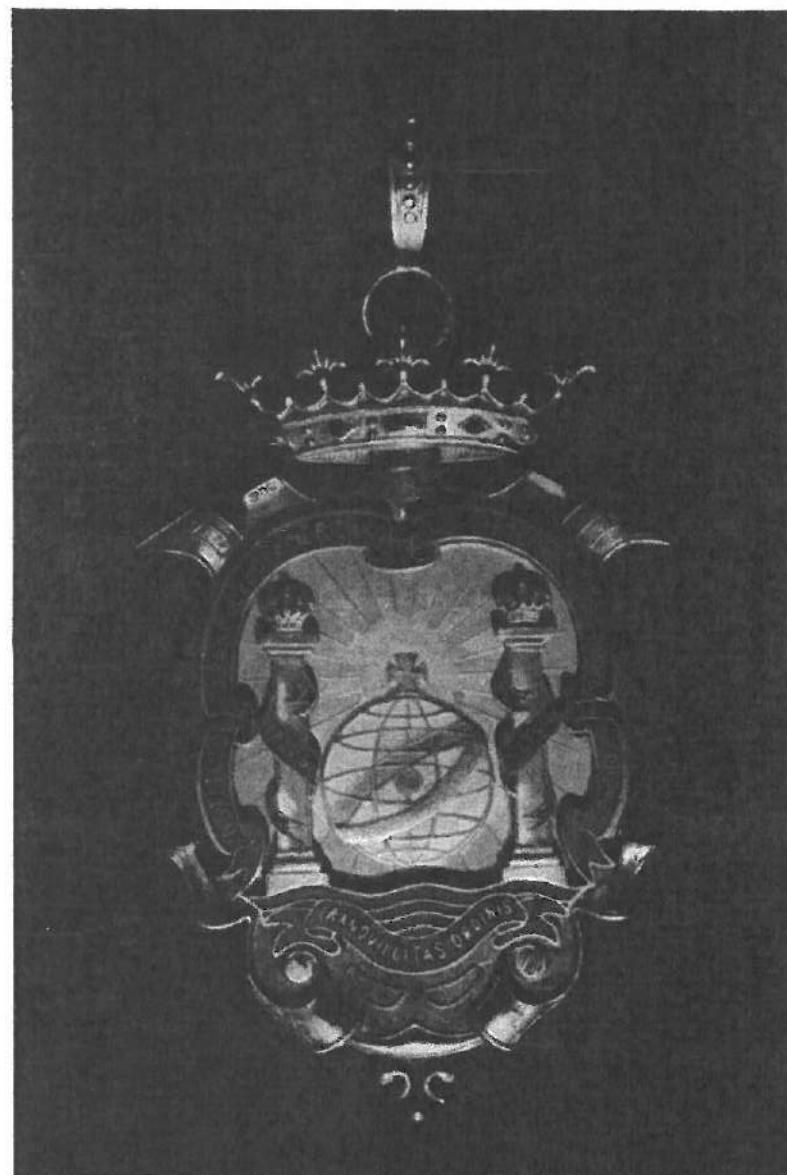


ANUARIO

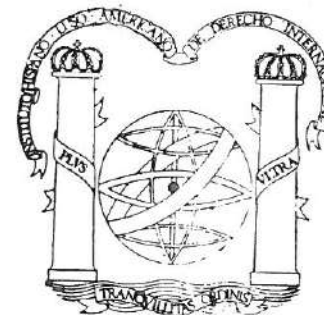
8

I.S.B.N.: 84-505-0087-8
Depósito legal: M-33.214-1979

SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA ARMADA



ANUARIO
HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



8

1987

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 - 28016 MADRID (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.)

Belaúnde 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.)
(XIII Congreso, Lima, 1982.)

MIEMBROS DE HONOR DE CONGRESO

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

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

MIEMBROS Y ASOCIADOS 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.)

Pfirter de Armas, Frida. (Argentina.).
(Asociada de Honor a título póstumo: XVI Congreso, San José,
Costa Rica, 1985.)

CONSEJO DIRECTIVO

(1985-1987)

Presidente:

Dr. Fabio Fournier Jiménez (Costa Rica).

Directores:

Dr. Ernesto Rey Caro (Argentina).
Dr. Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (Brasil).
Dr. José Joaquín Caicedo Perdomo (Colombia).
Dr. Alfredo Martínez Moreno (El Salvador).
Dr. Manuel Pérez González (España).
Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (México).
Dr. Julio E. Linares Gutiérrez (Panamá).
Dr. Adriano Moreira (Portugal).
Dr. Héctor Gros Espiell (Uruguay).
Dr. Luis Cabana (Venezuela).

Secretario General:

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

(*) Fallecido el 30 de julio de 1985. Para cubrir la vacante del cargo fue elegido Secretario General interino, en la reunión del Consejo Directivo del Instituto celebrada en Panamá los días 20 al 22 de febrero de 1986, el doctor Julio E. Linares Gutiérrez.

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
PRESENTACION	13
IN MEMORIAM	15
<i>Profesor Doctor José Luis de Azcárraga y Bustamante (1918-1985), por Manuel Díez de Velasco Vallejo</i>	17
<i>Profesor Doctor Manuel Yglesias Echevarría (Costa Rica), por M. P. G.</i>	23
<i>Profesor Doctor Luis Demetrio Tinoco Castro (Costa Rica), por M. P. G.</i>	23
ESTUDIOS	25
<i>A imunidade de jurisdição territorial dos Estados, por Gilda Maciel Corrêa Meyer de Russomano</i>	27
<i>Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo, por José Carlos Fernández Rozas</i>	49
<i>España en las Comunidades Europeas: Algunas cuestiones jurídicas, por Gregorio Garzón Clariana</i>	75
<i>Derecho a la vida y derecho a vivir, por Héctor Gros Espiell</i>	87
<i>Las organizaciones internacionales como sujetos del Derecho internacional, por Hugo Llanos Mansilla</i>	97
<i>La «opinio iuris» como fuente autónoma del Derecho internacional, por Rodolfo Piza Escalante</i>	131
<i>El Notariado Latino y la efectividad de los derechos humanos, por Vicente L. Simó Santonja</i>	195

	Págs.
NOTICIAS DE LIBROS	229
Héctor Gros Espiell: <i>Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano</i> , por Manuel Díez de Velasco Vallejo	231
Jean-Paul Jacqué y otros: <i>Le Parlement Européen</i> , por Jesús Gamallo Aller	233
Manuel Díez de Velasco Vallejo: <i>El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i> , por Araceli Mangas Martín	236
Modesto Seara Vázquez: <i>La hora decisiva</i> , por Antonio Martínez Puñal	238
Julio E. Linares: <i>Tratado concerniente a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá</i> , por José Pérez Montero	242
NOTICIARIO	245
Breve crónica del XIV Congreso del IHLADI	247
Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XIV Congreso del IHLADI	269

PRESENTACION

Se presentan en este Volumen del Anuario —que ve la luz en medio del vacío, difícil de llenar, dejado por la muerte del Secretario General del Instituto, Profesor Azcárraga y Bustamante— distintos estudios científicos dispuestos por orden alfabético de autores, algunos de los cuales fueron presentados y defendidos como Ponencias en el XIV Congreso, celebrado en la bella y hospitalaria capital costarricense de San José entre los días 22 y 29 de marzo de 1985.

Asimismo, y siguiendo la tónica de Anuarios anteriores —que por las consabidas razones vienen ostentando una periodicidad bianual—, se incorporan al presente volumen la Sección bibliográfica «Noticias de libros» y un escueto «Noticiario» (sustancialmente extraído del folleto «Conclusiones y Acuerdos» distribuido en su día por la Secretaría General) referente al XIV Congreso; «Noticiario» en el que, a causa de la triste falta del entrañable colega y amigo Azcárraga, que nos hurta su inestimable información, se echarán en falta sin duda muchos datos y reseñas de interés.

M. P. G.

IN MEMORIAM

NECROLOGICAS

PROFESOR DOCTOR JOSE LUIS DE AZCARRAGA
Y BUSTAMANTE

(1918-1985)

Hablar de José Luis de Azcárraga muerto supone una dura tarea y un triste privilegio para alguien que le tuvo un afecto excepcional durante más de treinta y cinco años; es decir, desde el momento que le conocí. Un deber de gratitud, de compañerismo y de afecto me obliga a cumplir con la tarea de escribir estas líneas, impregnadas de profundo dolor por la ocasión en que están escritas: la pérdida de un ser verdaderamente querido por sus familiares, sus amigos, sus compañeros, sus alumnos y por cuantos le conocieron. Quizá su mejor elogio es decir que no se le conocieron enemigos.

Definir a José Luis de Azcárraga no es tarea fácil, pero creo puede decirse, sin temor a equivocarse, que fue un ser polifacético, inquieto, optimista, excepcionalmente grato y fue sobre todo y ante todo un hombre bueno, profundamente bueno, amigo de sus amigos, comprensivo con todo el mundo y con un talante humano excepcional. Será muy difícil que los que le conocimos podamos olvidarle y separarlo de nuestra memoria por mucho tiempo que vaya pasando. El tiempo, y lo sé por experiencia, va mitigando el dolor, pero es difícil olvidar a seres con los cuales, como José Luis de Azcárraga, se pudo llegar a un contacto espiritual y humano frecuente y se fue desarmado cordialmente, aunque no dialécticamente, cuando se le decía que no fuera tan comprensivo y tan bueno con ciertas personas. No obstante, su humanidad excepcional terminaba imponiéndose, disimulando defectos y encontrando justificación a todas las facetas no gratas de los seres humanos.

