

La retención de los tres elementos apuntados puede ayudar a una determinación en concreto de las normas de *ius cogens*. Desde este punto de vista parecería indiscutible tal carácter en los principios establecidos en el artículo 2 de la Carta de la Naciones Unidas, desarrollados en la Declaración contenida en la Resolución 2.625 (XXV). Esta aseveración, sin embargo, no agota las posibilidades del orden público en Derecho Internacional público, sino que a ellos habría que añadir otros principios esenciales para la comunidad internacional en su conjunto. Me refiero, claro está, a las sugerencias adelantadas tanto en el contexto de la elaboración del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, como a las discusiones en torno a la responsabilidad internacional del Estado, y en las que las referencias a atentados graves a los derechos humanos o a la protección del medio ambiente han superado, con creces, la estructura esencialmente intraestatal de la sociedad internacional.

III. El orden público y el Derecho Internacional privado.

1. *La Noción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado.*

Desde la perspectiva del sector normativo que, en cada ordenamiento atiende a dar respuestas jurídicas adecuadas a los supuestos del tráfico externo, la noción de orden público puede ser definida como:

El conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto.

2. *Los Elementos de la Definición de Orden Público.*

De esta definición pueden retenerse una serie de elementos que nos ayudarán a penetrar en el fondo de esta noción.

Así *se trata, en primer lugar, de un conjunto de normas y principios,* lo que nos sitúa ante una pluralidad de manifestaciones del orden público como correctivo funcional de un sistema de Derecho Internacional privado.

Cuando el orden público plasma en "normas" estamos frente a una dimensión positiva del mecanismo, cuya operatividad se traduce en la aplicación directa al supuesto internacional de aquellos preceptos de la *lex fori* que incorporan en sí la definición de esos valores esenciales a que antes aludíamos. Es decir, estamos ante las llamadas normas de orden público, de aplicación inmediata o necesaria o normas imperativas, a las que volveremos a referirnos más adelante.

En el caso de los "principios" la operatividad del orden público resulta distinta. En efecto, en ellos encarna el esquema de valores que impregna, de un lado, la reglamentación dada a una determinada institución jurídica y, de otro, el conjunto de las bases axiológicas que aparecen protegidas en un sistema dado. Así, configurando el orden público, va a actuar como un filtro en dos direcciones.

De una parte, el orden público va a proteger la homogeneidad de las instituciones del foro frente al juego de las reglas extranjeras reclamadas por el propio sistema conflictual o frente a la eficacia de los actos otorgados o de las decisiones dictadas en países extranjeros.

De otra, el orden público va a defender esa misma homogeneidad sociojurídica frente al tráfico internacional *lato sensu.* La expulsión de extranjeros o la denegación de la nacionalidad por motivos de orden público constituyen dos buenos ejemplos de la actuación de este mecanismo en el plano aquí señalado.

En segundo término, *el orden público hace referencia a un esquema de valores básicos a cuya tutela atiende de forma especial cada sistema jurídico en su ámbito propio.* Este elemento nos lleva a considerar la excepcionalidad que debe revestir el juego del orden público en una triple dimensión:

a) La que se refiere al carácter absolutamente esencial que ha de revestir la manifestación axiológico de tales principios o normas para que pueda actuar este mecanismo de defensa de la *lex fori.*

b) La que atiende a la vertiente de su operatividad, reduciéndose ésta a los supuestos en los que se produzca un choque

frontal entre los valores definidos por la *lex fori* y la ley extranjera.

c) La que apunta a la concreción de sus efectos en los aspectos efectivamente afectados por tal oposición.

Por último, *el esquema de valores que expresa la noción de orden público ha de ser apreciado en relación con un determinado momento histórico.* Este elemento se traduce en el rasgo de su actualidad, que ha de ser entendido como un factor de concreción temporal de la operatividad del orden público. Y es que, con independencia de los datos temporales que manifieste en sí mismo el supuesto de hecho considerado, los valores que pueden excepcionar el juego normal del sistema de Derecho Internacional privado del foro son aquellos que tienen plena vigencia en el momento en que el intrépete jurídico atiende a la reglamentación o valoración del supuesto internacional en análisis.

En suma, el orden público constituye un mecanismo técnico que tiene una finalidad correctora y un carácter excepcional. Con su juego se pretende mantener la homogeneidad de las respuestas jurídicas obtenidas a través de la aplicación de un solo sistema —*el de la lex fori*—, al mismo tiempo que defender las condiciones esenciales basicas de ordenación del concreto medio sociojurídico en que tal sistema se aplica. Todo ello a la luz de la interpretación que esas condiciones básicas reciben en un momento histórico dado por los órganos encargados de la aplicación del derecho.

Por consiguiente, existe un factor de discrecionalidad entre los componentes de la definición del orden público, derivados de la existencia de una serie de datos de naturaleza sociológica y axiológica que van a incidir tanto sobre el uso que se haga de este correctivo funcional, como sobre la propia concepción de su función en el sistema.

3. *Factores Condicionantes del Orden Público en el Mundo Actual.*—Tomando como base todo lo anteriormente dicho, las perspectivas que ofrece la noción de orden público en el último tercio del siglo XX vienen condicionadas por una serie de elementos que podríamos agrupar en torno a dos datos que señaló el profesor Batiffol al analizar, en 1973 —con motivo del centenario del Journal Clunet—, el estado actual de nuestra disciplina.

Se trata, en primer término, del *aumento del intervencionismo estatal en las relaciones privadas,* lo que, a los efectos de estas reflexiones, incide sobre el aumento experimentado por las llamadas "normas de orden público" en una serie de sectores del

ordenamiento y muy en especial en aquellos que se refieren al ámbito de las relaciones de trabajo y comercio y, en general, en todos los que versan sobre la organización económica de cada Estado. Este aumento de las "normas imperativas", "normas de orden público" o "normas de derecho interno de aplicación necesaria" conlleva un elemento de cierta novedad: la preocupación porque no quede burlado el juego de estos preceptos, incluso en el caso de que pertenezcan a un ordenamiento que no sea ni *lex causae* ni *lex fori* del supuesto.

En efecto, la utilización de mecanismos como el del "tomar en consideración" o el de "dar efecto" a las normas imperativas de terceros ordenamientos resulta cada día más frecuente en los textos convencionales, articulando así un instrumento técnico de cooperación que refleja una proyección internacionalizada de la noción de orden público. En otras palabras, se opone a las concepciones básicas del foro —en ciertas instituciones— el que las partes de una relación puedan sustraerse al juego de determinados preceptos imperativos, cuando, aún no perteneciendo éstos a la *lex causae*, pertenecen, no obstante, a un ordenamiento estrechamente vinculado con el supuesto.

Podría pensarse, tal vez, que se intenta forzar la interpretación de estas disposiciones reconduciendo el campo de orden público lo que, en definitiva, no es sino una manifestación de técnicas conflictuales basadas en métodos de localización más complejos y perfectos. Sin embargo, creemos que puede refutarse tal objeción recurriendo a las decisiones jurisprudenciales en las que comienza a abrirse paso esta tendencia. Así, por ejemplo, en el caso que oponía a la naviera Sota y Aznar, de un lado, y a la Rallie Brothers, de otra, el juez Scrutton daría efecto a unas normas imperativas españolas por considerar opuesto a sus concepciones esenciales sobre la contratación del admitir que las partes hubiesen querido sustraerse a los preceptos imperativos de un país en el que debía realizarse una prestación del contrato que, en el caso en cuestión, se veía afectada por éstas.

Por otra parte, resulta también evidente que, *a partir de la segunda guerra mundial, se ha producido un crecimiento cuantitativo del tráfico externo*. Este aumento numérico ha de ser entendido en relación con un segundo dato que hace referencia a la mundialización de las relaciones internacionales, como rasgo cualitativo adicional. Y es que, en efecto, no sólo se ha multiplicado el número de supuestos de tráfico externo sino que, además, los contactos de intercambio y cooperación se producen en un contexto planetario, tanto a nivel de las relaciones interestatales como en el ámbito de las relaciones interparticulares,

dando lugar a un triple fenómeno de gran importancia para nuestro estudio:

a) *La mundialización de las relaciones interestatales, unida al creciente protagonismo del individuo y de su actividad en este plano*, ha generado a nivel de Derecho Internacional Público la aparición de normas y principios de distinto alcance y naturaleza jurídica que expresan los puntos mínimos de acuerdo de la comunidad internacional en torno a la consideración de la persona y de su estado jurídico. Como fruto de este consenso generalizado, tales normas y principios aparecen como valores jurídicos esenciales que han de ser defendidos por cada Estado a la hora de aplicar su sistema de Derecho Internacional privado, unas veces por constituir auténticas reglas jurídicas vinculantes y otras por representar la expresión de valores que el Estado aspira —como miembro de la comunidad internacional— a convertir en reglas obligatorias.

En consecuencia, se produce una correlación entre Derecho Internacional Público interno en función de la nueva estructura de la sociedad internacional y de su Derecho, de forma que muchas de las normas del primero informan al segundo. Que esto es así, puede verse en toda la temática de los derechos humanos, sin olvidar que también resulta operativa tal correlación sobre la base de principios y normas que tienen como destinatarios a los pueblos y no al individuo aislado. Piénsese, por ejemplo, en la aplicación de ciertas sanciones económicas internacionales por violación del principio de autodeterminación y su incidencia, por vía orden público, en la regulación de ciertos aspectos de los contratos económicos internacionales.

b) *La mundialización de las relaciones internacionales a nivel interparticular* ha generado en muchos casos la puesta en común de instituciones que, por pertenecer a ordenamientos jurídicos de bases axiológicas profundamente diferentes, pueden dar lugar a los que han dado en llamarse "conflictos de civilizaciones". Las vías de solución progresivamente utilizadas han sido en esencia las siguientes:

— Aceptar la nota de la *excepcionalidad* del orden público aplicándolo únicamente en los casos en que el Derecho reclamado o la situación o relación considerada resultan "manifiestamente incompatibles" con las concepciones jurídicas básicas de la *lex fiori*.

— Flexibilizar su aplicación conjugando el rechazo del efecto manifiestamente incompatible con el reconocimiento

parcial de la situación o relación en causa, a través de su traducción a esquemas jurídicos asimilables por la *lex fori*.

— Valorar cuidadosamente la repercusión de los efectos resultantes de la no aplicación de la excepción de orden público sobre el medio socio-jurídico del foro. En esta línea el profesor Neuhaus ha puesto de relieve como la jurisprudencia alemana no aplica la excepción de órden público cuando el supuesto considerado no presenta contactos suficientemente intensos con el foro alemán como para hacer que la aplicación de la ley extranjera atente contra la homogeneidad de la *lex fori*.

— La cuarta vía utilizada tal vez sea una de las más novedosas e importantes, al enlazar directamente con la problemática tratada en el apartado anterior. Se trata de renunciar, en determinadas instituciones jurídicas (no en todas resulta posible) a la defensa de los valores esenciales por un esquema axiológico-jurídico autónomo, construido con base en los principios que han recibido ya una consagración en el plano de la comunidad internacional.

Este sistema tiene la ventaja de desproveer al orden público del dato de discrecionalidad relativa que señalábamos más arriba, así como de hacerle jugar como un mecanismo de defensa de principios que vienen garantizados por la previa consecución de un consenso internacional acerca de la necesidad de su tutela jurídica.

Dicha técnica ha sido utilizada durante la XIV sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el Convenio relativo a los aspectos civiles del secuestro internacional de menores y ha sido comentada por mí en el informe explicativo del texto convencional que se encuentra recogido en las actas y documentos de la Sesión, publicados por la Secretaría de la Conferencia. No resulta baladí, a nuestro entender, la alusión por vía de ejemplo a este Convenio de La Haya, en la medida en que la solución adoptada, fruto de un compromiso, no venía impuesta por la presencia en los debates de representantes de sistemas jurídicos de bases culturales que pudiesen dar lugar a un conflicto de civilizaciones. Por el contrario. el acuerdo se produjo ante la diversidad de las concepciones que, en torno al conjunto de valores defendibles por vía de orden público en la materia, sustentaban las delegaciones de países insertos en áreas de una cierta homogeneidad cultural.

— La última vía de superación de una visión estrecha del orden público enlaza en cierta medida con la anterior y con la que concretaba la tendencia a acentuar la excepcionalidad del juego de este mecanismo. En efecto, se trata aquí de analizar el papel de la Constitución en relación con el orden público. Pues bien, desde nuestra perspectiva la Constitución opera en esta materia en un triple frente.

En ciertos ordenamientos la Constitución constituye un vehículo extremadamente práctico —aunque no estrictamente necesario— a través del cual se insertan en el sistema los principios que han recibido una consagración en la comunidad internacional como valores jurídicamente tutelables. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán, sobre la base del derecho humano a crear una familia (reconocido como todos los restantes, de forma genérica, por la norma fundamental de la República Federal), declaró inconstitucional las actuaciones jurídicas que habían impedido el matrimonio de un español soltero y una alemana divorciada, en la época en la que aún no había cambiado nuestro derecho matrimonial, que, por tanto, seguía oponiéndose de modo frontal al divorcio.

En segundo lugar, la Constitución opera, en todo caso, como la norma básica a cuyos postulados han de ajustarse todos los resultados jurídicos obtenidos en el foro.

En tercer término, la Constitución constituye el elemento reformador básico del orden público al articular el esquema estructural del ordenamiento del que emana el conjunto de valores que constituyen el núcleo de los principios indeclinablemente tutelados por el sistema.

c) Por último, el aumento de los supuestos de tráfico externo en un panorama internacional mundializado ha generado, en el plano de las relaciones económicas, *la aparición de un espacio transnacional*. Espacio transnacional que tiene unas exigencias propias que han sido respetadas —y potenciadas en muchos casos— por las jurisprudencias estatales, en orden a evitar una posición desventajosa de sus nacionales en el medio prácticamente autónomo del comercio internacional.

Y es que esta plataforma transnacional (en terminología del profesor Rigaux) constituye el escenario de un comercio en el que se ha desarrollado una noción relativamente autónoma del orden público, cuyo objeto estriba en defender el mínimo "standar" de coherencia y homogeneidad con el que debe producirse la regulación jurídica de las transacciones que tienen lugar en tal contexto.

Naturalmente, la concreción del sentido y alcance de ese "orden público internacional" corresponde a cada sistema jurí-

dico, ya que serán los jueces estatales los que determinen la medida en que aceptan su existencia y cuáles son los principios que integran su contenido. Por consiguiente, creo que, por el momento, ha de mantenerse una visión restringida de la operatividad y grado de desarrollo de esta acepción internacional del orden público.

No obstante, hay que destacar cómo desde la segunda mitad del siglo XX esta dimensión del correctivo funcional examinado ha ido ganando carta de naturaleza en la jurisprudencia de algunos países y, muy especialmente, en la francesa. Un proceso en el que debe subrayarse, como característica peculiar, el que la noción de orden público internacional ha sido utilizada no sólo para enervar la aplicación de normas extranjeras, sino que incluso ha sido empleado para impedir la aplicación de normas de la propia *lex fori*, pero que se oponían, desde la óptica del juez francés, a los principios que garantizan la coherencia jurídica en la regulación del comercio internacional.

4. *Orden público e intereses del tráfico jurídico externo.*

Para recapitular brevemente y de forma esquematizada esta panorámica sobre las tendencias y transformaciones del orden público en el momento actual, nos ha parecido sugestivo emplear un cuadro constituido con base en una metodología inspirada en la jurisprudencia de intereses.

De esta forma, partiendo de la misma división tripartita que utilicé hace algún tiempo en una monografía dedicada a los intereses del tráfico jurídico externo, podríamos obtener el siguiente resultado:

a) *Desde el prisma de los intereses de los particulares*, el orden público está evolucionado hacia una flexibilización de su operatividad, encaminada a dar valor en el foro a situaciones y relaciones jurídicas válidamente constituidas al amparo de otros sistemas jurídicos. Los dos requisitos que condicionan y limitan este proceso de flexibilización son, de una parte, que tales situaciones o relaciones no se opongan de una forma manifiesta a los valores esenciales del ordenamiento, y, de otra, que aún produciéndose este choque frontal la vinculación del supuesto con el foro no manifieste un grado de intensidad suficiente como para poner en peligro, con sus efectos sobre el medio socio-jurídico, la homogeneidad del juego de las normas y principios que intenta tutelar este correctivo funcional.

b) *Desde la perspectiva de los intereses del Estado* se observa una tendencia a concretar el contenido del orden público en normas. Se trata fundamentalmente de aquellas normas que poseen un carácter imperativo que entrada su aplicación necesaria a todo tipo de tráfico, incluido el externo. Junto a ellas tendríamos que incluir también las normas materiales auxiliares que incorporan las llamadas "cláusulas especiales de orden público"; apartando en el que habría que incluir, por ejemplo, las normas que prohíben a los nacionales una determinada forma de testar, aunque otorguen su testamento al amparo de otro sistema que normalmente hubiera regido su forma.

Por otro lado, desde esta perspectiva, se observa igualmente el creciente juego de la Constitución sobre el Derecho Internacional Privado y, muy en especial, en relación con este mecanismo, tanto por emanar de ella los principios estructurales del ordenamiento que constituyen el contenido básico de la noción de orden público, como por significar la norma base a la que debe ajustarse todo resultado jurídico obtenido o sancionado por el foro.

c) *Desde la óptica de los intereses de la comunidad internacional* puede detectarse una triple incidencia sobre la noción de orden público.

— Se está produciendo progresivamente un mayor respeto al juego de las normas imperativas de terceros Estados conectados con el supuesto, a cuyo fin se articula, cada vez con más frecuencia técnicas normativas destinadas a "aplicar", "dar efecto" o "tomar en consideración" los preceptos de esta naturaleza de sistemas jurídicos distintos de la *lex fori* y la *lex causae*.

— Por otra parte, también responde a intereses propios de la comunidad internacional el juego del orden público propio del medio del comercio internacional. Su finalidad, conviene insistir, es el mantener unos niveles de homogeneidad en la regulación jurídica de las transacciones realizadas en ese escenario transnacional. De este modo, el orden público cumple la función de suministrar un mecanismo capaz de garantizar un mínimo de seguridad jurídica que no va a verse así afectado por las especiales disposiciones de cada ordenamiento en un aspecto concreto. Para desarrollar estos cometidos, la acepción de orden público que ahora nos ocupa tiene la característica peculiar de poder enervar el juego de normas pertenecientes a la propia *lex fori*.

— Por último, en orden a contribuir a la formación de una noción autónoma y no particularista del orden público, hay que subrayar la tendencia a sustituir, en determinadas materias, el juego del orden público interno por el de los valores que han obtenido previamente su consenso en el ámbito de la comunidad internacional. Valores que se toman de aquellas normas y principios que, normalmente también con carácter imperativo, ya han sido incorporados por el Derecho Internacional Público.

PROTEÇAO DO MEIO AMBIENTE E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Dr. Irineu STRENGER (Brasil)
Asociado del IHLADI

Parecerá, primeiramente, idéia original tratar de um Direito Ecológico. Entretanto, na escala dos acontecimentos reais e legislativos esse dominio que envolve muitas outras ciências tornou-se um problema concreto no mundo dos fenômenos jurídicos.

O direito sempre mostrou grande sensibilidade aos fatos suscetiveis de interesse jurídico, como o sao, certamente, aquelles cuja finalidade consiste em preservar a natureza ou impedir a poluiçao com reflexos inevitáveis sobre o homem.

Essa preocupaçao torna-se cada vez mais visivel, principalmente quando se percebe o enfraquecimiento dos controles para a proteçao da naturaleza e do meio ambiente.

A ciência, em geral, em todos os domínios de sua atividade estabelece quadros de identificaçoes das repercussoes nocivas dos diversos sistemas técnicos que sao impostos pelo própio processo do desenvolvimento.

O direito positivo atual confirma essa hipótese, se se considerar o vasto material para os exames qualificativos da questao, e sobretudo, permitindo a visao do problema em termos de especificaçao ou de especializaçao, entre os diversos estágios jurídicos e existem no mundo sobre os planos internacional e nacional, público e privado.

Establecido assim o objeto no seu volume e esquematizado na sua problemática, podemos ensaiar o tema do Direito Ecológico, sem preocupaçao a respeito da questao da natureza pública ou privada dessa nova disciplina jurídica destinada a ter ampla significaçao.

Em outras palavras, afirmaba a existéncia de um Direito Ecológico nao há necessidade imediata de caracterizá-lo por sua natureza ou pelo lugar que ocupa no direito público ou privado, sendo suficiente establecer algumas perspectivas pricipais na extensao de sua importante estrutura.

É incontestável a extensao das consequencias provocadas pela poluiçao abrangente dos conflictos "inter alios", por perturbar objetivamente o patrimonio colectivo e comunitário.

É preciso, contudo, compreender que a poluiçao é hoje uma forma de dano que permite ao lesado a práctica de um direito de reparaçao economicamente suscetível de ser medido, assim como a natureza, ela própria, torna-se cada vez mais em todos os seus aspectos, técnicamente mensurável.

A poluiçao e seu oposto, a proteçao do meio ambiente, admitem a assimilaçao jurídica desses fenômenos e produzem assim uma nova visao do direito das responsabilidades.

Muitos países já criaram legislaçoes específicas de proteçao e de salvaguarda do meio ambiente do mesmo modo que e principalmente, normas que definem convenientemente as responsabilidades e suas consequéncias.

Já foi, porém, adequadamente assinalado que nao sao os princípios técnicos que dao ao dano oriundo da poluiçao sua coeréncia, mas, um contexto técnico, económico e social. Portanto, as soluçoes jurídicas adotadas nao devem ser apreciadas independentemente do meio em que ocorrem e ques as determina.

Bastante apropriada a observaçao de Pierre George: "Maladie honteuse de la civilisation industrielle et technique, produit elle même d'une modification dans le système de production, la pollution engendre sur le plan juridique des régles, on ne peut pas nier, economique et socialment conditionée" (1).

Nao é fácil a tarefa de focalizar esse direito. A poluiçao é frequentemente clandestina e a inexistência de instrumentos capaces de localizá-la torna mais difícil a determinaçao de autoria.

É preciso admitir também que a ignorância de seus próprios direitos, a inibiçao de recorrer ás vias jurídicas e a desigualdade de forças conduzem muitos queixosos ou vítimas á resignaçao ou á passividade.

Em sentido realista devemos nos preocupar, primeiramente, com a grande aplicaçao efetiva do direito em um domínio no qual existe tanta resistência.

É necessário analisar as inflexoes previsíveis do direito sob a pressao de um contexto técnica e econômicamente novo, isto é, examinar os conflitos latentes entre as soluçoes jurídicas e as realidades sociais.

É preciso, ainda, estabelecer o objeto delimitado do Direito Ecológico, pela enorme variedade de danos da poluiçao e adversidade das circunstâncias nas quais ocorrem. Nao existem, no momento, meios de aferir regras específicas e por isso a matéria ecológica continuará ainda submetida a disposiçoes tradicionais, baseadas no direito comum das responsabilidades.

(1) L'environnement, PUF, Col, "que sais-je?", 1971.

Cada vez mais, porém, se observa uma tendencia para fixar o domínio específico do Direito Ecológico, cujos efeitos podem ser determinados sobre ampla perspectiva.

Com a finalidade de arrematar essas prévias observaçoes ensaiamos uma tentativa conceitual do Direito Ecológico: *conjunto de regras e princípios destinados à proteçao do meio ambiente, contendo medidas administrativas, judiciárias e a reparaçao pecuniária dos danos causados por situaçoes anormais, cujos efeitos ou reprecussao têm como agentes a poluiçao de qualquer natureza.*

A poluiçao se manifesta, em geral, como resultado do risco cuja previsao deve ser possível apesar de que a ocorrência de qualquer acontecimento danoso pode produzir-se sem possibilidade de identificaçao física ou concreta de seu autor; nessa circircunstância a matéria se regerá pelos princípios da responsabilidade objetiva.

Nao é fácil, contudo, determinar quando uma situaçao anormal poderá ser denominada poluiçao.

Assim, nao é somente quando uma destruiçao se apresenta, que um dano ocorre no plano ecológico, mas também por sua repetiçao e por sua insisténcia, quer dizer, quando uma situaçao que ultrapassa os limites naturais da assimilaçao, da eliminaçao e da reintroduçao dos resíduos nocivos nos ciclos biológicos, se produz.

O vocábulo poluiçao é inseparável da expressao usual e periódica.

A poluiçao das águas é o resultado da ejecçao constante de detritos, nocivos, em um meio cuja capacidade de depuraçao é insuficiente. A poluiçao do ar surgirá provocada pela fumaça constantemente lançada pela usinas ou similares na atmosfera já saturada de cloro, de flúor ou de ozona, mas, o elemento tempo desempenhará um papel preponderante na poluiçao sonora ou visual.

Enfim, podemos afirmar que a poluiçao é toda situaçao anormal que ocorre com certa constância e que torna insuportável o que acidentalmente era tolerável.

Impoe-se também assinalar que o dano ecológico nao é fixado pela aplicaçao de um parâmetro objetivo, mas em funçao da vítima ou da destruiçao e prejuízo de bens materiais próprios ou de terceiros.

As poluiçoes de todas as especies surgem como corolários inevitáveis e quase sempre anônimos das contribuiçoes criadas para o progresso, através do uso de técnicas modernas ou à generalizaçao dos métodos industriais.

De qualquer maneira existem traços específicos originários do exame geral do contencioso em materia ecológica: um é o caráter objetivo da responsabilidade e o outro é a dificultade de precisar o fundamento determinante da falta de equilibrio das circunstâncias anormais.

No que concerne ao Direito Ecológico aplicado metódicamente, podem existir coincidências normativas mas a questao assume aspectos próprios. Por ejemplo, uma explosao acidental ou uma ruptura imprevista de um canal qualquer, liberando de um só golpe substâncias poluentes. Nesse caso teremos a responsabilidade em razao das coisas, com aplicaçao ao dano ecológico.

No domínio jurídico a ecologia adquire contornos diferentes; é o caso da responsabilidade nascida do risco. Nessa hipótese, seja qual for seu fundamento teórico, a vítima está sempre dispensada da fazer prova de culpabilidade.

Os acidentes devidos à poluiçao e que interferem no quadro das atividades profissionais sao reparados na base do risco.

"Les juristes-escreve Carbonnier —ne mesurent pas suffisamment, combien le droit est facultatif, même dans le secteur qu'ils proclament d'ordre publique" (2).

Isto significa que o vazio jurídico da matéria ecológica é exatamente aquele que o direito atual ocupa.

Atualmente muitos pronunciamentos originários de organismos internacionais começam a colocar em realce o direito de ter o homem meio ambiente satisfactório. É o caso do Conselho da Europa encarregado de elaborar convençao europeana de direitos humanos, que seja protocolo capaz de garantir a cada cidadao o direito de aproveitar de um meio sao e que nao esteja deteriorado.

Esse protocolo consagrará o direito de respirar um ar e de beber água nao poluidos na medida do possível, o direito de ser protegido contra os excessos do ruído e outros incomodos, enfim, o direito de ir tranquilamente à praia, ao campo ou à montanha.

Recentemente a conferência das Naçoes Unidas reunida em Estocolmo consagrou na declaraçao final "o direito fundamental do homem à liberdade, à igualdade e a condiçoes satisfatórias de vida, em um meio cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem estar".

Admita-se porém que tais declaraçoes mesmo obtendo adesao de associaçoes ou das populaçoes somente terao efeitos concretos a partir do momento em que sejam incorporados aos direitos positivos de cada país.

(2) Flexible Droit, L.G.D.J., 1969.

Esse foi o motivo que levou os Estados Unidos a aprovar a lei nacional de Río de Janeiro de 1970 com o seguinte Preâmbulo: "O Congresso reconhece a cada individuo o direito de gozar de um meio ambiente sao". Esse ordenamento sobre ordenamento sobre a poluiçao reconheceu o direito aos ciudadaos de pleitear do governo e das pessoas privadas, que nao respeitem tais normas, a respeita-las.

Essas leis provocaram vários processos cuja novidade importante reside no fato de que os demandantes nao sao as administraçoes, mas, simples particulares que nao propoem suas açoes por serem proprietários ou protetores de nao importa qual interesse privado tradicional, mas como membros do povo em geral em nome do qual reivindicam o direito.

O Direito Ecológico deverá tornar-se uma estrutura de relaçao funcional entre o sistema legal de proteçao, bem assim sobre o plano administrativo como judiciário e os sistemas determinantes das responsabilidades tendo por objeto criar especialidade que impeça modificar a existência de prejuízos e sua consequente reparaçao em nome de principios totalmente estabelecidos no mundo atual.

Nos Estados Unidos existe já um modelo significativo representado pela "Environmental Protection Agency" que deliberadamente se apoia em grupos de influência nacionais ou locais dotados de meios eficazes de açao jurídica.

Apesar das resistências que existem ainda, podese notar uma evoluçao a nivel internacional com a sustituiçao dos tratados simplesmente proibitivos, por "tratados-quadro" que fixam métodos para medir a qualidade do elemento visado e que determinam normas periódicamente controladas. Passamos deste modo da interdiçao à incitaçao, transformando normas de base em normas de objetivos.

Essa especializaçao jurídica ñao escapará à fatalidade porquanto seja quai for o setor ecológico ao qual se adapte, um regime de responsabilidade se manifestará para mostrar a existência de vínculo sempre inevitável entre o dano sofrido pelas vítimas da poluiçao e o desenvolvimento de novas tecnologías.

O direito jamais foi estático mas, agora mais do que nunca estamos diante de contingências que exigem modificaçao urgente do comportamento do jurista obrigando-o a trabalhos árduos de especializaçao distanciados dos métodos tradicionais.

O Direito Ecológico é um exemplo e deverá mobilizar certamente todos aqueles que lutam contra a falta de resistência da humanidade diante de sua eminente auto destruiçao, se medidas fundamentais ñao forem tomadas para evitar a ruptura irreparável dos ciclos biológicos.

O direito internacional, como todo sistema jurídico, abre um lugar importante ao tema da responsabilidade. Controvérsias colocaram em confronto diversos autores sobre o fundamento dessa responsabilidade em direito internacional. Nao parece contudo necessário avançar altas especulaçoes jurídicas para estabelecer a razao de ser da responsabilidade. Se as modalidades técnicas, segundo as quais sao organizados os diferentes regimes de responsabilidade, de um sistema ao outro, podem variar consideràvelmente. O propio princípio da responsabilidade nao é señao consequência imediata da existência de regras tendo força obrigatória. A responsabilidade é corolário necessário do direito. Todos os direitos de ordem internacional têm como consequência uma responsabilidade internacional ou como bem demonstrou o "affaire" "Barcelona-Traction" de 05 de Fevereiro de de 1970, "a responsabilidade é o corolário necessário do direito".

O principal problema do nosso trobalho é determinar o que podemos considerar existência de um acto internacional ilícito e essa atitude consiste em pesquisar quais sao entre as consequências desse ato os danos reparáveis. Com efeito, se é evidente que ñao pode haver reparaçao sem dano, sejam quais forem as precisoes que devem ser invocadas para esclarecer a noçao de dano, reparáveis. Com efeito, se é evidente que nao pode haver reparaçao sem dano, sejam quais forem as precisoes que devem ser invocadas para esclarecer a noçao de dano, ñao é menos exato que seja qual for o fano, ñao se abrirá à vítima um direito à reparaçao: é esta determinaçao dos danos suscetíveis de reparaçao que será o centro de nosso estudo.

É verdade que para alguns, a existência de um interesse juridicamente protegido constituí condiçao de responsabilidade, mas, pensamos que a responsabilidade existe desde o momento em que se está na presença da violaçao objetiva de uma regra de direito e que o interesse jurídicamente protegido ñao serve senao para designar o titular do direito à reparaçao.

A conclusao é que a funçao da responsabilidade será totalmente diferente, segundo a concepçao que se faça do dano indenizável e sobretudo a extensao dada à noçao de interesse jurídicamente protegido.

Com efeito, sao essencialmente as noçoes de fato gerador da responsabilidade e do dano que devem ser focalizadas. A maneira de conceber o nexo causal entre o fato gerador e o dano parece por sua parte interessar a frequência e a extensao da obrigaçao de reparar, antes de traçar as fronteiras da reparaçao no vasto dominio das instiutiçoes jurídicas.

Com a responsabilidade objetiva, o centro do debate ñao é mais o responsável, mas a vítima: ñao se trata mais de julgar o comportamento do agente, mas de constatar o dano causado e remediado.

Numerosos problemas devidos à poluiçao sao regulados pelo direito interno do Estados. Entretanto os Estados estao longe de ter adotado medidas suficientes e satisfactórias. Certas atividades podem produzir efeitos sobre territórios de dois ou mais Estado. É o que a OCDE (Organizaçao de Cooperaçao e Desenvolvimento Econômico) chama de "poluiçao transfronteiriça", ou seja, uma poluiçao que encontre sua origem em um país e cause danos no território de outro, após ultrapassar as fronteiras naturais por meios naturais (ar e água), seja através de quaisquer conductores de matéria poluente.

Impoe-se, assim, que o direito internacional tente de uma parte impedir a poluiçao, que chamamos imigratória, e de outra prever regras sobre a responsabilidade do Estado ao qual se atribua autoria.

Esses dois propósitos aparecem claramente na Declaraçao de princípios da Conferência de Estocolmo sobre o meio ambiente de 1972:

> "Princípio 21: Conforme a Carta das Naçoes Unidas e os princípios do direito internacional os Estados têm o direito soberano de explorar os recursos, segundo sua política do meio ambiente e têm o dever de providenciar no sentido de que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdiçao ou sob seu controle, nao causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou em regioes dependentes de qualquer jurisdiçao nacional".
>
> "Princípio 22: Os Estados devem cooperar para desenvolver ainda o direito internacional no que concerne à responsabilidade e indenizaçao das vítimas da poluiçao e outros danos ecológicos que as atividades desenvolvidas nos limites da jurisdiçao desses Estados, ou sob seu controle, causem a regioes situadas além dos limites de sua jurisdiçao."

O direito internacional conhece um certo número de convençoes bilaterais ou multilaterais. Algumas importantes, mas que ainda, lamentàvelmente, ñao estao em vigor. Essas convençoes se dividem em três categorórias: as que concernem as águas doces, as que concernem aos mares e as que concernem ao direito atómico.

A propósito da poluiçao do ar, temos o importante trabalho de Alexandre Kiss, director de pesquisa do Centro Nacional de

Pesquisa Científica em Strasbourg, apresentado no Colóquio da Academia de Direito Internacional da Haia em 1973 do qual retiramos a seguinte significativa passagem, no original:

> "Jusqu'à présent la pollution de l'air s'est présentée sur le plan international, surtout comme un problème de voisinnage entre pays limitrophes. Cependant, la pollution atmosphérique à longue distance préoccupe de plus en plus les scientifiques et même des juristes, non seulement à cause de ses effects sur la composition de l'atmosphère, mais aussi à cause de la solidarité qui unit intimement les différents éléments de l'environnement. Pour toutes les pollutions, la question qui se posera en premier lieu sera de savoir si internationalement on peut tenir l'Etat sur le territoire duquel les actes de pollution ont leur origine pour responsabilité internationale est loin d'être le seul aspect sous lequel le problème de la pollution de l'air se pose sur le plan international. La prévention de la pollution, qui doit être la règle d'or en matière de protection de l'environnement. oblige à dépasser ce stade primaire où la coopération internationale se limite à dédommager les victimes de la détérioration de l'environnement des étapes nouvelles doivent être abordées dans la lutte contre les pollutions. Un stade supérieur de cette lutte est l'élaboration d'une règlementation internationale, la coopération entre Etats dans des actions concrètes. Bien évidemment, comme dans toute évolution historique, ces diverses étapes ne se sucèdent pas dans un ordre rigoureux et selon des coupures nettes mais coexistent dans une certaine mesure.
>
> L'évolution qui est en cours n'est pas motivée seulement par les phénomènes de pollution qui affectent directement le territoire et l'espace aérien d'Etats étrangers. Des pollutions ayant des effects territorialement aussi restreints que celles causées par des véhicules automobiles ont des répercussions internationales très importantes par les conséquences économiques qu'entraîne la lutte contre elles. En effet, à très court terme, les mesures prises par un Etat pour protéger l'environnement pésent sur son économie et représentent un fardeau dans le commerce international. Seule la coopérations internationale permet de remédier aux distorsions qui peuvent se créer ainsi dans les échanges internationaux au détriment de ceux qui cherchent à sauvegarder le milieu Humain".

A jurisprudência e mais ainda a doutrina, oferecem quanto ao fundamento da responsabilidade, posta em face, toda uma gama de possibilidades. O interèsse no plano teórico é, entretanto, desigual e nenhum obtém no contencioso total confirmaçao. O mais útil é, sem duvida, avaliar as contribuiçoes de cada um a respeito do dano ecológico. Trata-se, essencialmente, de confrontar a natureza do dano com um sistema de responsabilidade subjetiva ou objetiva, reservando-se lugar intermediário para as justificaçoes tiradas das relaçoes de vizinhança, estas participando, de qualquer modo, dos dois tipos de responsabilidade.

A primazia dos factores técnicos afeta tanto o regime da responsabilidade, que acaba determinando as normas jurídicas a editar, como a avaliaçao do processo poluente.

A definiçao do responsável, as circunstâncias da reparaçao sao, na realidade condicionadas pelos danos tecnológicos de cada setor.

Eis porque nao pode haver um sistema único de responsabilidade, mas uma série de regimes particulares adaptados às diversas formas de poluiçao.

A ausência de formalizaçao jurídica nao deve, portanto, dissimular o estranho parentesco das soluçoes que surgem daqui e dalí em matéria ecológica. Os problemas podem variar segundo os setores, mas a problemática continua a mesma: existem danos ligados a uma tecnologia moderna e que nenhuma regulamentaçao poderá raxoávelmente prevenir. A dificultade de relacionalos a um comportamento, ou mesmo identificar os responsáveis, nao deve privar as vítimas de uma reparaçao.

Qalquer que seja o setor ecológico ao qual se procura adaptar um regime de responsabilidade deve se submeter à evidência de que existe um vínculo objetivo entre o dano sofrido pelas vítimas da poluiçao e a focalizaçao é simples no seu princípio, mas incerto em suas aplicaçoes.

A vastidao desse tema impoe a afirmaçao de que o presente trabalho apenas esboça alguns angulos significativos da proteçao do meio ambiente e, provávelmente, poderá alimentar um dialogo construtivo entre os participantes do XIII Congresso do IHLADI.

Concluímos propondo a adoçao das seguintes recomendaçoes:

1.º Intensificar os estudos e intercambios de legislaçoes internas dos Estados, a fim de permitir o desenvolvimento da metodología adequada a um Direito Ecológico Internacional.

2.º Fixar o princípio universal de que no processo indenizatório, seja ele regional ou internacional, em primeiro plano deve figurar a vítima como interesse juridicamente protegível.

3.º Reafirmar a adesao do IHLADI a todas as convençoes que internacionalizaram os princípios de proteçao do meio ambiente.

4.° Recomendar a criaçao nas Facultades de Direito de disciplina denominada Direito Ecológico, dando-se ampla divulgaçao.

5.° Recomendar a intensificaçao de estudos visando a elaboraçao de um código internacional de proteçao do meio ambiente, no qual possam ser adequadamente definidos os princípios da responsabilidade dos Estados.

6.° Propor o acesso de particulares à jurisdiçoes internacionais para facilitar sua reivindicaçao indenizatória diante do Estado responsável.

7.° Adotar o princípio de que a impossibilidade de colocar frente a frente o lesado conhecido e o responsável desconhecido, nao deve deixar o primeiro sem qualquer tutela, possibilitando-lhe o recurso a um fundo de indenizaçao, cujas caixas seriam alimentadas pelos depositos de todos os poluidores potenciais, à semelhança do Fundo Internacional de indenizaçao dos danos causados por hidrocarbonetos.

LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Dr. Diego URIBE VARGAS (Colombia)
Miembro del IHLADI

En el tramo final del siglo xx, los Derechos Humanos alcanzan nivel jerárquico particular dentro del conjunto de valores que inspiran y sustentan la conducta de los pueblos.

No podría ciertamente hablarse de que en épocas anteriores ocupasen papel secundario. Sobre todo, frente al drama de la última conflagración donde parecieron agotarse las más extremas manifestaciones de crueldad y salvajismo. Sin embargo, las nuevas amenazas a la dignidad de la persona se multiplican en tal forma, y el peligro de cataclismo nuclear agiganta su espectro, que hoy puede decirse que la estructura total de los organismos de la Comunidad se orienta a reforzar la vigencia y protección de los derechos fundamentales.

Hasta hace muy poco, tratados y manuales de Derecho Intercionalidad Público reservaban breves capítulos a la materia. En ocasiones, incluyendo los textos de los autores más renombrados, la garantía de los fueros de la persona no iba más allá de un esbozo de autopía, sometido al esquema del más férreo e intransigente dualismo.

Por décadas se pretendió divorciar lo referente a la paz de la vigencia de los Derechos Humanos. Pareciera propósito deliberado el estimar la armonía entre las naciones sólo como el fruto de la negociación diplomática o del equilibrio interestatal, sin tener en cuenta la condición del ser humano, ni el lugar que éste ocupase en el contexto de cada nación y en los territorios no autónomos. Pocos vislumbraron la más profunda transformación de la sociedad internacional, que ha sido el reconocimiento tácito y expreso de la subjetividad del individuo en la esfera de la Comunidad. La antigua controversia entre partidarios del dualismo y del monismo, terminó decidiéndose a favor de los últimos, porque los hechos sociales demostraron hasta qué punto la órbita del Estado era incapaz de abarcar la gama compleja de relaciones interpersonales que hoy reclaman ámbito más dilatado.

La estructura de las instituciones internacionales no sólo se ha ido modificando para dar entrada a los problemas atinentes a las libertades, sino que vivimos la era en la cual los derechos

de la persona se han convertido en exigencia unánime. Puede observarse como el propio concepto de soberanía ha ido adquiriendo la flexibilidad necesaria para que puedan actuar mecanismos de tutela internacional que hasta hace poco tiempo parecían inalcanzables. La relatividad de las competencias estatales impuesta por la interacción de elementos económicos, sociales y políticos, ha servido para confirmar la vieja jerarquía emanada del derecho de gentes o para reconocer el principio de la autolimitación de las potestades fundamentada en criterios voluntaristas.

El propio derecho de la guerra, tan caro a los autores clásicos y de vieja urdimbre teológica, ha tenido que transformarse para contemplar las nuevas modalidades de violencia y peligro de destrucción universal, y fortalecer de consuno el papel protector de la persona, sin reparar en el origen de los conflictos o de las pretendidas razones de Estado invocadas para justificarlos.

En 1945, al redactarse la Carta de las Naciones Unidas, con el ánimo aún sobrecogido por las dantescas escenas de barbarie que Hitler y Mussolini protagonizaron con descaro diabólico, los aliados y junto con ellos la totalidad de los pueblos, convirtieron la defensa de los Derechos Humanos en uno de los objetivos de la Organización Internacional que iba a tener origen en la Conferencia de San Francisco. Paradójicamente, la misma Carta separa el compromiso solidario del mantenimiento de la paz, de la garantía específica de los derechos, quizá como resago de los viejos mecanismos de hegemonía, como si ambos no pertenecieran al mismo concepto indisoluble.

La lectura del artículo 1.º de la Carta de las Naciones Unidas es ilustrativa: Los propósitos de las Naciones son:

1.º "Mantener la paz y la seguridad internacionales y, con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y para lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2.º "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

3.º "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario, y en el desarrollo o estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4.º "Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes."

Debe observarse cómo lo referente a los Derechos Humanos se cita sólo en el numeral 3 como objetivo ligado a la cooperación internacional, y limitado en su propia extensión normativa.

El preámbulo se restringió al decir: "Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas."

El artículo 55 dice: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo y,

c) El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo o religión y la efectividad de tales derechos y libertades.

Lo anterior se complementa con lo expresado en el artículo 56.

El distinguido jurista español don Antonio Truyol y Serra, observa: "Cualquiera que sea el papel que quepa asignar a la regulación internacional de determinados derechos de la persona humana en el pasado (libertad religiosa y de conciencia, prohibición de la esclavitud, derechos laborales, etc.), el hecho es que hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, no encontramos su reconocimiento internacional de principio de los Derechos Humanos. Este es indiscutiblemente uno de los méritos históricos de la Carta. Y lo es a pesar de que tal reconocimiento sólo tiene lugar de manera parcial. La Carta, en efecto, se limitó a formular el principio de una protección, más aún, de una promoción internacional de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, sin embargo, por medio de normas concretas." (1).

(1) Antonio Truyol y Serra. *Los Derechos Humanos*, págs. 26 y 27. Editorial Tecnos. Madrid, 1977.

El catedrático Manuel Díez de Velasco, en el libro intitulado Instituciones de Derecho Internacional Público, desenvuelve el mismo criterio, con las siguientes palabras: "Hasta época muy reciente la Comunidad Internacional Inorgánica, cuyo intento más logrado de suplir su falta de organización han sido las Naciones Unidas, no ha hecho objeto de su preocupación la definición de los Derechos Humanos, y menos aún su protección por mecanismos propiamente internacionales. Dichos cometidos eran de exclusiva competencia de los Estados en particular... Esta situación se prolonga prácticamente hasta después de la segunda guerra mundial. El Derecho Internacional se desentiende de la protección de los derechos del hombre y sólo encontramos procedentes de una corriente contraria en las llamadas "Intervenciones de Humanidad" y en la protección de las Minorías Nacionales, llevada a cabo esta última por la Sociedad de Naciones; pero se trataba, en uno y otro caso, de la protección de grupos y no de individuos aislados. En esta situación de la práctica internacional acuden al poder regímenes de marcado matiz totalitario. La situación de degradación del ser humano en este tipo de regímenes es bien conocida. Baste recordar, especialmente por la influencia que tuvo en el fenómeno de internacionalización de los derechos del hombre, el triste balance de las persecuciones de los hebreos en la Alemania Nacional Socialista y los territorios ocupados por ella. Frente a ello, los aliados en la segunda guerra mundial, especialmente los propiamente occidentales, transforman la protección internacional de los derechos humanos en factor ideológico de lucha y en una de las bases de la futura paz" (2).

Actualmente, como lo podremos observar en capítulos posteriores, no sólo se ha avanzado de manera positiva en la formulación de los derechos y en el ámbito de validez que le es propio a cada uno, sino que en el propio marco de las Naciones Unidas, la suscripción y vigencia de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo Facultativo, constituyen demostración palmaria de los esfuerzos de los distintos Estados para crear mecanismos eficaces de tutela. Al lado de tales instrumentos, muchos otros, también de carácter multilateral y que se refieren a materias concretas, comprueban la inequívoca voluntad de las naciones de fundar el nuevo orden sobre una gama de garantías jurídicas y políticas al servicio de la vida y la dignidad del ser humano.

(2) *Op cit.*, pág. 366, tomo I. Editorial Tecnos, 3.ª edición. Madrid, 1976.

La problemática del Derecho Internacional y mucho más allá de lo que inicialmente idearon los redactores de la Carta de San Francisco, ha ido convergiendo hacia la asimilación del concepto de paz con el de la garantía de los fueros esenciales de la persona.

Los mecanismos de seguridad se orientan inequívocamente a salvaguardar a las generaciones presentes de la destrucción inevitable. El desarme y la limitación de los proyectiles estratégicos se diseñan para evitar el cataclismo. La cooperación es la manera de imprimirle eficacia a los derechos nuevos. La decolonización debe entenderse como el contenido práctico de la Declaración Universal, en aquellas regiones donde prevalecía la esclavitud y la servidumbre. El Derecho Internacional es ahora el derecho de la paz y la paz es el respeto a los fueros esenciales de la persona humana.

Los primeros artículos de ambos pactos internacionales consagran lo siguiente: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del Derecho Internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios de fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas."

Los avances normativos no sólo se concretan en instrumentos autónomos sobre materias que admiten garantías particulares, sino que el Derecho Internacional Humanitario ha venido perfeccionando un conjunto de instituciones en orden a enmarcar toda acción bélica con garantías mínimas durante los conflictos armados. Hoy, éstas se han extendido en razón de los Protocolos de Ginebra a ciertos enfrentamientos internos.

En el campo regional, tanto en Europa como dentro de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de Unidad Africana, se observan hechos inequívocos tendentes a construir sobre preceptos de justicia el orden internacional que mejor favorezca la dignidad de cada ciudadano. La especialización en los mecanismos de garantía comprueba la voluntad de conce-

derle a las libertades del individuo la ventaja proveniente de instrumentos múltiples, complementarios y convergentes.

La Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados constituye, en cierta forma, apéndice operativo de la Declaración Universal de 1948, en lo que se refiere a la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales. El nuevo orden económico internacional, tan extensamente debatido en numerosos foros internacionales, precisa los requisitos mínimos para la cooperación, no sólo como paternalismo episódico, sino concebida en el plano de la estrategia global para acortar la abisal que separa a los países industrializados del tercero y cuarto mundos.

Podría pensarse que como resago de las viejas construcciones internacionales, en numerosas conferencias sobre tecnología, utilización del espacio ultraterrestre o adopción del régimen jurídico para los espacios marinos, el tema de los Derechos Humanos se menciona sólo tangencialmente. Pero lo que ocurre es que en tales conferencias lo que se persigue es mejorar las condiciones de vida del ser humano, creando circunstancias más aptas para el ejercicio de la verdadera solidaridad.

Pretender que la idea de los derechos humanos, como compromiso y proyección, sea sólo materia de conferencias especializadas, equivale a óptica equivocada. Si bien los hechos cotidianos han venido a confirmar el aserto de los maestros españoles del siglo XVI, que reconocían al individuo como sujeto final del ordenamiento, no es menos válido que la normatividad internacional positiva ha venido convergiendo hacia los métodos de tutela de las libertades del hombre.

La soberanía nacional, como ente aislado y absoluto, cede el paso ante el reconocimiento explícito de los derechos y deberes de la persona, tanto a través de tratados públicos, como por costumbres internacionales, que han venido tornando en relativo el pretendido ejercicio de las potestades ilimitadas.

Ernesto J. Rey Caro sintetiza de la siguiente manera el fenómeno: "Es, como sostiene González Campos, la Comunidad Internacional con carácter constituyente, la que reconoce los derechos del hombre, facultando a éste para hacer valer tales derechos no sólo dentro de su Estado, sino en el plano superior de la comunidad de Estados, y esta afirmación de los derechos humanos, cuya defensa asume el orden jurídico internacional, importa un cambio sustancial en la estructura de éste y una modificación de su perspectiva axiológica. Así, el proceso de humanización del orden internacional tendrá como consecuencia que la persona humana ascienda del plano estatal al plano de la comunidad internacional, tanto en lo relativo a los derechos fundamentales como a sus deberes. En la perspectiva axiológica del

orden internacional, la transferencia se manifiesta en que mediante la protección de los derechos humanos se retorna a una concepción "personalista" subordinando la acción del poder político a los fines de la persona, limitando su acción e inspirando una positiva acción de gobierno." (3).

Hablar entonces de la necesidad de una nueva organización universal para la garantía de los derechos humanos, equivale tanto como a negar que las Naciones Unidades de hoy, como sus agencias especializadas, y los mismos organismos regionales, han asumido el papel le guardianas de los derechos y libertades de las personas dentro de la necesaria convergencia y complementación de los mecanismos de salvaguardia.

Tal fenómeno ha llevado a un grupo distinguido de juristas y politólogos a preparar estudios en orden a proclamar la declaratoria de la Tercera Generación de Derechos, conocidos más propiamente como Derechos de Solidaridad (4).

La clasificación de los derechos del hombre ha merecido diversidad de criterios metodológicos, tanto de carácter histórico como político, para determinar la jerarquía y esencia de cada uno.

Puede decirse que a cada concepción filosófica corresponde un punto valorativo sobre los atributos de libertad, que difícilmente podría generalizarse, a menos que se prescinda de la fundamentación y se reduzca a simple tabla enunciativa.

Mario Madrid Malo Garizábal, joven catedrático colombiano, intenta una subdivisión dentro de la cual hace absoluta presindencia de concepciones metajurídicas y, por tanto, la convierte en científicamente inaceptable:

1. Derechos sustanciales: aquellos sin los cuales el hombre no es lo que debe ser.
2. Derechos de la seguridad: aquellos que lo protejen de la arbitrariedad y el terror.
3. Derechos de la intimidad: aquellos que salvaguardian la inviolabilidad de su vida privada.

---

(3) Ernesto J. Rey Caro: *Los Derechos Humanos a Treinta Años de la Declaración Universal.* Estudios de Derecho Internacional, página 126. Córdoba, 1982.

(4) En la sesión inaugural de la X Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de los Derechos del Hombre, en junio de 1979, el profesor Karel Vasak hizo una primera formulación, que también fue discutida en la Conferencia de Campobello del mismo y que ha sido la materia más importante de los trabajos de la Fundación Internacional para los Derechos del Hombre y de las Conferencias Armand Hammer: "Paix et Droits de L'Homme = Droits de L'Homme et Paix".

4. Derechos políticos: aquellos que tutelan su participación efectiva en los asuntos públicos.

5. Derechos del espíritu: aquellos que aseguran su inmunidad de coacción en materia religiosa.

6. Derechos del intelecto: aquellos que le permiten disfrutar de los beneficios de la cultura.

7. Derechos sociales y económicos: aquellos que le dan acceso a condiciones materiales de vida que se ajusten a su dignidad." (5).

Es más concreta y precisa la que transcribe Hubner Gallo:

a) Derecho civiles: que corresponde a los derechos individuales de carácter clásico, a menudo explicitados y ampliados: derecho a la vida; a la libertad personal y sus garantías procesales; a las libertades religiosas, de educación, de expresión y de asociación, a la propiedad; a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; a la igualdad ante la ley y ante la justicia.

b) Derecho políticos o cívicos: derecho a la nacionalidad; derecho a participar en la vida cívica del país; derecho al acceso a las funciones públicas.

c) Derechos económicos: derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria del trabajo, derecho a un nivel de vida adecuado.

d) Derechos sociales: derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, derecho a la seguridad social; derecho al trabajo y a su libre elección; derecho a formar sindicatos y a sindicalizarse, el derecho al descanso; derecho al cuidado y asistencia de la maternidad y de la infancia, etc.

e) Derechos culturales: derecho a la educación; derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad; derecho a la protección de los intereses materiales y morales del autor por sus creaciones científicas, literarias o artísticas." (6).

La teoría clásica funda la clasificación en la concepción democrática-occidental de los derechos de la persona, de aquella otra que profesan los estados socialistas. Tal criterio, no sólo implica profundas discrepancias en cuanto al origen de los derechos y a su vigencia histórica, y sólo ha podido sortearse a través de la síntesis formal de las constituciones políticas y en los instrumentos internacionales.

(5) Mario Madrid Malo Garizábal. *Los Derechos Humanos en Colombia*, págs. 23-24. Universidad Externado de Colombia, 1979.

(6) Cf. Hubner Gallo: *Panorama de los Derechos Humanos*, Eudeba, Bs. As. 1977, págs. 45.

Al referirse a los derechos esencialmente democráticos, Carl Schmitt observa: "A su vez tienen distinta estructura los derechos esencialmente socialistas del individuo a prestaciones positivas del Estado. No pueden ser ilimitadas, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con ello, su derecho se relativiza ya. Es condicionado, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona su pretensión." (7).

Pedro Pablo Camargo anota las diferencias entre la concepción marxista y la occidental de los derechos humanos: "Por manera que no hay una sola teoría de los derechos humanos, sino dos enfoques distintos, cada uno con algunas variaciones, que responden a dos concepciones filosófico-políticas distintas, que dividen el mundo en dos bandos: estados capitalistas encabezados por los Estados Unidos de América por una parte y Estados socialistas encabezados por la URRS y China por otra parte. En primer término, para la concepción capitalista de los derechos humanos, el Estado está fundado sobre el sistema de economía de libre empresa y propiedad privada y control de los instrumentos y medio de producción, que beneficia a las plutocracias. La doctrina liberal parte del supuesto de que el hombre tiene derechos inherentes a su propia naturaleza, esto es, los llamados derechos civiles y políticos, entre los cuales está el derecho de propiedad privada y las libertades de comercio y de libre empresa...

"Desde el otro ángulo, el Estado Socialista fundamenta su organización política en el sistema colectivista de economía y de propiedad y control exclusivos sobre los instrumentos y medios de producción, 'firmemente asentados como resultado de la abolición del sistema capitalista de economía, de la abolición de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción y de la supresión de la explotación del hombre por el hombre'.

Al repudiar la existencia del derecho natural, el marxismo-leninismo niega, al mismo tiempo, la independencia y el valor absoluto de los derechos humanos. Para esta concepción, todo el derecho, incluso los derechos humanos, es producto únicamente de la clase dominante que retiene el poder del Estado en una época histórica determinada de desarrollo de las fuerzas de producción y consolidación del socialismo. Para el marxismo-

(7) Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, págs. 182 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, S. F.

leninismo, por tanto, los derechos humanos son la expresión del 'interés de la clase trabajadora y de todo el pueblo trabajador bajo la dirección política del partido comunista', en contraste con la concepción liberal, en la cual los derechos humanos son la expresión del interés de las clases capitalistas." (8).

La circunstancia de que tanto la Constitución Soviética como las del resto de los países socialistas incluyen una redacción formal de los derechos y las libertades del hombre, inclusive con palabras idénticas a los textos fundamentales de las naciones democráticas y pluralistas, permita colegir que no existe ninguna discrepancia fundamental entre los catálogos de derechos de uno y de otro sistema, aunque su contenido se interprete y aplique de manera sustancialmente diversa.

Tal fenómeno ha permitido la convergencia de países y gobiernos fundamentales discrepantes en cuanto a la ideología, al suscribir instrumentos internacionales, comenzando por la Declaración Universal, los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y el de los derechos económicos, sociales y culturales. El único instrumento de valor universal al cual no se ha adherido ninguno de los países de la órbita soviética es el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, por cuanto él conlleva la facultad concedida a todos los individuos de denunciar directamente ante el Comité de las Naciones Unidas las transgresiones de que se consideren víctimas, sin la anuencia del Estado del cual forman parte.

La conducta de los países que forman parte del conjunto de democracias totalitarias es emular jactanciosamente en términos de precisión conceptual de los derechos internacionales reconocidos, pero negarse a todo escrutinio de las quejas que contra sus propios gobiernos presenten las víctimas, reservándose, por el contrario, la facultad de opinar en el trámite de las demandas individuales de los países democráticos, aunque carezcan realmente de competencia para ello (9).

El catedrático Marco Gerardo Monroy Cabra, refiriéndose a las diversas tipologías de derechos humanos, comenta: "Creemos que la mejor clasificación es la que han utilizado los Pactos de

(8) Pedro Pablo Camargo: *La Problemática Mundial de los Derechos Humanos*, págs. 78 y ss. Ediciones Universidad La Gran Colombia. Bogotá, 1974.

(9) Desde la vigencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, previsto como el instrumento operativo del Pacto de Derechos civiles y políticos, puede observarse la rotunda negativa de los miembros originarios de países socialistas de aceptar el derecho de petición respecto de las violaciones que impliquen el reconocimiento de una verdadera libertad de instancia para sus nacionales o para presuntas víctimas de sus regímenes.

las Naciones Unidas y la Convención de San José, como también otros instrumentos internacionales, y que consiste en aceptar que existen dos grandes grupos de derechos: a) Derechos civiles y políticos, y b) Derechos económicos, sociales y culturales." (10). Sin embargo, la observación, que es válida retrospectivamente, carece de la visión prospectiva para puntualizar nuevas categorías de derechos, que sin descontar los ya formulados, expresen contenido sintético y futurista.

Las etapas históricas en que se subdivide el proceso de formulación de los derechos y libertades fundamentales, parte necesariamente de la Carta Magna de 1215, cuando el rey Juan sin Tierra reconoce a sus súbditos prerrogativas que el absolutismo reservaba para los monarcas. El principio del *Hábeas Corpus* de 1679 como garantía contra los abusos de la autoridad, la Declaración de Derechos del pueblo inglés, llamada a legitimar el ascenso al trono de Guillermo. Príncipe de Orange y de la Princesa María. Este último documento que puso fin a la revolución marca el hito que convierte a los soberanos en súbditos del Parlamento y del pueblo, anteponiendo los derechos de los ciudadanos a las prerrogativas absolutas de la autoridad real.

El advenimiento de la monarquía controlada por el pueblo se resume admirablemente en los siguientes derechos juramentados por los nuevos soberanos.

1. "Que el pretendido poder de ejecutar y suspender leyes, sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal.

2. Que, asimismo, es ilegal el pretendido poder de dispensar leyes o ejecutar otras por autoridad real, como se ha venido haciendo últimamente.

4. Que es ilegal recaudar fondos para uso de la corona so pretexto de prerrogativa, sin la venia del Parlamento, por tiempo mayor, o en forma distinta a lo permitido.

8. Que la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre."

La Declaración del Estado de Virginia, de típico acento liberal, y posteriormente la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, preparan el clima intelectual para la Revolución Francesa, que le dio resonancia universal a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que de ahí en adelante se convertirá en la síntesis filosófica del orden instaurado. Vale la pena reproducir, sin compartirla, la exclamación de Angel Osorio Gallardo: "El hombre nace con las revoluciones norteamericana y francesa. Allí es donde se proclama que el sujeto

(10) Marco Gerardo Monroy Cabra: *Los Derechos Humanos*, página 11. Editorial Temis. Bogotá, 1980.

individual es el eje del mundo; que está definido por unas facultades de orden natural, a las que nadie puede atentar; que su voluntad, y no el criterio de los que mandan, es la creadora del Derecho que ha de regir; que su decisión, y no el capricho del soberano, es quien designa los mandatarios que han de legislar, juzgar y gobernar; que él muda y cambia a su albedrío las fórmulas del poder más elevado, con una transformación radical que necesariamente ha de cegar muchas cabezas, cobra el ser humano la primacía del mundo." (11).

La anterior exaltación del individualismo, como medida de todas las cosas y sin otro límite que el de la propia voluntad personal, necesitó atenuarse gracias a la corriente socialista que perseguía afirmar los derechos superiores de la colectividad. La revolución francesa se inspiraba en el propósito burgués de reducir al máximo la acción del poder público y aumentar el ámbito de libertades. Es este el espíritu del catálogo de derechos civiles y políticos que hoy conocemos como: La Primera Generación.

El soplo innovador que los movimientos socialistas convirtieron en impronta de lucha, llegó a penetrar rápidamente el ordenamiento jurídico que los propios actores de la revolución se afanaban en perfeccionar. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue insertada en la Constitución de 1791, como piedra angular. La Constitución del 24 de junio de 1793, a pesar de que no fue aplicada, ofrece contornos dignos de análisis. Además, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se introduce el derecho al trabajo y a la asistencia pública para aquellas personas incapacitadas. El derecho a la instrucción complementa el acento social que la dinámica revolucionaria fue introduciendo en el texto original.

En 1848 los vientos insurgentes que soplan en París penetran la estructura constitucional, aunque de manera ecléctica. Maurice Duverger observa: "La Declaración de Derechos de 1848 ofrece los trazos de las contradicciones del medio, dentro del cual fue votada. Oficialmente, ella se califica como muy revolucionaria, es decir, republicana y profundamente social; pero en el hecho: es moderada. El lado revolucionario y social se manifiesta en la proclamación solemne del derecho al trabajo, que venía de 1793; el lado conservador en la afirmación precisa del derecho de propiedad. Todo está expresado dentro del lenguaje sentimental e impregnado de la religiosidad de la época. Es en 1848 cuando la palabra 'fraternidad' se agrega a las de libertad e igualdad pro-

(11) Angel Osorio y Gallardo: *Los Derechos del Hombre del Ciudadano y del Estado*. Introducción. Buenos Aires, 1946.

clamadas en 1789: así se establece la trilogía republicana actual" (12).

En la América hispana también las instituciones políticas reciben el soplo transformador de la Segunda Revolución Francesa, y no sólo la acción partidaria patentiza el enfrentamiento entre viejos y nuevos derechos, sino que en ocasiones se mandaron al traste los censos electorales, en el intento de forjar una democracia más amplia. Sin embargo, la vigencia verdadera de los derechos económicos y sociales debió esperar largo tiempo para que se dieran circunstancias más apropiadas.

La sola formulación de los derechos sociales tuvo la ventaja de convertirlos en metas de los poderes constituidos. Pero la realidad distaba del propósito altruista de los legisladores. Moldes de la sociedad virreinal sobrevivieron a los movimientos de independencia política. El papel del Estado gendarme, que sustituyó al paternalismo, estaba lejos de convertir los derechos de la Segunda General en realidades posibles. A pesar de ello, el haber incorporado unos y otros en los textos constitucionales, produjo el efecto benéfico de haber humanizado el ejercicio de los poderes públicos e impregnado de espíritu social las viejas estructuras.

La intervención del Estado y su consagración legal en las distintas fases del proceso económico, marca el punto decisivo para el desmonte de los esquemas decimonónicos.

La disputa entre la Primera y Segunda Generación de derechos ha sido sorteada en la práctica por el criterio unitario de que la vigencia de unos y de otros refleja el mínimo de prerrogativas del ser humano, sin poder admitirse, por contradicción flagrante, que la Segunda ha reemplazado a la Primera o viceversa. Es probable que algunos sistemas políticos pugnen por la prioridad de algunas libertades en aparente detrimento de las otras. Pero entendido el ser humano como ente de prerrogativas múltiples, la unidad de los derechos ha llegado a aceptarse universalmente, inclusive, por aquellas ideologías que originalmente pretendieron disminuir el valor de los inicialmente proclamados.

El viejo aforismo de Ghalib: "El hombre mismo encuentra difícil ser humano", implica que sólo la vigencia plena de todos los derechos justifica la permanente para realizarse a sí mismo.

El concepto de Tercera Generación de Derechos, según los trabajos preparatorios de las Conferencias Armand Hammer y de

(12) Maurice Duverger: *Las Institutions Françaises*, págs. 17 y ss Presses Universitaires de France. París, 1962.

la Fundación Internacional para los Derechos del Hombre, parte de la base de un orden jurídico esencialmente mutable, en donde se produce la emergencia de nuevas normas, que en unos casos desenvuelven antiguos conceptos, y en otros interpretan modalidades nuevas del orden social.

"Los períodos de transformación han sido caracterizados por la definición o la redefinición del contenido normativo emanado del orden social. En los veinte años próximos es susceptible ver ampliarse el catálogo de los derechos del hombre.

"A fin de entrever algunas de las orientaciones de los nuevos derechos, ya sean la prolongación de los derechos existentes o de derechos fundados sobre nociones a las cuales todavía no se les ha concedido el *status* de derechos en el sentido tradicional del término, necesario comenzar por reexaminar el proceso creador de las normas, y en el de sus aplicaciones a las diferentes categorías existentes." (13).

Luego se pregunta: "¿Cuáles son los factores de importancia histórica que justifican hablar de una nueva generación de derechos humanos? Existe un cierto número de preocupaciones a escala planetaria, que si bien siempre han sido observadas de manera aguda en el pasado, han adquirido carácter de urgencia en el momento en el cual el proceso legislativo de los derechos humanos es particularmente receptivo."

"Los derechos identificados como pertenecientes a una nueva generación, tienen en común las dos características siguientes:

1.º Ellos no pertenecen ni a la tradición individualista de la Primera Generación, ni a la tradición socialista de la Segunda, y

2.º Ellos se encuentran al comienzo de un proceso legislativo que les permite ser aceptados como derechos del hombre en el curso de los años por venir." (14).

La naturaleza de los derechos de solidaridad es la siguiente: "Son, en efecto, a la vez oponibles al Estado y exigibles de él, y, en consecuencia, ellos no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social: Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas." (15).

La enumeración de los cuatro derechos de solidaridad, de los que vamos a ocuparnos separadamente, es la siguiente: Dere-

(13) Avant Projet de Troisieme Pacte des Droits de l'homme Relatif aux Droits de Solidarite. Chapitre III (documento de trabajo de la Conferencia de Aix en Provence, 1981).
(14) Idem *ibidem*.
(15) Idem *ibidem*.

cho a la paz, derecho al desarrollo, derecho al medio ambiente y derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad.

La redacción del preámbulo consignada en el anteproyecto del Pacto Internacional relativo a los derechos de solidaridad es el siguiente:

Los Estados Partes en el presente Pacto:

"*Considerando* que la paz, el desarrollo, el medio ambiente y el patrimonio común de la humanidad constituyen de ahora en adelante valores universales, reconocidos como tales por todos los hombres, todos los pueblos y todas las naciones, y que tales derechos merecen por tal hecho ser reconocidos, protegidos y realizados como derechos del hombre:

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de realizar la cooperación internacional desarrollando y fortaleciendo el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de lengua o de religión;

Considerando que esta cooperación internacional es esencial en el caso de los derechos del hombre relativos a la paz, al desarrollo, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad, porque su realización no puede resultar sino de la conjunción de los esfuerzos solidarios de todos: Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas."

Tal como lo observamos, el concepto de paz ha sufrido mutaciones sustanciales en el período de la última posguerra. No sólo los derechos humanos se han convertido en uno de los quehaceres fundamentales de las Naciones Unidas, de sus órganos y agencias especializadas, sino que en las esferas regionales se han desenvuelto con éxito verdaderas instituciones de tutela, así en Europa como en Hispanoamérica. Tal fenómeno nos permite afirmar que los derechos humanos y la paz son términos equivalentes, cuya convergencia no sólo es objeto de disquisiciones doctrinarias, sino que lo confirma la vida internacional cotidiana. Podemos calificar, sin temor a equivocarnos, que el derecho a la paz es el derecho-síntesis. Sin la paz los derechos de las tres generaciones pierden de consumo su vigencia. La paz es pre-requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos y también para los económicos, sociales y culturales. Y si hacemos relación a los de la Tercera Generación, la paz es igualmente el presupuesto para el desarrollo, la condición *sine qua non* para preservar el medio ambiente y utilizar de manera adecuada los bienes conocidos como Patrimonio Común de la Humanidad.

Lo anotado acerca de la progresiva asimilación de la paz y los derechos humanos, corresponde al fenómeno contemporáneo

del Derecho Internacional, que ha ido resagando otras materias que le eran propias. Ello nos está indicando que no sólo es válido reconocer la emergencia de nuevos derechos, tal como ocurriera en el siglo XIX, sino que hoy la paz se ha convertido en el objeto principal del orden internacional y de las normas jurídicas que lo desenvuelven. La supervivencia del hombre, por sí misma, reclama que las estructuras de la comunidad de los pueblos se conviertan en soporte del único derecho sin el cual los demás no serían posibles.

Es útil tener en cuenta que en el debate ideológico desarrollado en las conferencias Armand Hammer (16), sobre el tema, los participantes oriundos de países socialistas, encabezados por miembros de la Academia de Ciencias de la URSS, confirmaron el criterio de que para la concepción universal de la paz, el formulario como derecho no sólo ofrece elementos válidos, sino que constituye la más sentida aspiración de quienes habitan en cualquier lugar de la tierra.

La lectura de algunos apartes del denominado Manifiesto de Varsovia, aprobado en la Conferencia llevada a efecto entre el 3 y el 6 de julio de 1980, y que tuvo la aquiescencia de la totalidad de los participantes, pertenecientes a distintas corrientes ideológicas y políticas, son indicativos del consenso universal sobre el reconocimiento del derecho a la paz.

"Nosotros, participantes en la Tercera Conferencia Armand Hammer sobre 'Paz y Derechos Humanos = Derechos Humanos y Paz', reunidos en Varsovia, ciudad que, más que cualquiera otra en Europa, ha sufrido la locura de la guerra moderna...

Treinta y cinco años después de la más terrible de las guerras y el más afrentoso holocausto que destruyó la vida de más de cincuenta millones de seres humanos y después de las masivas destrucciones provocadas, dirigimos desde esta villa heroica de Varsovia a todos los hombres y a todas las mujeres del mundo y a todos nuestros dirigentes un llamamiento proclamando nuestra creencia profunda en una paz duradera justa, total y universal, y al respeto de los derechos fundamentales de todos los seres humanos.

Nosotros representamos diferentes ideologías, creencias, culturas y sistemas políticos, económicos y sociales, pero somos unánimes en pensar que las diferencias que dividen las naciones y a los hombres no deben oponerse al desarrollo de un pensamiento común concerniente al porvenir de la tierra.

(16) Oslo, diciembre de 1978. Campobello, agosto de 1979. Varsovia, julio de 1980. Aix en Provence, agosto de 1981. Hyde Park, New York, julio de 1982.

La paz y los derechos del hombre fueron en su cierto momento la más cara de las aspiraciones de los habitantes de Varsovia y de otros pueblos sometidos a la barbarie de su tiempo. Los derechos humanos y la paz constituyen hoy la aspiración común de la Humanidad entera.

Una paz durable, justa, total y universal no es una utopía ni un voto piadoso. Es un objetivo realista y realizable en el interés de todos los pueblos y de la Humanidad entera que puede ser atendido porque los Estados, los pueblos y los grupos sociales están determinados a armonizar sus intereses dentro de relaciones justa y pacíficas, fundadas sobre la legalidad y la libertad.

"Nosotros afirmamos también la interdependencia de los derechos del hombre y del derecho del individuo a la paz, en la medida en que la guerra viola inevitablemente los derechos humanos, no podrá haber verdadera paz en una sociedad donde los derechos del hombre y las libertades fundamentales sean conculcados. La paz no debe ser la paz de los cementerios, ella debe ser una paz dentro de la cual la personalidad humana y su dignidad se puedan desenvolver y dilatarse.

10. Reafirmamos que la prohibición de la guerra y de la agresión tal como han sido definidas por las Naciones Unidas constituyen hoy un principio de *jus cogens*, es decir, de las normas imperativas del Derecho Internacional General, y que, en consecuencia, todo acto que viole este principio es ilegal, ilegítimo y nulo."

En el anteproyecto de la Fundación Internacional de los Derechos Humanos leemos:

"Artículo 10. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho a la paz, tanto en el plano nacional como en el plano internacional."