Su personalidad era compleja y llevaría muchas páginas glosarla. En esta ocasión me ocuparé preferentemente de algunas facetas más conocidas por mí en razón de ser colega suyo en varias Instituciones que ambos servimos y quisimos mucho: la Universidad, la Academia de Legislación y Jurisprudencia y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

José Luis de Azcárraga y Bustamante fue además un jurídico militar que llegó a la cumbre de su carrera al ser ascendido el 24 de septiembre de 1980 a la categoría de Ministro Togado de la Armada

y nombrado Inspector General del Cuerpo Jurídico y, posteriormente, Asesor jurídico general del Ministerio de Defensa hasta pocos meses antes de su muerte.

Pero además fue, y hay que ponerlo bien de manifiesto, un universitario excepcional. Conoció la Universidad de antes de la guerra española y continuó sus estudios en la Universidad de Santiago de Compostela inmediatamente de acabada ésta. Un Licenciado con brillantes calificaciones y hombre apegado desde entonces a Santiago, pues allí conoció a dos personas que le marcaron en su vida: de un lado, Elena, su compañera inseparable y extraordinaria y, de otro, al Maestro don Camilo Barcia Trelles, de cuyo árbol genealógico yo también soy una rama a través de mi Maestro el Profesor Miaja de la Muela.

José Luis de Azcárraga siguió la carrera académica en Madrid, coronando el Doctorado en Derecho en esta Universidad y obteniendo por oposición el Título de Doctor con Premio Extraordinario.

Pronto se incorpora a la Universidad, aunque ya había enseñado como Profesor en la Escuela Naval Militar de San Fernando (Cádiz) las disciplinas de Derecho Internacional y Derecho Marítimo, que luego continuaría en la de Marín (Pontevedra) y sin interrupción desde 1945 a 1978 en la Escuela de Guerra Naval de Madrid, es decir, durante treinta y seis años en Centros castrenses.

En la Universidad de Madrid (hoy Universidad Complutense) inició sus trabajos como Ayudante de Clases prácticas en el curso 1948-1949; años más tarde obtendría por oposición la Plaza de Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, en el año 1957. Este hecho le ligaría a la Universidad de Madrid durante años y le pondría en la situación de impartir sus enseñanzas en diversas ocasiones y a distintos niveles. A un alto nivel como encargado de la Cátedra de Estudios Superiores de Derecho Internacional entre los años 1961 a 1967. Fue una época muy fecunda, pues en ella tuvo la posibilidad de exponer monográficamente una serie de temas, en los cuales llegó a ser verdadero y reconocido experto.

También estuvo encargado de la Cátedra de Derecho Internacional Público, cuyo Titular era el Profesor Antonio de Luna entre los años 1967 y 1968. La venida a Madrid del inolvidable amigo de Azcárraga y mío, ya fallecido, Luis García Arias, no le aparta de las tareas docentes totalmente, pero sí quedan mitigadas hasta que en el mes de junio del año 1970 obtiene por oposición la Plaza de Profesor Agregado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Santiago de Compostela. José Luis vuelve a la Universidad donde

había cursado su Licenciatura. Durante los años 1970-1973 es Profesor Agregado de aquella Universidad, y por concurso de acceso, también en la Universidad de Santiago, es nombrado Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado de la misma, permaneciendo en esta categoría administrativa durante los años 1973 a 1977, años que fueron fecundos, y las Tesis Doctorales que allí se realizaron, en algunas de las cuales yo participé en el Tribunal que las juzgó, lo demuestran bien claramente.

Por concurso de traslado es nombrado Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad de Valladolid, donde permaneció los cursos de 1977 a 1980, año en el que pasa a la Universidad de Alcalá de Henares, como Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público, y en cuya Universidad servía en el momento de su muerte.

Fueron, por tanto, muchos años de profesorado en la enseñanza castrense y en la enseñanza universitaria. Treinta y siete años de enseñanza puramente universitaria dan buena idea de su trabajo dedicado a la Universidad y a la enseñanza en todos sus grados: en el de Doctorado y en el de Licenciatura.

La enseñanza de José Luis de Azcárraga es inolvidable porque estaba llena de soltura, llena de brillantez no buscada, llena de claridad y, sobre todo, tenía algo que está solamente en manos de muy pocos profesores conseguir: que los alumnos se transformen en verdaderos amigos. José Luis tenía amigos, cientos de amigos, entre aquellos que fueron sus discípulos.

Así, los discípulos de José Luis de Azcárraga se cuentan por miles. Hay que tener en cuenta que profesó en Universidades masivas, como la de Madrid. En su época de Doctorado en la antigua y extinguida Cátedra de Estudios Superiores de Derecho Internacional pasaron por sus manos cientos de alumnos de Hispanoamérica, que le recuerdan con verdadero afecto y muchos de los cuales hoy ocupan puestos de primerísimo orden en aquel querido Continente. Ello le hace ser conocido en el mundo científico hispanoamericano como un internacionalista excepcional y en el mundo entero como un especialista consumado de Derecho Marítimo.

José Luis de Azcárraga fue también escritor. Algunos de sus libros son de obligada consulta para los universitarios; así, «La Plataforma submarina y el Derecho Internacional», publicado en el año 1952 y que fue galardonado por el Institut de Droit International con una de sus Menciones Especiales. El presumía muchas veces de que era «Azcárraga el de la Plataforma», lo decía jocosamente, pero en verdad fue una de sus obras que marcan un hito en el Derecho Marí-

timo moderno, especialmente por haber sido publicada, aparte de sus méritos intrínsecos, antes de las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar, que reglamentaron internacionalmente la institución.

Su último libro, titulado «El Derecho del Mar», publicado en 1983 en dos volúmenes, es la síntesis más completa en lengua castellana de la obra de un Profesor español y un maritimista insigne. Me refiero a estas dos obras exclusivamente porque forman los dos hitos, inicial y final, prácticamente de una obra fecunda, extraordinaria y una aportación de primer orden al Derecho Internacional en general y al Marítimo en particular. Un resumen numérico da buena idea de su magna obra: 11 libros, 14 folletos, 13 folletos multicopiados, 49 artículos e infinidad de recensiones y noticias bibliográficas, además de importantes traducciones del inglés y portugués de obras de Derecho Internacional Público y Derecho Marítimo. A más de las obras jurídicas, publicó una serie de obras literarias, principalmente novelas, de las que una de ellas, titulada «Botón de ancla», fue llevada al cine en diversas versiones, en blanco y negro y en color.

José Luis, todos los que le conocieron lo podrán decir, no era un hombre vanidoso. Se preocupaba poco de sus honores, pero si algo deseó en su vida y le ilusionó profundamente fue ser elegido Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española. Fue quizá uno de sus deseos más fervientes y me lo expuso muchas veces con insistencia. El quería ser Académico y lo deseaba sin falsas modestias. Quizá fue una de las pocas cosas que deseó en su vida. Yo había sido elegido en mayo de 1977. Se produjo una vacante por la muerte del Magistrado del Tribunal Supremo don Juan Becerril y Antón-Miralles y me consultó nuevamente si se presentaba. Yo le animé a que lo hiciera y, efectivamente, obtuvo su plaza de Académico de Número el día 11 de abril de 1983. Deseaba tanto ser Académico y tomar parte en las actividades de la Corporación que se posesionó de su Plaza en un tiempo récord, pues leía su Discurso de Ingreso el día 19 de diciembre de 1983 con un tema muy querido para él y para mí titulado «La zona económica exclusiva». Se trata de un tema también puntero en el Derecho Internacional moderno y concretamente en el Derecho del Mar. Yo me había ocupado de él en mi Discurso de Ingreso como Miembro correspondiente en España de la Asociación Nacional de Abogados de México en el año 1979. El tuvo la gentileza de citarme en su excelente discurso, lleno de amenidad y claridad y que fue una lección inolvidable. Acto solemne para todos los que tuvimos la alegría de estar presentes, solemnidad que la daba no sólo el lugar, sino el hombre que, con

una historia académica extraordinaria, nos daba una lección que ha quedado para la posteridad en las publicaciones de la Academia.

Su actuación en la Academia, como he podido comprobar «de visu», fue asidua y continua. Faltó a muy pocos actos de la misma, intervino en diversas Ponencias, nos habló a los Académicos y discutimos los temas de «Los Tribunales Internacionales para los asuntos Marítimos». Habló sobre «El Túnel del Estrecho de Gibraltar», tema tan querido para él, y finalmente sobre el «Derecho de Angaria», tema típico de su especialidad. Fue un Académico activo, dinámico y sobre todo fue un académico entusiasta, entregado a la Corporación y sus trabajos en cuerpo y alma y será difícil llenar su hueco y superar su entusiasmo.