"Artículo 20. El derecho a la paz implica el derecho para todo hombre sin discriminación alguna:

(i) De oponerse a toda guerra y, en particular, de luchar contra los crímenes de guerra, los crímenes contra la Humanidad y los crímenes contra la paz, incluyendo la agresión;

(ii) Demandar y obtener, dentro de las condiciones definidas por la legislación nacional, el estatuto de objetor de conciencia;

(iii) De negarse a ejecutar durante el conflicto armado una orden injusta que viole las leyes de la Humanidad;

(iv) De luchar contra toda propaganda a favor de la guerra;

(v) Y de obtener asilo cuando la solicitud esté justificada por la persecución por actividades ligadas a la lucha por la paz y contra la guerra."

Artículo 30. "Todo hombre tiene derecho a la paz civil que incluye el derecho a la seguridad y el derecho a ser protegido contra todo acto de violencia o de terrorismo."

Artículo 40. "Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho a oponerse a las violaciones sistemáticas masivas y flagrantes de los derechos del hombre que constituyen amenazas contra la paz en el sentido que contempla la Carta de las Naciones Unidas."

Artículo 50. "Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho al desarme, a la prohibición de las armas de destrucción masiva e indiscriminada, y a tomar medidas efectivas tendentes al control y la reducción de los armamentos y, en definitiva, al desarme general y completo bajo control internacional eficaz."

Artículo 60. "Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen el derecho a que reine sobre el plano nacional y sobre el plano internacional un orden tal que los derechos y libertades enunciados en la Carta Internacional de los Derechos del Hombre encuentren pleno efecto; todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen derecho a la seguridad y, por consecuencia, a que el Estado, de donde ellos sean súbditos, se comprometa en un sistema de seguridad colectiva conforme a la Carta de las Naciones Unidas y beneficiarse de una protección internacional en caso de agresión."

El tema de las objeciones de conciencia para la prestación del servicio militar, es materia que ha alcanzado en los países escandinavos algunos desarrollos normativos. Sin embargo, su inclusión en el anteproyecto del Pacto no puede considerarse adecuada, ya que se trata más bien de casos excepcionales fundados en precisas y profundas convicciones, sin que convenga incluirlo en un pronunciamiento general por la paz, como el que abarca el artículo 20. Otro tanto podría decirse de la facultad de negarse a ejecutar durante conflictos armados una orden que se considere injusta y que viole las leyes de la Humanidad. El carácter jerárquico de los cuerpos militares y de seguridad de un país, difícilmente puede admitir el rompimiento de la disciplina, sin introducir grave riesgo de anarquía.

La pretendida facultad para un miembro de las fuerzas militares de cuestionar la orden superior, podría ser materia de reglamentos internos dentro de la propia institución armada, pero de ninguna manera incorporarse a un Pacto Internacional tan categórico y solemne como el que se propone.

En cambio, el reconocimiento del derecho de asilo, cuando la persecución se fundamente en la lucha contra la guerra, repre-

senta avance significativo que podría tener en el futuro el desenvolvimiento de un convención internacional especializada.

El aspecto del desarme compendia numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y es el fruto del convencimiento de que la carrera armamentista desatará ineludiblemente la conflagración. No cabe duda de que tanto en lo relacionado con la limitación de las armas estratégicas, como en la adopción del programa que cobije el desarme general, se está reiterando la vieja aspiración de quienes observan que la sofisticación de los medios de destrucción masivos sólo favorece a pequeños grupos egoístas, a riesgo de desencadenar conflictos de destrucción impredecibles.

Lo concerniente al derecho al medio ambiente está definido en el anteproyecto de la Fundación Internacional de los Derechos Humanos de la siguiente manera:

Artículo 14. "Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tiene derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio a su desarrollo tanto económico como social, cultural, político y jurídico."

Artículo 15. "Los estados partes se comprometen a no aportar a las condiciones naturales de vida aquellas modificaciones desfavorables que puedan atentar contra la salud del hombre o al bienestar de la colectividad. Un atentado puede ser considerado como admisible si él es necesario al desarrollo de la colectividad y si no existen otras medidas que permitan evitarlos."

Artículo 16. "Los estados partes se comprometen a tomar toda medida útil para prohibir que las personas privadas no cometan atentados graves a las condiciones naturales de vida y, de una manera general, para reglamentar el uso de bienes dentro del respeto del derecho de todo hombre y de todos los hombres a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado."

Artículo 17. "Todo hombre tiene el derecho y la posibilidad, sin restricciones irrazonables, de tomar parte, sea directamente, sea por intermediario de representantes libremente elegidos, y especialmente de asociaciones constituidas libremente, en la definición de la política nacional y en la adopción de toda medida de carácter nacional relativas al medio ambiente, y de ser consultado según los mismos principios, antes que las medidas susceptibles de afectar las condiciones naturales de vida sean tomadas por las colectividades locales."

Artículo 18. "Todo hombre a quien el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha sido violado, o si existe una amenaza real de tal violación, dispondrá de un recurso efectivo frente a una instancia nacional, así que la

violación o la amenaza de violación pueda tener como autor a personas en ejercicio de sus funciones oficiales."

Artículo 19. "Todo hombre víctima de un atentado a su derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado en las condiciones contrarias a la dispuesto en los artículos 14 a 18, tendrá derecho a una reparación."

El derecho al medio ambiente ofrece múltiples progresos en el campo normativo y una vigorosa conciencia internacional que lo respalda. La Declaración de Estocolmo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas en 1972, ha merecido acogida unánime, y no sólo han comenzado a multiplicarse los grupos nacionales de apoyo, sino que inclusive, en algunos países, comienzan a observarse verdaderos movimientos políticos fundados en la defensa de la naturaleza.

El principio primero de la Declaración dice: "El hombre tiene un derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y a las condiciones de vida satisfactorias, dentro de un medio ambiente donde la calidad del mismo le permita preservar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras".

Son numerosas las manifestaciones positivas en favor de la calificación del derecho al medio ambiente como prerrogativa humana fundamental. Baste recordar cómo el gobierno de la República Federal de Alemania ha llegado a proponer que él sea incorporado dentro de un protocolo adicional a la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

El documento de trabajo respectivo, de la Fundación Internacional para los Derechos del Hombre, consigna las siguientes alentadoras palabras: "El desenvolvimiento de un derecho al medio ambiente sobre el plano nacional e internacional se ha acelerado por la aparición de revistas jurídicas especializadas, de institutos y de comités del derecho al medio ambiente, de manuales sistemáticos sobre la materia, de cursos especializados en las facultades de Derecho, etc. Este derecho es la consecuencia de una presión popular contra la mala gestión al respecto en muchos países, y en favor de una mejor conciencia ecológica."

No faltan observadores y politólogos que anuncian para el inmediato futuro el fortalecimiento de los grupos de presión, tanto nacionales como internacionales, a favor de la defensa del medio ambiente, lo cual no sólo fortalece el reconocimiento consuetudinario de su condición de derecho fundamental del hombre, sino que preludia que en torno suyo, y bajo su impronta, se podrán congregar muchos grupos que reclaman no sólo la defensa de la vida, sino de aquellos elementos que puedan hacerla más grata y amable.

Tal vez el derecho al desarrollo ha sido el que ha obtenido una formulación más amplia por parte de la comunidad internacional. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas lo reconoció en 1977, y la Carta Africana les señaló ámbito normativo autónomo.

El distinguido jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, observa: "El derecho al desarrollo se integraría así dentro de un orden jurídico internacional, que supone necesariamente el reconocimiento de la existencia de un sistema de derechos y obligaciones respecto del desarrollo entre los diversos estados de la comunidad internacional y entre ésta y las comunidades políticas que la integran en especial los países en vía de desarrollo y los pueblos —titulares del derecho a la libre determinación— que no han alcanzado aún su estructura política como estados en virtud de su sometimiento actual a una dominación colonial y extranjera. El derecho al desarrollo constituiría de tal modo un verdadero derecho subjetivo. Podrá sostenerse que su tipificación no es aún completa o perfecta, porque el derecho objetivo todavía no lo ha regulado plenamente...

"El derecho al desarrollo podría ser considerado, en principio, un derecho subjetivo de todos los estados, pero especial y particularmente de los países en vías de desarrollo, y de los pueblos que aún no han logrado, por medio de la descolonización, su independencia política y su organización en estados soberanos." (17).

En términos coincidentes, el profesor Kéba M'Baye, hoy magistrado de la Corte Internacional de Justicia, manifiesta: "Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho del hombre, en relación con los otros derechos fundados sobre la cooperación internacional, y que comprende el derecho a la paz, es en razón de las exigencias del Nuevo Orden Económico Internacional y las necesidades humanas fundamentales."

El doble carácter que ostenta el derecho al desarrollo se explica; como derecho individual a beneficiarse cada cual de una política de desarrollo orientada a satisfacer las necesidades fundamentales del ser humano y, como derecho colectivo del país, a participar en el Nuevo Orden Económico Internacional, particularmente orientado hacia las naciones del Tercer Mundo y a todos aquellos pueblos que sobreviven en condiciones de atraso y miseria.

En el anteproyecto de pacto de los derechos de solidaridad leemos lo siguiente:

(17) Héctor Gros Espiell: *Derecho Internacional del Desarrollo*, páginas 30 y ss. Cuadernos de la Cátedra "J. B. Scott". Universidad de Valladolid, 1975.

Artículo 7. "El derecho al desarrollo comprende:

— El derecho al progreso global, tanto económico como social, político y jurídico, a beneficio de todo hombre y de todos los hombres tomados colectivamente;
— El derecho de todo hombre a la expansión libre de su personalidad, y
— El derecho de toda colectividad al respeto de su identidad cultural.

Artículo 8. "Los estados y las organizaciones internacionales son las deudoras del derecho al desarrollo, quedando entendido que el cumplimiento del derecho al desarrollo es una obligación jurídica que pesa esencialmente sobre el Estado interesado, los otros Estados y la Comunidad Internacional tienen una obligación natural a participar en el esfuerzo del desarrollo de los estados más desfavorecidos. Los esfuerzos en orden al desarrollo deben ser hechos en cooperación para incorporar a todos los súbditos de los estados partes a un nivel de desarrollo satisfactorio.

Artículo 9. "El ejercicio efectivo del derecho al desarrollo impone el respeto de los derechos civiles y políticos y la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como ellos están definidos por los Pactos de Derechos del Hombre de 1966. En consecuencia. los estados partes se comprometen a respetar y a poner en práctica, según el caso, tales derechos en todas las etapas de la empresa del desarrollo.

Artículo 10. "Los estados partes se comprometen a asegurar, separadamente y en cooperación, el ejercicio efectivo del derecho al desarrollo, para todos, en plena igualdad y sin ninguna discriminación, cualquiera que sea el motivo. Ellos reconocen en particular que todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente tienen igual derecho a disfrutar, en una proporción justa y equitativa, de los bienes y servicios producidos por la comunidad a la que ellos pertenecen.

Artículo 11. "Los estados partes convienen que para el ejercicio efectivo del derecho al desarrollo por todo hombre y por todos los hombres tomados colectivamente, el derecho de soberanía permanente de los pueblos y de las naciones sobre su riqueza y sus recursos naturales debe ser ejercido en el interés exclusivo y el bienestar de la población del Estado interesado, pero sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional fundada sobre el principio del interés mutuo y el respeto del derecho internacional.

Artículo 12. "Con el fin de asegurar, en el cuadro de la cooperación, el ejercicio efectivo del derecho al desarrollo por todo hombre y por todos los hombres tomados colectivamente, los estados partes se comprometen, dentro del límite de sus propios medios, a aportar una ayuda apropiada a los estados partes más desfavorecidos en orden a asegurar una gran armonía económica y social.

Artículo 13. "Los estados partes reconocen y se comprometen a garantizar el principio según el cual la escogencia libre de la vía de desarrollo es una prerrogativa de cada estado parte. Esta escogencia no debe de ninguna manera ser dictada desde el exterior, particularmente mediante la utilización de la ayuda al desarrollo, por los países donantes.

La mayor parte de los artículos transcritos codifican lo referente al derecho al desarrollo, tanto lo formulado en el seno de las Naciones Unidas como en otros organismos internacionales. El profesor Gros Espiell, a quien debe anotársele el mérito de haber sido uno de sus más metódicos sistematizadores, trae a la memoria las siguientes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, citadas por vía de ejemplo: "La 1.515 (XV), la 1.522 (XV), la 1.674 (XVII), la 1.707 (XVI), la 2.460 (XXIII) (Recursos Humanos para el Desarrollo), la 2.542 (XXIV) (Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social), la 2.626 (XXV) (Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo), la 3.201 (S-VI) (Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional), la 3.202 (S-VI) (Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional) y, en especial, en la sistematización que hace de la cuestión y la consideración especial de los derechos y deberes de la Comunidad Internacional y los Estados, la 3.281 (XXIX), del año 1974, que aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Cabe también la importancia que a este respecto tienen algunas de las resoluciones adoptadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en sus reuniones de Ginebra (1964), Nueva Delhi (1968) y Santiago de Chile (1972).

Estas resoluciones, y en especial las de la Asamblea General, adoptadas y reiteradas una y otra vez por unanimidad o por aplastante mayorías, interpretan con especial relevancia la Carta de las Naciones Unidad, consagran la existencia de una nueva

costumbre internacional o declaran principios generales del Derecho Internacional de hoy, de necesaria vigencia universal" (18).

El compromiso de las Naciones Unidas, tantas veces invocado, de crear condiciones para la coexistencia fundadas sobre un orden internacional justo, cada día tropieza con mayores dificultades mientras la vigencia de los derechos sociales ofrezca desequilibrios tan profundos.

Tal vez el más sobresaliente de los artículos del anteproyecto citado sea el de garantizar a cada país la libre escogencia del propio modelo de desarrollo, con el fin de evitar la intervención extranjera o el ejercicio de presiones ilícitas, bajo el pretexto de la ayuda exterior.

Los supuestos teóricos en asuntos del Tercer Mundo alertan sobre las nuevas formas de dominio que, en la mayoría de los casos se arropan bajo condicionamientos tecnológicos, terminan por convertirse en verdaderos instrumentos de servidumbre. La ayuda para el desarrollo, sin la elección libre del modelo, se convierte en nueva coyunda para los pueblos débiles. A pesar de que la gama de opciones no sea demasiado amplia, lo cierto es que el modelo que se adopte pertenece a la quintaesencia del ejercicio a la libre determinación, y el garantizarlo autónomamente, se convierte en compromiso internacional, no solo dentro de la modalidad consuetudinaria, sino confirmada ahora por textos de naturaleza convencional.

La complementación necesaria de la formulación teórica del derecho al desarrollo demanda esfuerzos constantes y una pluralidad de mecanismos que converjan hacia su cabal vigencia. Aunque el trayecto parezca largo, el que los Estados y los individuos en particular lo acepten como prerrogativa y a la vez como compromiso debe registrarse como progreso de importancia.

El derecho al respeto del patrimonio común de la Humanidad está definido de la siguiente manera:

Artículo 20. "Ninguno puede reivindicar un derecho exclusivo de propiedad sobre el patrimonio común de la Humanidad. Todo hombre y todos los hombres tienen colectivamente derecho al uso, con atención y cuidado, del patrimonio común de la Humanidad."

"Las disposiciones que preceden no pueden oponerse al derecho que posee la Comunidad Internacional de reglamentar el uso del patrimonio común de la Humanidad conforme al interés general."

(18) Héctor Gros Espiell: *Op. cit.*, págs. 32 y 33.

La figura relativamente nueva del patrimonio común de la Humanidad modifica sustancialmente el viejo principio de la ocupación como modo de adquirir el dominio. En concepto de *Res Nullius* que inspiró las construcciones clásicas en el sentido de considerar las especies marinas más allá de los espacios nacionales como objetos de aprobación por el primer ocupante, extendiéndose dicha noción a todo lo que contiene el lecho, el subsuelo y el agua, sufre rectificación fundamental al declarar los recursos de los mares como bien de propiedad colectiva. El paso más trascendental en este terreno lo contiene la resolución número 2.749 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (17 de diciembre de 1970), que dijo:

"La Asamblea General, recordando sus resoluciones 2.340 (XXII), de 18 de diciembre de 1967, 2.467 (XXIII), de 21 de diciembre de 1969.

"Afirmado que hay una zona de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo que está fuera de los límites de la jurisdicción nacional, límites que aún están por determinarse exactamente;

"Reconociendo que el actual régimen jurídico de la alta mar no proporciona normas sustantivas que regulen la exploración de la susodicha zona y la explotación de sus recursos;

"Convencida de que esa zona se reservará exclusivamente para fines pacíficos y de que la exploración de la zona y la explotación de sus recursos se llevarán a cabo en beneficio de toda la Humanidad;

"Considerando esencial que se establezca lo antes posible un régimen internacional para esa zona y sus recursos que incluya un mecanismo internacional adecuado;

"Teniendo presente que el desarrollo y aprovechamiento de la zona y sus recursos se realizará de manera que estimule el sano desarrollo de la economía y se reduzcan al mínimo los efectos económicos adversos ocasionados por la fluctuación de los precios de las materias primas resultantes de dichas actividades;

Declara solemnemente que:

1. "Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (que en adelante se denominará la zona), así como los recursos de la zona, son patrimonio común de la Humanidad;

2. "La zona no estará sujeta a apropiación por medio alguno por estados y personas, naturales o jurídicas, y ningún estado reivindicará ni ejercerá soberanía ni derecho soberano sobre parte alguna de ella;

3. "Ningún Estado ni persona, natural o jurídica, reivindicará, ejercerá o adquirirá derechos con respecto a la zona o sus recursos que sean incompatibles con el régimen internacional que ha de establecerse o con los principios de la presente Declaración;

4. "Todas las actividades relacionadas con la exploración y explotación de los recursos de la zona y demás actividades conexas se regirán por el régimen internacional que se establezca."

Como quiera que en el momento de aprobarse por la Asamblea General la Declaración transcrita, se encontraban en plena actividad los mecanismos preparatorios de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, el resto de la Declaración se ocupó de prevenir reglamentos y establecer prohibiciones para el futuro tratado, y garantizar adecuadamente el principio de justicia internacional con mecanismos abiertos a todas las naciones, en condiciones de equidad.

La visible desventaja de los países pequeños y medianos, frente a las grandes potencias, llevó a formular la noción de patrimonio común de la Humanidad como la manera de preservar el potencial de los océanos. La libertad de los mares, bien se ha dicho, ha beneficiado más a los países con recursos y tecnologías avanzados, hasta el punto de que la programación de la autoridad internacional de los fondos marinos está llamada a convertirse en uno de los instrumentos básicos del Nuevo Orden Económico Internacional.

Cuando han finalizado los trabajos de la Tercera Conferencia, y lo previsto en la resolución número 2.749 (XXV) de la Asamblea General ha tenido cabal desarrollo, podemos reconocer que no sólo los espacios marítimos más allá de las jurisdicciones nacionales se sustraen a la libre ocupación de las potencias, sino que el régimen previsto conlleva el principio de justicia que modifica la era felizmente superada en que los más grandes se cuadriculaban los océanos en la medida de su interés y poderío.

Quizás lo que convenga corregir en el anteproyecto de Pacto de la Tercera Generación de Derechos sea el encabezamiento. Más que el derecho al respeto del patrimonio común de la Humanidad, lo que corresponde al lenguaje de la época es el derecho al beneficio del patrimonio común de la Humanidad, lo cual, en lo que se refiere a los océanos, está cabalmente consagrado en el Tratado Internacional próximo a firmarse.

Merece consideración especial lo referente al espacio, materia acerca de la cual las Naciones Unidas se han venido ocupando ya durante los períodos de la Asamblea General como

en numerosas reuniones especializadas. El Tratado sobre el espacio ultraterrestre suscrito en 1967 compendia y codifica multitud de trabajos anteriores. La lectura del preámbulo y de algunos de sus artículos nos permite afirmar que la utilización del espacio puede considerarse hoy como patrimonio común del género humano. Sobre el particular, igual que ocurriera con relación a los fondos marinos, la ocupación como modo de adquirir el dominio ha perdido su viejo ancestro romano para dar paso a una figura que prohíbe la ocupación, no sólo de los cuerpos celestes, sino de todas las zonas ultraterrestres, a partir de la línea, aún no definida internacionalmente, donde comienza jurídicamente el espacio.

"Los estados partes en este Tratado, inspirándose en las grandes posibilidades que se ofrecen a la Humanidad como consecuencia de la entrada del hombre en el espacio ultraterrestre;

"Reconociendo el interés general de toda la Humanidad en el progreso de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos;

"Estimando que la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre se debe efectuar en bien de todos los pueblos sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico;

"Deseando contribuir a una amplia cooperación internacional en lo que se refiere a los aspectos científicos y jurídicos de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos..., han convenido en lo siguiente:

Artículo 1.º "La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico y pertenecen a toda la Humanidad.

El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estará abierto para su explotación y utilización a todos los estados sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y en conformidad con el Derecho Internacional y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes.

"El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos a la investigación científica y los estados facilitarán y fomentarán la cooperación internacional en dichas investigaciones.

Artículo 2.º "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera.

Artículo 3.º "Los estados partes en el Tratado deberán realizar sus actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el Derecho Internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales.

Artículo 4.º "Los estados partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no instalar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna forma.

"La Luna y demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los estados partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. No se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objetivo pacífico. Tampoco se prohíbe la utilización de cualquier equipo necesario para la investigación de la Luna y de otros cuerpos celestes con fines pacíficos."

En lo que se refiere a la Antártida puede calificarse que el tratado multilateral firmado el 11 de diciembre de 1959 en Washington consigna la libertad de investigación científica, y sin interferir las reclamaciones nacionales aún pendientes, reconoce dicha zona como patrimonio común de la Humanidad para efectos de la ciencia y la investigación.

CONCLUSIONES

1.ª La conveniencia de considerar en un pacto internacional los derechos de solidaridad obedece al proceso evolutivo de las normas internacionales y fortalece el orden jurídico como expresión de la comunidad de los pueblos.

2.ª Los derechos de la Primera Generación como derechos oponibles al Estado, así como los de la Segunda, exigibles de aquél, deben conjugarse dentro de criterio mancomunado y unitario con los de la Tercera Generación que, según el criterio de la Fundación Internacional, "sólo pueden ser realizados por la acción solidaria de todos los actores del juego social: estados, individuos y otras entidades públicas y privadas."

3.ª La emergencia de nuevos derechos corresponde a las circunstancias diferentes de la comunidad internacional. El derecho a la paz debe considerarse como derecho-síntesis, del cual depende, en buena medida, la vigencia del resto.

4.ª La interdependencia de los derechos del hombre y el derecho a la paz es fenómeno comprobado cotidianamente en la vida práctica de las instituciones internacionales.

LA SELECCION DE LAS LEYES APLICABLES A LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL Y AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Dra. Delia REVOREDO DE DEBAKEY (Perú)
Asociada del IHLADI

Introducción.

El presente anteproyecto de ponencia está dirigido a detectar los pasos que pueden darse para establecer con la mayor propiedad y efectividad posibles el régimen jurídico del arbitraje (leyes aplicables).

Conscientes de los beneficios que supondría la vigencia universal de una *lex mercatoria*, pero conocedores también del largo trecho que falta para alcanzarla, hemos limitado este trabajo al análisis de los sistemas o fórmulas jurídicas que se utilizan en la actualidad para determinar la ley aplicable a ciertos aspectos del arbitraje comercial internacional.

Al poner en relieve las desventajas de los métodos actualmente empleados, nos anima la esperanza que este trabajo sugiera a los especialistas en la materia la concepción de una fórmula más adecuada.

El arbitraje comercial internacional comprende varios aspectos o categorías jurídicas, tales como la validez del acuerdo arbitral, la arbitrabilidad del objeto de la controversia, la capacidad de las partes, el procedimiento arbitral, el fondo del litigio, la forma, el reconocimiento y la ejecución del laudo. El régimen jurídico del arbitraje comercial internacional debe abarcarlas a todas.

En este trabajo nos referiremos sólo a dos de los aspectos señalados: a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia.

La importancia de precisar con acierto el régimen jurídico regulador de la validez del acuerdo arbitral es obvia: si conforme a dicho régimen jurídico resulta válida y eficaz, queda excluida la competencia jurisdiccional estatal, procede el funcionamiento del mecanismo arbitral y, en principio, la eficacia del laudo. Por otro lado, la ley aplicable al fondo de la controversia "condiciona en buena medida el resultado de la decisión

arbitral" (1), ya que pueden existir diferencias sustanciales entre las soluciones que cada legislador brinde al mismo problema.

A) Basándolo exclusivamente en la voluntad de las partes y en la confianza que éstas depositan en los árbitros, con prescindencia de todo sistema legal determinado.

B) Asignando a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico nacional para que lo regule.

C) Asignando a la validez del acuerdo arbitral y al fondo de la controversia un sistema jurídico internacional o extranacional que ofrezca dispositivos concretos de solución.

El primer método señalado resulta eficaz sólo cuando las partes consideran dispensable la asistencia de órganos judiciales estatales, y no será analizado en el presente estudio referido exclusivamente a arbitrajes de derecho en los que las partes aspiren al reconocimiento y a la ejecución garantizados de un laudo definitivo y vinculante.

Conforme a los otros métodos, el régimen jurídico del acuerdo arbitral y el del fondo del litigio implican la selección de una legislación extranacional "material" o de una legislación nacional determinada, y la eventual exclusión de las demás.

Aquí debe analizarse quién, con qué autoridad y con qué alcances llevará a cabo dicha selección. Caben al respecto dos alternativas:

a) Que la voluntad de las partes baste por sí sola para elegir la ley reguladora, sea ésta extranacional o nacional.

b) Que la elección dependa de algún orden jurídico establecido, el que decidirá si delega o no a las partes esa facultad.

Si la voluntad de las partes no basta para seleccionar el régimen jurídico aplicable al acuerdo arbitral y al fondo del asunto, o si la voluntad de las partes no se ha manifestado, habrá que indagar qué orden jurídico tiene mejor título para determinar la ley aplicable a esos asuntos (reglas de conflictos nacionales o Tratados), y qué criterios utilizará para ello.

Por último, habrá que revisar si dichos criterios son adecuados para el desarrollo y difusión del arbitraje comercial internacional, o si pueden ser mejorados.

(1) Cremades, Bernardo María, en "Estudios sobre arbitraje Comercial Internacional", p. 18, Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 1978.

El fondo de la controversia y la validez del acuerdo arbitral, por constituir categorías jurídicas de distinta naturaleza, pueden requerir de distintos sistemas legales para ser propiamente regulados. De ahí que los tratemos por separado.

I. El régimen jurídico de la validez del acuerdo arbitral.

El acuerdo arbitral puede estar contenido en una cláusula contractual, o constar en documento separado (compromiso arbitral). De cualquier modo, la autonomía e independencia del acuerdo arbitral respecto al contrato, permite suponer que el régimen jurídico aplicable a éste no tenga que ser necesariamente el mismo que se aplique a la validez del acuerdo arbitral.

La validez misma del acuerdo arbitral, inclusive, presenta subcategorías que pueden requerir leyes reguladoras diferentes: la capacidad de las partes, la forma del acuerdo y la arbitralidad en la materia.

Cada uno de estos aspectos se debe regir por la ley más adecuada a su naturaleza, conforme al orden jurídico del País con el que guarde mayor vinculación.

Sin embargo, como veremos a continuación, no existe uniformidad en los órdenes jurídicos (nacionales o multinacionales) respecto a cuál es la ley "más adecuada" para regular los elementos de la validez del acuerdo arbitral.

1. *Arbitrabilidad del objeto de la controversia.*

La autonomía de la voluntad de las partes juega un rol importante respecto a la sumisión al arbitraje: "*En general se reconoce la validez de los acuerdos de arbitraje en la medida en que las partes tengan derecho a adoptar decisiones en relación con la materia objeto del litigio... sólo puede efectuarse un acuerdo válido en aquellas materias que son arbitrables según las leyes vigentes*" (2).

Teniendo presente que el acuerdo arbitral excluye la jurisdicción estatal, la facultad de las partes para someter tal o cual asunto al procedimiento arbitral debe estar concedida, o permitida, *en principio*, por el Estado cuya jurisdicción excluyen.

Por otro lado, "la mayoría de las legislaciones disponen que el cumplimiento de un laudo extranjero será denegado por ra-

(2) Melis Werner: "Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional", p. 30, Madrid, 1978.

zones de Orden Público si la materia objeto del litigio no es arbitrable *en el país donde se exige la ejecución del laudo*".

La "arbitrabilidad" de las materias varía, sin embargo, en las distintas legislaciones internas iberoamericanas. Esto puede apreciarse claramente en la reciente edición del Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España de un valioso análisis comparativo de las leyes internas de los países iberoamericanos, en lo que disponen sobre Arbitraje Comercial ("El Arbitraje Comercial en Iberoamérica", junio, 1982).

Los convenios internacionales sobre Arbitraje Comercial, especialmente en lo que atañe al reconocimiento y ejecución de los laudos, reconocen la influencia del país del lugar de ejecución en cuanto a la arbitrabilidad del asunto sometido a arbitraje, si bien doctrinalmente va adquiriendo fuerza la posición de que sólo el Orden Público Internacional (y no el Orden Público interno de cada Estado) puede dar pie a la denegación del reconocimiento de laudos no nacionales.

La ley del Estado donde se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo regula la arbitrabilidad conforme al Protocolo de Ginebra de 1923, a la Convención de Nueva York de 1958, al Convenio Europeo de 1961, a la Convención Internacional de Derecho Internacional Privado de 1975.

La *invalidez* del acuerdo en general depende, en cambio, de la ley elegida por las partes y, a falta de ella, de la ley del país donde se dictó el laudo (Convención de Nueva York).

El Convenio Europeo de 1961 trae disposición análoga, aunque contempla además la hipótesis de que no se pueda determinar el lugar donde se dictará el laudo, en cuyo caso, la validez del acuerdo arbitral se regulará por la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto (art. VI. 2).

La Convención Interamericana de 1975, somete también la *validez del acuerdo* arbitral a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la del lugar donde se dictó el laudo (art. 5a); pero del inciso e) del mismo artículo se deduce que la *obligatoriedad, anulabilidad o suspensión de la sentencia arbitral* queda sometida al Derecho Internacional Privado del Estado competente o del Estado conforme a cuya ley se haya dictado esa sentencia.

En resumen: Los Estados, a través de sus normas jurisdiccionales, determinan qué materias pueden ser sometidas por las partes a un arbitraje internacional.

Luego, la ley elegida por las partes para regular el acuerdo o la ley del lugar donde se dicte el laudo, o la ley que indique

el Derecho Internacional Privado del Tribunal estatal que conozca la validez del acuerdo, regularán subsidiariamente la validez del acuerdo arbitral (3) y, finalmente, la ley del lugar de ejecución se aplicará para determinar la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

En cuanto a los objetos arbitrales que no caen dentro del campo de aplicación de Tratados o Convenios arbitrales, su validez depende de que la ley que señale la regla de conflicto pertinente esté contenida en tratados multinacionales de Derecho Internacional Privado o en reglas de conflicto nacionales:

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 exigen para el reconocimiento de los laudos arbitrales dictados en uno de los Estados signatarios que dicho laudo haya sido expedido "por tribunal competente en la esfera internacional", lo que supone la legitimidad de la sumisión al arbitraje.

El Tratado de La Habana de 1928 o Código de Bustamante, en el Libro IV de Derecho Procesal Internacional, condiciona el reconocimiento de laudos dictados en uno de los Estados contratantes a que el tribunal que los dictó haya tenido competencia para conocer el asunto y juzgarlo, de acuerdo a las reglas del mismo Código de Bustamante (art. 421). La arbitrabilidad del objeto de la controversia la regula por la ley del lugar en que se solicite la ejecución del laudo (art. 433).

Como puede notarse, la libertad de las partes para someter válida y eficazmente un asunto al procedimiento arbitral no es absoluta ni puede desvincularse de todo sistema jurídico nacional. Pero también puede notarse en base a las disposiciones citadas que *son varias las legislaciones que parecen tener algún título o interés en regular la validez del acuerdo;* ya que si bien la arbitrabilidad de la materia parece depender en todo caso de la ley del lugar de *ejecución del laudo*, la validez original del acuerdo se rige por la ley *elegida por las partes* o por la ley del lugar donde *se dictó el laudo* (según la convención de Ginebra de 1961 y la de Nueva York de 1958); pero si la cuestión de la calidez se plantea ante un foro judicial, éste aplicará, subsidiariamente a la voluntad de las partes y al lugar donde se dictó el laudo, *la ley que indique la regla de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto.*

Caso distinto es el de los Centros de Arbitraje que el Dr. Andrés Aramburu denomina "auténticamente internacionales" como el ICSID. Sostiene el jurista peruano que si se trata de "laudos

(3) Conforme al Convenio de Nueva York de 1958 y al Convenio Europeo de Ginebra de 1961.

internacionales auténticos, no pueden quedar sujetos a exequatur, porque de ello resultaría su sometimiento al Poder Judicial del país de ejecución" (4).

En efecto, el art. 36,3 del Centro no somete la validez del acuerdo arbitral a ninguna legislación nacional, sino al criterio del Secretario General del Centro, quien podrá "denegar la solicitud de arbitraje si encuentra que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro".

Cuando el acuerdo arbitral estuviese fuera del ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales, las reglas de conflicto del país de ejecución determinarán la ley reguladora de su validez.

Como ya habíamos señalado, la validez del acuerdo no depende exclusivamente de la competencia jurisdiccional arbitral respecto a la *materia* sometida a arbitraje. Puede también invalidar el acuerdo la incapacidad de las partes o el incumplimiento de alguna formalidad.

Algunos cuerpos legales (Tratados/arbitraje, Derecho Internacional Privado multinacionales y nacionales) señalan las leyes reguladoras de estos otros elementos de la validez del acuerdo, *pero tampoco coinciden en los criterios para su selección.*

2. *La capacidad de las partes.*

Como es obvio, la determinación de la capacidad de las partes no puede quedar librada a la elección que ellas hagan de alguna legislación, pues dicha elección no sólo sería válida si las partes tuvieran ya una capacidad previamente reconocida.

Por tanto, dicha capacidad se regula por alguna ley nacional determinable según reglas de conflicto.

La Convención Internacional Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional permite la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que "las partes en el acuerdo estaban sujetas a algún tipo de Incapacidad en virtud de la *ley que les es aplicable*". La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscritas en Nueva York en 1958, y la del Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra en 1961, contienen disposiciones semejantes.

(4) Aramburú, Andrés: "El Arbitraje Comercial en Iberoamérica", en "Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional", p. 153. Centro de Estudios Comerciales. Madrid, 1978.

El Reglamento de UNCITRAL dispone que "Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición de Derecho aplicable al arbitraje que las partes no pueden derogar, en cuyo caso prevalecerá esta disposición" (art. 1.º, 2).

Como puede apreciarse, los convenios sobre arbitraje internacional someten la determinación de la capacidad de las partes a "*la ley que le sea aplicable*". Veamos cuál es esa ley según los Derechos iberoamericanos:

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889 y 1940, prefieren la ley del *domicilio* para regular la capacidad de las personas físicas, mientras que el Código de Bustamante regula la capacidad por "*la ley personal*" (art. 27) y el artículo 7.º dispone que cada Estado contratante aplicará como "leyes personales las del *domicilio*, las de *la nacionalidad*, o *las que haya adoptado o adopte en adelante su legislador interior.*

Como es fácil deducir, estas reglas de Derecho Internacional Privado permiten que la capacidad sea regulada en algunos Estados por la ley de la *nacionalidad;* en otros, por la del *domicilio* y, eventualmente, por *cualquiera otra ley que indique la legislación interna de los Estados partes del Tratado.*

Cuando la relación jurídica concreta escapa al ámbito de aplicación de los tratados internacionales, debe recurrirse a las normas de conflicto nacionales. Estas normas *tampoco coinciden* en los criterios determinantes (factores de conexión) de la ley aplicable a la capacidad de las partes.

Como muestra, que baste un botón:

El Derecho español regula la capacidad jurídica de las personas físicas por la ley de su *nacionalidad* (art. 9, pfo. 1, del Código Civil), aunque admite la aplicación de la ley española si ésta favorece a la capacidad del extranjero que *celebra un contrato en territorio español* (art. 10, pfo. 8, del Código Civil); el Derecho peruano regula la capacidad por la ley del *domicilio*, pero exige la aplicación de la ley peruana cuando se trate de peruanos (art. V, Título Preliminar del Código Civil) (5).

3. *La forma del acuerdo arbitral.*

Respecto a la forma de los actos jurídicos en general, la voluntad de las partes suele jugar un rol subsidiario a las disposiciones legales, las que indican en qué casos deben observarse

(5) El Proyecto de Código Civil peruano impone la ley de domicilio para regular la capacidad de peruanos y de extranjeros y permite la misma excepción que el Derecho español.

formalidades o solemnidades especiales. En cuanto a la forma del acuerdo arbitral, los Tratados de Derecho Internacional Privado señalan la ley aplicable, por lo general, en base a factores de conexión optativos y los Convenios sobre arbitraje cuidan de especificar los requisitos para su validez.

En lo que atañe a reglas de conflicto, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, regula la forma de los instrumentos públicos por la ley del lugar de *otorgamiento del contrato* respectivo (art. 39); el Tratado de Montevideo de 1940 permite sólo la ley del lugar donde *se celebra y otorga el acto jurídico* (art. 36). El Código de Bustamante obliga a a aplicar (acumulativamente) *la ley del lugar del contrato y la de su ejecución*, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito (art. 180).

En cuanto a reglas de conflicto nacionales, señala aplicable la ley del lugar de otorgamiento; el Derecho peruano rige la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos por la ley del lugar donde se otorguen o, a opción de las partes, *por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto* (art. XX del TPCC): si consideramos el acuerdo arbitral como una obligación, la ley opcionalmente aplicable a la forma del acuerdo será la del lugar donde fue celebrado (art. VIII del TPCC). El Derecho Internacional Privado brasileño remite a la ley donde los actos se practicaren, o a la que regula la sustancia del acto jurídico, o a las de la nacionalidad o domicilio común de los contratantes (art. 29 Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas).

El Derecho Internacional Privado chileno rige la forma de los instrumentos públicos por la ley del país en que hayan sido otorgados, pero si la ley chilena exigiera instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país donde fueron otorgadas (C. C. Chileno, artículos 17 y 18). Las referencias que hacen los Derechos Internacionales Privados a la ley del lugar donde se otorgue el acuerdo arbitral, puede suponer la obligación de cumplir formalidadel especiales según se trate de la cláusula o de compromiso arbitral: por ejemplo, al comentar las disposiciones de la ley española, Bernardo Cremades señala: "El Compromiso de arbitraje se realizará siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia. La distinción entre compromiso y cláusula arbitral se contempla en la sentencia de 24 de mayo de 1961.

El contrato preliminar quedará sin efecto en caso de que el compromiso no se hubiere válidamente formalizado (STS, de 26 de septiembre de 1964, 29 de marzo de 1969, 31 de diciembre de 1969 y 18 de febrero de 1974).

En el caso de que alguna de las partes se negara a formalizar notarialmente el compromiso o lo hiciera de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al juez pidiendo su formalización judicial".

Los Convenios sobre Arbitraje contienen disposiciones concretas que señalan la forma requerida o permitida para la validez del acuerdo.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, CIDIP 1975, exige que el acuerdo arbitral conste en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en Nueva York, 1958, requiere también que el acuerdo conste en escrito (cláusula o compromiso) firmado por las partes o contenidos en el canje de cartas o telegramas. Para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo exige la presentación del original del acuerdo arbitral o una copia autenticada y traducida oficialmente al idioma del lugar de ejecución. El Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, permite además de la forma establecida en la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York, 1968, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, CIDIP 1975, para el acuerdo arbitral, *cualquier otra forma que estuviese permitida por las leyes de los Estados que participen en la relación* (art. I, 2, a]). El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados, ICSID 1965, exige que el consentimiento a la sumisión al Centro sea por escrito. El anteproyecto de Reglamento de Arbitraje Comercial de UNCITRAL (1976) se refiere al acuerdo "por escrito" y presenta un modelo de cláusula compromisoria (art. 1.º).

II. Selección de la Ley aplicable al fondo de la controversia.

1. *La voluntad de las partes.*

Es indudable que el arbitraje comercial internacional tiende cada vez más a desvincularse de las jurisdicciones y le las leyes estatales; a regirse por sus propias normas que se van nutriendo de la costumbre mercantil y de la voluntad de los interesados, amenazando la exclusividad estatal en cuanto a la

determinación de jurisdicciones y a la elaboración de normas jurídicas.

Pero si bien los árbitros ejercen a cabalidad las funciones jurisdiccionales de la *notio* y la *juditium*, modernamente conocidas como facultad de documentación y de decisión; en cambio, las funciones de la *coertio* y de la *executio* permanecen exclusivamente en manos de los Estados. Y sin ellas, el arbitraje internacional no puede funcionar eficazmente en todos los casos. De ahí que dependa en gran medida de la autorización y del reconocimiento de los Estados y, por ende, de sus Derechos.

A pesar de lo expuesto, poco a poco ha venido ganando terreno la teoría de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, la que, aparentemente, haría innecesaria a la norma de conflicto estatal, pues ya no sería ésta, sino las partes las que determinarían, a su libre albredío, la ley aplicable al fondo del asunto.

Pero la voluntad de las partes no puede ser absolutamente autónoma y ajena a toda norma jurídica. Sostener esto equivaldría a colocar a la voluntad individual por encima del interés estatal y social, cuando son el Estado y la sociedad quienes precisamente confieren efectos jurídicos a la voluntad del individuo.

La libertad de las partes para elegir la legislación (por sí mismas o a través de los árbitros) es, pues, limitada. Sus alcances quedan delineados, en teoría, por la legislación que les permite esa elección y por esa ley del país donde el contrato o el procedimiento deben surtir efectos.

Ilustra y confirma esta aseveración las disposiciones de Derecho Internacional Privado de los Estados que confieren a las partes esa libertad para elegir la ley del contrato (precisamente en ejercicio de la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de esa concesión), así como las disposiciones que en salvaguarda de sus respectivos Ordenes Públicos contienen las legislaciones nacionales (6).

(6) Indica el Código Civil español, que, en primer lugar, se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Bernardo Cremades aclara que los árbitros deberán enjuiciar con arreglo a su mejor criterio cual sea la normativa aplicable y las normas de conflicto, pues en el arbitraje internacional *rige más la discrecionalidad prevista en el artículo VII del Convenio Europeo*, que la rígida sumisión legal del juez estatal ("El Arbitraje Comercial en Latinoamérica", pág. 236, junio 1982). En igual sentido, las disposiciones de la CIIP de 1975; la Convención de Nueva York de 1958, el Convenio sobre Arreglo de diferencia relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (ICSID, 1965), que ceden a las partes la elección de la ley aplicable.

2. *Reglas de conflicto.*

Cuando la relación jurídica objeto de la controversia es internacional, por estar vinculada a varios países (cada uno con su respectiva y distinta legislación nacional) y, en ausencia de una ley uniforme internacional, surge el problema de averiguar cuál de esas legislaciones es la única que debe regularla. (Si fueran varias, como distintas, pueden ser contradictorias). La naturaleza internacional de la relación jurídica o contrato, y la diferencia de las legislaciones nacionales dan lugar al llamado conflicto de leyes, que debe solucionarse seleccionando a una de las leyes en conflicto o a una tercera y descartando a las demás.

El llamado Derecho Internacional Privado o más propiamente "Conflicto de leyes" es la rama de los Derechos estatales encargada de resolver el problema, determinando en abstracto, y por lo general en base a un vínculo objetivo entre la relación jurídica y cierto país, la ley aplicable al fondo del asunto.

Sin embargo, estas normas de conflicto, por ser de diversas fuentes, no coinciden siempre respecto a los criterios de vinculación entre cada tipo de relación jurídica (contratos, bienes, sucesiones, capacidad, etc.) y la ley que debe resolverlas.

Así, las reglas de conflicto de algunos Estados respecto a la ley aplicable al fondo de los contratos internacionales, permiten a las partes elegir *la ley que deseen* para regular dichos contratos, sin limitación expresa alguna (Brasil, Proyecto Peruano de Código Civil); otras imponen la condición que la ley elegida *mantenga alguna relación objetiva* con la relación contractual (España y Portugal); otras imponen la ley del lugar de *celebración* para todos los contratos internacionales entre particulares (Perú) y otros sólo para los *contratos internacionales celebrados en el extranjero* (Argentina); otras reglas de conflicto señalan aplicable la ley del lugar de *ejecución* si el contrato debe ejecutarse en el territorio nacional (Méjico), y otras utilizan el factor del cumplimiento *sea cual fuere el lugar donde el contrato deba cumplirse* (Uruguay).

Convencidos del perjuicio que esta falta de uniformidad en la determinación del régimen legislativo aplicable a los contratos internacionales, los Estados latinoamericanos, desde 1887 (Congreso de Lima), han tratado de uniformar en Convenios o Tratados Multinacionales sus normas de Derecho Internacional Privado.

Desgraciadamente, lo cierto es que no todos los países han suscrito y ratificado el mismo Tratado, que los Tratados mismos no contemplan todas las relaciones jurídicas del comercio

internacional y que, sobre todo, utilizan factores de conexión diferentes.

Sólo refiriéndonos a las obligaciones contractuales, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889 y de 1940, regulan los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, por la ley de su *situación* al tiempo de la celebración; los contratos sobre cosas determinadas por su género, por la ley del *domicilio del deudor;* los que versen sobre cosas fungibles, por la ley del *domicilio del deudor*... El Tratado de La Habana (ratificado por quince países latinoamericanos) regula los contratos, en primer término, por la *ley personal* común a los contratantes (pero cada país puede interpretar la "ley personal" como la de la nacionalidad o la del domicilio) y, en su defecto, por la ley del lugar de su *celebración* (art. 186), salvo algunas excepciones para ciertos contratos que tienen asignada una ley diferente.

Esta variedad en los criterios para seleccionar la ley nacional más adecuada a la relación contractual incide negativamente en el comercio internacional, pues causa incertidumbre respecto a la solución material del conflicto eventual o producido.

Por otra parte, los Convenios o Tratados sobre arbitraje comercial internacional contienen también reglas de conflicto para señalar la ley nacional que, a falta de indicación por las partes, los árbitros deben aplicar al fondo del asunto, ya sea para que el tribunal arbitral las utilice durante el desarrollo del arbitraje, o para que el reconocimiento y ejecución del laudo sean efectivos en el país donde será invocado. Algunos convenios, inclusive, no sólo utilizan reglas de conflicto, sino que remiten la solución a otras reglas del conflicto (reenvío).

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (ICSID 1965) dispone en su artículo 42 que "el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo a las normas de Derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará *la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado* y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables.

Esta solución del ICSID presenta también el riesgo de que termine siendo aplicada al fondo del asunto la legislación de un país poco vinculado al contrato, pues es posible que la naturaleza y circunstancias del caso concreto estén, al momento de la sumisión arbitral, más vinculadas al país del inversionista o a un tercer país, que al Estado parte en la controversia. Además, la referencia que hace, a falta de acuerdo de las partes, a la legislación del Estado parte es una referencia *máxima,* es decir,

no al derecho interno sino a las *reglas de conflicto* de ese Estado, las que por su naturaleza referencial y abstracta no resolverán ellas mismas el conflicto, sino que reenviarán la solución de la controversia a la legislación de un Estado, sin poderse descartar que esta referencia sea también a reglas de conflicto, con lo que se caería en los inconvenientes ya conocidos de un reenvío de 2.º grado o de un grado ulterior.

Por otro lado, es también posible que el Derecho Internacional Privado del Estado parte, disponga que en ciertos contratos internacionales en los que él participa, se aplique necesariamente la ley nacional interna de ese Estado (como ocurre en el artículo 136 de la Constitución Peruana de 1979), criterio que no es el mejor para incentivar y otorgar confianza al inversionista extranjero.

El Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial Internacional, aprobado en Ginebra en 1961, en su artículo VII contiene una fórmula para ubicar al derecho aplicable al fondo de la controversia, que vale la pena analizar: si no existiese indicación por las partes los árbitros aplicarán la "ley procedente de conformidad con la *regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuentión.* En todos los casos los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles".

Esta solución ha sido también plasmada en las reglas de la ICC y en el reglamento de Arbitrajes de la UNCITRAL aprobado por la asamblea general el 15 de diciembre del 76, cuando en su artículo 33, dicho reglamento dispone que si las partes no indican la ley aplicable al fondo del litigio, el tribunal arbitral aplicará *la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime competentes.*

Además de presentar estas fórmulas la misma desventaja señalada anteriormente (permitir que un contrato termine siendo regulado por la ley de un país que tiene poca vinculación con el contrato, descartando las de los otros países más vinculados al caso), presenta otra: la elección de la regla de conflicto que queda librada exclusivamente al criterio de los árbitros, quienes no contarán en esta oportunidad *con reglas de conflicto que les indiquen la regla de conflicto "competente".* Es verdad que aquí no se impone a priori un factor de conexión inflexible y es cierto también que el arbitraje descansa, a fin de cuentas, en la confianza que a las partes les merece el criterio de los árbitros. Pero se corre el riesgo que éstos pierdan de vista que lo que interesa en definitiva es la *ley material* o interna que resolverá el caso y, por tanto, la vinculación entre el caso y esa ley; y no la vinculación entre el caso y el país cuya regla

de conflicto deben utilizar previamente, pues ésta puede someter el asunto a una ley nacional que no guarde con él una vinculación real. Habrá que indagar, pues, cuál Derecho Internacional Privado refiere el asunto a la ley nacional que ellos juzgan la más adecuada, lo que supone un análisis de las referencias que hacen todas las reglas de conflicto.

En resumen, la utilización de reglas de conflicto presenta muchos inconvenientes.

Pensamos que las desventajas anteriormente señaladas que pueden derivar de su empleo, se deben principalmente a que cuando una regla de conflicto indica la legislación interna aplicable hace esto en base a *una sola* de las circunstancias vinculatorias que tiene el contrato (lugar de celebración del contrato, o de ejecución, o el domicilio común de los contratantes, etc.), y ni siquiera toma en cuenta las otras circunstancias que, en los hechos, vinculan la relación contractual con otros países.

Esa conexión preferida en abstracto y predeterminada en la norma de conflicto se impone así a *todos* los contratos internacionales, lo que trae consigo el siguiente inconveniente:

No todos los contratos se vinculan en el mismo grado o con la misma fuerza al país de la celebración, o al país del domicilio común, o al país de la ejecución, por lo que resulta arbitrario regular a priori todos los contratos por una de esas leyes, que puede resultar siendo la que guarda la vinculación objetivamente más débil con el contrato.

Al comentar la obligatoriedad de las normas de conflicto, J. A. Cremades (7) ilustra este problema con un ejemplo: Imaginemos un contrato firmado en París entre un firma española y una firma suiza, por el que la parte suiza vende a la parte española una determinada mercadería que se entrega en España y se paga en España. Si a falta de estipulación de ley aplicable por las partes debe utilizarse una regla de conflicto que señale como aplicable al contrato la ley de celebración (como lo hacen el artículo 10,5 del C. C. español y el artículo VII del TP del C. C. peruano), el tribunal tendría que aplicar al contrato la ley francesa, por ser la del lugar de su celebración, "siendo así que manifiestamente ninguna vinculación tiene con el negocio en cuestión; probablemente el contrato se ha firmado en París única y exclusivamente porque esta ciudad tiene buenas conexiones aéreas entre Suiza y España".

El Derecho de los Estados Unidos de América utiliza la fórmula de regular los contratos interestatales por "the proper law

(7) *Op. cit.*, p. 52.

of the contract" lo que supone establecer por el juez, en cada caso, a qué país está más vinculado el contrato.

En realidad, la disposición es parecida a las comentadas respecto al Convenio Europeo de Ginebra de 1961 y al Reglamento de UNCITRAL, con la diferencia que los jueces norteamericanos, después de analizar las vinculaciones que tiene el contrato con los diferentes estados, seleccionarán directamente el derecho interno del Estado que, a su criterio, tenga mayor vinculación con el negocio, mientras que conforme al Convenio de Ginebra de 1961 y al Reglamento de UNCITRAL, los árbitros seleccionarán una regla de conflicto.

En todo caso, cuando las partes o los árbitros eligen una ley nacional para regular el contrato internacional que han celebrado, eligen en realidad una ley inadecuada; toda legislación nacional es elaborada en consideración a las realidades y proyecciones particulares de un Estado. En otros términos, la naturaleza *internacional* del contrato no condice con la naturaleza *nacional* de la ley elegida o impuesta para regularlo.

Además, si esa ley es elegida no es la del lugar de ejecución, las partes tendrán también que ceñirse a las disposiciones imperativas de esta última.

Ya sea, pues, a través del Derecho Internacional Privado o a través de la autonomía de la voluntad de las partes, la aplicación de una ley nacional al fondo de una relación jurídica internacional resulta impropia, no sólo por el método utilizado, sino por sus consecuencias.

En consideración a lo anterior, la tendencia actual es que el contrato internacional deje de ser regulado por las legislaciones nacionales y pase a regirse por normas nacionales elaboradas exprofesamente para las relaciones jurídicas internacionales.

Las normas de conflicto de leyes desaparecerán o, si se quiere, el Derecho Internacional Privado pasará a ser un derecho material, directamente resolutor de los conflictos internacionales.

3. *Sistemas jurídicos uniformes.*

Parece, pues, que no es apropiado regular el fondo del litigio contractual por una legislación nacional, no sólo por las distintas naturalezas del contrato y de la legislación que se aplique (internacional el uno y nacional la otra), sino por que la elección respecto a la ley nacional que debe regular el contrato se hace a través de factores o criterios de vinculación imperfectos, que terminan obviando o sacrificando otras circunstancias del contrato que pudieran ser más importantes que la impuesta en abstracto para ubicar la ley aplicable.

El método de aplicar al fondo del litigio una legislación internacional responde a la aspiración de proteger internacionalmente al contrato, ya sea:

a) Unificando las legislaciones nacionales de todos los Estados —o de algunos— respecto a las obligaciones y contratos internacionales.
b) Elaborando una legislación extranacional para las obligaciones contractuales.

Resulta obvio que si se lograra unificar todas las legislaciones nacionales en materia de obligaciones y contratos (a), dejaría de interesar cuál de ellas se aplica, pues todas tendrían igual contenido positivo.

Sin embargo, el ideal de unificar todas las legislaciones nacionales no parece, por el momento, realizable. Son tales las divergencias entre los interesados particulares de cada país (resultado de sus diferencias en cuanto a desarrollo económico, experiencia y proyección social, sistemas políticos y religiosos, etcétera) que la labor de unificar sus leyes, aun respecto sólo al plano contractual, parece imposible.

La segunda vía (elaboración de una ley extranacional) también haría innecesaria a la regla de conflicto, pues aunque cada Estado conservaría su propia y particular legislación contractual, ella se aplicaría sólo a los contratos nacionales, mientras que todos los internacionales se regirían por una legislación extranacional (material) aprobada por todos o algunos Estados.

El comercio internacional viene favoreciendo y utilizando esta vía de solución a los problemas que se presentan en la ejecución de los contratos internacionales. Muestra de ello son los contratos-tipo en los que se prevé y resuelven tales problemas: "Dichos formularios (de los contratos tipo) alcanzan a menuda la extensión de un volumen: son verdaderos Códigos, cuyo contenido, que posee mayor minuciosidad y precisión normativa que las leyes nacionales, sólo requiere la adhesión del cliente para cobrar vigencia efectiva" (8).

También debemos mencionar las leyes uniformes como las elaboradas por UNCITRAL sobre la venta internacional de mercaderías y sobre la formación del contrato de venta de mercaderías (9).

(8) Alfonsín, Quintín: "Régimen Internacional de los Contratos", p. 175, Montevideo, 1950.
(9) "El Arbitraje Comercial en Iberoamérica", Instituto de Cooperación Iberoamericana y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, junio de 1982.

Si el Derecho Internacional Privado pertinente autoriza a las partes a elegir la ley nacional que deseen, nada impide que las partes se sometan a un ley uniforme, la haya o no suscrito el Estado, cuyo Derecho Internacional Privado concede a las partes esa libre elección de la ley del contrato. El artículo 2 de la Ley Uniforme sobre la venta Internacional de mercaderías dispone que "para los efectos de la aplicación de la presente ley se excluyen las reglas de Derecho Internacional Privado, salvo que ella contenga disposiciones en contrario", y el artículo 4.º señala que "la presente ley será igualmente aplicable cuando haya sido elegida como ley del contrato por las partes, ya sea que éstas tengan o no su establecimiento o su residencia habitual en el territorio de países diferentes, e independientes de que éstos sean partes de la Convención del 1 de julio de 1964, relativa a la Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, *siempre que no se afecte la aplicación de disposiciones imperativas que hubieran sido aplicables si las partes no hubiesen elegido la Ley Uniforme*".

Las ventajas que para el Comercio internacional presentan estas leyes uniformes materiales son innegables: al hacer innecesarias a las reglas de conflicto, se evita la posibilidad de interpretaciones equívocas en cuanto a la selección y el funcionamiento de factores o criterios abstractos de vinculación, así como se evita también, a falta de Tratado de Derecho Internacional Privado, el problema de indagar qué reglas de conflicto nacionales son la aplicables y, sobre todo, las partes conocerán desde el comienzo las normas con que los árbitros decidirán la controversia; además, estas normas habrán sido elaboradas teniendo presente la naturaleza comercial e *internacional* del contrato. Sin embargo, la consecución del ideal de una ley uniforme o supercódigo del comercio internacional, cuya obligatoriedad sea aceptada por todos los países, también es meta lejana.

La misma Ley Uniforme de UNCITRAL a la que nos hemos referido, aunque se ofrece a ser utilizada por partes que estén fuera de su ámbito oficial de aplicación, condiciona, como se ha visto, la validez de esa utilización a "las disposiciones imperelativas que hubieran sido aplicables si las partes no hubieran elegido la Ley Uniforme" (art. 4).

III. Panorama actual.

1. *Sugerencias respecto a los convenios sobre arbitraje.*

Frente a la imposibilidad de contar en un futuro cercano con una ley uniforme o lex mercatoria de alcances universales que resuelva de la misma manera todas las controversias derivadas del comercio internacional, debemos dedicar nuestros esfuerzos a mejorar el sistema que, aunque imperfecto, actualmente *funciona* (ya sea imperativa o subsidiariamente a la voluntad de las partes) para determinar la ley aplicable al arbitraje internacional en sus diversos aspectos.

Esta sugerencia no significa de modo alguno abandonar las acciones encaminadas a lograr algún día la solución óptima de la lex mercatoria y de su vigencia universal.

No podemos en este sentido dejar de resaltar las ventajas que ofrecen los centros arbitrales "autenticamente internacionales", desligados de jurisdicciones y leyes estatales por voluntad soberana de los mismos Estados que los suscriben y ratifican.

Es cierto que el Centro Internacional para arreglo de diferencias relativas a inversiones presenta estas características. Pero también es cierto que su campo de aplicación queda reducido *ratione materia* (a inversiones) y *ratione personam* (a diferencia entre Estados y nacionales de otros Estados).

Si lográramos la creación y vigencia entre los países iberoamericanos de un centro de arbitraje comercial internacional con las características de "auténticamente internacional", es decir, con personería jurídica internacional, independizado de jurisdicciones y leyes nacionales, y referido a las controversias que surjan de las relaciones jurídicas privadas, lograríamos un importante avance respecto a la eficacia y difusión del arbitraje comercial internacional.

Mientras tanto, no cabe duda que la abstención de muchos Estados iberoamericanos respecto a la ratificación de Convenios Internacionales sobre arbitraje comercial, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento de convenios y laudos de arbitraje (Nueva York 1958), del mismo Centro Internacional para Arreglos de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1965) y de la Convención Interamericana de arbitraje comercial (Panamá 1975), impide a la comunidad iberoamericana aprovechar sus beneficios y avanzar más rápidamente hacia la uniformidad

universal —o por lo menos regional— del régimen jurídico del arbitraje.

¡Manos a la obra, entonces! Intensifiquemos nuestros esfuerzos para que nuestros países ratifiquen esos convenios, hagamos una relación de las causas por las que cada Estado no las ha ratificado, y tracemos un plan de trabajo para superarlas.

2. *Sugerencias respecto a la utilización de reglas de conflicto.*

Por otro lado, hemos visto a lo largo de esta exposición las desventajas que supone la utilización de reglas de conflicto para determinar la ley aplicable a los diversos aspectos del arbitraje internacional. Dichas desventajas pueden resumirse así:

1. Cada Estado cuenta con sus propias y particulares reglas de conflicto (nacionales o multinaciones), las que por lo general, a falta de la voluntad de las partes, remiten la solución del conflicto *internacional* a una legislación *nacional*, elaborada para resolver relaciones jurídicas *nacionales*, de distinta naturaleza que las del comercio internacional.
2. Las reglas de conflicto de los Estados no coinciden en el criterio determinante que utilizan para señalar la ley aplicable a las relaciones jurídicas internacionales. Además, ninguno de estos factores de conexión, por sí solo, resulta satisfactorio.
3. Lo anterior permite que un mismo asunto o controversia pueda ser regulado por leyes nacionales distintas, según cual sea la regla de conflicto utilizada. El Comercio Internacional no debe sufrir la incertidumbre que supone desconocer desde el inicio del negocio la ley que lo regulará y la que le conferirá eficacia.
4. Aun cuando la elección de la ley nacional aplicable dependa de la voluntad de las partes, el arbitraje, por el momento, no puede escapar al juego de conflicto de leyes y jurisdicciones estatales que impondrán a esa voluntad de las partes las limitaciones que consideren pertinentes al momento de la ejecución del laudo arbitral.
5. Estas limitaciones, impuestas por legislaciones nacionales, resultan, en buena medida, de la diferencia de criterio con que cada Estado determina la ley aplicable a las relaciones jurídicas, ya que las reglas de conflicto dan preferencia exclusiva a *una sola* de las circunstancias vinculatorias de la relación

jurídica y descartan definitivamente a las demás, las que dejan de intervenir en la regulación del asunto.

Como no todas las relaciones jurídicas internacionales pertenecientes a una misma categoría —contratos por ejemplo— se vinculan con el mismo grado o fuerza a la circunstancia vinculatoria preferida en la regla de conflicto (lugar de celebración, o de ejecución, o del domicilio común de las partes, etcétera), muchos contratos internacionales pueden resultar siendo regulados por la ley del país con el que sólo guardan una vinculación accidental e irrelevante.

6. Las reglas de conflicto que delegan la selección de la ley aplicable a criterio del árbitro, el que deberá considerar todas las circunstancias de la relación jurídica, superarían la objeción anterior. Sin embargo, el árbitro estará siempre influenciado de alguna manera por los criterios jurídicos dispositivos, interpretativos y principistas del sistema legal con el que está más familiarizado y, en caso de haber pluralidad de árbitros, puede dificultarse la uniformidad de criterios para seleccionar la ley del país con el cual la relación jurídica esté más vinculada.

No quisiéramos terminar este trabajo sin permitirnos someter al valioso criterio de los miembros del IHLADI una fórmula distinta a las analizadas para resolver los conflictos de leyes. A fin de facilitar su explicación la referiremos únicamente a los contratos internacionales.

Partamos de la siguiente premisa: el contrato internacional guarda vinculaciones con varios países. Pero estas vinculaciones no son todas de igual importancia: algo "tienen que ver" con el contrato. Por consiguiente, de alguna manera deben ser tomadas en consideración a fin de determinar la que con mayor propiedad regulará al contrato.

Ello podría lograrse adjudicando a cada tipo de vinculación que pudieran tener los contratos internacionales (celebración, ejecución, domicilio de cada una de las partes, nacionalidad de las mismas, etc.) un peso numérico determinado (por ejemplo, cinco al lugar de ejecución, dos al domicilio de cada una de las partes, dos al de celebración y así sucesivamente).

El árbitro, cuando recaiga en él la función de ubicar la ley reguladora del fondo de la controversia, aplicará la del país que cuente con el mayor puntaje numérico, por haberse acumulado en dicho país la mayor fuerza vinculatoria de las circunstancias del contrato.

A modo de ilustración imaginemos en primer lugar una compraventa en la que el comprador domicilia en España y es allí

donde deben ser entregadas las mercaderías. El contrato se celebró en Costa Rica, lugar del domicilio del vendedor.

Ambas partes son de nacionalidad costarricense. Hay sumisión a un arbitraje cuya sede es Francia y no se pactó la ley aplicable al contrato.

En segundo lugar, supongamos que los países involucrados en este negocio son parte de un Tratado sobre arbitraje, el que dispone que a falta de indicación por las partes, el árbitro aplicará la ley del país donde se dé la mayor fuerza numérica vinculatoria del contrato de conformidad con las siguientes reglas:

Domicilio de cada una de las partes: fuerza vinculatoria con peso 2; domicilio común de las partes: fuerza vinculatoria con peso 5; lugar de celebración del contrato: fuerza con peso 4; lugar de ejecución: fuerza con peso 10; nacionalidad de cada una de las partes: fuerza 1; nacionalidad común de las partes: fuerza 3; lugar de la sede del arbitraje: fuerza 5, y así sucesivamente.

España contará en este caso con la mayor fuerza vinculatoria respecto al contrato, pues concurren en dicho Estado las circunstancias del domicilio del comprador (peso 2), y del lugar de ejecución (peso 10).

Son sólo dos vinculaciones, pero son importantes, y la ley española, entrando "en concurso" con las demás, obtuvo el mejor título para regular el contrato.

Pensamos que esta fórmula ofrece las siguientes ventajas:

1. Favorece la uniformidad de las reglas de conflicto de los Estados, pues será más fácil lograr que los Estados se pongan de acuerdo en el "peso" que corresponda a cada factor que en acordar un sólo factor como el determinante.

2. La ley aplicable no queda determinada a priori y en abstracto, sino en base a las particulares circunstancias de cada caso.

3. Toma en consideración todas las vinculaciones significativas del arbitraje. Al entrar todas "en concurso" se atenúa la rigidez del funcionamiento excluyente de un sólo factor de conexión, y

4. Servirá de guía a las partes —y a los árbitros— para seleccionar la ley más adecuada.

Por supuesto que este método aplicado al arbitraje supone una cuidadosa revisión de la importancia que juegan en el ar-

bitraje internacional cada uno de sus elementos y factores (10).

Habrá que analizar, sobre todo, qué influencia tiene cada tipo de vinculación en la eficacia transnacional del laudo arbitral. Por ejemplo, para Pierre Lalive, el lugar de la sede no tiene importancia. Engarzar el arbitraje a la ley de la sede se equipara, dice, al mito de Procrustes, que obligaba a los viajeros a entrar a su cama cortándoles las piernas si eran muy largas, o estirándoselas si resultaban muy cortas: las partes del arbitraje son para él "viajeros" o transeúntes respecto al lugar de la sede. (Pierre Lalive, Seminario sobre "L'Arbitraje privée et la Suisse", 1976).

Jan Paulson (The Internacional and Comparative Law Quarterly, volume 30, pág. 358, abril 1981) también analiza la posibilidad de un arbitraje eficaz totalmente desvinculado de la ley de la sede arbitral. Admite que si un arbitraje internacional puede crear obligaciones cuyos efectos no sean reconocidos por la lex fori pero sí en otros Estados, en esa hipótesis la lex fori no sería de lex arbitrii de modo alguno. Todo depende que el país de ejecución legisle —y actúe— en el sentido que un laudo arbitral derivado de un acuerdo contractual sea considerado obligatorio en su territorio, cualquiera que haya sido el lugar donde se dictó. En resumen, el lugar de la sede del arbitraje puede adquirir gran importancia si no se admite el reconocimiento internacional del laudo arbitral dictado con prescindencia de la ley de la sede. Por lo contrario, el lugar de la sede arbitral tendrá sólo una importancia marginal o relativa si la desvinculación del arbitraje respecto a la ley de la sede es aceptada.

---

(10) Pierre Lalive señalado los factores que pueden tener una vinculación significativa dentro del arbitraje comercial internacional:

1) El país de origen del árbitro.
2) El país de origen común de las partes.
3) El país del foro arbitral al que se sometieron las partes.
4) El país donde el laudo posiblemente se ejecutará.
5) El país cuyo sistema de Derecho Internacional Privado ha sido escogido por las partes.
6) El país cuya ley ha sido escogida por las partes para que regule el contrato.
7) El país donde el arbitraje tiene su sede.

Sauser-Hall considera significativos además, el Estado cuyos tribunales judiciales hubieran tenido jurisdicción de no ser por el sometimiento al arbittraje.

Y F. E. Klein estima que no cabe determinar la regla de conflicto sin acudir a la ley que regula el procedimiento (The Art of Arbitration, p. 192 —Essays on Internacional Arbitration— Lieber Amicorum Pieter Sander, 1982.

Nuestra posición es: para que una ley sea aceptada internacionalmente como la *lex arbitrii*, ayudará que haya sido seleccionada tomando en consideración a todas las demás leyes vinculadas al arbitraje.

Si los Estados se ponen de acuerdo en el peso que deben asignar a cada circunstancia vinculatoria, y si este acuerdo se plasma en Tratados multinacionales, o si, mejor aún, se incluyera esta fórmula en las cláusulas arbitrales tipo que propusieran dichos Tratados, ninguno de los Estados partes podrá impugnar la aplicación de la *lex arbitrii* del país que objetivamente cuente, en cada caso, con el mayor peso vinculatorio.

NATURALEZA JURIDICA DEL PRINCIPIO DEL "PATRIMONIO COMUN DE LA HUMANIDAD"

Dr. Felipe PAOLILLO (Uruguay)
Miembro del IHLADI

I. Introducción.

La reciente aceptación de la idea del "patrimonio común de la Humanidad" como un nuevo principio jurídico de Derecho Internacional constituye una expresiva ilustración del "poder de una idea cuyo tiempo ha llegado", al decir de Víctor Hugo.

El "tiempo" de esta idea llegó hacia el final de la década del 60, cuando la comunidad internacional aceptó el hecho de que el orden jurídico internacional vigente resultaba totalmente insuficiente para regular la conducta de los Estados en relación a los fondos oceánicos y sus incalculables riquezas, en un momento en que la complejidad de los intereses políticos y militares en el mar, la creciente importancia de los recursos marinos para satisfacer las necesidades de la Humanidad, el desarrollo de la tecnología marina, y el conocimiento de los perjuicios que la actividad del hombre causaba sobre el medio marino, alteraban sustancialmente las bases sobre las que se había desarrollado el Derecho tradicional. Fue entonces, precisamente el 1 de noviembre de 1967, que el Gobierno de Malta presentó ante la Asamblea General la célebre propuesta según la cual los fondos marinos y oceánicos más allá de la jurisdicción nacional —que en adelante llamaremos "la Zona" (1)— y sus recursos deberían declararse "patrimonio común de la Humanidad" (2), propuesta que estaría destinada a desencadenar un proceso irreversible de cambio y que culminó el 30 de abril de 1982 con la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar.

La idea, sin embargo, precedió por largo período el momento de su ingreso oficial al mundo de las relaciones internacionales y del Derecho internacional. Los estudiosos de estos temas se complacen en recordar, que ya en 1958, nada menos que el Presidente de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas so-

(1) Artículo 1, párrafo 1, de la Convención sobre el Derecho del Mar.

(2) Naciones Unidas, Asamblea. Asamblea General, documento A/6695.

bre el Derecho del Mar utilizó, en su discurso inaugural, exactamente la misma expresión que poco más de veinte años después sería consagrada como uno de los principios básicos del orden jurídico de los océanos. Dijo el príncipe Wan Waithayakon, de Tailandia, en esa ocasión:

> "El mar es patrimonio común de la Humanidad. Por consiguiente, el interés común exige que el Derecho del Mar esté claramente determinado, que regule de una manera justa los diversos intereses en juego y que asegure la conservación de dicho patrimonio en beneficio de todos" (3).

La referencia a este antecedente parece inevitable dada la jerarquía de su autor y la significativa oportunidad en que se hizo esta declaración. Pero los investigadores han remontado cauces más lejanos de la historia del derecho, y con la misma complacencia han descubierto que en 1898 el jurista francés Lapradelle utilizó la expresión "patrimonio de la Humanidad" al referirse al estatuto jurídico del mar (4), y que más de medio siglo antes el eminente pensador latinoamericano Andrés Bello aplicaba la denominación de "patrimonio indivisible de la especie humana" a ciertos bienes comunes que pueden "servir a todos sin menoscabarse ni deteriorarse" (5). Nada parece más natural que encontrar una presencia de América hispana en las raíces de una idea que ha impulsado el desarrollo del Derecho Internacional del Mar.

II. Antecedentes recientes.

Es probable que un ejercicio de arqueología jurídica revele otros antecedentes remotos y recientes de esta idea que debería de fructificar y madurar en la segunda mitad del siglo XX. Más nombres se podrían agregar a la breve y prestigiosa enumeración que hemos hecho precedentemente. Con respecto a los antecedentes recientes, y al margen de los planteamientos puramente doctrinarios, deben recordarse las numerosas iniciativas e ideas elaboradas en el seno de instituciones científicas o de cooperación que precedieron a la propuesta de Malta y que tenían por objeto la internacionalización del mar o de ciertas partes del mismo. El embajador Pardo, representante de Malta, invocó algunos de estos antecedentes en el discurso que pronunciara en la Primera Comisión de la Asamblea General (6) cuando refirió a los trabajos de la Comisión para estudiar la organización de la Paz, de la Asociación de Derecho Internacional y en particular de la Conferencia para la Paz Mundial por medio del Derecho, cuya recomendación sobre el punto citó textualmente (7).

La existencia de un interés de la Humanidad con respecto a los océanos y sus recursos que trasciende los intereses particulares de los Estados fue reconocida a nivel político en más de una oportunidad. En 1966 el presidente Johnson declaraba:

> "Creemos que bajo ninguna circunstancia debemos permitir que la perspectiva de las enormes riquezas minerales cree una nueva forma de competencia colonial entre las naciones marítimas. Debemos tener cuidado en evitar una carrera para apoderarse y retener la tierra que subyace bajo el alta mar. Tenemos que asegurar que los mares y las profundidades oceánicas sean, y continúen siendo, el legado de todos los seres humanos" (8).