He dejado ex profeso para el final la gran pasión de José Luis: el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Fue Miembro fundador del mismo y participó prácticamente en todos sus Congresos: el de Madrid en 1950, de Sao Paulo en 1955, de Santiago en 1966, de Buenos Aires en 1969, de Lima en 1970, de Lisboa en 1972, de Guanajuato en 1974, de Madrid nuevamente en 1977; de Mérida, de Venezuela, en 1980, de Lima en 1982 y de San José de Costa Rica en 1985.

No solamente participó en los Congresos, sino que fue Ponente en diversas ocasiones. En el año 1966, en Santiago, fue Ponente en el V Congreso sobre «El aprovechamiento de los ríos internacionales»; más tarde, en el VII Congreso, celebrado en Buenos Aires en 1969, sería Ponente con el tema de «La contaminación de las aguas y las costas», y en el Congreso de Lima de 1970 sería el Ponente sobre «El Derecho de los Estados ribereños sobre zonas de Alta Mar para el aprovechamiento de sus recursos biológicos». Tres ponencias que marcan tres jalones importantes en los trabajos del Instituto.

José Luis no solamente participó como Ponente y como Miembro Fundador, sino que llegó a ser Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y prácticamente defendió la Institución y se dedicó a ella en cuerpo y alma. Puedo decir que después de la muerte de Luis García Arias, a quien sucedió en este cargo, ha sido el alma del Instituto. Era hombre con gran capacidad organizativa. Por el Instituto hizo desde poner sellos en las cartas hasta llegar a defender Ponencias en los Plenos. El vacío de José Luis en el IHLADI será prácticamente imposible de llenar. El recuerdo suyo permanecerá en las generaciones de los iusinternacionalistas hispano-americanos, españoles, portugueses y filipinos durante muchísimos años.

He glosado algunas de las facetas de José Luis de Azcárraga con el corazón roto y con mi pensamiento puesto en su memoria. Ella quedará entre nosotros durante muchos años e irá unida a nuestras vidas, porque es difícil encontrar un hombre tan bueno y cabal y encontrar un amigo tan querido.

Profesor Doctor Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO
*Catedrático de Derecho Internacional Público
en la Universidad Complutense de Madrid
Miembro del IHLADI y del Institut de Droit International*

MANUEL YGLESIAS ECHEVARRIA (Costa Rica)

El 18 de abril de 1985, pocos días después de finalizado el XIV Congreso de nuestro Instituto en San José, fallecía en esta capital costarricense el prestigioso Abogado, Notario y Magistrado doctor Yglesias Echevarría, quien en dicho Congreso fuera exaltado a la condición de Miembro del Instituto.

Descendiente de gobernantes y próceres de la República de Costa Rica, Manuel Yglesias Echevarría ejerció durante largos años docencia en la Cátedra de Historia de las Instituciones de la Universidad de Costa Rica, figurando en el cuerpo de profesores de esta Universidad junto a don Carlos Monge Alfaro, don Luis Demetrio Tinoco, don Enrique Obregón y otros insignes maestros. En cuanto al ejercicio de la profesión jurídica, el doctor Yglesias Echevarría, tanto en el desempeño de la abogacía y notaría como en el del cargo de Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones —para el que había sido designado en 1969—, siempre fue admirado y respetado por su inteligencia, su preparación y su integridad moral, recibiendo muchos honores que nunca hicieron disminuir su sencillez, su humildad y su trato afable con todos.

Manuel Yglesias, en fin, desarrolló a lo largo de su vida diversas actividades políticas, diplomáticas, sociales, etc., con singular acierto y altura de miras. Fue delegado al Congreso de Pax Romana en 1949, peleó en la revolución de 1948 defendiendo las conquistas electorales, participó en actividades en pro de los derechos humanos, fue delegado de su país en 1968 en la Asamblea General de las Naciones Unidas...

Descanse en paz este gran hombre y hombre bueno.

M. P. G.

* * *

LUIS DEMETRIO TINOCO CASTRO (Costa Rica)

En el período transcurrido desde el XIV Congreso del IHLADI celebrado en San José, la parca vino a diezmar por segunda vez el grupo de miembros costarricenses de nuestro Instituto, con el fallecimiento del doctor Luis Demetrio Tinoco Castro, quien, al igual que

el doctor Manuel Yglesias, fuera elegido el 25 de marzo de 1985 como Miembro del Instituto, del que era asociado desde 1962.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y con estudios de postgrado en las Universidades de Columbia y Georgetown (1927-1928), el doctor Tinoco Castro, tras ocupar por algún tiempo las Cátedras de Educación Cívica y Economía Agrícola en el Liceo de Agricultura de Costa Rica, fue elegido diputado al Congreso Constitucional, habiéndole correspondido entre otros honores el impulsar la aprobación de las Convenciones Panamericanas aprobadas en la Conferencia de La Habana de 1928.

Ministro de Educación Pública desde 1940 hasta 1944, creó en el primero de dichos años la Universidad de Costa Rica, de la que fue *pro tempore* su primer Rector y más tarde Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.

Participó como miembro de la delegación costarricense en las Conferencias de Bretton Woods, y en nombre de su país firmó, en su día, los convenios constitutivos del F. M. I. y del B. I. R. D. Participó asimismo en reuniones diplomáticas de trascendencia histórica grande, como la Conferencia de Chapultepec sobre Problemas de la Guerra y de la Paz y la Conferencia de San Francisco, en la que se estableció la Organización de las Naciones Unidas.

En 1958 fue designado Ministro de la Presidencia, siendo designado posteriormente Embajador de Costa Rica ante la R. F. A., período durante el cual desarrolló una intensa y brillante actividad diplomática en distintos foros internacionales.

En 1966 fue nombrado Embajador Representante Permanente de Costa Rica en las Naciones Unidas, habiéndole correspondido presidir en varias ocasiones la Asamblea General de esa Organización y participar señaladamente en sus diversos Comités.

Fue miembro de prestigiosas asociaciones profesionales, culturales y científicas de su país y de ámbito internacional, fue condecorado por distintos gobiernos con importantes galardones, y, en cuanto a su producción científica, ha publicado numerosos estudios sobre materias de Derecho Internacional, Economía y Finanzas.

Descanse en paz el ilustre universitario, político, diplomático y polígrafo de la hermana República de Costa Rica.

M. P. G.

ESTUDIOS

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO TERRITORIAL DO ESTADO

(Estudo sobre as Convenções de Viena de 1961 e 1963) (*)

Gilda Maciel CORRÊA MEYER RUSSOMANO
Miembro del IHLADI

PREÂMBULO

O tema proposto — *A Imunidade de Jurisdição Territorial do Estado* — oferece vários aspectos, dentre os quais podemos mencionar:

- A) Imunidade dos Estados estrangeiros;
- B) Imunidade dos Chefes de Estado estrangeiros;
- C) Imunidade das Missões Diplomáticas (Convenção de Viena de 1961);
- D) Imunidade dos Agentes Consulares (Convenção de Viena de 1963);
- E) Imunidade dos Organismos Internacionais (Convenção de Viena de 1975);
- F) Imunidade dos exércitos de ocupação ou em missão transitória em território estrangeiro;
- G) Imunidade dos navios e aviões de guerra ou a serviço público (Cfr., a propósito, Moreno Quintana e Bollini Shaw, *Derecho Internacional Público*, pág. 122, ed. Lib. del Colegio, 1950, Buenos Aires).

Não nos é possível — a não ser incorrendo no pecado literário da prolixidade ou da banalidade superficial — o exame, que se quer meticoloso, de um tema poliédrico e que, além de variado, em cada face pode sugerir problemas e alimentar divergências.

Pensamos que a melhor maneira de aprofundar a questão proposta seria restringir seu âmbito de análise. Dentre os vários capítulos de um estudo sobre *A imunidade de Jurisdição Territorial do Estado*, pareceu-nos aconselhável o exame, apenas, das imunidades dos *agentes diplomáticos e consulares* à luz das Convenções de Viena de 1961 e 1963.

(*) El presente trabajo fue elaborado por su autora como Ponencia para el XIV Congreso del IHLADI (San José, Costa Rica, 22-29 de marzo de 1985).

Por um lado, quando se escreve «A Imunidade de Jurisdição Territorial do Estado», pode, realmente, ser entendido que se quer tratar da *imunidade do Estado*, no que ela se refere à *jurisdição territorial de outro Estado*.

Mas, também, se pode pensar que o estudo versará sobre a *imunidade* (seja de quem for) frente à *jurisdição territorial do Estado* competente para apreciar o caso *sub judice*.

As palavras «do Estado», pois, tanto se podem referir à «*imunidade*», quanto à «*jurisdição territorial*».

Por outro lado, quando se analisa o instituto da imunidade dos agentes diplomáticos e consulares, encontra-se, na primeira linha, a *persona física desses agentes*. Mas, logo se percebe que atrás deles, como causa remota ou origem de privilégios e imunidades, está a *persona jurídica do Estado acreditante*, que, através de diplomatas e cônsules, atua no Estado acreditado. Tais privilégios e imunidades não têm por *alvo final* a pessoa daqueles agentes. Sua meta é garantir, através da ação e da pessoa física dos diplomatas e cônsules, os direitos do Estado acreditante.