Por otra parte, la noción de que la Humanidad posee ciertos intereses o derechos en determinados ámbitos físicos o con relación a determinados recursos aparece en varios instrumentos internacionales con anterioridad al momento en que la delegación de Malta hiciera su propuesta ante la Asamblea General. Dejando de lado las referencias genéricas a la Humanidad que pueden encontrarse en numerosos instrumentos internaciona-

(3) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales, Volumen II, sesiones plenarias, p. 3.

(4) Le Lapradelle: "Le Driot de l'Etat sur la mer territoriale", en Révut Générale de Droit International Public, Tome V, 1898, p. 321.

(5) "Principio de Derecho Internacional", París, 1882, p. 35.

(6) Naciones Unidas, Asamblea General, doc. A/C.1/PV.1589.

(7) "... el Centro para la Paz Mundial por medio del Derecho: 1) Recomienda a la Asamblea General de las Naciones Unidas que formule una proclamación declarando que los recursos del mar que no consisten en la pesca y situados fuera de las agua territoriales de cualquier Estado, así como el fondo marino situado más allá de la plataforma continental, pertenecen a las Naciones Unidas y están sujetos a su jurisdicción y control."

(8) Declaración del presidente Johnson del 13 de julio de 1966. Vale la pena recordar que años más tarde el presidente Nixon haría declaraciones más categórica a este respecto: "La Zona Internacional de los Fondos Marinos debería ser el patrimonio común de la Humanidad y ningún Estado debiera ejercer soberanía o derecho soberanos sobre dicha zona o sus recursos, o, excepto cuando la convención lo autorizara, adquirir ningún derecho o interés con respecto a dicha zona o dichos recursos" (Summary of Provisions of Draft proposed by the United States for a "United Nations Convention on the International Sea Bed Area", en American Journal of International Law, vol. 56, 1971, página 179.

les (9), debe señalarse la creciente frecuencia con que la Humanidad aparece como una entidad colectiva titular de derechos e intereses específicos en tratados y resoluciones de organismos internacionales, así como en otros instrumentos internacionales. Tanto la protección de los derechos humanos como el castigo de ciertos crímenes internacionales y aun el establecimiento de regímenes jurídicos especiales sobre determinados espacios han reconocido a la Humanidad como sujeto de intereses y derechos y como destinataria de beneficios. El Tratado sobre la Antártida, de 1 de diciembre de 1959, invoca en su preámbulo "los intereses de la ciencia y de la Humanidad"; el Tratado sobre Principios que regulan las actividades de los Estados en la exploración y el uso del espacio ultraterrestre, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes, de 27 de enero de 1967, da un paso más adelante, y luego de reconocer en su preámbulo la existencia de un interés común de toda la Humanidad en el progreso de la exploración y de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, dispone en su artículo I que dicha exploración y dicho uso deberán ser realizados en beneficio y en interés de todos los países, independientemente de su grado de desarrollo económico o científico, e "incumben a toda la Humanidad" (10).

Las opiniones doctrinarias, las iniciativas privadas y oficiales, y los actos internacionales citados (que, conviene insistir, constituyen sólo una parte de los antecedentes que podrían mencionarse con respecto a este tema) demuestran que desde antes de que la delegación de Malta planteara su propuesta ante la Asamblea General, y en todo caso antes de que la Asamblea General empezara a ocuparse del problema de los fondos marinos, existía ya una corriente de pensamiento que presentía la necesidad de introducir en el Derecho Internacional nuevos conceptos legales para regular las relaciones entre los Estados en lo que se refiere a cierto tipo de espacio y actividades. Se había intensificado la percepción de la insuficiencia de las concepciones clásicas de soberanía y de libertad para regular situaciones que se planteaban a la comunidad internacional como consecuencia del progreso de la tecnología y de la ciencia. La idea de establecer un nuevo tipo de vínculo jurídico que ligara a la Humanidad con ciertos espacios físicos suscitado desde hace mucho tiempo

(9) Entre otros, la Carta de las Naciones Unidas, cuyo Preámbulo se refiere a la guerra que "ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles", o el Preámbulo del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, de 12 de junio de 1968, que habla de "devastación de la Humanidad por causa de la guerra nuclear".

(10) El Tratado está en vigor en más de 80 Estados.

en el espíritu de algunos pensadores proféticos y había logrado "infiltrarse", aunque de modo muy tímido e impreciso, en el dominio de la política y el Derecho Internacional.

III. Consolidación de la idea.

La iniciativa del gobierno de Malta tuvo, pues, el mérito de haber formulado de un modo concreto, coherente y orgánico ante la comunidad internacional reunida en su más alto y prestigioso foro de negociación, la Asamblea General, una idea que hasta entonces había pertenecido al dominio de la utopía.

La propuesta puso en evidencia que había llegado el momento de superar las especulaciones jurídicas abstractas y las expresiones políticas de buenas intenciones, para pasar a la etapa de la acción mediante el establecimiento de principios y normas jurídicas que regulan aquellos espacios oceánicos cuyos inmensos recursos estaban, por primera vez, al alcance del hombre. No fue sino a partir de la propuesta de Malta que el concepto mostró la riqueza de su contenido y las extraordinarias posibilidades que ofrecía como una herramienta para orientar el desarrollo del Derecho Internacional en la dirección de la justicia y de la paz.

Después de 1967 se multiplicaron las iniciativas privadas y oficiales que proponían diversas formas de internacionalización de los fondos oceánicos y sus recursos (11). Se intensificó la actividad de los organismos internacionales con relación a este problema, y es así que en los años siguientes al de la propuesta de Malta, la Asamblea General adoptó varias resoluciones en las que la Humanidad aparece como sujeto titular de derechos o intereses (12).

Pero es recién, a partir de la adopción de la resolución 2.749 (XXV), que el principio del patrimonio común de la Humanidad puede reclamar su sitio entre los principios fundamentales del Derecho Internacional del Mar. Esta resolución, que contiene

(11) Para una reseña de estas iniciativas, ver: Francisco Orrego Vicuña, "Los Fondos Marinos y Oceánicos", Santiago de Chile, 1976, página 219 y siguientes.

(12) Entre otras, las resoluciones 2.340 (XXII), que reconoce el interés común de la Humanidad en los fondos marinos y oceánicos; 2.467 A (XXIII) y 2.574 A (XXIV), según las cuales la exploración y explotación de los fondos marinos debe hacerse en beneficio de toda la Humanidad independientemente de la situación geográfica de los Estados y tomando en consideración los intereses y las necesidades especiales de los países en desarrollo; y 2.660 (XXV), que reconoce el interés común de la Humanidad en reservar los fondos marinos y oceánicos exclusivamente para fines pacíficos.

la "Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional" (en adelante "Declaración de Principios"), no solamente declara de manera solemne que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como los recursos de la Zona, son patrimonio común de la Humanidad (párr. 1), sino que formula una serie de corolarios derivados de este principio fundamental que constituyen las bases del estatuto jurídico de la Zona.

La adopción de esta resolución —que, como se sabe, contó con el voto afirmativo de 108 Estados, ningún voto negativo y 14 abstenciones— constituye un hito decisivo en la evolución y aceptación del principio del patrimonio común de la Humanidad, pero no es ni el último ni el más importante. Con posterioridad a dicha resolución deben señalarse dos actos internacionales que son los que marcan la incorporación definitiva del concepto al Derecho Internacional: El primero de ellos, es el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, del 18 de diciembre de 1979; el segundo, es la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar, el 30 de abril de 1982. En ambos instrumentos se consagra la idea del patrimonio común de la Humanidad como el principio básico en el que se funda la regulación jurídica de ciertos espacios físicos, la Luna y sus recursos y otros cuerpos celestes, en el primer caso, la Zona y sus recursos, en el segundo.

IV. Carácter legal del principio.

a) *Valor jurídico de la Declaración de Principios.*

¿Puede afirmarse que al cabo de esta sucesión de tratados y decisiones de organismos internacionales el concepto de patrimonio común de la Humanidad ha adquirido una dimensión legal?, y si la respuesta es afirmativa. ¿Se trata de una norma jurídica de aplicación inmediata o de un principio general que requiere para su aplicación la elaboración de reglas más concretas? ¿O estamos simplemente ante un principio perteneciente al dominio de la filosofía, de la moral o de la política?

Tanto el Acuerdo que rige las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, como la Convención sobre el Derecho del Mar, establecen de modo categórico que la Luna y sus recursos, en el primer caso, y la Zona y sus recursos, en el segundo, son patrimonio común de la Humanidad, y formulan una serie de normas que regulan la conducción de las actividades de exploración y explotación de sendos espacios físicos y

sus recursos, que en su conjunto constituyen un sistema jurídico especial basado en el concepto de patrimonio común de la Humanidad. Pero ninguno de los dos Tratados ha entrado en vigor, y la Declaración de Principios, en donde se formulan por primera vez las normas fundamentales del orden jurídico aplicable a la Zona y sus recursos, está contenida en una resolución de la Asamblea General, cuyos efectos jurídicos son, en el mejor de los casos, muy controvertibles. Es, precisamente, más con relación a la Zona y sus recursos que con relación a la Luna y sus recursos, que se ha desarrollado la polémica en torno a la naturaleza jurídica del concepto de patrimonio común de la Humanidad. Ello se debe a que se conoce con mayor precisión la naturaleza y magnitud de los recursos minerales de la Zona que los de la Luna, así como al hecho de que el desarrollo de la tecnología relacionada con la minería marina ha permitido encarar la explotación comercial de los primeros dentro de un futuro muy cercano. La discusión de este problema se intensificó en los últimos años debido a que algunos Estados han promulgado leyes regulando las actividades de exploración y explotación que sus empresas o sus nacionales emprendan en la la Zona (13). Como consecuencia de la adopción de las legislaciones nacionales, se han multiplicado los estudios que intentan demostrar la legalidad o la ilegalidad de la regulación unilateral de las actividades de la Zona a la luz del Derecho Internacional.

La controversia entre los sostenedores y los opositores del contenido legal del principio del patrimonio común de la Humanidad aplicado a la Zona y sus recursos se ha desarrollado casi enteramente alrededor del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General. De este modo se repitieron, con relación a la resolución 2.749 (XXV), los argumentos que se han venido desarrollando desde hace tiempo con respecto a la generalidad de las resoluciones de la Asamblea General.

Quienes se oponen a reconocer al principio del patrimonio común de la Humanidad un contenido jurídico insisten en la naturaleza de las decisiones de la Asamblea General que, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y con la intención de sus autores, tienen un carácter meramente recomendatorio. Debe recordarse que una propuesta para dar a la Asamblea General el poder de adoptar decisiones obligatorias fue rechazada en la Conferencia de San Francisco.

(13) Dichos países son: Estados Unidos, República Federal Alemana, Japón, Inglaterra, Francia y la Unión Soviética. Otros países industrializados tienen proyectos de legislación similares a la de los países citados.

Agregan los partidarios de esta posición que, en el caso particular de la resolución 2.749, se puede demostrar, en base a los antecedentes, que no era la intención de quienes presentaron el proyecto de resolución, ni de quienes lo revisaron, el establecer, por medio de una resolución de la Asamblea General, un régimen jurídico obligatorio que rigiera en la Zona, sino simplemente un conjunto de directivas sobre las cuales dicho régimen sería establecido más adelante (14).

Por otro lado, los partidarios de asignarle un efecto jurídico a las resoluciones de la Asamblea General hacen caudal del hecho de que en este caso particular la resolución 2.749 (XXV) ha sido adoptada por una enorme mayoría de los miembros de dicho órgano sin que se registrara ningún voto negativo. De este modo, el contenido de la Declaración refleja la posición de la comunidad internacional respecto al estatuto jurídico que debe regular los fondos oceánicos. En este sentido se afirma que la Declaración contiene los principios y las reglas que la comunidad internacional entiende que deben de aplicarse a la Zona y sus recursos, lo cual se ve confirmado, según los sostenedores de esta posición, por los antecedentes de la resolución que demostrarían la clara intención de formular un principio jurídico. En este sentido, las declaraciones del embajador Pardo son muy elocuentes:

> "Para mi delegación, el concepto de patrimonio común no es un lema; no es uno de varios principios más o menos deseables, sino la base misma de nuestros trabajos; es la llave que abrirá la puerta del porvenir. Es un nuevo principio jurídico que deseamos introducir en el Derecho Internacional; es un principio jurídico que, a nuestro juicio, debe ser reconocido si queremos que la comunidad internacional haga frente de modo constructivo y eficaz al desafío, cada vez más complejo, que todos debemos aceptar en los decenios venideros" (15).

Esta posición se ve robustecida por el hecho de que la comunidad internacional reconoció, en la parte introductoria de la propia resolución 2.749 (XXV), "que el actual régimen jurídico de la alta mar no proporciona normas sustantivas que refulen

(14) Ver, por ejemplo, declaraciones de los delegados de Australia y la Unión Soviética en UN doc. A/C.1/PV.1767 y A/C.1/PV.1979 (1970).

(15) Jiménez de Aréchaga: "International Law in the Last Third of the Century", Academia de Derecho Internacional, *Recueil de Cours*, Volumen I-1978, p. 31; Arrow, "The customary norm process in the Deep Sea-Bed", en Ocean Development and International Law, volumen IX, No. 1-2, p. 24 y sgtes.

la explotación de la Zona y la explotación de sus recursos". La formulación de reglas de conducta con relación a la Zona, hecha a continuación de la verificación de la ausencia de normas aplicables a dicho espacio, no pueden tener otro propósito que llenar un vacío legal con reglas de carácter obligatorio.

La doctrina moderna ha llegado a la conclusión de que las resoluciones de la Asamblea General, si bien no pueden ser consideradas como una nueva fuente de Derecho Internacional, pueden en algunos casos influir de manera decisiva en la formación de una norma consuetudinaria.

Ciertas resoluciones de la Asamblea General, cuando se dan determinadas circunstancias, pueden constituir un factor de formación o cristalización de normas consuetudinarias. Las resoluciones que contienen declaraciones generales pueden eventualmente recoger normas consuetudinarias preexistentes, contribuyendo a precisar su contenido y alcance mediante su formulación escrita; o pueden contener normas *in status nascendi*, acelerando así su proceso de cristalización; o, por último, pueden contener disposiciones que constituyen normas de *lege ferenda*, que sirven de base para una práctica concordante de los Estados que transformará esa regla en una norma obligatoria de Derecho Internacional.

No es posible formular una conclusión general sobre los efectos legales que sean aplicables a todas las resoluciones de la Asamblea General que contienen Declaraciones. La determinación de dichos efectos ha de hacerse en cada caso particular, examinando cuidadosamente.

> "... cada disposición o párrafo de una resolución determinada, teniendo en cuenta, entre otras consideraciones, la redacción del texto, el apoyo obtenido en la votación, las declaraciones hechas por los miembros durante el proceso de deliberaciones y la conducta subsecuente de los Estados (y de las propias Naciones Unidas), con respecto a cada resolución" (16).

A la luz de estas consideraciones, y en particular de los criterios precedentes transcritos, parece difícil negar a la Declaración de Principios todo efecto legal. Es un hecho de que la intención manifiesta de muchas delegaciones fue la de establecer un principio jurídico sobre el que se basara el régimen legal que sería aplicado a la Zona y sus recursos. Aun adoptando la posición menos favorable al reconocimiento del valor jurídico

(16) Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 31.

de la Declaración de Principios, resulta imposible considerar como conforme al derecho la ejecución de actos incompatibles con su contenido. La Declaración impone, como mínimo, la obligación de los Estados que participaron en su adopción o no se opusieron a ella de abstenerse de realizar actos contrarios a su contenido, en aplicación del principio de buena fe. A ello se agrega la circunstancia de que la resolución 2.749 (XXV) fue aprobada por una inmensa mayoría de los miembros de la Asamblea General (108) sin votos negativos y con 17 abstenciones. Tal como afirma Lissitzyn:

> "Si tales declaraciones emanan de un gran número de Estados y se refieren a una cuestión legal, ellas deben ser vistas en ciertas circunstancias como indicaciones de un consenso general que llega a formar una norma general de derecho internacional" (17).

b) *La práctica de los Estados.*

El intento de determinar la naturaleza jurídica del principio del patrimonio común de la Humanidad en función exclusivamente de los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General no resulta actualmente el enfoque más adecuado para llegar a una solución correcta. Al no tener en cuenta factores que influyeron en la evolución del concepto con posterioridad a la fecha de adopción de la Declaración de Principios, este criterio nos proporciona una visión parcial y limitada del problema.

En primer lugar corresponde señalar la existencia de una práctica incipiente de los Estados con posterioridad a la adopción de la Declaración de Principios en base a la cual sería posible concluir que el carácter obligatorio del principio ha sido aceptado por lo menos en aquellos aspectos más generales que se traducen en una obligación de no hacer. La práctica es relevante por cuanto los actos que la constituyen emanan de aquellos Estados que estarían en condiciones de realizar actividades en la zona, al margen del régimen legal establecido. Dichos Estados han promulgado leyes que regulan unilateralmente la realización de actividades en la Zona por parte de sus empresas o sus nacionales. A pesar de que estas legislaciones han sido consideradas por los países integrantes del grupo de los 77 como

(17) International Law Today and Tomorrow, p. 34.

violatorias de la Declaración de Principios (18) y, por tanto, según el grupo, violatorias del Derecho Internacional, resulta interesante verificar que los Estados que las han promulgado se han abstenido de hacer reivindicaciones a cualquier título sobre la Zona o de proclamar derechos exclusivos sobre la Zona y sus recursos. No lo han hecho en ocasión de la promulgación de dechas legislaciones nacionales ni en ningún otro momento, a pesar de que algunos voceros de dichos países siguen manteniendo que los fondos oceánicos y sus recursos son *res nullius* y, por tanto, apropiables por el primero que esté en condiciones de hacerlo. Las legislaciones unilaterales, por lo demás, contienen algunos elementos que suponen el reconocimiento del régimen internacional, que se aplicará a la Zona, y el derecho de conceder permisos que dichas legislaciones regulan no se basa en el ejercicio de soberanía, ni confiere derechos exclusivos a quien los recibe (19).

Por otro lado debe tenerse presente que, tanto el principio como sus corolarios, han sido incorporados en el Acuerdo sobre la Luna y otros cuerpos celestes y en la Convención sobre el Derecho del Mar. Aunque, como se ha dicho, ninguno de los dos Tratados han entrado en vigor (en el momento de escribirse estas líneas el segundo todavía no había sido abierto para la firma), no puede restarse importancia al hecho de que en dos instancias y con referencia a espacios diferentes, la mayoría de los Estados de la comunidad internacional se han puesto de acuerdo para consagrar el principio como norma legal. A ello debe agregarse que el progreso de negociación, que se desarrolló por un período de más de ocho años en el seno de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, se basó en la aceptación de la idea, por parte de todos los Estados de la comunidad internacional, de que el principio del patrimonio común de la Humanidad debía aplicarse a dicha Zona y a sus recursos y debía ser el fundamento del orden jurídico a establecerse en dicho espacio. En ningún momento, durante el largo y difícil proceso de negociación, hubo un Estado que objetara el principio como fundamento básico de las negociaciones ni propuso regímenes alternativos. El principio ha sido explícita o implícitamente aceptado por la comunidad

(18) Ver sobre este punto: Oxman, "The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Seventh Session (1978)", en American Journal of International Law, No. 73, 1978, p. 33; Orrego Vicuña: "National Laws on Seabed Explotation: Problems of International Law", en Lawyer of the Americas, vol. 13, No. 2, 1980, pp. 139 y siguientes; y Jon Van Dyke and Christopher Yuen: "Common Heritage" vs. "Freedom of the High Seas": Which Governs the Seabed?, en San Diego Law Review, vol. 19, No. 3, 1982, p. 539.

(19) Declaración del Grupo de los 77, 1.ª sesión de la Conferencia.

internacional y ha constituido la idea central en torno a la cual se elaboró la organización del régimen aplicable a la Zona, aun cuando en muchas instancias existieron profundos desacuerdos con respecto a su contenido. La prueba de esta aceptación es que los proyectos presentados por los diferentes países o grupos de países ante la Comisión de los Fondos Marinos o durante las sesiones de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar que se referían al régimen de la Zona, a la creación de un organismo internacional para administrar la misma y a las condiciones en que ha de llevarse a cabo la exploración y la explotación de dicha Zona y de sus recursos, reiteran, desarrollan o, en todo caso, presuponen la vigencia del concepto del patrimonio común de la Humanidad como principio sobre el cual ha de vertebrarse el régimen jurídico de la Zona y sus recursos y los aspectos institucionales y operativos de su administración. Inclusive dentro del grupo de aquellos países que niegan todo efecto jurídico a la resolución 2.749 (XXV), se expresó en forma reiterada la adhesión al principio y su aceptación como base indispensable para las negociaciones.

c) *La presunta ambigüedad del concepto.*

Otra razón por la que se le niega al principio del patrimonio común de la Humanidad un contenido legal en su presunta ambigüedad. Se ha sostenido que el concepto carece de especificidad y que por ser tan impreciso y ambiguo resulta imposible atribuirle contenido legal (20). Ni cuando fue propuesto por la delegación de Malta, ni durante las deliberaciones que siguieron a dicha iniciativa, se contó con una definición del principio que permitiera determinar con certeza su alcance. Lo mismo puede decirse después que la Declaración de Principios y la propia Convención fueron adoptadas. Por otra parte se ha dicho que con anterioridad a la Declaración no existía una práctica de los Estados que permitiera determinar el contenido del Principio (21). También se sostuvo que era imposible poner en práctica el Principio, que dicha idea estaba reñida con la realidad, que su aplicación no haría más que crear confusión, y que contradecía los principios de Derecho Internacional firmemente establecidos (22).

(20) Arrow: *Op. cit.*, p. 28; Gorove: "The Concept of Common Heritage of Mankind: A political, moral or legal innovation?", en *San Diego Law Review*, 1972. p. 402.

(21) Arrov: *Op. cit.*, p. 24 y sgtes.

(22) Comité de Fondos Marinos, A/AC.138/SC.1/SR.8, 13, 14 y 15.

A las objeciones basadas en la falta de contenido jurídico de la expresión "patrimonio común de la Humanidad" y en la ausencia de una práctica de los Estados puede replicarse con el agudo comentario del representante del Brasil, quien afirmó que "los conceptos jurídicos no son sólo teorización de las normas y prácticas jurídicas anteriores, sino también conceptos creadores de los que surgen tales normas y prácticas. Si la Humanidad se hubiese limitado siempre a aplicar conceptos jurídicos ya existentes no se hubieran desarrollado los sistemas jurídicos y el derecho no habría cumplido su adecuada función en el progreso social" (23).

Por otra parte, el argumento de que el concepto no ha sido definido y que en consecuencia, al no conocerse su contenido con exactitud no puede ser aplicado en la práctica, no resulta del todo convincente. En ningún momento, ni siquiera cuando Malta presentó la propuesta, la idea fue tan imprecisa como lo sostienen sus opositores. Si bien nunca se proporcionó una definición del concepto, desde los momentos iniciales el embajador Pardo formuló una serie de precisiones acerca de cómo debía de entenderse la propuesta formulada en nombre de su Gobierno, expresando que el concepto tendría las siguientes características:

> "Así, pues, el concepto del patrimonio común implica la noción del uso pacífico, ya que es evidente que el uso militar de los fondos oceánicos podría menoscabar o poner en peligro el bien común. El concepto del patrimonio común implica no sólo la libertad de acceso y el uso por aquellos que tienen una parte de ese patrimonio, sino también la reglamentación de este uso a fin de conservar el patrimonio y evitar que se infrinjan los derechos de otros. La reglamentación del uso lleva implícita, desde luego, la responsabilidad en caso de abuso. Por último, este concepto, supone la distribución equitativa de los beneficios de la explotación del patrimonio" (24).

En todo caso, si la ambigüedad del concepto pudo en algún momento ser un obstáculo para reconocer su carácter de principio legal, debe de aceptarse que este obstáculo ha sido removido después de la resolución 2.749 (XXV) y, en particular, después de la aprobación de la Convención sobre el Derecho del Mar. La Declaración de Principios formula una serie de principios y normas que claramente desarrollan el concepto del pa-

(23) Naciones Unidas, Asamblea General, Documentos Oficiales, A/C.1/PV.1674.

(24) Naciones Unidas, Asamblea General, doc. A/C.1/PV.158, 9.ª sesión.

trimonio común de la Humanidad y que proporcionan una idea precisa de sus implicaciones legales. La aplicación de algunas de estas reglas requiere, ya sea la formulación de disposiciones más concretas o el establecimiento de mecanismos de ejecución o sanciones. Pero estos principios son lo suficientemente precisos como para indicar, por lo menos, lo que los Estados deben abstenerse de hacer.

La aplicación de algunos de estos principios o normas requiere, ya sea la formulación de disposiciones más concretas o el establecimiento de órganos o mecanismos de ejecución, o de un sistema de sanciones. Por ejemplo, uno de los corolarios más importantes del concepto del patrimonio común de la Humanidad es el de que la exploración de la Zona y la explotación de sus recursos se realizarán en beneficio de toda la Humanidad (párrafo 7 de la Declaración de Principios). Para hacer efectivo este principio y para asegurar una participación equitativa de los Estados en los beneficios de la exploración y explotación de la Zona y sus recursos (párrafo 9) será indispensable establecer un régimen que rija dichas actividades y que incluya un "mecanismo internacional apropiado". Dicho régimen y dicho mecanismo ya han sido establecidos en la Convención sobre el Derecho del Mar, pero hasta tanto ésta no entre en vigor y el mecanismo creado (la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, en adelante "la Autoridad") no se ponga en funcionamiento, no podrá asegurarse la participación equitativa de los Estados en los beneficios que se deriven de la explotación de la Zona. Es obvio que esta circunstancia no permite concluir que el concepto del patrimonio común de la Humanidad carece de dimensión legal, sobre todo teniendo en cuenta que si bien la idea del reparto equitativo de beneficios requiere la aplicación efectiva del régimen internacional y el funcionamento de la Autoridad, otros corolarios del principio pueden considerarse "self-executing", es decir, para su cumplimiento no se requiere la adopción de normas complementarias. Esto es particularmente cierto en relación al corolario que se formula en el párrafo 2 de la Declaración de Principios, y según el cual ningún Estado reivindicará ni ejercerá soberanía ni derechos soberanos sobre la Zona o parte de ella, ni podrán los Estados o las personas naturales o jurídicas, apropiarse de la misma por medio alguno. Este corolario impone una obligación de abstenerse que los Estados y los otros sujetos obligados deben conservar y están en condiciones de hacerlo sin que se requiera el cumplimiento de ninguna condición adicional.

La Convención sobre el Derecho del Mar desarrolla los principios contenidos en la Declaración; establece un régimen que

regula las actividades de exploración y de explotación en la Zona; crea el mecanismo internacional encargado de administrar la Zona y sus recursos y de aplicar el régimen legal establecido, y organiza un sistema de solución de controversias que se relacionen con las actividades que se realicen en la Zona. Las disposiciones relativas a estos temas, y contenidas en la Parte IX de la Convención y en los Anexos III y IV, fueron trabajosamente negociadas en el seno de la Conferencia a lo largo de más de ocho años, con la participación de casi todos los países del mundo. Las discrepancias que retardaron la adopción de la Convención se derivaron de diferencias existentes entre ciertos grupos de países con relación a la manera como debían de regularse algunos aspectos específicos y concretos del régimen de exploración, no habiéndose registrado en ningún momento discrepancias en torno a los caracteres esenciales del Principio del patrimonio común de la Humanidad y de sus corolarios tal como se formulan en la Declaración de Principios. La Convención fue adoptada por una amplia mayoría apabullante (130 votos contra 4, y 17 abstenciones). De los cuatro negativos, sólo uno (el de los Estados Unidos) fue motivado por insatisfacción con ciertas disposiciones de la Parte XI y del Anexo III, que se referían a aspectos específicos del régimen de explotación, no a los elementos esenciales de los principios aplicables a la Zona.

A esta altura, pues, no parece posible insistir sobre la ambigüedad del concepto de patrimonio común de la Humanidad ni seguir sosteniendo que dicho concepto pertenece al dominio de la moral, de la filosofía o de la política (25), o que puede ser aceptado meramente como "una importante exhortación, una especie de directiva política" (26), o que en el mejor de los casos es una fórmula que debería servir de pauta para que los Estados elaboraran un régimen jurídico para aplicar a la Zona en el futuro. La expresión "patrimonio común de la Humanidad" ha adquirido, en virtud de los desarrollos de que ha sido objeto en las convenciones sobre la Luna y otros cuerpos celestes y en particular en la Convención sobre el Derecho del Mar, un contencioso jurídico innegable. La determinación precisa de este contenido jurídico puede dar lugar a discrepancias, pero esto es lo que ocurre con la mayoría de los conceptos básicos de cualquier orden jurídico sin que por ello se le niegue su naturaleza legal.

---

(25) Gorove: *Op. cit.*, p. 402.

(26) L. Goldie: "A General International Law Doctrine for Seabed Regimes", en *International Lawyer*, vol. 7, 1973, p. 796 y sgtes.

V. Contenido del principio.

a) *Naturaleza de la relación jurídica.*

La aplicación del principio del patrimonio común de la Humanidad a ciertos espacios y bienes tiene como consecuencia el establecer una relación jurídica entre un sujeto de derechos, la Humanidad, y dichos espacios o bienes.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esa relación? No se trata de una relación de soberanía, que caracteriza la relación entre los Estados y las personas o territorios que están sometidos a su poder supremo y excluyente. Tampoco se trata de una relación de propiedad. El embajador Pardo omitió deliberadamente el uso de la palabra "propiedad" porque:

> "La propiedad es una forma de poder. El concepto de propiedad, tal como lo hemos heredado de los antiguos romanos, implica *el jus utendi et abutendi* (derecho de usar y de abusar). La idea de propiedad implica y pone excesivo énfasis en un sólo aspecto: La explotación de los recursos y el beneficio que se deriva de dicha explotación."

En la visión de Pardo (confirmada por la ulterior evolución del concepto tal como éste se refleja en la Declaración de Principios y en la Convención del Derecho del Mar, el patrimonio común de la Humanidad autoriza el uso del Estado o persona en calidad de propietario; supone la administración del bien (no sólo administración de los recursos, sino administración de todos los usos posibles), con vistas a asegurar el goce compartido de sus beneficios, y con vistas también a transmitirlo para que sea compartido por las futuras generaciones. La expresión "patrimonio común" denota, según los antecedentes, algo más que la simple posesión de un bien y el derecho de beneficiarse con su explotación: Se impone a la Humanidad la obligación de cuidar el bien y de preservarlo. Al respecto ha dicho Zuleta:

> "El concepto de patrimonio común implica, en consecuencia, un equilibrio necesario de derechos y obligaciones, en particular la obligación de proteger y preservar el patrimonio, de modo de asegurar la obtención de beneficios a aquellos que tienen derecho a los mismos." (27).

Probablemente la idea esté dada con mayor claridad por la palabra inglesa "heritage", que sugiere la posesión de un bien,

(27) "The New Law of the Sea: Balance of rights and duties", discurso pronunciado en el Seminario de la Academia Internacional de La Haya, octubre, 1981.

o el derecho a algo, por alguien en razón de su nacimiento o que alguien recibió de sus antepasados (28).

La idea de que el patrimonio común pertenece no a una generación determinada o a quienes integran la Humanidad en un momento dado, sino que tiene permanencia y beneficia también a las generaciones futuras, ha sido recogida de manera expresa en el Acuerdo sobre la Luna, cuyo artículo 4, párrafo 1, dispone que la exploración y utilización de la Luna incumbirán a toda la Humanidad y se efectuará en provecho y en interés de todos los países, teniéndose debidamente en cuenta "los intereses de las generaciones actuales y venideras".

Descartando todo parentesco con las nociones de soberanía y de propiedad, muchos autores han buscado derivar la noción del patrimonio común de la Humanidad de ciertas instituciones originadas en sistemas legales imperantes en algunos grupos sociales primitivos (29), o en el derecho romano (tal como el concepto de dominio público, algo que pertenece al Estado y que es usado en beneficio de todos los integrantes del mismo), o con nociones más modernas tales como la de "propiedad social".

La búsqueda de similitudes entre el patrimonio común de la Humanidad y conceptos propios de otros órdenes jurídicos puede ser objeto de una interesante investigación, pero puede no ser el mejor camino, ni el más seguro, para conocer el contenido y las características del principio.

En incontables ocasiones en el curso de las deliberaciones que tuvieron lugar en el seno del Comité de los Fondos Marinos, así como durante las negociaciones que precedieron la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar, se puso de relieve el carácter original y revolucionario del concepto. En lugar de establecer comparaciones y paralelismos con nociones e instituciones aparentemente similares, corresponde aceptar el carácter innovativo del principio y analizar su contenido a la luz de los desarrollos que el mismo ha tenido en los instrumentos internacionales más recientes. En ninguno de éstos se ha formulado una definición del concepto, pero sí se han establecido cuáles son las consecuencias jurídicas de su aplicación, lo que nos permitirá deducir cuáles son sus características principales. En el párrafo siguiente se analizan, de modo muy sumario, cuatro de las características que a nuestro juicio revisten mayor importancia.

(28) Arnold: "The Common Heritage of Mankind as a Legal Concept", en International Lawyer, vol. 9, No. 1, p. 154.

(29) Arnold, *op. cit.*

b) *Características de la relación jurídica.*

INAPROPIABILIDAD.

La Declaración de Principios, en sus párrafos 2 y 3, así como la Convención sobre el Derecho del Mar (Art. 137) y el Acuerdo sobre la Luna (Art. 11, pars. 2 y 3) establecen el principio de la inapropiabilidad del patrimonio común de la Humanidad. En la Convención, la prohibición de apropiarse o de ejercer soberanía o derechos soberanos sobre la Zona, o parte de ella o sus recursos, es absoluta. "Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la Humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables", expresa el párrafo 2 del artículo 137. Sin embargo, la misma disposición agrega que los minerales de la Zona podrán enajenarse con arreglo a la Convención y a las normas que dicte la Autoridad. Esta contradicción, que lo es sólo en apariencia, se explica si tenemos en cuenta que la Convención en su artículo 133 define los recursos como aquellos que se encuentran *in situ* en la Zona; una vez que los mismos son extraídos de la Zona se denominan "minerales", a los efectos de aplicación del régimen internacional. Ello quiere decir que, en tanto que ni la Zona ni los recursos que se encuentran en ella pueden ser susceptibles de apropiación por parte de los Estados o de otros sujetos de derecho, ni ser objeto del ejercicio de soberanía ni de derechos soberanos, los minerales extraídos pueden ser reivindicados o adquiridos (art. 137, pár. 3) siempre que su extracción y su enajenación se hagan de acuerdo con las disposiciones de la Convención.

En el Derecho del Mar tradicional se había hecho ya una distinción semejante entre el medio físico que no es susceptible de apropiación y los recursos contenidos en él. Es el caso del alta mar, a la que se le reconoce el carácter de bien común o de bien de uso común, incompatible con toda forma de apropiación por parte de los Estados. Pero esta circunstancia no impide que los recursos vivos que lo habitan puedan ser objeto de apoderamiento. No obstante, existe una importante diferencia entre el caso del alta mar y el caso de los fondos marinos, ya que en tanto que en el alta mar existe libertad para realizar actividades de explotación de los recursos vivos, en los fondos marinos las actividades "relacionadas con la exploración y explotación de los recursos de la Zona y demás actividades conexas se regirán por el régimen internacional que se establezca".

ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN INTERNACIONAL.

La Declaración de Principios, en su párrafo 4, dispone que "todas las actividades relacionadas con la exploración y explotación de los recursos de la Zona y demás actividades conexas se regirán por el régimen internacional que se establezca". La Convención sobre el Derecho del Mar ha establecido este régimen internacional que no sólo determina quienes son los sujetos que están autorizados para realizar operaciones de exploración y explotación en la Zona sino que, además, regula, en algunos casos de manera muy detallada, las condiciones de acceso a la Zona, la forma en que las operaciones han de ser conducidas, el control de estas operaciones por parte de la Autoridad, las limitaciones a la producción de minerales extraídos de la Zona, las contribuciones financieras que los contratistas deberán aportar a la Autoridad, las obligaciones que los mismos contraen al obtener un contrato, etc. El régimen internacional está dotado de un mecanismo institucional, la Autoridad, encargado de administrar la Zona y sus recursos en nombre de la Humanidad (30).

El régimen internacional establecido en la Parte XI de la Convención, y en los Anexos III y IV, se aplica exclusivamente a las actividades de exploración y explotación de los recursos de la Zona. De acuerdo con el Artículo 1, párrafo 3, de la Convención, por "actividades en la Zona" debe entenderse únicamente las actividades de exploración y explotación de los recursos de la Zona, dejándose de lado lo que en la Declaración se denomina "actividades conexas". Esta definición restrictiva fue el resultado de una larga y compleja controversia entre el grupo de países industrializados, que proponían limitar el alcance de la expresión "actividades en la Zona" a las actividades de exploración y explotación, y el grupo de los países en desarrollo, que proponía darle a la expresión un sentido que cubriera todo tipo de actividad que pudiera llevarse a cabo en la Zona. Al prevalecer finalmente la concepción restrictiva, actividades conexas, tales como la investigación científica marina en la Zona, quedaron excluidas del régimen internacional establecido por la Convención, lo cual no quiere decir que la Convención no se ocupe de este tipo de actividades o que la Autoridad no tenga competencia con relación a ellas. Los artículos 143 y siguientes establecen reglas generales sobre algunas de dichas actividades.