No pano de fundo das Convenções de Viena, portanto, talvez se deva considerar a figura do Estado acreditante como o verdadeiro titular dos privilégios e imunidades concedidos. Dentro dessa idéia, poder-se-ia, quiçá, concluir que tais direitos e vantagens são outorgados, através dos agentes diplomáticos e consulares, ao próprio Estado.

Esse aspecto do tema guarda atualidade e está pedindo momentos de meditação, observações críticas e propostas, mesmo quando sejam de difícil aceitação. Pensamos que se faz necessário um esforço no sentido de que as normas de Viena sejam repensadas, de modo a adotar-se —sem prejuízo dos direitos inerentes ao exercício das funções diplomáticas e consulares— sistema novo que contemple as realidades, também novas, das relações internacionais e da vida humana, no momento em que começam a apagar-se as luzes do século XX.

I. DELIMITAÇÃO DO TEMA NAS CONVENÇÕES DE VIENA DE 1961 E 1963.

1. Os vocábulos *privilégios* e *imunidades*, do ponto de vista semântico, segundo o dicionaristas do idioma português, são considerados sinônimos.

Talvez, porém, seja possível encontrar, entre as duas palavras, o

matiz de alguma distinção, considerando-se como *privilégio* a prerrogativa outorgada a alguém, contra as regras aplicáveis à generalidade das pessoas, e como *imunidade* a vantagem ou direito concedido a determinada pessoa em virtude do cargo que exerce ou das funções que desempenha.

Não parece ter sido esse o entendimento adotado na elaboração do texto das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares de 1961 e 1963, respectivamente.

Nos preâmbulos das Convenções, de modo muito claro, se faz distinção entre *privilégios* e *imunidades*, existindo, entre as duas vozes, uma conjunção copulativa e não a conjunção alternativa *ou*.

Não obstante, no desenvolvimento do texto daquele tratado, algumas vezes, aquilo que pode ser *privilégio* também pode ser *imunidade* —e viceversa— precisamente porque há entre ambos, mesmo que entre eles se distinga, conotação absolutamente necessária.

Talvez se pudesse concluir —e esta é mera observação, sem chegar a ser proposta— que os *privilégios* criam direitos de fazer ou não fazer, que serão exercidos livremente pelo agente diplomático; enquanto *imunidade* é prerrogativa de não ser responsabilizado em decorrência de atos ou fatos resultantes do exercício do cargo ou função.

Se essa idéia fosse considerada válida, talvez se pudesse atribuir ao vocábulo *privilégio* sentido amplo, porque toda *imunidade*, no fundo, representa *privilégio*, ao passo que, ao contrário, a *imunidade* adquiriria um sentido estrito, pois nem todo *privilégio* é *imunidade*.

Privilégio seria o gênero; *imunidade* seria espécie daquele gênero.

Insistimos em que essa dicotomia não tem sólidas bases semânticas. Quiçá se possa admiti-la, entretanto, do ponto de vista puramente jurídico, na interpretação dos *Preâmbulos* das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares e dos seus textos, sobretudo a partir do art. 21 e do art. 28, conforme o caso.

2. Dentro dessa idéia primeira e elementar, sobre a qual nós próprios colocamos um ponto de interrogação, poderíamos admitir:

A) O art. 21, da Convenção de Viena de 1961, obriga o Estado acreditado a facilitar a aquisição em seu território, de acordo com suas leis, pelo Estado acreditante, dos locais necessários à Missão ou ajudá-lo a consegui-los de outra maneira. Essa obrigação, quando

necessário, se estende à obtenção de alojamento adequado para os membros da Missão (§§ 1 e 2). Esse dispositivo corresponde ao art. 30, da Convenção de 1963.

O art. 25 estabelece que «o Estado acreditado dará todas as facilidades para o desempenho das funções da Missão» (Convenção de 1963, art. 28).

A liberdade de circulação e trânsito, exceção feita nas áreas demarcadas pela necessidade de segurança nacional, e o princípio da livre comunicação para fins oficiais estão consagrados, com bastante amplitude, pelas Convenções de Viena de 1961 (arts. 26 e 27) e de 1963 (art. 34).

São casos em que —admitido aquele matiz distintivo a que aludimos inicialmente— se concedem *privilégios* aos Estados acreditantes, sem que isso, a rigor, envolva concessão de *imunidades*.

B) Quando, entretanto, as Convenções conferem à Missão determinadas *isenções*, torna-se mais rarefeita a distinção (adotada artificialmente) entre *privilégio* e *imunidade*.

A *isenção fiscal* relativa a impostos e taxas, com a amplitude demarcada pelas concessões e exceções dos arts. 23, 28 e 34, da Convenção de 1961, e dos arts. 49 e 50, da Convenção de 1963;

A *isenção da prestação de serviços públicos ao Estado acreditado* (Convenção de 1961, art. 35; Convenção de 1963, art. 52);

A *isenção de direitos aduaneiros* (Convenção de 1961, art. 36, 1; Convenção de 1963, art. 50, 1) e a *dispensa de exame de bagagem pela alfândega* (Convenção de 1961, art. 36, II; Convenção de 1963, art. 50, 3);

A *isenção das contribuições previdenciárias* (Seguro Social), nos termos do art. 33, da Convenção de 1961, e do art. 48, da Convenção de 1963;

Bem como outros direitos similares constituem, a rigor, na terminologia da Convenção, *privilégios*. Mas, tais privilégios podem ser definidos como *imunidades*, sobretudo quando o Estado acreditado exigir do agente diplomático algo que não lhe pode ser imposto e este, com base na isenção reconhecida internacionalmente, colocar-se em posição de *imunidade*, eximindo-se da imposição que lhe é feita.

C) É evidente o artificialismo da distinção entre *privilégio* e *imunidade*. Dela não se podendo fugir, pela redação dos *Preâmbulos* e dos textos das Convenções de Viena, acentuamos que o mesmo ocorre em relação às *inviolabilidades*, que tiveram tratamento normativo similar ao dispensado às *isenções*.

Encontram-se bons exemplos de *inviolabilidade* no art. 22 (inviolabilidade dos locais da Missão), no art. 24 (inviolabilidade de arquivos e documentos), no art. 29 (inviolabilidade da pessoa do agente diplomático) e no art. 30 (inviolabilidade da residência particular, dos documentos e da correspondência do agente diplomático), que correspondem, respectivamente, aos arts. 31, 33, 41 e 35, da Convenção de 1963.

3. As *imunidades*, regulamentadas a partir dos artigos 31 e 43, dos tratados de 1961 e 1963, adquirem à luz dos dispositivos aprovados em Viena, sentido muito peculiar.

Enquanto, como vimos, foram adotadas, largamente e em sentido próprio, as palavras *isenções* e *inviolabilidades*, agora se usa o vocábulo *imunidade* em conceito estrito, limitando-o aos casos de *imunidade de jurisdição*. Não obstante, há muitos autores que se referem à *isenção de jurisdição* (Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, 3.º vol., pág. 145, Ed. Freitas Bastos, 1978, Rio de Janeiro; Robert Redslob, *Traité de Droit des Gens*, pág. 202, Ed. Sirey, 1950, Paris).

Verdross, estudando as prerrogativas e imunidades diplomáticas, distingue, segundo a terminologia que utiliza, entre *inviolabilidade* (privilégio) e a *extraterritorialidade* (imunidade). Assim está escrito na edição espanhola de seu livro clássico:

«Mientras la extraterritorialidad tiene por objeto una abstención (*non facere*) del Estado ante el cual el diplomático está acreditado, la inviolabilidad impone a dicho Estado una acción (*facere*), a saber, una protección especial contra ataques ilícitos» (Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, pág. 259, 5a. ed. esp., 4a. impr., 1974, Madrid).

Quanto à imunidade, o dever do Estado acreditado é, realmente, uma abstenção que imobiliza seus órgãos jurisdicionais civis, penais ou administrativos. No fundo dos privilégios ou prerrogativas se pode encontrar a obrigação do Estado de fazer algo (dispensar a proteção especial).

Mas, os conceitos de *facere* e *non facere* nem sempre distinguem com clareza entre *privilégios* e *imunidades*, quando quisermos definir os *direitos* deles resultantes em favor do agente diplomático.

Dentro de enfoque diverso, podemos considerar que os privilégios que envolvam *isenções* geram, para o agente diplomático, o direito de *non facere*; quando asseguram, v. gr., a liberdade de loco-

moção, há direito a *facere*. Nos casos de *imunidades*, o dever do Estado é *non facere*, porque esas imunidades imobilizam, impedem a ação dos órgãos jurisdicionais civis, penais ou administrativos.

O Estado acreditado *faz ou não faz*, segundo seja necessário, nos termos das Convenções de Viena de 1961 e 1963, para assegurar ao agente diplomático a garantia de sua pessoa e do livre exercício de suas funções.

Quanto, em particular, à imunidade jurisdicional, razão tem Verdross, quando, citando Beling, diz que, dessa forma, se protege o agente diplomático contra um procedimento dos órgãos estatais, embora esse procedimento seja justo (op. cit., loc. cit.).