(30) Sobre los aspectos legales e institucionales de la Autoridad, ver del autor "La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos", en Economía de los Océanos, CEPAL, Vol. 1, p. 201 y sgtes.

FINES PACÍFICOS.

La tercera característica importante del patrimonio común de la Humanidad es la que dicho patrimonio debe ser utilizado exclusivamente para fines pacíficos. Como lo expresó el embajador Pardo, al explicar el contenido del concepto, "el patrimonio común implica la noción del uso pacífico, ya que es evidente que el uso militar de los fondos oceánicos podría menoscabar o poner en peligro el bien común". La obligación de utilizar el patrimonio común de la Humanidad exclusivamente para fines pacíficos aparece en los párrafos 5 y 8 de la Declaración de Principios, pero en tanto que primero pone el acento en el carácter igualitario y no discriminatorio del derecho de los Estados a utilizar la Zona con fines pacíficos, el segundo se refiere, de modo específico, al principio de la reserva de la Zona exclusivamente para fines pacíficos y dispone que deberán concertarse, lo antes posible, uno o más acuerdos internacionales para aplicar efectivamente este principio y para dar un paso hacia la exclusión de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo de la carrera de armamentos. La Convención sobre el Derecho del Mar no hace más que transcribir, con ciertas variantes, en su artículo 141, el párrafo 5 de la Declaración de Principios y se abstiene de reproducir o de desarrollar el principio contenido en el párrafo 8 de dicha Declaración. Como este párrafo prescribe la concertación de acuerdos para la aplicación del principio del uso pacífico de la Zona, la Convención no contiene ninguna elaboración de este principio, cuya regulación es dejada a otros foros. No obstante, el artículo 138 de la Convención dispone que, los Estados deberán conducirse en relación con la Zona de acuerdo con los principios incorporados en la Carta de las Naciones Unidas y otras normas de Derecho Internacional. Ello quiere decir que, entre otras cosas, los Estados deberán abstenerse de utilizar la Zona para amenazar o para usar de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (art. 2, pár. 4 de la Carta de las Naciones Unidas). Este Principio se encuentra expresamente establecido en el Acuerdo sobre la Luna. En el Artículo 3, párrafo 2, de dicho acuerdo se prohíbe recurrir, en la Luna, no solamente a la amenaza del uso de la fuerza, sino también "a cualquier otro acto hostil o a la amenaza de esos actos".

BENEFICIO DE LA HUMANIDAD.

El párrafo 7 de la Declaración de Principios dispone que "la exploración de la Zona y la explotación de sus recursos se

realizarán en beneficio de toda la Humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya se trate de países ribereños o sin litoral y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los países en desarrollo".

En la Convención este Principio fue objeto de una elaboración, que fue fuertemente resistida por algunos países. Esta elaboración consistió en incluir a los "pueblos que no hayan logrado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 1.514 (XV) y otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General".

La inclusión de manera expresa de los pueblos que no hayan logrado la plena independencia como uno de los beneficios de la realización de actividades en la Zona fue una de las causas por las cuales los Estados Unidos votaron contra la aprobación de la Convención. La Convención agrega además que la distribución de los beneficios se hará de manera equitativa sobre una base no discriminatoria. La Convención no establece cuáles son los criterios para realizar este reparto equitativo ni la forma en que este reparto se va a hacer, pero dispone que, a tales efectos, la Asamblea de la Autoridad ha de aprobar normas, reglamentos y procedimientos sobre la recomendación que le haga el Consejo de la Autoridad.

La aplicación de este corolario del principio del patrimonio común de la Humanidad tiene como consecuencia el de hacer aparecer a la Humanidad, por primera vez en la historia del Derecho Internacional, como titular de un interés directo, de contenido económico, que está por encima de los intereses particulares de los Estados y que es más que la mera suma de sus intereses. Tal como se ha dicho:

> "... en el contexto de los fondos marinos... la Humanidad comienza a afirmarse en tanto que realidad en formación.
>
> Este contexto ha permitido que se supere la etapa de la simple referencia teleológica para reconocer a la Humanidad una existencia jurídica antes de conducirla progresivamente sobre la vía de una existencia real." (31).

c) *La Humanidad como titular del "patrimonio común de la Humanidad".*

La Humanidad es una entidad abstracta e indivisible, que carece de medios institucionalizados de expresión y, sobre todo,

(31) Annick de Marffy: "La genese du nouveau droit de la mer", Paris, 1980, p. 184.

de una dimensión jurídica real. El ejercicio efectivo de los derechos que la Declaración de Principios y la Convención de reconocen está supeditado a la existencia de una real capacidad de acción de la que, por el momento, la Humanidad carece. Por su naturaleza, ella no podrá ejercer estos derechos de modo directo, por lo cual deberá valerse de representantes o intermediarios. ¿Pero quién representa a la Humanidad? ¿A través de qué personas o entidades, por medio de qué mecanismos puede ejercer los derechos de que es titular?

Se ha afirmado que no puede considerarse a la Humanidad como una entidad legal perfecta mientras carezca de "unidad política", es decir, de una autoridad que haya sido debidamente investida con el poder de actuar en su nombre. Si esto es así, puede afirmarse que cuando la Convención sobre el Derecho del Mar entre en vigor esta carencia estará subsanada y tendrá lugar la aparición de un nuevo sujeto de Derecho en el campo internacional. En efecto, la Convención sobre el Derecho del Mar, a diferencia del Acuerdo sobre la Luna, contiene numerosas disposiciones destinadas a solucionar el problema de la representación de la Humanidad. En el Artículo 156 se crea la Autoridad cuya organización y competencia se describen en los siguientes artículos de la Convención y en varias disposiciones de los Anexos III y IV.

La Autoridad representa a la Humanidad. El Artículo 137, párrafo 2, dispone que: "Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la Humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad". Del mismo modo el Artículo 153, que establece el sistema de exploración y explotación de la Zona y sus recursos, dispone que la Autoridad organiza, realiza y controla las actividades en la Zona "en nombre de toda la Humanidad".

Ningún Estado o grupo de Estados posee títulos para asumir la representación de la Humanidad ni ningún otro sujeto existente de derecho internacional tiene competencia para desempeñar dicha función. Sin embargo, los Estados son las únicas instituciones que, actuando conjuntamente, pueden lograr el máximo grado de representatividad. Por eso la Autoridad se ha concebido como una organización de naturaleza intergubernamental, con vocación universal.

La Autoridad estará integrada por Estados, representados por sus gobiernos, y sus decisiones no serán más que la expresión de la voluntad colectiva de esos gobiernos. En consecuencia, la efectividad de la Autoridad estará supeditada al cumplimiento cabal de su vocación universalista, esto es, al hecho de que llegue a estar integrada por todos los Estados, o por el mayor

número posible de ellos, para asegurar de este modo una fiel representación de la Humanidad.

En cierto modo la Autoridad tiene un doble rol que ninguna otra organización internacional, ni siquiera la ONU, ha tenido hasta el presente: por un lado constituye el foro de expresión y de negociación del conjunto de Estados Partes de la Convención. La Autoridad es el instrumento internacional por conducto del cual los Estados Partes organizan y controlan la actividad que se lleve a cabo en la Zona, según se expresa en el Artículo 157, párrafo 1. Entre la Autoridad y los Estados Partes existe una relación semejante a la que vincula cualquier otra organización internacional con sus miembros. Pero la Autoridad es algo más que el medio de expresión colectiva de sus miembros; es, además, el órgano que representa a la Humanidad. Es obvio que no es posible identificar a la Humanidad con la suma de los Estados Partes ni siquiera cuando el número de éstos coincida con el número de Estados que forman la comunidad internacional.

El carácter representativo de la Autoridad incidirá en varias maneras sobre su naturaleza y su funcionamiento. La idea de presentar el interés común de la Humanidad por una organización internacional altera el esquema tradicional de relaciones que el legislador internacional enfrenta habitualmente al formular las reglas que gobiernan una organización internacional. En este caso no se trata de asegurar el equilibrio entre los intereses contradictorios de los Estados, sino de coordinar, o más bien subordinar, los intereses de éstos al interés superior y prioritario de la Humanidad.

Una nueva forma de cooperación.

Como la satisfacción del interés de la Humanidad constituye el móvil prevalente de las actividades de la Autoridad, la acción internacional que ella desarrolle estará dotada de una unidad de propósito que, junto a la peculiar naturaleza de sus funciones (producción y administración de recursos naturales), requiera de los Estados participantes una actitud más cooperativa que la que se requiere en otras organizaciones internacionales. Esta es una condición indispensable para asegurar la efectividad de la nueva organización.

El funcionamiento efectivo de la Autoridad exige una nueva concepción de la cooperación internacional, basada en la idea de que la solución de los problemas de desarrollo del tercer mundo ya no se plantea sólo en términos de ayuda, asistencia o preferencias. Ahora se requiere un nuevo enfoque que implica el reordenamiento general de las relaciones internacionales. La naturaleza y el alcance de los problemas económicos y so-

ciales que afectan al mundo son tales, que el esfuerzo que se realice para solucionarlos sólo puede provenir de la acción conjunta y general de todos los países. La responsabilidad por la solución de los problemas mundiales de desigualdad, pobreza, contaminación, inflación e inseguridad no puede quedar en manos de ciertos países actuando aisladamente, o de ciertos grupos de países. Se requieren formas de cooperación global en las que se comprometen la voluntad y la acción de todos los protagonistas que actúan en el escenario internacional, lo cual descarta el enfoque tradicional de la cooperación fluyendo en una sola direción, de los países industrializados (sujetos donantes) a los países en desarrollo (sujetos recipientes).

Este cambio de enfoque, que conduce de la cooperación tradicional de carácter "asociativo", está alimentado en gran parte por la idea de que los países con diferente grado de desarrollo o con diferente sistema económico tienen, en el mediano y largo plazo, más intereses comunes que contrapuestos. La existencia de intereses mutuos prevaleciendo por encima de intereses opuestos constituye la premisa de la que se derivan vinculaciones de carácter asociativo entre países industrializados y países en desarrollo.

En la nueva forma de cooperación que la Convención sobre el Derecho del Mar parece anunciar, todos los países se unen en una empresa común para la consecución del mismo objetivo, que es el de explotar los recursos minerales de los fondos marinos, proporcionar al mundo ciertos productos básicos indispensables, y distribuir equitativamente los beneficios de dicha actividad. No existen en este caso donantes y recipientes, sino socios que se unen para administrar y explotar un bien que les pertenece en común. Es una cooperación que entraña una asociación creadora, una participación activa y convergente de todos los protagonistas. Ello exige la disposición de todos los Estados para combinar sus recursos financieros y tecnológicos, su capacidad empresarial, su mano de obra, y, sobre todo, su voluntad política, de modo tal que puedan desarrollarse, por primera vez en la historia de las relaciones internacionales, actividades industriales y comerciales conducidas por instituciones internacionales de naturaleza intergubernamental y destinadas a beneficiar a todos los habitantes del planeta.

El sistema establecido en la Convención, de acuerdo con el cual todos los Estados Partes participan en la administración y explotación de los recursos de la Zona por medio de la Autoridad, que actúa en función de los intereses de la Humanidad, puede constituir el modelo de una nueva forma de cooperación aplicable en el futuro a otras áreas de la actividad humana.

Como consecuencia de lo que antecede, se proponen las siguientes conclusiones:

1.º En el transcurso de los últimos años el concepto del patrimonio común de la Humanidad ha sido objeto de un proceso de creciente formalización a través de su incorporación al texto de varios tratados y de numerosas decisiones de organismos internacionales, lo cual, unido a la práctica estatal sostenida que se manifiesta en declaraciones oficiales, negociaciones y otros actos internacionales cumplidos por los Estados y que reconocen implícitamente o se basan en dicho principio, demuestran la existencia de una convicción generalizada en cuanto a su carácter legal, y por tanto obligatorio.

2.º El contenido del principio se ha ido definiendo como resultado de las negociaciones que han precedido su inclusión en los textos internacionales y de la elaboración doctrinaria que ha acompañado ese proceso, de tal manera que actualmente existe un acuerdo en lo que respecta a su alcance general y a sus consecuencias jurídicas más importantes.

3.º El principio del patrimonio común de la Humanidad entraña un principio de justicia distributiva y como tal tiende a corregir las inquietudes existentes entre los Estados resultantes de factores naturales, históricos o políticos. La aplicación del principio a espacios y a recursos naturales tiende a lograr una distribución más equitativa de la riqueza, que responda a la satisfacción de las necesidades reales de los pueblos en desarrollo, y no a la superioridad tecnológica y financiera de algunos Estados. Constituye, por tanto, un instrumento eficaz para la construcción de un nuevo orden económico internacional.

4.º Los Estados de la esfera iberoamericana deberían de esforzarse en consolidar al Principio como un principio jurídico, participando en la conclusión de acuerdos u otros instrumentos internacionales que lo consagren, o ratificando o accediendo a aquellos tratados que se basan en él.

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

HUGO LLANOS: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Vol. 2

El profesor Hugo Llanos Mansilla ha publicado recientemente el segundo volumen de la obra "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público" (Editorial Jurídica de Chile, 1980, 634 págs.), la que ha recibido el máximo galardón conferido por el Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, con ocasión del bicentenario del natalicio de Andrés Bello, en 1981. Se distinguió la obra en referencia, como la mejor publicación chilena de Derecho Internacional Público de los últimos años.

Esta obra forma parte de una serie que abarca las materias tradicionalmente comprendidas en un curso general de Derecho Internacional. Un primer volumen, publicado en 1977, dedicado a las fuentes del Derecho Internacional, introdujo el tema con un provocativo capítulo en que Charles de Vischer (Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público, Barcelona, 1962, páginas 94-99) se preguntaba acerca de la existencia real de una comunidad internacional. El autor no tomó partido en esa polémica, dejando planteadas las opciones al lector. Este es camino que sigue el segundo volumen, dedicado al Estado como sujeto de Derecho Internacional.

La metodología seguida es, en consecuencia, aquella que consiste en presentar las posibles alternativas en torno a las principales tesis que se hubieran enunciado en torno a una cuestión, tanto por la doctrina como a través de la jurisprudencia de las cancillerías y de los tribunales internos e internacionales. Es a través del estudio de tesis doctrinales, confrontadas a casos concretos, e ilustradas con escritos de connotados autores, que el profesor Llanos permite al alumno construir sus propios argumentos, avanzar conclusiones, y facilita al profesor el trabajo de preparación y de guía al estudiante, además de que proporciona al diplomático antecedentes de gran valor.

El mérito principal de la obra deriva, entonces, de la presentación de un Derecho Internacional en acción, una práctica constante, aunque no siempre uniforme y, en particular, el comportamiento de los Estados, que se manifiesta a través de diversos órganos que intervienen en sus relaciones exteriores. La tarea de mantener al día los conocimientos en esta rama del Derecho, explicar la práctica de los Estados y, en particular, exponer la del propio país, no es fácil, ni se emprende todos los días. La obra del profesor Llanos es una excepción al respecto.

Lejos de posiciones doctrinales rígidas y con un amplio acopio de antecedentes, el autor presenta el capítulo sobre la jurisdicción del Estado. El tema posee el mayor interés, no sólo porque pertenece a la esencia misma de la subjetividad del Estado, sino porque frente a él adquieren relevancia las teorías acerca del territorio y se suscitan las cuestiones relativas a las inmunidades de jurisdicción. La atención que diversos países han prestado a este punto en los últimos años, incluyendo Chile, Estados Unidos, y los miembros del Consejo de Europa, entre otros, es una prueba de su vigencia. El autor explica además la doctrina del "Act of State", de aplicación en sistemas jurídicos anglosajones, en especial por Estados Unidos.

Las proposiciones e interrogantes que contiene este libro, de utilidad innegable en la consulta y en la decisión de alto nivel, tanto para el alumno como para quien tiene mayores responsabilidades, hacen esperar una continuación fructífera del trabajo en otros volúmenes que completen las materias tratadas o que revisen, cuando llegue la hora, los ya editados. Estos antecedentes deben servir para que se le reconozca a la obra el lugar que merece dentro de la literatura jurídica del mundo hispano.

María Teresa INFANTE CAFFI
Profesora de Derecho Internacional
Universidad de Chile

BLANCO GASPAR, VICENTE: *El voto ponderado*. Premio Luis García Arias. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid, 1981. Distribuido por Editorial Revista de Derecho Privado. XVI + 228 pp.

La *Revista Española de Derecho Internacional* ha tenido la amabilidad de pedirme un comentario sobre el libro de reciente aparición del profesor Blanco Gaspar. Es para mí un placer atender a esta petición de una revista del prestigio de nuestra querida *REDI* y lo es también porque conozco la obra mencionada y de esta manera puedo contribuir a su mayor difusión en el mundo jurídico.

La obra se inscribe —como lo han señalado los profesores Miaja de la Muela y Sohn, en sus prefacios y prólogo respectivos, que encabezan, después de la presentación que yo mismo hago, el cuerpo del libro del profesor Blanco Gaspar— dentro del marco de los esfuerzos encaminados a la consecución de la paz de una manera moderna, científica y práctica.

En el mundo jurídico de la tarea por la obtención de una paz duradera, existen numerosos planes y propuestas que, a lo largo de los siglos, han ido configurando la temática de los propios organismos internacionales y muy especialmente de la organización mundial de las Naciones Unidas. Algunos de ellos y algunas de las realizaciones incluyen un sistema de voto ponderado. En la medida en que la Organización es más técnica y contiene elementos mensurables, la aplicación de dicho sistema se hace más plausible. Conforme la organización que se quiere obtener, como consecuencia del éxito del plan o propuesta ofrecidos, es más genérica, menos técnica y en definitiva con una vocación más universitaria, el voto ponderado deja paso a la representación proporcional.

Ambos, como señala el autor del libro, son dos momentos distintos conceptualmente y escalonados, en principio, en el tiempo, de la expresión de la voluntad del Estado, en el caso del voto ponderado, y de los individuos, en el de la representación proporcional.

La obra pasa revista analíticamente a los datos que el autor ha recogido a lo largo de más de diez años de estudio, desde que empezara a tratar el tema con el profesor Sohn en la Universidad de Harward, animado por el profesor Miaja de la Muela, y de esta manera ha llegado a recopilar en sus 228 páginas una temática rica y dispersa en las bibliotecas de varias universidades, entre las que se incluyen algunas europeas.

En un capítulo preliminar analiza la utilización de sistemas de ponderación desde la Liga de Licia hasta la todavía non nata Autoridad de los Fondos Marinos, haciendo historia de las principales organizaciones internacionales que han incorporado dicho sistema de ponderación, como son los acuerdos de productos básicos, o la Agencia Internacional de Energía. También examina, a título comparativo, el sistema de representación proporcional en las constituciones estables, tanto federales como unitarias.

A continuación aparece un estudio histórico doctrinal de planes de ponderación, del que es de destacar el llamado "gran designio" de Enrique IV, por la influencia que tuvo no sólo en sus contemporáneos, sino también en los años venideros.

Además del capítulo preliminar, la obra se compone de tres capítulos en los que se tratan, respectivamente, de la población como criterio de ponderación, de la ponderación mediante la combinación de factores y del marco orgánico de operación. La dedicación de un capítulo entero a la población es el resultado de la realidad doctrinal que, en su gran mayoría, se ha pronunciado, sobre todo, conforme nos vamos acercando a la época ac-

tual, por el criterio que ha parecido más objetivo y más acepble por todos los países, es decir, aquel que solamente tiene en cuenta las cifras de población para la adjudicación, sea de votos, en un sistema de voto ponderado, sea de representantes, en un sistema de representación proporcional, en donde se produce altas cotas de supranacionalidad.

El capítulo primero estudia fundamentalmente los métodos utilizados para traducir en términos de votos o representantes las cifras de población. Estos métodos son el del divisor, el de los grupos y el matemático; teniendo el primero de ellos unas variantes que se concretan en los casos de ponderación en más de una cámara, en la ponderación indirecta por reestructuración de unidades políticas y en variantes dentro del divisor propiamente dicho. Dentro del método del divisor las cifras utilizadas como tal van desde 100.000 a 25.000.000 siendo la más utilizada la de 1.000.000 y la de 5.000.000, que ha recibido la aceptación de prácticamente todo el plan de los autores CLARK y SOHN, en su obra a favor de una reestructuración de la Organización de Naciones Unidas, para dar a ésta la eficacia necesaria a sus fines. De esta obra es de destacar el libro *La Paz mundial por el derecho mundial* (traducción española de E. Jardi), Madrid, 1961.

El método de los grupos tiende a reducir las diferencias entre cifras que, en tanto que divisores darían amplias distancias en términos de votos o representantes. Dentro de este método hay dos tendencias, la que utiliza, sobre todo, cifras de población y la que presta atención fundamentalmente a la posición relativa de cada país en términos distintos a la población. El método matemático cierra el capítulo primero dedicado a la población para ofrecer fórmulas que tienden a una mayor precisión, aunque no por ello eliminen los elementos políticos que en último término son decisorios para la adopción de un sistema de ponderación.

El capítulo segundo introduce otros factores, que añade a la población. Es decir, recoge los planes de ponderación en los cuales se produce una combinación de factores. Estos son, además de la población, la contribución a la organización, y, de manera menos importante a estos efectos, la economía y el nivel educativo, el potencial económico y la situación del país. El capítulo segundo termina con el estudio de los factores distintos a la población, manejados por diversos planes, entre los que es de destacar el de William Penn.

El capítulo tercero recoge el marco orgánico de operación, en el que se desenvuelve para diversos planes la utilización de un sistema de ponderación. En este sentido el libro divide

los planes según puedan ser encasillables en una, dos o tres cámaras y ofrece el concepto de voto combinado, que, en definitiva, tiende a hacer superfluo el sistema de división en cámaras a efectos del voto. Dentro de este capítulo tercero, el autor analiza los sistemas propuestos por los diferentes autores de planes de voto ponderado o de representación proporcional para el acceso a las cámaras, es decir, para obtener el acta de diputado en el caso de la representación proporcional.

El libro del profesor Blanco Gaspar se completa por un lado con el tema de la representación marginal negativa y positiva, es decir, la no inclusión y la inclusión, respectivamente, de ciertas zonas de la población, en el cómputo base de la ponderación, y la representación corregida, cuya finalidad fundamental consiste en reducir las diferencias existentes entre los países muy poblados y los más pequeños o menos poblados, que, de esta manera, aunque su fuerza en términos de voto quede reducida por el sistema, conservarían una proporcionalidad que justificaría la aplicación del mismo. En definitiva, la ponderación corregida responde a la doble necesidad de reducir distancias en el sistema de voto ponderado y, además, de conservar una cámara legislativa manejable desde un punto de vista numérico, en el caso de la representación proporcional.

La introducción del libro explica la temática doctrinal sobre la soberanía como obstáculo a la supranacional y el desarrollo del concepto de organización supracional como base del mundialismo, que en la conclusión al libro, aparece como una consecuencia de las tendencias que se van diseñando en la evolución desde el Estado unitario a la sociedad internacional integrada. Como base de esta evolución, el voto ponderado constituye la expresión de la voluntad del Estado camino hacia la integración, y la representación proporcional el medio de concretar la formación de la voluntad integrada de la población sin el intermediario estatal.

La obra del doctor Blanco Gaspar ofrece, además del panorama descrito, un método y sistematización que la convierten en un instrumento indispensable para el conocimiento de este capítulo del Derecho Internacional, hacia el cual caminamos a nivel mundial y del que son ejemplos los organismos que el propio autor analiza en su obra. Para mejor facilitar el acceso del lector al libro, el autor ha incluido en el mismo, además de un índice sistemático y de la bibliografía, dividida en planes y libros, publicaciones en revistas y recopilaciones diversas y documentos, un índice alfabético y ocho cuadros que permiten obtener un esquema altamente visualizable del tema tratado.

Sería ocioso explicar con más detalle la obra del profesor Blanco Gaspar, sobre todo en su conexión con los estudios rea-

lizados en otros campos del Derecho Internacional y en el marco de su carrera universitaria y diplomática, ya que en la nota biográfica que sobre el mismo aparece al final del libro pueden verse estos extremos, aunque sea con la necesaria síntesis que toda nota biográfica requiere.

Antes de terminar este comentario desearía unirme a las palabras del llorado profesor Miaja de la Muela, en el prefacio al libro del profesor Blanco Gaspar, que escribe: "el lector encuentra el producto de una crítica realista tan lejana del pesimismo sistemático como del optimismo ingenuo, de mucho de lo que ha sido pensado y escrito para conciliar la eficacia de la cooperación internacional con la soberanía de los Estados". También creo que tiene razón el profesor Sohn al señalar que el libro "puede haber sido la última palabra sobre el tema", y que "el momento de realizar esta idea está llegando, y todos deberíamos agradecer que el autor haya hecho el enorme esfuerzo de reunir para nosotros esta información de una manera tan clara y tan bien organizada".

Finalmente, desearía destacar también las palabras del profesor Sohn en relación con otra obra del doctor Blanco Gaspar, *La agresión internacional intentos de definición*, publicada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas en 1973, ya que muestran la tendencia claramente pacifista de la obra del autor del libro aquí comentado. En efecto, el mencionado profesor señaló en el año en que iba a discutirse en la Asamblea General de Naciones Unidas, y más tarde a adoptarse la resolución correspondiente, que la obra del profesor Blanco Gaspar sobre la agresión contenía los elementos necesarios para estudiar el tema, con la valentía y lucidez que eran necesarios para la adopción de una definición de agresión que pudiera aspirar a su finalidad de paz.

José Luis de AZCARRAGA

AZCÁRRAGA, JOSÉ LUIS DE: *Derecho del Mar* (2 tomos).—Publicaciones del Departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1983; 598 pp.

La profunda transformación que en el curso de los últimos años —y concretamente tras la aprobación de la reciente Convención de las Naciones Unidas, firmada en Jamaica el 10 de diciembre de 1982— ha experimentado el Derecho del Mar, hacen de esta disciplina un centro de atención vivo y dinámico,

cuya renovada preocupación por adaptarla a nuevos tiempos y formas está perfectamente justificada. Y así lo ha entendido el Ministro Togado de la Armada y categrático de Derecho Internacional don José Luis de Azcárraga, que con indudable oportunidad y aciertos nos ofrece su *Derecho del Mar*, en cuidada y manejable edición de fácil y agradable lectura —dentro de su rigor científico—, asequible no sólo a los estudiosos del tema, sino al simple español medio interesado en materias de vigente actualidad.

Porque uno de los aspectos más importantes de esta nueva y a la vez antigua rama del Derecho Internacional es que su rico y vario contenido se proyecta con vigoroso impulso hacia el futuro. Así varias de sus aportaciones más importantes; la zona económica exclusiva; la exploración y explotación de los recursos del mar, *patrimonio común de la Humanidad;* la preservación del medio ambiente; el principio de aprovechamiento óptimo de los recursos vivos del mar y la investigación científica de los océanos, por mencionar algunas de las más destacadas, están llamadas a aportar valiosas contribuciones a la doctrina futura del derecho de gentes. El profesor Azcárraga —destacado especialista— es consciente de ello, y así deja constancia en esta obra, desde la que el derecho de los espacios oceánicos se proyecta en un área que invita al estudio y la reflexión, a la vez que requiere del interés y el talento de las nuevas generaciones de internacionalistas jóvenes.

La tarea acometida por el profesor Azcárraga en esta bien trazada trayectoria revitalizadora de nuevos conceptos, es encomiable, porque en el derecho de los espacios marítimos han surgido en el curso de los últimos tiempos numerosas instituciones y abundantes ordenamientos legales que exigían un enfoque actual, en el que la solvencia científica pueda encajar perfectamente con la claridad expositiva y la sencillez del tratamiento.

Y ello, a mi juicio, constituye uno de los aciertos más logrados de este libro, que no cabe duda estaba haciendo falta dentro de la historiografía de las modernas relaciones internacionales, sobre todo en un momento en que abierta la nueva Convención del Derecho del Mar, corresponde a la comunidad internacional de naciones su aceptación o su rechazo.

Sobre la base de su *Derecho Internacional Marítimo* (Ariel, 1970), agotado ya hace años, el profesor Azcárraga ha revisado, actualizado y completado una tarea a todas luces necesaria. El proceso emergente del nuevo Derecho del Mar lo exigía así, y junto a viejos términos desfasados han surgido nuevas contribuciones y aflorado recientes planteamientos que era

necesario conocer y analizar. Ello lo consigue su autor plenamente, sin que, por otra parte, relegue a un segundo plano toda la problemática del Derecho Internacional Marítimo en tiempos de paz y de guerra, en la que el medio marino y el buque de guerra, convenientemente actualizados, jueguen papeles primordiales.

¿Se ha construido veraz y eficazmente un nuevo orden marítimo internacional, tras la esperada finalización de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar? He aquí un interrogante aún no resuelto, pero a cuya interpretación y comprensión contribuyen eficazmente los dos tomos del *Derecho del Mar* del profesor Azcárraga (el primero de exposición y doctrina y el segundo de valioso apoyo en textos legales) que, a buen seguro, por su indudable utilidad e impecable estilo obtendrá en breve tiempo la acogida que merece.

José CERVERA PERY

NOTICIARIO

XIII CONGRESO DE IHLADI

BREVE CRONICA DEL MISMO

XIII CONGRESO DE IHLADI

Breve crónica del mismo.

En Lima, capital del Perú, la Ciudad de los Reyes, se reunió el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, con objeto de celebrar su Decimotercer Congreso, que albergó, generosidad de su Comisión Organizadora, en el Hotel Bolívar, con objeto de celebrar su XIII Congreso, que albergó con la a una numerosa pléyade de juristas de nuestra comunidad.

El evento tuvo lugar a lo largo de los días 8 al 13 de noviembre de 1982. organizándose, al final, una interesante excursión a la Ciudad Imperial de Cuzco y ruinas del Machu-Pichu, por especial invitación del Presidente de la República, Arquitecto Fernando Belaunde Terry, y no faltaron tampoco otros actos sociales y culturales, de los que seguiremos dando cumplida referencia, en el Palacio de Torre Tagle, Concejo Provincial, Palacio Presidencial, Panteón de los Próceres, Residencias particulares del Dr. Aramburú y de los señores Embajadores de Argentina y España, Corte Suprema de Justicia, Municipalidad de Lima Metropolitana, Municipalidad de San Isidro, donde se perennizó en su parque la memoria de Fray Francisco de Vitoria, con un monumento y, por último, en el Salón de Grados del ex convictorio de San Carlos en la Universidad de San Marcos, Decana de América, donde tuvo lugar la solemne Sesión de Clausura del Congreso.

En la Sesión Inaugural o de instalación del Congreso, en el Salón Noble del Palacio de Torre Tagle, sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, bajo la presidencia del Jefe del Estado, Presidente Constitucional de la República del Perú, Arquitecto Fernando Belaúnde Terry y con asistencia del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Javier Arias Stella y de numerosos Miembros del Cuerpo Diplomático. extranjeros acreditados en Lima, y autoridades estatales, judiciales, locales y universitarias, amén de todos los colegas, Miembros y Asociados del Instituto, con su Presidente, Dr. Aramburú Menchaca, y el antiguo Miembro de Honor, ex Presidente de la República y del Tribunal Internacional de Justicia, Dr. Bustamante y Rivero.

En dicha Sesión Inaugural se pronunciaron varios discursos, comenzando por el del Doctor Azcárraga, Secretario General del IHLADI, del tenor siguiente:

"Excmo. Sr. Presidente de la República y Presidente de Honor del XIII Congreso, excelentísimo señor Ministro de Relaciones Exteriores, Excmo. Sr. Presidente saliente del IHLADI, Ministro del Medio Ambiente de Venezuela, Dr. Febres Pobeda; Excmo. Sr. Presidente del Instituto, Dr. Aramburú Menchaca; Excmo. Sr. Miembro de Honor, Dr. Bustamante; señores Miembros del Consejo Directivo, señoras y señores:

Se cumplieron ya doce años desde que esta misma ciudad de Lima, capital del Perú hermano, albergase, con gran generosidad, al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional en su VIII Congreso, y hoy volvemos de nuevo a ser recibidos con las mismas hidalguía y hospitalidad, para dar inicio a nuestros trabajos y debates científicos en torno a unas Ponencias redactadas por ilustres juristas y Profesores de nuestra Comunidad y el deseo vivamente mantenido por el IHLADI a lo largo de sus treinta años largos de vida, en pro de la justicia universal, la primacía del derecho y la *tranquilitas ordinis*, que es nuestro lema querido, del "sosiego ordenado" de San Agustín.

No voy a consumir muchos minutos en esta inicial intervención, que hago, como es costumbre, en mi condición de Secretario General, para ofrecer un breve balance de lo actuado desde el último XII Congreso, celebrado brillantemente en la ciudad venezolana de Mérida en 1980, bajo la presidencia del Dr. Carlos Febres Pobeda, que hoy también ocupa un sitial de honor en esta Mesa presidencial.

En este lapso de tiempo que media entre los dos Congresos, redacté y distribuí entre todos nuestros colegas un breve folleto que contenía los Acuerdos de la Reunión de Mérida, otro que recoge los vigentes Estatutos, tal como fueron modificados y aprobados por la misma, un nuevo Prontuario del IHLADI, con la nómina actualizada y, finalmente, el volumen 6 del *Anuario*, en el que fundamentalmente, junto a diversos Estudios y Notas sobre problemas jurídico-internacionales, se incorporaba la crónica del Congreso merideño, con la referencia íntegra de los discursos y demás intervenciones orales. Asimismo, se publicó el libro titulado *El Voto Ponderado*, del Dr. Blanco Gaspar, que obtuvo, por unanimidad de su Jurado Calificador, el Premio "Luis García Arias", que había sido instituido y sufragado por el Gobierno venezolano.

Al propio tiempo, mantuve una nutrida correspondencia con distintos colegas, y los españoles tuvimos, asimismo, la gozosa

ocasión de recibir en Madrid a numerosos Miembros y Asociados, quienes tuvieron oportunidad de visitarnos, manteniendo así el fuego sagrado y la llama de nuestros comunes afanes.

Nos encontramos aquí jurisinternacionalistas de 18 países de nuestra comunidad hispano-luso-americana, pero justo será recordar que se advierte la huella profunda de quienes en los últimos años nos dejaron... Miaja de la Muela y de No Louis (de España), Rojas Garcidueñas (de México), Fabregas y Garay (de Panamá), Capurro (de Paraguay) y Ferrero, García Bedoya, García Salazar y García Sayán (del Perú). Para ellos nuestro emocionado recuerdo.

Sin embargo, por el contrario, debemos felicitarnos y enorgullecernos por el hecho de que uno de nuestros ilustres Miembros, el mexicano Alfonso García Robles, ha obtenido el valioso Premio Nobel de la Paz este mismo año y Pérez de Cuéllar, que aunque no sea miembro del IHLADI, ocupa el alto puesto de Secretario General de las Naciones Unidas.

Como resultado de las elecciones, nuevos Asociados vienen a enriquecer nuestra nómina, así como algunos alcanzaron la condición de Miembros. Confiamos plenamente en todos en su colaboración entusiasta y muy valiosa.

En estas tres décadas últimas el IHLADI sigue vivo y pujante, justificando que sus raíces calaron muy hondo y en buen terreno y que podemos continuar, con renovado brío, nuestra andadura, una andadura que hoy, en esta centenaria Ciudad de los Reyes, y en este Perú entrañable, del que fue zahorí —en frase del ilustre Raúl Porras Barrenechea— el alavés Pascual de Andagoya, el de la ruta inicial, antes de Pizarro, de cuyo paisanaje quiero presumir, con la coincidencia, también alavesa, de Francisco de Vitoria, el verdadero fundador del Derecho de Gentes en la noción moderna, que ahora utilizamos y de cuya disciplina o de materias análogas y personal diplomático fueron ilustres epígonos los peruanos José M.ª de Pando, José Silva Santisteban, Luis Eugenio Albertini, Ribeyro, Ulloa, Sotomayor, Vigil, Vivanco, Vidaurre, Valverde, Arias, Tudela, Deústua, Belaunde, Bustamante y Rivero, y tantos otros que tienen continuidad doctrinal y científica entre los actuales Profesores y diplomáticos, juristas que asisten a este Congreso bajo la Presidencia del Dr. Andrés Avelino Aramburú Menchaca, para el que nos permitimos augurar el mayor de los exitos."

A continuación, en nombre de los Congresistas de lengua portuguesa, hizo uso de la palabra la doctora brasileña Gilda Maciel Corrêa Meyer de Russomano, en una breve pero muy bella y poética intervención.

Seguidamente el Presidente saliente del Instituto, Dr. Carlos Febres Pobeda, Ministro del Medio Ambiente de Venezuela, en breves palabras, agradeció la colaboración que todos los Miembros y Asociados del IHLADI le habían prestado durante su etapa de Presidente e hizo augurios para el éxito del Congreso de Lima, cuya amable hospitalidad habían ofrecido los colegas peruanos.