Partindo dessa observação de BELING e do apoio que lhe deu Verdross, podemos, talvez, ir um pouco adiante, observando:

Quando as Convenções de Viena falam em *isenções*, *inviolabilidades* e outros *privilégios*, criam *direitos materiais*, que podem — nos termos e com as limitações estabelecidas pelas normas que os outorgam — ser exercidos com amplitude e liberdade.

As *imunidades* — dentro da terminologia das Convenções — envolvem, em última análise, *imunidade de jurisdição penal, civil e administrativa*, mas, sempre, *imunidade de jurisdição*, o que nos permite considerá-la um *direito de natureza processual*.

Nossa observação de certo modo, vai refletir-se no pensamento exposto por Podestá Costa, quando lembra que o agente diplomático não está isento de cumprir as leis do Estado acreditado. Ao contrário, o art. 41, da Convenção de Viena, impõe ao agente diplomático o respeito às leis e aos regulamentos em vigor no Estado em que exerce suas funções. Não existe *imunidade* quanto ao direito material. A *imunidade* apenas exime o agente diplomático de se submeter aos *procedimentos* legais, ante a jurisdição do Estado (*Derecho Internacional Público*, 1.º vol., pag. 606. Ed. TEA, 1979, Buenos Aires).

Enquanto, pois, os *privilégios* (isenções e demais prerrogativas) abram exceções que negam a aplicação, ao agente diplomático, de determinadas normas de direito material, a *imunidade* tem natureza processual. A exceção é aberta quanto às normas procedimentais (civis, penais, administrativas) que são inaplicáveis aos agentes diplomáticos e consulares.

Na vasta gama de preceitos e problemas sobre a garantia plena do exercício das funções desempenhadas pelos agentes diplomáticos e consulares, o tema proposto para debate, portanto, é bastante limitado: cinge-se à *imunidade de jurisdição territorial dos agentes diplo-*

máticos e consulares do Estado acreditante em face dos tribunais do Estado acreditado.

II. FUNDAMENTAÇÃO E LIMITES DAS NORMAS SOBRE IMUNIDADE JURISDICCIONAL DAS CONVENÇÕES DE VIENA

1. Como tantas vezes ocorre no Direito Internacional Público, os princípios sobre *privilégios* e *imunidades* dos agentes diplomáticos e consulares encontram origem nos *costumes* e na *comitas gentium*.

Nascendo da prática consuetudinária, apresentando-se como fato consentido e prática reiterada, os privilégios e imunidades foram objeto de numerosos estudos e sua justificação jurídica tem variado no tempo.

Em um rápido esboço das principais concepções sobre a razão jurídica de ser dos privilégios e imunidades diplomáticas e consulares, podemos sistematizar três posições, que tiveram importância sucessiva na história do Direito Internacional Público:

A) A concepção de que o agente diplomático é o representante do soberano ou do Estado estrangeiro e que, por isso, necessita da proteção jurídica que seria prestada ao próprio soberano ou ao chefe do Estado acreditante, tem remotas raízes na Idade Média. É um antigo princípio do Direito Internacional (Charles G. Fenwick, *Derecho Internacional*, tradução argentina, pag. 348, Ed. Omeba, 1963, Buenos Aires).

Havia profunda identidade entre o Estado e seu Chefe. *L'État c'est moi!* Qualquer violação ou desrespeito à pessoa do agente diplomático era ofensa à pessoa do Chefe do Estado por ele representado.

Mais tarde, com a vitória das concepções adotadas pela Revolução Francesa, passou-se a considerar que o agente diplomático atua em nome do próprio Estado.

A idéia essencial, porém, continuou a mesma: os privilégios e imunidades, deferidos segundo o costume ou a *comitas gentium*, aos agentes diplomáticos estrangeiros, continuaram tendo fundamento no princípio de que tais privilégios e imunidades eram concedidos ao próprio Estado acreditante.

B) A teoria da extraterritorialidade, sustentada por Grotius, no século XVII, repousa em notória ficção jurídica, segundo a qual a

embaixada integra o território do Estado que através dela se representa.

Numerosos juristas modernos a sustentaram. Mas, a teoria não foi aceita pela jurisprudência. Isso por vários motivos, dos quais um único exemplo é suficiente: Se é praticado, no interior da embaixada, delito por pessoa que não goze de imunidade, a competência para julgá-la será do Estado acreditado e não do Estado acreditante. A solução não poderia ser essa, caso —embora por abstração— o local do crime fosse definido, para as autoridades locais, como território estrangeiro.

C) Entre as várias doutrinas sustentadas sobre a matéria, hoje é unânime a aceitação da chamada *teoria do interesse da função diplomática* ou, se preferirmos, *das necessidades essenciais ao desempenho da função diplomática ou consular*.

Formulada, com reconhecida prioridade, por Vattel, essa teoria foi aprovada pelo Instituto de Direito Internacional e adotada pela Convenção de Havana, de 1928, sobre relações diplomáticas, assim como —o que, para nós, é fundamental— pelas Convenções de Viena de 1961 e 1963 (Cfr., a propósito, Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, págs. 647 a 649, 2.º vol., 2a ed., Ed. Freitas Bastos, 1970, Rio de Janeiro).

Nos *Preâmbulos* das Convenções de Viena, por isso, encontraremos —através da expressa aceitação da *teoria do interesse da função exercida*— o fundamento doutrinário das normas adotadas sobre a imunidade jurisdicional e demais privilégios dos agentes diplomáticos e consulares.

2. Tanto no *Preâmbulo* da Convenção de 1961, quanto no *Preâmbulo* da Convenção de 1963, são lançados dois princípios que revelam a *finalidade jurídica* dos privilégios e imunidades (diplomáticos e consulares):

A) Um sistema próprio de privilégios e imunidades contribui para o desenvolvimento de relações amistosas entre os países, sem qualquer consideração quanto aos seus regimes constitucionais ou sociais.

A inexistência de normas adequadas deixariam ao livre critério de cada país o tratamento dispensado aos agentes diplomáticos e consulares e esse fato poderia tornar-se fonte de conflitos.

B) Na prática dos privilégios e imunidades, é óbvio que, em alguns casos, são favorecidas as *pessoas* que atuam em nome do Estado estrangeiro ou a elas estão juridicamente vinculadas. Não

obstante, a finalidade das normas adotadas em 1961 e 1963 não é essa. Embora delas resultem benefícios pessoais seu alvo é garantir a essas pessoas o eficaz desempenho das funções que lhe são cometidas pelo Estado acreditante.

Assim, pois (a) os privilégios e imunidades têm por objetivo a pessoa jurídica dos Estados e, apenas por extensão, atingem a pessoa física do agente diplomático ou consular; (b) além disso, tais privilégios e imunidades têm por fim a segurança do livre desempenho das funções que esses agentes desempenham em nome do seu Estado. Por outras palavras, é a expressa consagração, nas duas Convenções de Viena, da *teoria das necessidades essenciais ao desempenho da função diplomática ou consular*.

Dentro de tais finalidades e nos termos dessa teoria, não é difícil acrescentarmos que para o bom, cabal e fiel cumprimento das funções diplomáticas ou consulares, o que se quer, através de um sistema amplo de privilégios e imunidades, não é, apenas, *facilitar* o desempenho daquelas funções, mas, sobretudo, criar condições que *garantam* ou assegurem, como se diz nos mencionados *Preâmbulos*, a possibilidade desse desempenho.

Não é temerário, por isso, afirmar-se que os privilégios e imunidades servem de escudo ao agente diplomático ou consular, protegendo-o contra qualquer forma de *agressão* ou *pressão* —direta ou oblíqua, ostensiva ou oculta— que, por qualquer forma, ponha em risco a autonomia de seus atos, a liberdade de suas decisões e o cumprimento das funções que ele desempenha em nome ou por ordem do Estado estrangeiro.

Não é demais, contudo, observar, por um lado, que os agentes diplomáticos são os mais bem aquinhoados na distribuição internacional da imunidade de jurisdição. Como assinala Haroldo Valladão, segundo a Convenção de Viena de 1961, com vigência quase universal, eles desfrutam, amplamente, daquela imunidade. Mais ainda: esse direito foi estendido aos «vários milhares de funcionários de organizações internacionais e respectivas agências especializadas (inclusive regionais e sub-regionais)».

Enquanto isso, por outro lado, os cônsules têm a imunidade que lhes foi reconhecida, na forma da Convenção de 1963, limitada *aos atos oficiais*, «na posição tradicional de imunidade excepcional e restritíssima». O que se justifica, acrescentamos, porque apenas os agentes diplomáticos têm, pela natureza de suas funções e de seu *status*, a *representatividade dos Estados*.

E quanto aos Estados? «Os Estados ficaram completamente à margem. Inexiste uma convenção, em nível universal, sobre sua imunidade jurisdicional. Inexiste um uso ou costume internacional a respeito. Dependem de uma ou outra convenção especializada (nas Américas, apenas alguns textos do Código de Bustamante) ... (*omissis*). Na prática, o assunto depende do direito interno, lei, jurisprudência, doutrina, que seguem, geralmente, a imunidade restrita, com as várias exceções constantes das resoluções do Instituto (*omissis*) de Hamburgo e Aix en Provence» (Haroldo Valladão, op. cit., 3.º vol., págs. 162 e 163).