A continuación, pronunció una brillante disertación el nuevo Presidente del XIII Congreso y del Instituto, Dr. Andrés Avelino Aramburú Menchaca, que se transcribe:

"Esta segunda cita, en la ciudad de Lima, de los jurisinternacionalistas de la comunidad hispano-luso-americana tiene doble significación. En primer término, por el rol protagónico que la historia reservó a nuestra capital en la promoción del orden internacional. Su ínclito destino se inicia hace cuatro siglos con los concilios de Santo Toribio de Mogrovejo y llega hasta nuestros días con la nueva Constitución del Perú, la primera en el mundo que consigna el propósito de organizar una comunidad de naciones. Entre una y otra fecha están la convocatoria al Congreso de Panamá, hecha desde Lima por Bolívar y Sánchez Carrión y los congresos americanos de Lima del siglo XIX, destacados por Ulloa para indicar que Lima fue. durante más de medio siglo, baluarte de la libertad de América. hasta llegar a la célebre Declaración de Lima de 1938, cuyos principios recogen tanto la Carta de la Naciones Unidas como la de la Organización de los Estados Americanos.

En segundo lugar. debemos resaltar la significación de nuestra cita aquilatando las responsabilidad que ha asumido el Instituto al convocarla, consciente de las circunstancias por las que estamos atravesando. Tal responsabilidad adquiere singulares y augustos perfiles debido a los auspicios recibidos del Gobierno del Perú, al cual expreso el reconocimiento de nuestro Instituto. Especialmente a usted, señor Presidente, que por Resolución Suprema ha dado a nuestro Congreso carácter oficial y acrece su prestancia al dignarse presidir esta sesión inaugural.

Es para mí muy grato, señores congresistas, dar a ustedes la bienvenida en nombre de la comisión organizadora del Congreso y cumplo con expresarles mi honda gratitud por la generosidad con que me han elegido, por segunda vez, Presidente del Instituto, dándome la oportunidad de presidir este Congreso. Reitero aquí todo lo manifestado hace dos años en Mérida, cuando ustedes designaron como sede de la próxima cita al Perú, gracias al desprendimiento de Costa Rica, representada por ese gran humanista que es Fabio Fournier.

Dada la calidad de los ponentes del Congreso que nos reúne hoy, del prestigio de que gozan en los círculos académicos, no nos sorprende el alto nivel científico de sus planteamientos y no dudamos del éxito que alcanzarán las deliberaciones.

No será necesario destacar las razones por las cuales se dudó de la posibilidad de reunir el Congreso en la fecha prevista, pero hacemos constar que jamás vacilamos en llevarla a cabo, venciendo obstáculos grandes, convencidos de que se está abriendo la puerta para una nueva etapa en la Historia de nuestra Comunidad de Naciones. Pero sí nos es grato destacar aquellas que explican el entusiasmo desplegado para realizar la reunión. No se oculta a los señores congresistas —a cuya generosidad tanto debo— que de este momento histórico pueden previsiblemente derivarse tomas de posición sustanciales en la arena internacional capaces de conducir a nuestros pueblos hacia un destino intuido, hasta ayer, como algo remoto, pero que ahora emerge, más que como una esperanza, como un imperativo.

Desde el fin de la segunda guerra mundial y, no obstante, el sistema creado en San Francisco para afianzar la paz y la seguridad, lo característico del período histórico que nos ha tocado vivir, ha sido la zozobra padecida, con guerras frías y calientes, expresión acuñada hace cinco siglos por el infante don Juan Manuel, nieto de Fernando el Santo, como enseñó sabiamente don Luis García Arias, fundador y Secretario general de nuestro Instituto, de imperecedera memoria para sus colegas. discípulos y amigos.

Ese padecimiento ha estado motivado por luchas cruentas entre países nacidos a la vida soberana al comenzar nuestra época, y sin olvidar las grandes diferencias que existen, se asocian en nuestro pensamiento con la convulsionada época y los choques fratricidas de nuestra emancipación en el siglo XIX. Podría pesarse que tales expresiones de violencia son producto de la inmadurez y que siempre ha sido así. Pero también cabe recordar que en las actuales guerras de los pueblos recientemente emancipados, como ocurrió en nuestro caso, existen intereses extraños que las fomentan y hasta participan en ellas abierta o solapadamente.

Se puede o no coincidir con la acción adoptada en los diferentes casos por las organizaciones internacionales en los distintos puntos del planeta. Pero no puede desconocerse que sus

resoluciones concordaron en lo fundametal, o sea, en el propósito de mantener o restaurar la paz y vienen evitando la propagación de conflictos que tan seriamente han amenazado con una nueva conflagración mundial. En esos conflictos hemos visto atónicos la adopción de impredicibles banderías. Pero, si somos realistas, recordemos que esto no es cosa nueva en la política internacional.

Estas reflexiones nos conducen a sopesar la magnitud de sucesos que nos ha tocado vivir con tanta angustia este año y que pueden marcar nuevos rumbos para que nuestros pueblos logren la realización de su destino como Estados auténticamente soberanos y llamados a integrarse en una comunidad de naciones. Así lo preceptúa la nueva Constitución del Perú.

Aquí tenemos, los que confiamos en el triunfo del Derecho sobre la fuerza, una cantera preciosa que nos indica que siempre hay recursos para la solución de controversias y que no hay problemas que no puedan encontrarlas si se les sitúa en su verdadera dimensión, sin apasionamientos nacionalistas, ni oscurantistas fanatismos, ni alardes imperiales fuera de época. Todo esto lo rechaza el mundo civilizado de nuestro tiempo, en el que, como dijo Friedman, hemos pasado de la era de la coexistencia a la era de la cooperación internacional. Pero sobre todo es necesario recordar que el elemento decisivo está en la buena fe de los gobernantes, como señaló Aldous Huxley al ocuparse de un delicado conflicto sudamericano.

Esta idea debe ser para nosotros como la estrella que guió a los Magos hacia la cuna del Redentor. No la perdamos de vista ni dejemos de buscarla entre los oscuros nubarrones que, hoy mismo, pretenden ocultarla en tantos lugares del mundo, inclusive en este hemisferio, desde las gélidas aguas del Antártico hasta las volcánicas tierras que quiso unir Morazán, pasando por las tórridas selvas amanzónicas de oriente y occidente, llamadas a la integración para el desarrollo de sus pueblos a los que la Providencia bendijo con ellas.

La fe en el triunfo del Derecho sólo cabe si respetamos el Derecho. Pueden presentarse y, de hecho, se presentan casos en que la solución alcanzada mediante tratados, laudos arbitrales o fallos judiciales no satisfacen las aspiraciones de las partes, convencida cada cual de su razón, con buena fe, como señalaba el maestro Raúl Porras Barrenechea. Pero no olvidemos que si el fin ideal del Derecho es la realización de la justicia, el beneficio inmediato de las soluciones ejecutoriadas es la paz. Debemos por eso sostener que el orden jurídico generado por esas soluciones debe ser respetado si queremos vivir en paz y si creemos que ésta sólo puede darse en una comunidad jurídica-

mente organizada que sepa respetar los mecanismos de paz constituidos para alcanzar ese fin. Especialmente la santidad de los tratados y la fuerza de la cosa juzgada.

Ninguna obra humana es perfecta. Los tratados, los laudos y los fallos de los tribunales internacionales son obras humanas. Recordemos con Goethe que "poderosa es la ley, pero más poderosa en la realidad", y con San Agustín, "que la prudencia es la adaptación a la realidad de nuestras mentes".

Ha llegado el momento de nuestra madurez. A corto plazo, España y Portugal se convertirán en nuevos miembros de la Comunidad Europea con sus trascendentales consecuencias en el orden político, económico y militar. Esto no los apartará de nosotros. Debemos desde ahora considerarlos como voceros nuestros y algún día los veremos, quizá, actuar como formales mandatarios. Tendrán la misión augusta de borrar resentimientos entre países a un lado y otro del Atlántico, tanto de origen reciente como de raíces seculares.

Veo acercarse la hora de ampliar la comunidad con los nuevos Estados de habla portuguesa y con aquellos del Caribe donde el castellano ha empezado a imponerse, después de su emancipación, junto al inglés oficial y el "Créole" hogareño, pues se advierten en las ex colonias británicas un proceso lingüístico a la inversa de lo que lamentablemente ha ocurrido en Filipinas, debido a la irradiación cultural de las universidades de México, Guatemala, Venezuela, Colombia y Santo Domingo.

Por nuestra parte —los iberoamericanos— estamos sintiendo la necesidad de adoptar una actitud pragmática que permita trasvasar la solidaridad, tan reiterada en la literatura, al campo de los hechos concretos. Ello supone una premisa fundamental: el respeto a las soluciones obtenidas mediante los procedimientos legales a que nos sometimos voluntariamente y buscar la solución pacífica de aquellos que todavía no la hayan alcanzado. Pero la coincidencia, en sus orígenes, de nuestros conflictos caseros, hace indispensable replanteamientos medulares en la doctrina del *uti possidetis*, el movimiento de descolonización y la lucha contra las intervenciones foráneas, que aunque se presentan tan distintas a las que padecimos en otra época, atentan igualmente contra nuestra independencia y nuestra vida democrática.

* * *

En nuestra comunidad de naciones tiene cada uno de sus miembros problemas que se agravan día a día con la compe-

tencia armamentista que los fomenta sin escrúpulos, con inocultables propósitos políticos algunas veces y lucrativos las más. Hace cuatro siglos nuestros antepasados nativos quedaron fascinados con espejos y abalorios que los conquistadores trocaron por oro y esmeraldas. No hay mucha distancia entre ambos comercios. El de los armamentos supera en infamia. El de los conquistadores dejaba civilización aun cuando mermara libertad; pero el de las armas sólo trae hambrunas y muerte. No basta, sin embargo, con procurar el desarme o detener la competencia militar. Antes que nada, precisa desartillar las conciencias realizando aquel sabio consejo que, no por quijotesco, es menos sabio, o sea, el de "poner los ojos en quién eres procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que pueda imaginarse". ¡Qué fáciles serían los entendimientos con este previo examen de conciencia!

Una revisión de la doctrina del *uti possidetis* nos lleva a conocer que nuestra situación jurídica al momento de la emancipación no era la de colonias, sino la de reinos, pues desde el año 1542 la corona de Castilla nos devolvió el dominio de la tierra conquistada, bajo el sistema imperial de los virreyes, también establecido para Flandes o Milán y aún dentro de la propia península, en los casos de Navarra y Galicia, Cataluña y Baleares. El principio rector debe ser por tanto el de la libre determinación de los pueblos, siempre que esto sea posible y corresponda a la realidad, dándole primacía sobre cualquier otro título. Ese principio, solo, y sin que se le sumara ningún otro que la justificara, determinó nuestra emancipación y debe imperar en el trazado de las fronteras. Preside el movimiento de descolonización y ha determinado la constitución de más de cien Estados nuevos desde la Conferencia de San Francisco, lo cual es el hecho más logrado en el marco del movimiento a favor de los Derechos Humanos. El inspira nuestro rechazo a las intervenciones extranjeras, continentales y extracontinentales, en defensa de nuestras estructuras republicanas, así como nuestro apoyo a quienes se debaten atados con las cadenas de la llamada "soberanía relativa". Recordemos con orgullo el caso de Ramón Castilla y la fuerza expedicionaria con que intentó combatir la invasión francesa en México.

Toynbee, refiriéndose a la moderna historia universal, sostuvo que "El logro principal es la construcción progresiva de un armazón dentro del cual se han unido todas las sociedades que antes estaban separadas", y por su parte, Bertrand Russell enseña que "El espíritu internacional que deberíamos fomentar es algo que se añade al amor al país, no algo que se le quita. Como el patriotismo no impide al hombre sentir afecto por su

familia, el espíritu internacional no debería impedir que un hombre sintiera cariño hacia su país".

Esta concepción, ya intuida desde Homero, queda encerrada en el apotegma de Vitoria, genio tutelar de nuestra disciplina y de nuestro Instituto "Totus orbis qui aliquo modo est una respublica".

Anaximandro de Mileto describió el principio regulador del mundo en términos de justicia y reparación. Así lo entienden los pueblos y debemos respetar su voluntad por encima de todo "por la justicia de su causa que Dios defiende". *Es palabra de don José de San Martín.*

El Congreso, que clausurará sus sesiones con una solemne en la Universidad Nacional de San Marcos, va a estudiar los temas que fueron señalados, como es costumbre, con dos años de anticipación. Todos ellos son de importancia medular para el orden jurídico internacional, y las resoluciones adoptadas al respecto por tan selecto grupo de hombres de ciencia serán convocadas como ha ocurrido con las adoptadas en los doce congresos anteriores, como fuentes de Derecho, dentro de la categoría que asigna el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a la doctrina de los publicistas y jurisconsultos.

Los temas tratados serán los siguientes: "El Congreso de Orden Público en el Derecho Internacional", del que ha sido ponente la doctora Elisa Pérez Vera, aunque, desgraciadamente, no pudo desplazarse a Lima, profesora de la Universidad de Madrid; "Responsabilidad Internacional del Estado en la Protección del Medio Ambiente", ponencia formulada por el profesor Irineu Strenger, de la Universidad de Sao Paulo; "La Protección de los Derechos Humanos como Garantía de la Seguridad del Estado", a cargo del profesor Diego Uribe, senador y ex canciller de Colombia; "El Arbitraje Civil y Comercial de la Comunidad Iberoamericana", tema asumido por la doctora Delia Revoredo de Debakey, Miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores del Perú, y "Naturaleza Jurídica del Principio del Patrimonio Común de la Humanidad", tema que ha sido presentado por el embajador uruguayo Felipe Paolillo, y cuya defensa asumirá su compatriota el doctor Julio César Lupinacci, actualmente embajador de Chile, por ausencia del ponente.

Las materias y los nombres indicados, por sí solos indican el nivel científico de la reunión y como podrá apreciarse existe entre ellos, como suele ocurrir con todo el Derecho de Gentes, dos preocupaciones fundamentales: el imperio del Derecho sobre

la fuerza y el respeto de los Derechos Humanos como las únicas garantías de la paz.

A continuación el Señor Presidente de la República, arquitecto Fernando Belaunde Terry, pronunció las siguientes palabras:

"Excelencias:

Este vocablo desde luego incluye a todos los presentes. El señor Presidente del Consejo, mi viejo amigo don Andrés Aramburú de Menchaca, al entregarme esta honrosa insignia ha dicho que por primera vez se otorga a una persona que no es jurista y esto entraña, como ustedes han de ver, algunos riesgos. Esta vez luce en el pecho de un arquitecto que desde luego expresa su más profundo respeto a los eminentes juristas que nos honran con su presencia en Lima y a quienes damos la más cordial bienvenida.

Pero no podemos desaprovechar una reunión de tan eminentes personalidades en un momento en que América sigue buscando acelerar el camino a la integración. Y sin que esto nos aparte del temario tan importante que se ha acordado y que se va a tratar aquí, creo que es muy oportuno en este momento plantear algunas cuestiones que desde luego pueden ser esclarecidas y orientadas, por las doctas personalidades que hoy día, para felicidad del Perú, nos acompañan en este histórico Palacio de Torre Togle.

Estamos presenciando una evolución sumamente importante, porque estamos pasando en cierta manera de las palabras a los hechos. Ultimamente se ha producido en el Cono Sur la inauguración de la Represa y Central Eléctrica de Itaipu, la más grande del mundo. Y esto no solamente tiene un significado tecnológico y económico, sino que tiene un fondo o plantea en todo caso un desafío sumamente importante. Recién, Sudamérica comienza a integrarse en la política, se crea una importante intercomunicación energética que, desde luego, abre un horizonte muy promisorio a la otra integración, la integración total que todos buscamos.

Nuestro Continente ha estado un poco desvinculado. Nuestros lazos han sido de orden espiritual con España, con Portugal y también con las naciones vecinas y hermanas. Pero ha habido pocos casos en que esta unión espiritual tome caracteres materiales que signifiquen el superar situaciones de atraso y el mejorar las condiciones de vida de nuestros pueblos.

Nuestros esfuerzos que fueron sumamente ambiciosos inicialmente en un intento de integración total, se encaminaron, como

todos bien sabemos, a las áreas subregionales y con gran esperanza vimos el esfuerzo del Mercado Común Centroamericano, en cierta forma frustrado por acontecimientos inesperados, o el esfuerzo realizado en la Comunidad del Caribe. Vimos surgir al Grupo Andino; experimento, que, tal vez, pese a sus fallos, es hasta ahora el más exitoso con esta cruzada por la integración. Y hemos visto definirse bien problemas como el de la Región Amazónica y el de la Cuenca del Plata. Esta división subregional desde luego no busca una separación, sino todo lo contrario, busca reforzar a las partes para que todas unidas puedan lograr una integración más general y más próxima.

Al mirar el mapa de este Continente encontramos precisamente en algunas zonas de conflicto que nos preocupan hondamente, como, por ejemplo, el caso de Centro-América, tres países muy queridos: El Salvador, Honduras y Nicaragua, que tienen sus problemas internos y externos y que todavía no han aprovechado debidamente el hecho de que convergen hacia el golfo de Fonseca, donde alguna vez hemos propuesto que se haga un esfuerzo internacional-interamericano, decisivo para promover a estos países y acelerar su desarrollo, desde luego en base a su propio esfuerzo, pero tambien en base a una reciprocidad necesaria en todo el Continente en una obra que significaría superar el subdesarrollo.

En otros lugares de América, donde afortunadamente la situación es tranquila, todavía se desaprovechan obras que podrían llevarse adelante acelerando la integración. Cuando miramos el caso de Norteamérica y especialmente la colaboración muy estrecha entre el Canadá y los Estados Unidos, encontramos en el río San Lorenzo uno de los mejores ejemplos de una integración exitosa. El uso que se hecho de lo que llaman la vía del San Lorenzo, San Lorenz Seaway, y el aprovechamiento energético para beneficio de los dos países. Pues bien, idéntica situación encontramos entre Colombia y Venezuela en los rápidos de Apures y Maipures en el río Orinoco. Todavía en su estado natural, sin que la mano del hombre haya introducido modificaciones fundamentales para beneficio de ambos pueblos. Qué gran proyecto sería este proyecto binacional que permitiría no sólo la generación cuantiosa de energía, sino el aprovechamiento binacional y tal vez multinacional de esta energía.

En otros lugares de América, entre Perú y Bolivia, por ejemplo, tenemos el lago Titicaca, que también puede ser una fuente energética muy apreciable y que todavía es desaprovechada. Y así recorriendo la carta de este hemisferio encontramos muchos lugares donde esta unión puede hacerse efectiva y debe determinar, desde luego, orientaciones de los juristas

que no sólo faciliten esta labor, sino que la estimulen cada día más.

Por eso yo veo esta reunión con especial entusiasmo, porque estoy seguro que además de cumplir una agenda muy bien elaborada y meditada, el contacto de estos hombres con nuestros propios especialistas peruanos, bajo la dirección habilísima de Andrés Avelino Aramburú de Menchaca, con la colaboración de todos nuestros altos dignatarios, con la presencia que tanto apreciamos del Cuerpo Diplomático acreditado en Lima, estamos seguros que de este contacto pueden surgir orientaciones que permitan acelerar obras como las que he citado y especialmente la que acaban de inaugurar los Presidentes del Brasil y del Paraguay, colocando un hito decisivo en el desarrollo tecnológico y en la integración latinoamericana.

Si comparamos nuestra situación en Latinoamérica, países hermanos tan vinculados, miembros de una gran familia, con la situación imperante en Europa y en el Mercado Común Europeo, que reúne a naciones bisimiles, entre las cuales alguna vez hubo grandes abismos que han sido superados, veremos que allí la infraestructura ha hecho posible la integración. Veremos que allá la presencia de una interconexión eléctrica, la presencia de grandes facilidades viales, la presencia de facilidades portuarias, de aeropuertos modernísimos, todo esto en un territorio relativamente pequeño y de alta densidad, ha hecho posible que funcione el Mercado Común Europeo, que las naciones tengan que adoptar nuevas normas de derecho internacional para su buen funcionamiento, mientras que en Latinoamérica la situación es inversa. Es un gran territorio con una densidad muy baja de población y con una ausencia casi completa de una infraestructura.

Sudamérica, fuera de algunas obras viales y ferroviarias, fuera del cinturón ferroviario que une Santiago a Buenos Aires, fuera de una red imperfecta ferroviaria entre Perú, Bolivia, Argentina y Brasil, interrumpida por diferencias en las condiciones de la trocha, totalmente desconectada de la red ferroviaria ecuatoriana y colombiana, si consideramos esas obras veremos que sólo se ha empezado, que todavía no hay un gran esfuerzo de integración física del Continente. Yo quisiera, pues, ya que un arquitecto tiene ahora esta insignia tan honrosa, que los juristas y los constructores nos unamos para lograr en el más breve plazo la integración continental, obra que es faena común, faena que me hace recordar a las antiguas poblaciones andinas que trabajaban cantando. Ojalá logremos así la unión de este hemisferio en armonía, con una manifestación artística y con

una alegría que subraye este esfuerzo colectivo, en el cual tal vez los juristas tengan que dar la nota definitiva y orientadora.

Declaro instalado el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano en Lima".

En el mismo día de la inauguración del Congreso quedaron instaladas las Comisiones del mismo, cuyas Ponencias y Conclusiones a que llegaron se publican en este mismo volumen.

El martes, 9 de noviembre, tuvo lugar en el Concejo Provincial de Lima, sito en la Plaza de Armas, una solemne sesión en el que se pronunció el siguiente "discurso de orden":

El Concejo Provincial de Lima se honra con la presencia en esta casa consistorial de los señores miembros participantes en XIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional, que se lleva a cabo en esta ciudad.

El Concejo Provincial de Lima aprecia en su debida magnitud el esfuerzo, la competencia, la facultad de este Congreso en cuanto al estudio de temas que se relacionan con Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

Es así pertinente que se haga una somera exposición sobre las aportaciones realizada por países miembros de este Congreso.

Existe en la actualidad una real y poderosa necesidad de considerar asuntos que corresponden a estas ramas del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

En general, y sobre todo hoy, el Derecho Internacional debe ocupar un lugar preferente en la atención de las gentes, como una garantía que el Derecho ofrece para lograr un justo orden internacional y conseguir la concreción del anhelo universal de un porvenir mejor.

El desarrollo de esta rama jurídica ha contribuido a la intensificación de una asociación cada vez más estrecha entre los estados, afirmando y acentuando la existencia de una comunidad jurídica internacional. Este concepto fue primeramente enunciado por el teólogo de la Universidad de Salamanca Francisco de Vitoria, quien, conjuntamente con Erasmo de Rotterdam, deben ser considerados como los fundadores del humanismo cristiano.

El mérito fundamental de Vitoria, como bien lo ha señalado Alfred Verdross, consiste en haber dado relieve al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo, el *totus orbis* constituye una sola comunidad jurídica, una comunidad verdadera unida por el derecho natural que regula y norma las relaciones entre los pueblos, y, a este conjunto

de reglas, de preceptos, Vitoria le dio, por primera vez, el nombre de *ius inter gentes*.

Crece el aprecio a la doctrina de Vitoria, expresada en sus Lecciones de Indias, si tomamos en cuenta la época en la cual le tocó vivir. Durante el reinado de Carlos V, quien tenía la intención y el propósito de establecer un imperio universal, sustentado jurídicamente a base de las enseñanzas de Sepúlveda, acerca de que todos los pueblos se hallaban subordinados jurídicamente al imperio. Por lo contrario, Vitoria defendió la tesis de que los pueblos paganos eran sujetos de derecho independientes, titulares de una pretensión legítima a la libertad e independencia. Estas ideas de Vitoria, fundadas sobre la base del derecho natural, traen como consecuencia jurídica inevitable que todos estos estados fundados en este derecho natural se encuentran ligados entre sí, y que la naturaleza ha hecho parientes a todos los hombres. Estableció así que la comunidad jurídica tiene su fundamento no en la fe, sino en el derecho natural que le otorga a cada hombre una naturaleza social, con prescindencia de sus creencias. De estos enunciados básicos, concluye, consecuentemente, que ni el Papa ni el emperador pueden tener una legítima pretensión al dominio del mundo, pues ni Dios ni los pueblos les han otorgado ese derecho. Es así, que se ha afirmado que el derecho de Vitoria no es sólo derecho interestatal, sino también derecho de la Humanidad. *ius humanitatis*.

Vitoria señaló, asimismo, que la comunidad de los estados es una vinculación natural que tiene como objeto facilitar las comunicaciones y el comercio entre los pueblos y que, por lo tanto, es una consecuencia contraria al derecho natural excluir a los extranjeros de la vida comercial o impedirles, sin causa justa, el ingreso a un Estado.

Por otro lado estableció con casi cinco siglos de anticipación el concepto del mar territorial como integrante patrimonio común de la Humanidad, que no podía ser objeto de apropiación o aprovechamiento particular de ningún Estado, pues ya en sus Lecciones de Indias afirmada que existen algunos bienes, tales como el mar, los ríos y los puertos que son comunes a todos los pueblos por derecho natural.

Basó, pues, Vitoria el desarrollo de su teoría del derecho internacional público, o *jus inter gentes* como él lo denominó, en el derecho natural de Santo Tomás y San Agustín, la cual resultó de gran valía para aquella época, cuando el cisma religioso y el descubrimiento de América habían hecho fracasar la aspiración de un imperio universal y el establecimiento de un orden jurídico interno único.

El pensamiento de Vitoria tuvo sus seguidores en Molina y De Soto, pero con quien alcanzó su mayor desarrollo la filosofía española del derecho, es con el jesuita Francisco de Suárez. En De legibús ac Deo legislatore, el llamado eximio doctor afirma que el estado es civitas perfecta, pero que cada uno de sus miembros es, a la vez, miembro de la comunidad humana, la cual posee una unidad, que no sólo es física, sino que además moral y política. La fuerza del derecho internacional público nace, por tanto, no de una voluntad supraestatal, sino del *bonum comune generis humani*, y el estado al promover su bienestar de la Humanidad. Así aplicando el Estado el derecho natural, estaría en facultad de renunciar a la guerra como sanción a la violación jurídica y sustituirla por una decisión supraestatal de carácter coactivo, ya que si la diferencia solamente se pudieran resolver mediante acciones guerreras se estaría realizando una acción contraria al bienestar común de la Humanidad, a la razón y a la justicia.

A pesar de la importancia de la obra y opiniones de los filósofos de la escuela española, ¿cómo se explica que la opinión científica reconozca, mayoritariamente, la obra de Grocio? *De iure belli de pacis* como inicio del Derecho Internacional Público. Más aún, instalados el propio Grocio ha reconocido la influencia que en él ejercieron Vitoria y Suárez, y que lo esencial de su doctrina se encuentra ya expresada en los escritos de aquéllos.

Y es que Grocio representó el rompimiento con el mundo medieval, que apoyaba su unidad religiosa en la Iglesia Católica y su unidad política en el Sacro Imperio Romano. Grocio quien era protestante y holandés, representaba la tendencia moderna de encontrar un nuevo sustento común a todos los pueblos prescindiendo del catolicismo y del imperio. En tanto que Vitoria y Suárez, católicos y españoles, eran hombres del pasado que personificaban las enseñanzas de la filosofía medieval. Se debería rescatar, como lo pretende Goldschmidt, la debida importancia que tuvo la escuela española en el nacimiento del Derecho Internacional Público. Importancia que además no debería causar asombro alguno, pues la circunstancia que favorecieron la creación de esta rama del derecho, como son la aparición de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, y el establecimiento de relaciones económicas, comerciales y jurídicas lo bastante estrechas e intensas entre estos Estados, coincidieron con el desarrollo cultural y la posición preponderante en el mundo que tuvo España.

Y son estas mismas condiciones sociales que originaron el Derecho Internacional Público, los que permitieron el nacimien-

to del Derecho Internacional Público, lo cual no constituye una mera coincidencia, pues si bien es cierto que existe una clara diferencia en cuanto al objeto de estas dos ramas de saber jurídico y que está afirmada la autonomía de cada una de ellas, también es cierto que existen relaciones sumamente estrechas entre ellas. Y siguiendo a Conde y Luque, podemos decir que el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado se condicionan mutuamente, puesto que sin el Derecho Internacional Público, el Privado languidecería y hasta desaparecería, ya que si predominara la tesis feudal de la soberanía y el territorialismo absoluto, su consecuencia lógica sería la imposibilidad de reconocer la aplicación de una ley de un país en el territorio de otro, volveríamos así al aislamiento jurídico, desaparecería el derecho internacional privado, pero tampoco existiría el público, pues ese aislamiento impediría también las relaciones entre Estados como entidades independientes.

Estas dos especies de la ciencia jurídica son instrumentos de extremada importancia en la regulación de las relaciones de la comunidad internacional; una en cuanto se ocupa de normar las relaciones entre los Estados, y la otra en tanto tiende a resolver los conflictos de leyes entre distintas competencias legislativas.

Y así como hay que destacar la importancia de la escuela española en el Derecho Internacional Público, creo también que se debe señalar los esfuerzos americanos en el Derecho Internacional Privado.

Y en esto puede tener la ciudad de Lima, anfitriona del XIII Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, un especial orgullo, pues a ella correspondió también el honor de ser sede en 1878 de un Congreso Internacional para discutir cuestiones de Derecho Internacional Privado, aún cuando en aquella época en las universidades sudamericanas, al igual que en las europeas esas materias eran estudiadas de manera incompleta y superficial y todavía no poseía caracteres definidos. Esta precoz iniciativa no fue debidamente comprendida debido, posiblemente, al incipiente desarrollo del tema que era su objeto. Pero tuvo como virtud llamar la atención a los juristas de este continente sobre esta nueva y desconocida disciplina jurídica, que apenas iniciaba su desarrollo.

Diez años más tarde, se celebró el Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo, en el cual se elaboró ocho convenios y un protocolo adicional que comprenden normas de Derecho Internacional Privado en materias de derecho civil, comercial, penal, procesal, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica y en el ejercicio de profesionales liberales. Tratado que ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Venezuela y el Perú.

Según el eminente profesor de Coimbra Machado Villela, este conjunto de tratados constituye un verdadero código de Derecho Internacional Privado, cuya organización fue facilitada por la semejanza de raza, costumbres, religión, leyes y constitución política y social de los estados sudamericanos, cuya conclusión ha sido y continuará siendo un sugestivo ejemplo para todos los estados, y como ha escrito el jurista argentino Estanislao Zeballos, estos tratados promovieron definitivamente la unificación posible de este derecho. Como la de Lima, las convenciones de Montevideo quedan también en la ciencia con el carácter de punto de partida a la codificación del derecho privado humano en Europa y cuando las conferencias de La Haya fueron iniciadas en 1892, se reconoció que América del Sur había tenido la iniciativa y demostrado la posibilidad de una unificación que la política internacional entorpece, pero que la ciencia quiere imponer e impondrá al fin en nombre del bienestar humano.

Pero no han sido estos los únicos esfuerzos de América. En 1928 se celebró en La Habana la 6.ª Conferencia Panamericana, la cual aprobó en pleno, el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, presentado por la comisión designada por el Instituto Americano de Derecho Internacional en Lima en 1924, e integrada por los juristas Mato, de Guatemala; Octavio, de Brasil; Sarmiento, de Argentina, y Sánchez de Bustamante, de Cuba. Este tratado, conocido como el Código Bustamante, en honor al autor del proyecto, trata sobre materias de Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal, habiendo sido ratificado por más de quince repúblicas americanas.

Con motivo del cincuentenario de la firma de los tratados de Montevideo se celebró en esa ciudad un segundo congreso que elaboró un proyecto de convenio sobre los mismos temas que el de 1809, con el agregado del derecho de asilo en materia de derecho penal, tema este, el del derecho de asilo, que para nosotros debe ser importante destacar, ya que conjuntamente con el derecho del mar podríamos considerar que son los más grandes aportes hechos por América a la elaboración del actual Derecho Internacional Público.

Aprovechando de esta reunión del Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional es pertinente *sugerir*, a juristas tan eminentes como son los delegados a este Congreso, ponderar la virtual ingerencia de estas ramas del

derecho ante la tendencia que se presentan en el desarrollo de las urbes actuales ya avizorada por Toynbee, de trascender los límites territoriales de los estados para quedar asentadas, como unidad urbana en el territorio de dos, o quizá más estados. Y es que el mayor volumen de la población agrupada en núcleos, en los cuales se requiere la atención de sus aspiraciones, de sus necesidades y sus servicios comunes, ha traído como consecuencia el crecimiento geográfico de estos asentamientos humanos. Y, es en este crecimiento que la ciudad ha de superar los límites territoriales del Estado. Esta nueva megápolis será el producto de la acumulación de necesidades particulares e intereses vecinales que solamente podrán ser atendidos a través de la provisión de servicios públicos comunes. Para lo cual, habrá de requerirse del establecimiento de una autoridad urbana que deberá ejercer sus atribuciones, tanto reguladora como de provisión de servicios públicos, en un ámbito espacial que podríamos llamar pluriestatal.

Este nuevo fenómeno municipal ha de dar origen también a nuevos tipos de relaciones interestatales, que deberán ser reguladas por el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

Habrá, pues, una autoridad urbana que tendrá el fundamento de sus competencias en el conjunto de miembros de la comunidad, pero que tendrá que ejercer esas atribuciones municipales, indivisibles por su naturaleza y objeto, en un ámbito geográfico sometido a la jurisdicción de Estados diferentes. Así, habrá que distinguir, no sólo entre el ámbito municipal y el ámbito estatal interno, sino también entre el ámbito municipal y la relación interestatal.

Este nuevo tipo de relaciones deberán, pues, ser estudiadas por el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado.

Quiero terminar con una sentencia de Alfonso X, "El Sabio", que reafirma la importancia del derecho como instrumento de justicia internacional: "la ciencia de las leyes es como fuente de justicia e provéchase el mundo más que otra ciencia".

A continuación el miembro argentino Ernesto Rey Caro, en nombre de todos los congresistas, intervino con el siguiente discurso:

"Cuando hace pocas horas se me sugirió que dirigiera algunas palabras, en ocasión de este magno gesto de hospitalidad, confieso que me embargó una gran preocupación que reconoce no pocas motivaciones.

En primer lugar, porque no resulta empresa fácil interpretar

los sentimientos de tantos colegas y amigos, que han convergido desde los puntos más distantes de la comunidad hispano-lusoamericana, por segunda vez, en algo más de una década a esta real ciudad, otrora asiento del Virreynato del Alto Perú que, desde hace más de cuatro siglos, cual refulgente astro, proyecta hacia todo el continente la luz de la ciencia y la cultura.

En segundo lugar, porque se hacía recaer tamaña responsabilidad en quien no ha sido agraciado con el don de la oratoria.

No obstante, acepté este reto con un poco de audacia en el entendimiento que no es ocasión para el discurso académico, sino para expresar los dictados del corazón, y si he elegido la ayuda del papel, ello ha sido por temor que la emoción truncara mi propósito.

¿Acaso, quien no podría sentirse profundamente conmovido frente a este marco imponente de la plaza de Armas, donde pareciera que toda la historia se da cita, trayéndonos nostálgicos recuerdos del pasado limeño y que pareciera querernos expresar que los pueblos viejos tienen alguno de mago o de trovadores, transmutando la palabra trabajo en milagro y la palabra historia, en leyendas, de las cuales es tan pródigo el Perú?

¿Acaso quien podría ahogar una expresión de sorpresa y admiración ante tanta belleza arquitectónica? Como americano y argentino, cómo podría no estremecerme ante el recuerdo de una de las gestas más heroicas protagonizada por aquel descendiente de españoles que abrazó la causa de la independencia de los pueblos de América, despojándose de honores, que fuera el General don José de San Martín, que desde los balcones de esta honorable Alcaidía dirigiera aquellas memorables palabras que en 1821 sellaron la independencia de este noble país hermano: "El Perú es, desde este momento, libre e independiente, por la voluntad general de los pueblos y la justicia de su causa que Dios defiende".

Alguien dijo que Lima es una ciudad alegre, bulliciosa y coqueta como la mujer de la costa y nada de exageración hay en ello. Sus calles y avenidas testimonian la conjunción armoniosa de la colonia con la ciudad progresista, moderna.

La Lima Virreynal encarnada en el viejo puente de piedra, que une las márgenes del Rimac y el antiguo barrio castizo, contrasta, si se quiere dulcemente con los atrayentes barrios residenciales, como Barranco, San Isidro o Miraflores.

Llama también la atención del peregrino, la particular nomenclatura de sus calles que nos enseñan sus vivencias, sus triunfos y sus desventuras. Nos muestran su riquísima historia.

Lima, más que una suma de joyas, es toda una joya y

quién no se siente extasiado contemplando tan codiciado tesoro?

No es raro que nuestra fragilidad humana haga que fechas y nombres huyan de nuestra mente, pero de algo estoy seguro y es que perdurará en nuestros corazones la calidez limeña, la hidalguía de su gente, el desprendimiento de sus gobernantes, que nos han permitido vivir momento tan placenteros y cargados de emotividad, como el que nos acaba de brindar la Municipalidad metropolitana.

Señor Alcalde, nuestro mayor agradecimiento por tanta generosidad y por tanta cordialidad."

Asimismo, con ocasión del Congreso de Lima se inauguró en una plaza del barrio residencial de San Isidro, un parque en homenaje a Francisco de Vitoria, y en cuyo acto el embajador Arce Quiroga (miembro boliviano) pronunció las siguientes palabras:

"Agradezco a la directiva del Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional por el alto honor que me dispensa al designarme vocero en el acto de la nominación y entrega de esta Plaza dedicada a perpetuar la memoria esclarecida de Fray Francisco de Vitoria llamado, en justicia, padre del Derecho Internacional contemporáneo.

Es natural ligar el recuerdo del Padre Vitoria con las deliberaciones de nuestro Congreso.

Hay, en efecto, tan estrecha relación entre la obra de Vitoria y las disciplinas del Derecho Internacional que debemos encontrar plausible y auspicioso el homenaje dispensado por la Honorable Municipalidad de Lima al evocar en este sitio, el nombre de quien se ocupó por primera vez en su época, de los problemas creados por las nuevas condiciones originadas por la Conquista del Perú y por el contacto de las huestes hispánicas con las poblaciones nativas, temas a los que consagró sus dos principales y clásicas Relaciones en las que trazó las normas de conducta que debían seguir recíprocamente conquistadores y conquistados.

Forjado en las enseñanzas de Vives, Tomás Moro y Erasmo, aún dentro de un ortodoxo esquema escolástico, el humanismo puramente filosófico de sus maestros, se tornó en un humanismo real, activo y fecundo que juzgaba acontecimientos inéditos, como el de la aparición de un Nuevo Mundo pleno y misterioso y de incógnitas.

Vitoria vivía, con toda la sinceridad de su alma católica, en el Universo físico que Ptolomeo había concebido catorce

siglos atrás, Universo físico en el cual la Tierra era todavía el centro alrededor del cual giraban los cinco planetas conocidos, e incluso el Sol. Pero, ese Universo imaginario se completaba con otro de carácter moral, cuyos límites no han sido rebasados ni lo serán jamás como lo fueron las presunciones de Copérnico, las seguridades de Galileo o la definitiva visión de Kepler, todas ellas superadas hoy por el Universo de Einstein, con sus cuatro incomprensibles dimensiones.

En el inmodificable Universo Moral de Vitoria hay un concepto central que no es jurídico, sino espiritual. Es aquel que se refiere a que las reglas de la Caridad son preferibles a las normas de Derecho. ¿Es que Vitoria, por ventura, trataba de destruir todo un esquema jurídico, con una conclusión tan positiva y creadora como la de esa cristianísima afirmación sobre la Caridad prevalente al Derecho? No. De ningún modo. Lo que trataba Vitoria, cuando afirmaba que el vencedor fuera generoso con el vencido y evitara con su actitud los impulsos de revancha, era el del verdadero sentido de la paz cristiana, con Justicia y con magnanimidad.

Las ágiles disquisiciones de Vitoria sobre el comercio entre españoles e indios, giran en torno de la licitud de los actos humanos. Se trataba de separar lo lícito de lo ilícito. Tal concepto moral es para Vitoria el secreto del trato entre los nuevos siervos, con lo cual formula una primitiva teoría de los Derechos Humanos que, en lo que queda del Siglo XX tiene tantos horizontes de desarrollo, desde el Patrimonio Común de la Humanidad hasta las obligaciones de la defensa del medio ambiente sano.

Es evidente que el clásico Vitoria contribuyó, como nadie, a evitar que el mundo con 10.000.000 de habitantes hubiera sido incorporado al mercado de esclavos, como lo hubiera deseado Sepúlveda, fundado en sus viejos principios aristotélico-platónicos. Sin duda, Vitoria fue el agente activo que, con su doctrina sobre "los indios recientemente descubiertos", alentó el proceso de mestización y la formación de una nueva sociedad y una nueva cultura, sociedad que integramos todos los iberoamericanos y cultura a la cual pertenecemos, en nuestra condición de católicos, todos cuantos ansiamos una aurora de paz y solidaridad humana, en el ejercicio preferente de las reglas de la Caridad, conforme a la profunda y muy cristiana enseñanza de Francisco de Vitoria.

Estas reflexiones trasuntan un pálido y fugaz homenaje a la memoria del Padre Vitoria, en la oportunidad participativa que nos ha brindado la Ilustre Municipalidad de Lima al establecer que esta Plaza lleve, de hoy en adelante y para siempre, el

nombre del preclaro precursor de los Derechos Humanos y de la dignidad de la persona".

Finalmente, el Sr. Orrego Villacorta pronunció las siguientes palabras finales:

"Como Alcalde del Concejo Distrital de San Isidro, tengo el alto honor de entregar hoy, en nombre de nuestra Comunidad, este pequeño pero íntimo parque para perennizar la memoria de quien fuera lustre y gloria de la España del siglo XVI; Fray Francisco de Vitoria.

Nace en 1492, en significativa coincidencia con el descubrimiento de América. Descubrimiento que afecta y motiva su inspiración de justicia humana, pues Vitoria en un teólogo renovador que ve en el nacimiento de América, no la conquista de un reino, sino el nacer de un nuevo mundo en el sentido cabal de la palabra.

Para Vitoria, América no es un territorio yermo sino un mundo totalmente nuevo en costumbres y derechos de sus gentes realmente la acepta como visión nueva y digna de todo respeto, como conjunto íntegro de derechos que deben respetarse y en su teología humana que revoluciona los esquemas de la mentalidad de su época.

El nacimiento de América es para este preclaro jurista el motivo que hace brotar las bases del Derecho Internacional, en su famoso "Derecho de gentes". Al reconocer al indígena del nuevo mundo su carácter de "gentes" son deberes y derechos que hace respetar.

Hoy, después de cuatro siglos, brilla aún más clara la figura insigne de este precursor del Derecho Internacional, al destacarse sobre las nubes tormentosas de las crisis internacionales actuales, el ideal pristino y luminoso que dio origen al derecho de respeto mutuo entre las naciones.

Por ello me es muy honroso poder ofrecer este homenaje en San Isidro, que expresa el sentir de admiración de toda la peruanidad hacia el preclaro teólogo y jurista hispano Fray Francisco de Vitoria.

SESION DE CLAUSURA

En primer lugar intervino el profesor Dr. José Luis de Azcárraga, con el siguiente discurso:

"Hemos llegado al final de nuestras densas y ¿por qué no decirlo? también tensas jornadas del XIII Congreso que ha tenido lugar en esta centenaria ciudad de los Reyes, la capital de la fraterna nación peruana. Y en esta ocasión —hic et nunc— resulta obligado hacer un balance, aunque sea breve, de tales jornadas, dando cuenta, en mi condición de Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y de su décimo tercer Congreso, de las Conclusiones científicas y Acuerdos a que se llegó en el seno de sus respectivas Comisiones y Sesiones Plenarias en torno a las magníficas Ponencias que fueron sometidas a su debate.

Por el hecho, ciertamente infortunado de la obligada ausencia de dos Ponentes la Dra. Elisa Pérez Vera y el Dr. Paolillo, sólo se pudo discutir cuatro Ponencias, a saber las defendidas por la Dra. Delia Revoredo de Debakey (del Perú), y los doctores Diego Uribe Vargas (de Colombia), Irineu Strenger (de Brasil), y Julio César Lupinacci que sustituyó y muy acertadamente por cierto, al Dr. Paolillo. Las Conclusiones de cada una son del tenor siguiente:

2.ª COMISION: MEDIO AMBIENTE

La segunda, sobre la "Protección del Medio Ambiente", presentada y defendida por el Dr. Irineu Strenger (Brasil), obtuvo las siguientes conclusiones:

El IHLADI, consciente de las graves amenazas que se ciernen sobre el medio ambiente como consecuencia del mal uso de la tecnología, de la explotación irracional de los recursos, de la peligrosa acumulación y experimentación de diversas armas de destrucción masiva y de otros factores perniciosos;

Teniendo en cuenta las nuevas orientaciones que tienden a afirmarse en materia de responsabilidad en la doctrina y la práctica internacionales, así como las resoluciones de diversos organismos internacionales que favorecen el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en el campo del medio ambiente;

Considerando, en particular, los principios formulados en declaraciones relativas a la preservación del medio ambiente como las de Estocolmo (1972) y Nairobi (1982), así como las actividades desarrolladas por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA);

Acuerda proponer:

1. Intensificar los estudios destinados a elaborar principios de Derecho Internacional que tiendan a hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado por sus acciones u omisiones que atenten directa o indirectamente contra el medio ambiente.

2. Desarrollar y coordinar las legislaciones internas de los distintos Estados a fin de permitir la elaboración de una metodología adecuada a un Derecho Ecológico o Ambiental Internacional y en definitiva, a favorecer la cristalización de reglas consuetudinarias internacionales en materia de preservación del medio ambiente.

3. Fijar el principio universal de que en el proceso indemnizatorio, sea a nivel estatal o internacional, en primer plano debe figurar la víctima como titular de un interés jurídicamente protegible, teniendo en cuenta las tendencias que en la doctrina y en la práctica apuntan, más allá de la idea de culpa, a conectar objetivamente el daño ecológico con el deber de reparar (responsabilidad objetiva o por riesgo).

4. Promover la conclusión de convenios bilaterales, regionales y universales, que encaucen y afiancen la cooperación internacional en el doble plano de prevención y de la reparación del daño ecológico, dando especial preferencia a la instauración de mecanismos institucionales de garantía y al fortalecimiento de las técnicas de arreglo obligatorio de controversias.

5. Reconocer y definir en la práctica jurídica interna e internacional el derecho a ver preservado el medio ambiente como uno de los derechos humanos, de titularidad, tanto individual como colectiva; y tender, en consecuencia, a la definición de la obligación de preservar el medio ambiente como una obligación *erga ommes* que, en los dos niveles de la responsabilidad internacional del Estado y de la responsabilidad civil, debería poder fundar en el plano procesal una exigibilidad basada en la defensa de intereses comunitarios y, por ende, en la técnica de la acción pública (*acto popularis*).

6. Aceptar como pauta básica de toda acción estatal o internacional la de la indisolubilidad del nexo entre la preservación del medio ambiente y la administración racional de los recursos naturales (conservación, utilización y distribución), en la línea de textos internacionales, como las Declaraciones de Estocolmo (1972) y Nairobi (1982), la Convención sobre el Derecho del Mar, y otros.

7. Promover la cooperación y coordinación, a través de vías institucionales apropiadas, entre los distintos organismos internacionales que desarrollan actividades y ejercen competencias relacionadas con el medio ambiente.

8. Recomendar la creación en las Facultades de Derecho de la disciplina denominada Derecho Ecológico Ambiental, dándosele amplia divulgación.

9. Proponer el acceso directo de los particulares a las jurisdicciones internacionales para facilitar el cese del perjuicio, la correspondiente indemnización u otras medidas pertinentes ante el Estado, eventualmente responsable.

10. Adoptar el principio de que la imposibilidad de colocar frente a frente al afectado conocido y al responsable desconocido, no debe dejar al primero sin la suficiente tutela, posibilitándole el recurso a un fondo de indemnización, que sería mantenido por depósitos de los potenciales contaminadores, a semejanza del Fondo Internacional de indemnización de daños causados por derrame de hidrocarburos; todo ello de acuerdo con la idea de base de la responsabilidad absoluta que ha venido afirmándose en materia indemnizatoria.

11. Atribuir responsabilidad a los Estados por los daños ecológicos derivados de la carrera armamentista y, en concreto, de los ensayos de diversos tipos de armamento, sobre todo de las armas nucleares, así como de la acumulación masiva de sustancias químicas tóxicas.

3.ª COMISION: DERECHOS HUMANOS

La tercera, sobre "Protección de los Derechos Humanos como Garantía de la Seguridad del Estado", presentada y defendida por el Dr. Diego Uribe Vargas (Colombia), obtuvo las siguientes conclusiones:

EL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Habiendo considerado la Ponencia del Dr. Diego Uribe Vargas titulada "La Protección de los Derechos Humanos como Ga-

rantía de la Seguridad del Estado" (conveniencia de establecer una organización internacional de Derechos Humanos);

Teniendo en cuenta los principios y criterios expuestos en la Ponencia sobre la necesidad de perfeccionar la promoción, garantía y protección internacional de los derechos del hombre y en los debates registrados en esta reunión del Instituto;

Inspirado en la gran tradición, que partiendo de las concepciones clásicas de la Escuela Española y de los aportes hispanoamericanos, fundamenta estos derechos inalienables en la eminente dignidad de todo ser humano;

Convencido que el Estado se justifica en cuanto es capaz de asegurar la plena vigencia de estos derechos, en un orden justo de paz y libertad;

Considerando que la evolución de la sociedad y del Derecho y las exigencias de las actuales realidades, obligan a reconocer y garantizar nuevos derechos humanos que se han de adicionar e integrar armónicamente a los derechos inicialmente enumerados en los instrumentos internacionales pertinentes;

Observando que la materia de la promoción y garantía de los derechos humanos ha venido experimentando un creciente proceso de regulación internacional a través de la acción de múltiples organismos internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, tanto de carácter universal como regional;

Reconociendo la complejidad creciente de los regímenes internacionales de protección de los derechos humanos, así como su falta de coordinación y la necesidad de encarar esta situación en función de la mejor y más eficaz garantía de estos derechos;

Declara que:

— La seguridad nacional o seguridad del Estado sólo puede concebirse, y únicamente puede aceptarse, como un instrumento de defensa del Estado democrático y debe necesariamente integrarse con el principio de garantía y protección de los derechos inalienables de la persona humana, respetando siempre la dignidad del hombre.

— Frente a la complejidad y falta de coordinación de los actuales procedimientos internacionales de promoción y protección de los derechos civiles y políticos, tanto a nivel universal como a nivel regional, ya sean de tipo general y de carácter particular, es preciso encarar la coordinación y la armonización de estos procedimientos. Esta labor puede servir de base a un futuro sistema internacional que determine las formas de esta coordinación y armonización de los diferentes procedimientos y sistemas.

— La conveniencia de proclamar en un instrumento internacional nuevos derechos obedece al proceso evolutivo de las normas internacionales, responde a las crecientes exigencias de la realidad y fortalece el orden jurídico, como expresión de la comunidad de los pueblos.

— Los nuevos derechos, entre los que necesariamente se incluyen el derecho a la paz; el derecho al desarrollo, que garantice un mínimo de condiciones de vida digna para todos los pueblos, como objetivo inmediato; el derecho a gozar de un medio ambiente sano adecuado y ecológicamente equilibrado, y el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad, son interdependientes con todos los demás derechos y libertades de la persona humana, constituyendo una unidad indivisible.

La Cuarta Ponencia, presentada por la Dra. Delia Revoredo de Debakey, no obtuvo conclusiones, acordándose publicarla íntegramente en el citado próximo número VII del Anuario.

5.ª COMISION: PATRIMONIO COMISION DE LA HUMANIDAD

Y la quinta Ponencia, presentada por el Dr. Felipe Paolillo (Uruguay), que tampoco pudo estar presente en el Congreso, fue defendida por su compatriota Dr. Julio César Lupinacci, obteniendo las siguientes conclusiones:

EL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Considerando que la idea del patrimonio común de la Humanidad tiene raíces en la doctrina de Francisco de Vitoria, y que Andrés Bello la desarrolló bajo la denominación de "patrimonio indivisible de la especie humana" ("Principios de Derecho Internacional", 1864);

Considerando que ya en mayo de 1967 la expresión "patrimonio común de la Humanidad" fue usada con carácter oficial por el delegado de Argentina en la Comisión del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas, exponiendo su fundamento jurídico y las consecuencias de su reconocimiento para la debida aplicación del Tratado del Espacio concluido en 1966;

Señalando que igualmente este principio fue acordado con esa denominación al primer texto de convenio relativo a la Luna, el 3 de julio de 1970, y finalmente reconocido en el Acuer-

do adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 5 de diciembre de 1979;

Teniendo en cuenta la Declaración aprobada por el VII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, al tratar la Ponencia "Carácter de la misión de los cosmonautas ante la incorporación de la Luna al patrimonio común de la Humanidad" (Buenos Aires, 1969);

Ponderando la aportación del "Proyecto de las trece potencias" latinoamericanas presentado en la Comisión de Fondos Marinos, que constituyó una de las bases fundamentales de le negociación de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en relación con el régimen de los fondos marinos;

Reconociendo la activa participación de los delegados de los países miembros de la comunidad iberoamericana respecto a este tema en las negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que contribuyó en forma eficaz al logro de las fórmulas, finalmente concretadas en la Convención aprobada en dicha Conferencia, el 30 de abril de 1982, por abrumadora mayoría de la Comunidad internacional;

Comprobando, pues, con satisfacción la contribución de la doctrina iberoamericana y la acción de los juristas de esta comunidad en reuniones académicas internacionales, así como la de los representantes gubernamentales en las Naciones Unidas y otros foros y organismos internacionales para alcanzar el reconocimiento del principio del patrimonio común de la Humanidad en el Derecho Internacional del Espacio y en el Derecho Internacional del Mar, que han logrado convenciones sobre la materia, así como su inclusión en documentos o instrumentos relativos al acervo cultural de la Humanidad, al Derecho Internacional de las Telecomunicaciones, Energético Internacional, Ambiental Internacional, Internacional de la Radiodifusión y otros campos del Derecho Internacional.

Teniendo presente la inminente apertura a la firma de la Convención Internacional sobre el Derecho del Mar (Jamaica, 6 al 10 de diciembre de 1982);

Luego de haber examinado y valorado todos sus alcances la Ponencia sobre "Naturaleza jurídica del patrimonio común de la Humanidad", redactada por el Dr. Felipe Paolillo;

Declara:

1. El concepto de patrimonio común de la Humanidad —que abarca todo conjunto de bienes materiales o inmateriales, cuya utilización o conservación, sea por el espacio que los comprende o la función que cumplen, incumbe a todo el género humano, es decir, a todos los pueblos, cualquiera que sea su estatuto jurídico, y debe realizarse con la participación de todos ellos y en su beneficio— ha sido objeto de un proceso de creciente formalización, culminando con su consagración como principio jurídico.

2. Este principio está incorporado a numerosos instrumentos jurídicos, tratados y resoluciones de organizaciones internacionales y reconocido explícita o implícitamente por la práctica de los Estatutos, lo que demuestra la existencia de un consenso generalizado, en el que expresa, asimismo, la convicción de su carácter de *ius cogens*.

3. La vigencia de este principio ha llenado un vacío jurídico respecto de la utilización de determinados espacios, específicamente el espacio ultraterrestre y la Zona internacional de los fondos marinos.

Sin perjuicio de ello, las cambiantes condiciones políticas, económicas, sociales, científicas y tecnológicas de la vida internacional han determinado e irán determinando otras esferas de aplicación de este principio, cuya fuerza expansiva responde a las crecientes exigencias de justicia de los pueblos y a la conciencia de unidad del género humano.

4. Las negociaciones que han precedido a la inclusión del principio en los textos internacionales y la elaboración doctrinaria que ha acompañado a este proceso, han definido claramente el contenido del patrimonio común de la Humanidad y sus consecuencias jurídicas más importantes.

5. Este principio implica el derecho intransferible de todos los pueblos y de la persona humana, como último destinatario del Derecho, al goce pleno de los beneficios que derivan del patrimonio común de la Humanidad.

6. Es corolario fundamental e indispensable de este principio el establecimiento de los mecanismos capaces de asegurar efectivamente el cabal aprovechamiento del patrimonio común en beneficio de toda la Humanidad, con especial consideración a las necesidades e intereses de los países en desarrollo.

7. En el caso de la Zona internacional de los fondos marinos, el régimen internacional y la autoridad que organiza, realiza y controla todos las actividades en nombre de la Humanidad, instituidos por la Convención sobre el Derecho del Mar, es la única y exclusiva garantía aceptada por la Comunidad internacional de respeto y aplicación plena y efectiva del principio en sus consecuencias fundamentales y, en espe-

cial, el derecho de participación activa de todos los pueblos en la utilización de la Zona y la explotación de sus recursos, y la repartición equitativa entre todos ellos de los beneficios derivados de esa explotación.

8. El principio de *ius cogens* del patrimonio común de la Humanidad constituye un instrumento eficaz para la construcción de un nuevo orden jurídico y económico internacional que haga efectivo el derecho al desarrollo, realice la justicia social internacional, proteja la dignidad de la persona humana y promueva el bienestar de todos los pueblos, sentando las bases de una auténtica paz universal.

9. Los Estados de la Comunidad iberoamericana deberían esforzarse en reafirmar el principio del patrimonio común de la Humanidad con una práctica constante, impulsando una acción concertada, participando en la negociación o conclusión de acuerdos u otros instrumentos internacionales que se funden en él o lo instrumenten, así como ratificando o accediendo a acuerdos de esa índole e integrando las organizaciones o mecanismos que pongan en práctica aquel principio.

Me cabe en segundo lugar proclamar solemnemente en este acto, quienes tras reñidas elecciones obtuvieron la mayoría necesaria para constituir el Consejo Directivo del IHLADI que hasta el nuevo Congreso de 1984, tendrán su mandato y los que para adquirir el "stataus" de nuevos Miembros y nuevos Asociados, a quienes, seguidamente de dar sus nombres tendrán la bondad de acercarse a este estrado para recibir personalmente o por delegación si no estuvieran presentes, los oportunos Diplomas que acreditan su adscripción al IHLADI, son los siguientes:

MIEMBROS

Dr. Manuel Augusto Ferrer (Argentina).
Dra. Gilda Correa Meyer de Russomano (Brasil).
Dr. Carlos Serrano García (El Salvador).
Dr. Manuel Pérez González (España).
Dr. Máximo Cisneros Sánchez (Perú).
Dr. Antonio Belaunde Moreyra (Perú).
Dr. Julio César Lupinacci (Uruguay).

Asimismo, fueron elegidos los siguientes ASOCIADOS:

Dr. Hugo Caminos (Argentina).
Dr. Ramiro Saraiva Guerrero (Brasil).

Dr. Luis González Barros (Colombia).
Dr. Fernando Volio Jiménez (Costa Rica).
Dr. Alberto Rioseco V. (Chile).
Dr. Roberto Eugenio Quirós (El Salvador).
Dr. José Antonio Corriente Córdoba (España).
Dr. Santiago Torres Bernardes (España).
Dr. Roberto Herrera Ibargüen (Guatemala).
Dr. Jorge Guillermo Llosa Pautrat (Perú).
Dra. Delia Revoredo de Debakey (Perú).
Dr. Claudio Enrique Sosa Voysest (Perú).
Dr. Herbert Arbuet Vignali (Uruguay).
Dr. Andrés Aguilar (Venezuela).
Dr. Nelson González Sánchez (Venezuela).

El CONSEJO DIRECTIVO quedó constituido así:

Presidente:

Dr. Andrés A. Aramburú Menchaca (Perú).

Directores:

Dr. Calixto A. Armas Barea (Argentina).
Dr. Miguel Franchini Netto (Brasil).
Dr. Diego Uribe Vargas (Colombia).
Dr. Fernando Albónico Valenzuela (Chile).
Dr. Reinaldo Galindo Pohl (El Salvador).
Dr. Fernando Murillo Rubiera (España).
Dr. Carlos García Bauer (Guatemala).
Dr. Antonio Gómez Robledo (México).
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay).
Dr. Efraín Schacht Aristiguieta (Venezuela).

Secretario general:

Dr. José Luis de Azcárraga y Bustamante (España).

El próximo XIV Congreso se celebrará en San José de Costa Rica, aproximadamente hacia el mes de febrero de 1984 (*).

(*) Estando en prensa este ANUARIO recibo un telegrama del Dr. Fournier, desde San José, aplazando dicho Congreso hasta igual mes de 1985.

Otros acuerdos:

Tanto en las sesiones plenarias, como en las Juntas de Miembros y en las del Congreso Directivo, se aprobaron, sobre la base de oportunas propuestas y mociones escritas, o formuladas oralmente, los siguientes:

Voto de reconocimiento y gratitud a las Autoridades peruanas —y, en especial, al excelentísimo Presidente Constitucional de la República, Arquitecto don Fernando Belaunde Terry, quien se dignó presidir, como Presidente de Honor, la Solemne Sesión de Instalación del XIII Congreso y pronunció un brillante discurso— por la generosa hospitalidad brindada a todos los Miembros y Asociados del Instituto, así como a sus acompañantes

Felicitación a la Comisión Organizadora del XIII Congreso, presidida por el Dr. Andrés Aramburú Menchaca, por su magnífica labor realizada, que contribuyó decisivamente al éxito del Congreso.

Felicitación a los Ponentes, Dra. Delia Revoredo de Debakey (Perú), Strenger (Brasil), Uribe (Colombia) y Lupinacci (Uruguay).

Elevación de la cuota individual a sesenta dólares USA al año, a partir del 1 de enero de 1983.

Publicación de las Ponencias y sus Conclusiones en el ANUARIO.

Subsistencia de los premios "Yanguas Messía", para temas de Derecho Internacional Privado, y del premio "Luis García Arias", generosamente auspiciado y dotado por el Gobierno venezolano, para trabajos sobre Derecho Internacional Público, para lo cual se convoca inmediatamente, de acuerdo con las bases ya establecidas, nombrándose Miembros del Jurado Calificador a los Doctores Efraín Schacht Aristiguieta (Venezuela), Antonio Gómez Robledo (México) y Héctor Gross Espiell (Uruguay), quienes emitirán su juicio, con tiempo suficiente, de otorgarlo al vencedor, en el próximo XIV Congreso (*).

Igualmente, se aprobó una declaración del tenor siguiente:

El XII Congreso del IHLADI, hondamente preocupado por las consecuencias del conflicto entre la República Argentina y

(*) Este Premio fue otorgado, por unanimidad de su Jurado, al Dr. Prometeo Cerezo de Diego (España) por su trabajo sobre Fray Alonso de Veracruz que pronto publicaremos y distribuiremos entre los colegas del IHLADI.

el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la cuestión de las Islas Malvinas, que ha puesto, y que puede poner en peligro de nuevo la paz y seguridad internacionales.

CONSIDERANDO

Que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas decisiones, particularmente las Resoluciones 1514 (XV) y 2621 (XXV), estableció claramente la obligación de poner fin al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, y que igualmente lo hizo el Sistema Interamericano en la Resolución XXIII de la 9.ª Conferencia Internacional Americana de 1948, y las Resoluciones XCVI, XCVII y XCVIII de la Décima Conferencia Interamericana de 1954.

Que el ejercicio del derecho de libre determinación se refiere, tal como lo proclamó el X Congreso del IHLADI, en 1977, a pueblos autónomos y con personalidad inconfundible y no a poblaciones adventicias llevadas por la potencia colonial, como es el caso de los habitantes de las islas Malvinas, situación que vulnera la integridad de uno de los países miembros de nuestra Comunidad.

Que en 1977 el Comité Jurídico Interamericano, Cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos respaldó el carácter inobjetable de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas.

DECLARA

Que los Estados partes de la controversia relativa a la cuestión de las islas Malvinas tienen la obligación de someterse a los mecanismos de solución pacífica consagrados en el Derecho Internacional para que en forma efectiva y sin prácticas dilatorias, la República argentina puede ejercer inmediatamente su soberanía sobre la zona de las islas Malvinas y se dé por terminado el régimen colonial británico en la misma.

Y, por último, se acordó, con suma complacencia aceptar como sede del XIV Congreso la capital de Costa Rica, San José, a celebrar en 1984, según telex recibido del Ministro de Relaciones Exteriores de dicho país centroamericano Dr. Fernando Volio Jiménez, nuevo Asociado del IHLADI, en la fecha que oportunamente acordará la Junta de Miembros.

De acuerdo con el artículo 21 de los Estatutos de la Junta de Miembros, designó presidente de la Comisión Organizadora del XIV Congreso al Miembro de Costa Rica Dr. Fabio Fournier Jiménez quien designará el Secretario y demás integrantes de la misma, de acuerdo con el artículo 24 de los citados Estatutos.

Quiero, asimismo, expresar, mi felicitación y mi gratitud, a cuantas personas de la Comisión Organizadora, bajo la presidencia del Dr. Andrés A. Aramburú Menchaca, que lo es, por aclamación, del Congreso y del Instituto, ha desarrollado una urgente labor, y cuyos nombres, de los que no quisiera olvidar ninguno, son los siguientes:

COORDINACION GENERAL

Coordinador General:

Embajador Claudio Enrique Sosa Voysest. Director de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Secretaría:

Tercera Secretaría de Cancillería, Rosa Liliana Gómez Cárdenas.

COMITES DE TRABAJO

1. De Alojamiento, Transporte y Seguridad:

Jefe: Ministro, Enrique Izaguirre Valdivieso.
Tercer Secretario de Cancillería, César Enrique Bustamante Llosa.

2. De Documentación y Enlace.

Jefe: Ministro Consejero, Hernán Ramírez Lituma.
Segundo Secretario, Octavio Vizcarra Pacheco.
Tercera Secretaría de Cancillería, Carola Velásquez Ormeño, señor Juan Tamayo Tamayo.

3. De Relaciones Públicas y Actos Oficiales:

Jefe: Segundo Secretario, Gustavo Gutiérrez Pizarro.
Tercer Secretario de Cancillería, Eugenio Maury Parra.

4. De Protocolo:

Jefe: Primer Secretario: Vicente Azula de la Guerra.
Tercer Secretario de Cancillería, Arturo Chipoco Caceda.

5. De Prensa e Información:

Primer Secretario, José Miguel Cuadros González.

6. De Atenciones:

Segunda Secretaría, Elizabeth Astete de Patiño.
Tercera Secretaria de Cancillería, María Eugenia Chiozz de Robilliard.

7. De Infraestructura y Apoyo:

Señora Doroty Galea de Espinoza.
Doctor Jaime Alvan de Cabrera.
Doctor Julio Midolo Mújica.
Señor Carlos Saldarriaga Rivera.

8. Secretariado:

Señora María Angélica Valderrama de Larco.
Señorita Enriqueta Salcedo Peñarrieta.
Señorita Natalia Vargas Uriarte.
Señorita Carmen Bernal Ugaz.
Señorita María Elena González Vega.

9. Colaboración de los alumnos de la Academia Diplomática del Perú.

Señorita Gloria Olivares Portocarrero.
Señorita Aelín Pérez Ramírez.
Señor Carlos Amézaga Rodríguez.
Señor Elmer Shcialer Salcedo.
Señor José Ferreyra Echevarría.
Señor Lanzeth Ludeña López.

* * *

OBSERVADORES DESIGNADOS
POR LA CANCILLERIA PERUANA

Embajador Abraham Padilla Bendezu.
Ministro Mario Pareja Lecaros.
Ministro Guillermo Mendoza Serrano.

Repito, con una simple frase, muchas gracias.

Igualmente desearía dedicar una palabra de admiración, respeto y homenaje al sabio internacionalista doctor don José Luis Bustamante y Rivero, Presidente de Honor y Miembro funda-

dor de nuestro Instituto, así como "Doctor Honoris Causa" de la Universidad "José Matías Delgado" de la República de El Salvador y séame permitido invocar egoistamente un lejano parentesco e iguales raíces santanderinas que nos vinculan en un añoso tronco hispánico.

Por último, con mi agradecimiento, al señor Presidente Constitucional de esta República que nos maravilló a todos, en la Solemne Sesión de Apertura del Congreso, con su profundo, preciso y precioso discurso, sin lecturas ni apoyo en papel alguno, que a todos los Profesores de esta docta Corporación asombró sin límites, y a quien se nombró Presidente de Honor del Congreso. Y en su persona, quiero unir la gratitud de todos al Canciller doctor Arias Stella Vicepresidente de Honor del Congreso y al Vicecanciller Llosa, Miembro de Honor del mismo y demás dignísimas Autoridades peruanas, municipales, judiciales y universitarias señores Orrego, Anchorena y Pons, que también fueron nuestros generosos anfitriones, como al Cuerpo Diplomático, y en una palabra, a todos los ciudadanos de este hermoso y entrañable Perú que tantas riquezas atesora.

Al propio tiempo, debemos destacar con el máximo respeto, admiración y en alta voz que merecieron la distinción de Miembros de Honor del Instituto nuestros compañeros —los Doctores Amadeo (República Argentina) y Alfonso García Robles (México) reciente y último Premio Nobel de la Paz, y Luis Alvarado (Perú).

Seguidamente pronunció un excelente "Discurso de Orden" el antiguo Asociado del IHLADI, Doctor Juan Vicente Ugarte, del Perú, Profesor Principal de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El Doctor Vicente Marotta Rangel, Profesor de la Universidad de Sao Paulo y Miembro brasileño del IHLADI, en nombre de los Congresistas de lengua portuguesa, pronunció el siguente discurso:

"Ao saudar a personalidade de quem no momento preside esta cerimônia de encerramento, coube ao Secretário Geral do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, Professor Azcárraga y Bustamante, qualificár de "excelentíssimo e magnífico" o Reitor da Universidade de Sao Marcos. Tal qualificativo honroso, segundo nos disse o Secretário Geral, é usual na Espanha. Suponho que também o seja nos demais países de lingua castelhana. Também o é, posso assegurar-lhes, nos países de lingua portuguesa. Permito-me realçar esse fato por duas razoes. A primeira é a de que a designaçao atesta, com

justiça, a dignidade excepcional das funçoes de quem rege os destinos da universidade e significa, ao mesmo tempo, o respeito o prestígio de que, com acerto, ela deve usufruir. A segunda razao concerne tanto à similitude dos dois idiomas irmaos, de que nos valemos sem necessidade de traduçoes e de intérpretes, como à vigência de prática idênticas nos países de nossa comunidade, independentemente da circunstância eventual de neles se falar o idioma de Cervantes ou o idioma de Camoes.

Ao tomar conhecimento da majestade espiritual da capela em que nos reunimos e ao evocar o patrocinio de Santa Maria de Loreto, somos conduxidos irresistivelmente ao reconhecimento da alta significaçao desta Universidade, marco pioneiro nos quadrantes culturais de nossa comunidade, penhor da força vital das correntes e valores espirituais de que todos provimos a testemunho da perenidade dos ensinamentos que nossos maiores nos legaram.

Peço venia para mencionar entre esses ensinamentos, por ser diretamente relacionado com o processo da gestaçao e florescimento do ordenamento jurídico e, por conseguinte, com a própria razao de ser de nosso Instituto, o preceito consagrado pela sabedoria dos juristas romanos segundo o gual o direito se desenvolve *ipsis factibus distantibus ac necessitate exigente*. Foi esse senso de adequaçao da norma com a realidade dos fatos e as exigências nascidas das necessidades dos homens e da sociedade que deu à Roma o primado da sabedoria e o sentido de eficiência na busca dos valores da justiça e lhe permitiu distinguir além do direto próprio aos cidadaos um direito imposto pela natureza. O *jus-gentium* —no dizer de Gaio— é o direito que a naturaleza constitui entre todos os homens, definiçao essa que Francisco de Vitória adaptou mais tarde ao direito emergente do Novo Mundo e ao relacionamento que entao se impunha entre europeus e habitantes do continente descoberto.

Inscritos no Digesto, os ensinamentos dos romanos se processavam, por vezes, em círculos restritos, onde um Papiniano, um Modestino, um Celso, um Paulo, pontificavam, sob os olhares atentos e os ouvidos aguçados de jovens expectadores. A vivência e a convivência universitária, surgidas a partir do século XII, tiveram em Salamanca e em Coimbra os principais centros de irradiaçao que se projetaram na América. Vitoria naquela universidade e Suarez nesta prelecionaram ensinamentos que repercutiram nas cátedras do continente americano, a começar das que se concentraram nesta Universidade pioneira, fundada em 1533, três anos depois de ter Frei Tomás de San Martin, da Ordem dos Pregadores, partido para Roma a fim

de alcançar a autorizaçao indispensável. Sao Marcos de Lima se tornou centro pujante de estudo e de pesquisa, de formacao cultural, de forja de personalidades ilustres e altaneiras, como a do catedrático don José de Baquijano y Camillo que, sete anos antes da Revoluçao Francesa, expressou, por ocasiao da visita do vice-rei Sáuregui, o protesto dos "criollos" pelo fato de permanecerem alheados da vida pública.

Membros do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, somos conciente das finalidades precípuas da universidade a que todos, de maneira direta ou indireta, pertencemos: a de ensinar; a de pesquisar; a de servir à comunidade; a de colimar a sabedoria. Tais sao os propósitos também de nosso Instituto que, através dessas quatro vias, têm realizado obra progressiva e contrutiva no sentido re realizar gradualmente, mercê de seus sucessivos Congressos, a tarefa nobre de codificar o direito internacional, adequado aos princípios superiores em que se inspira —como o queriam os romanos— à realidade dos fatos cambiantes e aos reclamos sempre renovados de ordem social e política formulados pelos povos e governos de nossa comunidade."

Y, finalmente, tras las brillantes intervenciones, orales de Monseñor Juan Larrea Holguín, Obispo de Ibarra (Ecuador) y Miembro del IHLADI, en nombre de los congresistas de habla castellana: el Dr. Fabio Fournier, Miembro de Costa Rica, como Presidente de la Comisión organizadora del próximo XIV Congreso a celebrar en San José en 1984; del Dr. Andrés T. Aramburú Menchaca, Presidente del XIII Congreso y del IHLADI, pronunció las palabras finales de clausura el Dr. Gastón Pons Muzzo, Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Otros actos sociales de recepción en distintas Embajadas, en el Palacio de Torre Tagle, en el de la Corte Suprema y en el Palacio Presidencial, abrillantaron y culminaron el Congreso celebrado en la capital del hermoso país hermano del Perú.