3. À margem dos dispositivos inscritos nas Convenções de Viena, continua tendo peso específico o Direito Costumeiro.

Se foi fonte histórica das normas adotadas sobre a matéria, ele continua fonte supletiva daquelas Convenções, suprimindo-lhes lacunas, como se declara nos respectivos *Preâmbulos*, mas, igualmente, acrescentamos nós, cumprindo papel interpretativo dos preceitos adotados.

Além disso, cabe acentuar que as normas de Direito Internacional consuetudinário, tão enfatizadas pelos Estados nos atos de celebração das Convenções de Viena, não excluem o reconhecimento de idêntico papel aos princípios da *comitas gentium*, que, a rigor, muitas vezes, deixam os limites da simples cortesia internacional e se transformam em preceitos de Direito Costumeiro.

III. PRINCÍPIOS QUE REGEM A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO TERRITORIAL NAS CONVENÇÕES DE VIENA DE 1961 E 1963.

1. No que concerne aos *agentes diplomáticos*, o art. 31, da Convenção de 1961, distingue entre *imunidade de jurisdição penal, civil e administrativa*.

No conceito de *imunidade de jurisdição civil* está implícita a *imunidade de jurisdição trabalhista*, eis que esta é *jurisdição cível* e, em muitas nações, que não possuem órgãos especiais da Justiça do Trabalho no esquema de Poder Judiciário, as ações trabalhistas são de competência da Justiça Comum.

A imunidade de jurisdição penal é ampla.

No que concerne, genericamente, à jurisdição cível e, mais especificamente, à jurisdição trabalhista, dentro do texto do art. 31, 1, o *princípio também é expreso*: o agente diplomático gozará de imuni-

dade de jurisdição civil (inclusive, portanto, trabalhista) e administrativa.

Mas, a essa *regra geral* seguem-se as *exceções*, que, por natureza, só podem ser interpretadas *restritivamente*. A Convenção de 1961, no mesmo artigo, esclarece os casos em que não vigora o *princípio* transformado em *regra*, portanto, o *princípio-regra* da imunidade de jurisdição outorgada aos agentes diplomáticos.

As exceções previstas se limitam aos casos de: (a) *ação real* sobre imóvel particular situado em território do Estado acreditado, a não ser que o agente diplomático o possua por conta do Estado acreditante, para fins da Missão; (b) *ação sucessória* na qual o agente diplomático figure, a título pessoal, como executor testamentário, administrativo, herdeiro ou legatário; (c) *ação cível* resultante do exercício, pelo agente diplomático, de profissão liberal ou de atividade comercial, desde que o faça em caráter particular (art. 31, 1, A, B e C).

Essas normas, claramente, mostram que as exceções ao princípio genérico da imunidade de jurisdição estão adstritas a casos em que os atos praticados pelo agente diplomático *não têm caráter oficial*. Nesse mesmo sentido, o art. 38, da Convenção de 1961, dispondo sobre o agente diplomático que seja nacional do Estado acreditado ou nele tenha residência permanente, declara que o mesmo gozará de imunidade de jurisdição «quanto aos atos oficiais praticados» (art. 38, 1, *in fine*).

2. Quanto aos *agentes consulares*, o estudo se transfere para o texto da Convenção de 1963.

A redação do art. 43, dessa Convenção, literariamente, é mais enxuto e, juridicamente, na parte em que consagra o princípio, concede imunidade muito mais estrita.

Essa observação resulta do fato de ali se ter consignado a regra de que os funcionários e empregados consulares, *em princípio*, não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado acreditado, «pelos atos realizados no exercício das funções consulares».

Os termos em que se concede a imunidade são aparentemente mais amplos; mas, ao mesmo tempo, essa imunidade está jungida à prática de atos consulares, apenas.

É por isso que as *exceções* a essa *regra geral*, contidas no art. 43, 2, podem decorrer de *contrato* celebrado pelo funcionário ou empregado a *título pessoal* (alínea A) ou da situação especialíssima de ação proposta por terceiro em consequência de danos causados «por

acidente de veículo, navio ou aeronave, ocorrido no Estado acreditado» (alínea B).

Por outras palavras, ainda aqui, está manifesta a conexão entre a imunidade jurisdicional e a natureza oficial do ato praticado (Cfr. também o art. 71, 1 e 2, da Convenção de 1963).

3. A norma internacional *par in parem non habet iudicium* — que sintetiza o princípio da imunidade de jurisdição local atribuída aos agentes diplomáticos — apresenta, muitas vezes, dificuldades práticas de explicação.

Tentou-se resolvê-las através da distinção entre (a) atos do Estado *iure gestionis* e (b) atos do Estado *iure imperii*. Só estes últimos acarretariam a imunidade jurisdicional.

Essa doutrina sofre, pelo menos, duas críticas fundamentais, ambas de natureza, por assim dizer, pragmáticas:

1) Tal teoria, que nasceu na Itália, teve poucos adeptos em outros países e duração efêmera, embora, de quando em quando — em nome quase sempre, de interesses particulares dos Estados — a ela se volte a recorrer.

2) Aquela distinção provoca um problema inicial de *qualificação*, resolvido, unilateralmente, através do Poder Judiciário do próprio Estado eventualmente interessado em reduzir os efeitos da imunidade jurisdicional. Assim, portanto, não oferece aos Estados acreditantes garantias necessárias ao cabal desempenho de suas tarefas diplomáticas e que são o alvo do instituto da imunidade de jurisdição local.

Por outro lado, o procedimento inverso, isto é, reconhecer ao Estado acreditante a competência para qualificar *in casu* a natureza jurídica do ato seria, não só inadmissível, como atentatório à ordem pública do Estado acreditado.

Em face desse raciocínio, não parece aconselhável adotar, com relação à matéria, a distinção entre atos *ius imperii* e atos *ius gestionis* dos Estados, que, somente com muita dificuldade e por via de interpretação ampliativa, poderia ser considerada *implícita* no texto das Convenções de Viena.

4. Parece-nos que merece registro especial o atrito que existe entre o art. 31, 1, C, e o art. 42, ambos da Convenção de 1961.

O primeiro dos dois dispositivos citados estabelece que uma das exceções ao princípio da imunidade de jurisdição territorial é o caso de «ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comer-

cial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais».

A norma pressupõe que alguém mova contra o agente diplomático ação relativa ao exercício, pelo mesmo, de profissão liberal ou atividade comercial no território do Estado acreditado.

Mas, o art. 42, da mesma Convenção, é cortante: «O agente diplomático não exercerá no Estado acreditado nenhuma atividade profissional ou comercial em proveito próprio.»

Como conciliar as duas normas?

Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, que examinou, com profundidade e maestria, a Convenção de 1961, encontra no art. 42, em relação ao art. 31, uma *redundância*. Afirma aquele ilustre jurista:

«Em suma, a utilidade do art. 42 — afora o seu valor intrínseco — é bastante relativa, sobretudo em face do art. 31, que o torna redundante» (*A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*, pág. 222, 2a. ed., s/marca de Ed., 1978, Brasília).

Vemos nas duas normas mais do que mera *redundância*. Entre o categórico «não exercerá», do art. 42, e a previsão de medida judicial contra o agente diplomático por exercício de atividades proibidas existe manifesta *contradição*.

Como aquele ilustre jurista e diplomata esclarece, houve, nos debates sobre a Convenção, divergência entre a orientação defendida pela Delegação da Colômbia à Conferência e a da Comissão de Direito Internacional. A primeira entendeu que se deveria proibir o exercício de atividades não diplomáticas. Daí nasceria, frente à norma do art. 42, a desnecessidade do art. 31, 1, C. A Comissão de Direito Internacional, entretanto, sustentou o princípio contido no art. 31, porque «não obstante a legislação do Estado acreditante proibir o agente diplomático de exercer tais atividades estranhas à sua profissão, pode suceder que o referido funcionário venha a abusar de sua situação privilegiada. Em tal caso, é necessário dar às autoridades do Estado acreditado o recurso de poder submetê-lo a julgamento, afora a faculdade de declará-lo *persona non grata*» (G. E. do Nascimento e Silva, op. cit., pág. 223).

Quer parecer-nos que, independentemente de existir ou inexistir autorização do Estado acreditante e do Estado acreditado para o exercício das referidas atividades profissionais, o que sobreleva é a proibição taxativa do art. 42. A regra do art. 31, 1, C, portanto, só pode ser aplicada nos casos em que o agente diplomático pratique

atos profissionais vedados pelo art. 42, sem que por isso seja considerada exceção àquela norma proibitiva.

5. As imunidades reconhecidas nos arts. 29 e 36, da Convenção de 1961, em favor dos agentes diplomáticos, são estendidas, pelo art. 37, aos membros de sua família e que com ele vivam (art. 37, 1).

Amplia-se ainda mais, o raio dos privilégios e imunidades, por força do parágrafo 2, daquele artigo, que os estende, ainda, aos membros do pessoal administrativo e técnico da Missão, assim como aos membros de suas famílias que com eles vivam, uma vez que não sejam nacionais do Estado acreditado, nem nele tenham residência permanente. Nessas condições, a eles se aplicarão os privilégios e imunidades mencionados nos arts. 29 a 35, da Convenção.

Mas, no que diz respeito, especificamente, à imunidade de jurisdição territorial *civil e administrativa* não se estenderá «a atos por eles praticados fora do exercício de suas funções» (art. 37, 2). O que nos faz concluir —pela referência limitativa à jurisdição civil e administrativa— que a imunidade perdura, por atos praticados fora do exercício de suas funções, *em matéria criminal*.

Da mesma forma, todo funcionário a serviço da Missão —desde que não seja nacional do Estado acreditado, nem nele tenha residência permanente— gozará de *imunidades*, estritamente, quanto a atos praticados no exercício de suas funções (art. 37, 3).

Quanto aos empregados domésticos dos membros da Missão, uma vez que não sejam nacionais do Estado acreditado, nem nele tenham residência permanente, «só gozarão da imunidade na medida que for reconhecida pelo referido Estado», mas —adianta o art. 37, 4— mesmo assim, quanto o Estado acreditado exercer em relação a eles sua jurisdição, fá-lo-á de modo «a não interferir demasiadamente com o desempenho das funções da Missão».

Tais normas põem de manifesto aquilo que acentuamos anteriormente e que é o eixo doutrinário das Convenções de Viena: garantia do livre e eficiente exercício das funções atribuídas pelo Estado acreditante aos agentes diplomáticos e consulares.

6. Tem sido acentuado que a *imunidade de jurisdição territorial* não significa um «laissez passer» para a ilegalidade.

No Direito das Gentes, como em todo o Direito, há sempre um *abstractum* de natureza ética.

Em nome disso, as Convenções de Viena não permitem que *imunidade* signifique *impunidade*; nem concedem, ao agente diplomático ou consular, a prerrogativa de violação das leis locais.

Por um lado, o art. 41, 1, da Convenção sobre Relações Diplomáticas (1961), é expresso, ao determinar que, sem prejuízo dos privilégios e das imunidades reconhecidas pela Convenção, «todas as pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditado».

A regra está reiterada no art. 55, 1, da Convenção sobre Relações Consulares (1963).

Por outro lado, o texto de 1961 adotou o que denominamos o *princípio da responsabilidade jurídica do agente diplomático*, que, mesmo isento da jurisdição do Estado acreditado, não fica isento de responsabilidade perante a jurisdição do próprio Estado acreditante (art. 31, 4).

Por outro lado, completando a fundamentação ética do princípio da imunidade de jurisdição, esse princípio não é *absoluto e inflexível*, porque se admite a *renúncia* à imunidade jurisdicional.

Pode o agente diplomático, que, pelo art. 31, 4, fica sujeito à jurisdição do Estado acreditante, *optar* —através da renúncia à imunidade jurisdicional— pelo foro do Estado acreditado (art. 32, 1).

As cautelas, porém, nesse ponto, foram abundantes e precisas, fodendo assim ser indicadas:

- a) a renúncia deve ser expressa (art. 32, 2);
- b) a renúncia à imunidade de jurisdição nas ações cíveis (portanto, trabalhistas, também) ou administrativas não implica, desde logo, em renúncia quanto à imunidade frente a medidas de execução, «para as quais nova renúncia é necessária» (art. 32, 4).

A Convenção de 1963, dispondo para os agentes consulares, adota o mesmo sistema (art. 45, 1, 2 e 4).

Quando os dois textos internacionais exigem que a renúncia à imunidade jurisdicional seja *expressa*, na verdade, não esgotam o assunto. A Convenção de 1961 distinguiu, para fins de renúncia, os casos em que o agente diplomático é Réu (art. 32, 1 e 2) dos casos em que ele assume a posição de Autor. Nessa segunda hipótese, como Autor, o agente diplomático *opta pelo foro do Estado acreditado* e desde esse momento, perde o direito de «invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção directamente ligada à ação principal» (art. 32, 3).

Essa norma coincide, em essência, com o art. 45, 3, da Convenção de 1963, quanto aos agentes consulares.

Ora, nesse caso, há, efectivamente, uma *renúncia à imunidade* jurisdicional, que foi considerada *expressa*, pela Convenção de 1961,

como se depreende da justaposição dos parágrafos 2 e 3, do art. 32, mas que foi considerada *tácita*, pela Convenção de 1963, ao ressaltar a hipótese da exigência de renúncia expressa.

O que nos parece mais importante, nessas considerações, é acentuar que, embora se permita a *renúncia à imunidade jurisdicional*, esta, sempre, deve ser expressa ou, pelo menos, inequívoca.

Mais do que isso, cabe dizer: as cautelas adotadas nas duas Convenções de Viena mostram, também, que a renúncia à imunidade jurisdicional (quanto à ação propriamente dita) não se estende, automaticamente, à execução, nas ações cíveis e administrativas. Para esta, nova renúncia (e expressa) se torna indispensável.

Esse *critério de dupla renúncia*, como o denominamos, pode, na prática, tolher o resultado da primeira renúncia, pois a sentença condenatória inexecutível é ineficaz, juridicamente, embora conserve efeitos morais e abra caminhos à jurisprudência.

7. No sistema da Convenção de 1961, o direito à imunidade de jurisdição, começa:

- a) no momento em que a pessoa entra no território do Estado acreditado; ou
- b) caso se encontre nesse território, desde que sua nomeação tenha sido levada ao conhecimento do Ministério das Relações Exteriores ou da autoridade que se considere competente (art. 39, 1).

No mesmo sentido reza o art. 53, 1, da Convenção de 1963.

Este último texto tem norma específica e relativa aos familiares do membro da representação consular que com ele vivam. O início da imunidade é assinalado pelo começo da imunidade do próprio membro da repartição consular ou, se for o caso, da data de entrada no território do Estado acreditado ou, ainda, da data em que se tornarem membros da família. Esse preceito também se aplica ao *pessoal privado* (art. 53, 2).

A cessação da imunidade ocorre em dois casos: em caso de morte ou, normalmente, pelo término das funções diplomáticas ou consulares exercidas no Estado acreditado.

Nesta hipótese, a imunidade se extingue com a saída do território ou pelo escoamento de prazo razoável que tenha sido estabelecido (Convenção de 1961, art. 39, 2; Convenção de 1963, art. 53, 3).

Em qualquer caso, porém, a imunidade continua plena em relação aos atos praticados no exercício da função diplomática ou consular. A cessação da imunidade não tem efeito retroativo.

Na hipótese de morte de membro da Missão, seus familiares continuam no gozo da imunidade até a expiração de prazo razoável que lhes tenha sido deferido (Convenção de 1961, art. 39, 3; Convenção de 1963, art. 53, 5).

A Convenção sobre Relações Consulares diz, mais detalhadamente, sobre a situação de imunidade dos familiares do funcionário: desaparece a imunidade quando deixarem de pertencer à família do favorecido principal, subsistindo, porém, aquele direito (desde que se disponham a abandonar o Estado acreditado) até o momento de sua partida (art. 53, 3, parte final).

8. Registre-se, finalmente, que se contempla no sistema internacional das imunidades jurisdicionais a *imunidade «in itinere»*.

Se o agente diplomático se encontrar em território de um terceiro Estado, com ingresso legal no país, tanto para assumir ou reassumir seu posto no Estado acreditado, quanto para regressar ao Estado acreditante, gozará —juntamente com seus familiares que tenham imunidade no Estado acreditado— de todas as prerrogativas da Convenção de 1961, de modo a lhe ser permitido o trânsito ou o retorno (art. 40, 1).

A esse dispositivo corresponde o art. 54, 1, da Convenção sobre Relações Consulares de 1963.

IV. A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E OS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

1. Embora esta exposição tenha como ponto de referência as Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e Relações Consulares (1963), é impossível deixar-se de fazer referência, mesmo rápida, à imunidade de jurisdição territorial dos organismos internacionais, quer pela proximidade das normas internacionais aplicáveis nesses diferentes casos, quer pelo aumento, progressivo e rápido, do número de organismos internacionais.

2. É notório que os organismos internacionais, não sendo Estados, são pessoas de Direito Internacional Público criadas pelos próprios Estados. Como tal, para consecução de suas finalidades, dependem de que lhes sejam garantidos o funcionamento da organização e a atuação dos seus funcionários, dos representantes dos Estados membros e dos observadores dos Estados que dela não participam.

O Direito Consuetudinário e vários tratados ou acordos—dentre

os quais merece citação a *Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas* (1947)—concederam privilégios e imunidades aos organismos internacionais e aos representantes dos Estados junto aos mesmos, inclusive quanto à imunidade de jurisdição territorial (Cfr., a propósito, Roger Pinto, *Le Droit des Relations Internationales*, págs. 154 e 155, Ed. Payot, 1972, Paris).

Esse processo de reconhecimento da imunidade de jurisdição relativamente aos organismos internacionais culminou com a aprovação, em Viena, da *Convenção sobre a Representação dos Estados em suas Relações com os Organismos Internacionais de Caráter Internacional* (1975).

Podestá Costa mostra que a Convenção de Viena de 1975 sofre acentuadas limitações quanto à área de sua aplicação (op. cit., 1.º vol., págs. 634 e segs.).

Em primeiro lugar, ela abrange, apenas, os organismos internacionais de *alcance universal*, excluídos, em princípio, todos os organismos regionais (art. 1.º, 2).

Em segundo lugar, quanto a estes, organismos regionais, a imunidade de jurisdição (como os demais privilégios e imunidades) pode ser objeto de tratados ou acordos próprios, sem prejuízo, porém, da possibilidade de lhes serem aplicáveis os preceitos da Convenção de 1975, segundo os princípios do Direito Internacional (art. 2.º, 2 e 4).

Em terceiro lugar, a Convenção de 1975 não prejudicou a vigência dos acordos em vigor entre os Estados e os organismos internacionais, bem como das normas internas da própria organização (arts. 3.º e 4.º).

Não obstante tais limitações, aquele ato internacional possui relevância, porque as relações entre os Estados e os organismos internacionais possuem uma característica morfológica: enquanto as relações entre os Estados (diplomáticas e consulares) são *bilaterais*, aquelas são mais complexas. Há a considerar que, entre o Estado acreditante e o organismo, se interpõe a figura do *Estado anfitrião*, no qual tem sede a Missão. Se isso dá àquelas relações forma *triangular*, coloca, também, a questão da imunidade jurisdicional em plano duplo:

- a) a imunidade de jurisdição dos membros da Missão permanente em relação ao Estado anfitrião;
- b) a imunidade de jurisdição dos próprios organismos internacionais, frente aos Estados nos quais mantêm representações devidamente credenciadas.

3. A par dessas observações de caráter geral, no tocante às normas da Convenção de Viena de 1975, podemos, singelamente, sublinhar —como, de resto, fazem quase todos os autores— que tais normas se equiparam, por similaridade evidente, aos dispositivos da Convenção sobre Relações Diplomáticas de 1961 (Convenção de 1975, art. 30).

V. CONVENIÊNCIA E DIFICULDADES DE REEXAME DAS NORMAS DAS CONVENÇÕES DE VIENA

1. Como assinalamos, o princípio da imunidade de jurisdição não significa *impunidade do ato ilícito* (penal ou civil).

As convenções de Viena procuraram armar —como também acentuamos anteriormente— um dispositivo jurídico para impedir a impunidade do agente diplomático ou consular que pratica o ato ilícito, recomendando e impondo o cumprimento das leis internas do Estado acreditado. Dessa preocupação resultaram, ainda, as normas que consagram, na Convenção de 1961 (a) o *princípio da possibilidade de responsabilização do agente pelo Estado acreditante* (art. 31, 4) e (b) o *princípio da dupla renúncia à imunidade jurisdicional* (art. 32, 1 e 4).

A experiência mostra, entretanto, que esses dois caminhos podem ser excessivamente estreitos e que nem sempre os Estados os utilizam. Esse o motivo pelo qual a aplicação das normas internacionais sobre imunidade de jurisdição, que é ampla, sobretudo no que concerne aos agentes diplomáticos, causa, modernamente, perplexidade nos tribunais de distintos países.

2. Quanto à *imunidade de jurisdição penal*, sendo ela *absoluta*, a não ser que o Estado acreditante use do direito de responsabilizar o delinquente, ficarão pairando no limbo da impunidade certos crimes que, por natureza, exigem repressão enérgica. É o que ocorre nos delitos de homicídio.

A esse exemplo se acrescentam outros delitos que, modernamente, têm extraordinário reflexo social e, relativamente aos quais, *inclusive no plano internacional*, desdobra-se intensa programação repressiva: é o caso do tráfico e uso de drogas.

A questão, pois, é saber em que medida —pelo risco de impunidade— certos delitos, por natureza grave e de intensa repercussão social, podem e devem continuar protegidos pelo princípio da imunidade de jurisdição.

3. No que diz respeito à *imunidade de jurisdição civil*, o mesmo ocorre em certos casos excepcionais. É a hipótese de não pagamento, pelo órgão diplomático ou consular do Estado acreditante, de *dívidas de valor e origem líquidos e certos*, contraídos no território do Estado acreditado.

4. A exemplificação poderia continuar.

A verdade é que certas normas das Convenções de Viena — em menos de vinte anos — começaram a sofrer desgaste, pela ação do desuso, corroídas por práticas emergentes da rapidez com que cambiam as realidades da nossa época.

Esse fenômeno tem acontecido, muito especialmente, na área dos direitos trabalhistas.

Como assinalamos, no conceito de imunidade de jurisdição civil insere-se a imunidade de jurisdição trabalhista.

Não existe, nas Convenções de Viena, nenhuma norma que garanta a imunidade jurisdicional quanto às ações dos empregados contra agentes diplomáticos ou consulares.

Em uma área socialmente sensível como a dos direitos resultantes do contrato de trabalho, a imunidade de jurisdição tem sido objeto de críticas e, inclusive, desobedecida, numerosas vezes, pelos tribunais competentes.

Nos Estados que criaram uma jurisdição especial para solução dos conflitos de trabalho, pela extrema sensibilidade desses órgãos judiciários quanto às questões de Equidade e proteção ao empregado, se vem acentuando a resistência à aplicação do princípio de imunidade em favor dos agentes diplomáticos e consulares.

O exemplo do Brasil, nesse sentido, é bastante característico. Os órgãos de primeira e segunda instância da Justiça do Trabalho têm deixado de aplicar as normas das Convenções de Viena sobre a matéria. Embora o Tribunal Superior do Trabalho, na expressiva maioria de seus pronunciamentos, e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal tenham traçado diretriz jurisprudencial oposta, favorável aos termos inequívocos das Convenções de Viena, aquelas decisões judiciais mostram, ainda uma vez, que os fatos se rebelam contra o Direito e que, por Equidade, não raro, os juizes obedecem aos fatos, superpondo-se às normas (Cfr. nosso estudo *A Imunidade de Jurisdição Trabalhista no Direito Brasileiro*, in «Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro», págs. 73 e segs., Ed. Univ. de Brasília, 1976, Brasília).

Outra referência, à luz do Direito Comparado, vem nos dos Estados Unidos da América do Norte, com a aprovação, do *Foreign*

Sovereign Immunities Act of 1976, segundo o qual os Estados não estão imunes à jurisdição dos tribunais estrangeiros quanto a suas atividades comerciais e a seus bens, que podem ser penhorados para cumprimento de decisões judiciais.

Esse preceito, evidentemente contrário ao Direito Costumeiro Internacional e às Convenções de Viena, segundo aquele Ato, é aplicável em casos de Direito Marítimo, de sucessão e doação de imóveis situados no território nacional (Seções 1602 e 1605).

Muito mais grave, como lembra Haroldo Valladão, é que essas normas — refletindo a doutrina, dominante nos Estados Unidos, da *restricted theory to sovereign immunity* — abriu oportunidade para os juizes federais daquele país de alargarem o entendimento da nova lei, aplicando-a, inclusive, contra organismos internacionais regionais, como é o caso da Organização dos Estados Americanos. Mais ainda: vem sendo considerada «atividade comercial» desses organismos a celebração de contratos de trabalho com seus empregados administrativos (Haroldo Valladão, op. cit., 3.º vol., pág. 163).

Em consequência, no Brasil, a Embaixada e os Consulados dos Estados Unidos, tendo em vista os dispositivos de seu direito interno e a jurisprudência de seus juizes, com absoluta coerência, usando o *princípio da dupla renúncia*, vêm aceitando a jurisdição da Justiça do Trabalho nacional, tanto para a instrução e julgamento do processo, quanto para execução da sentença nele proferida.

5. Não obstante esses exemplos, mencionados quase a título de advertência, é evidente que, a curto ou médio prazo, é impossível pensar-se na reformulação das normas de Viena sobre imunidade de jurisdição territorial.

É preciso lembrar que entre a aprovação, em 19 de março de 1815, do regulamento sobre classificação de agentes diplomáticos e, em 1961, da Convenção sobre Relações Diplomáticas, ambos de Viena, transcorreram cento e quarenta e seis anos.

A morosidade na elaboração de tratados multilaterais decorre, no caso, da complexidade do tema a que se somam óbices políticos, jurídicos e diplomáticos que dificultam a revisão de um texto que resultou de longos estudos e conseguiu alcançar o consenso universal.

Além disso, no tema específico que nos ocupa, o princípio da imunidade jurisdicional é um cânone inerente ao pleno exercício das atividades diplomáticas e consulares, não podendo ser sumariamente riscado, apenas comportando algumas exceções — contem-

pladas nas Convenções de 1961 e 1963— e, quiçá, outras mais, resultantes das novas realidades contemporâneas.

Dentro da moldura dessa observação colocamos as inquietações acima referidas, que poderão, talvez, levar a certas medidas salutarres que, sem quebra daquele princípio universal, correspondam aos sentimentos de Justiça e Equidade.

Nesse sentido, parece-nos razoável acentuar a conveniência doutrinária de analisarmos e formularmos o princípio da imunidade de jurisdição territorial (ou local) dentro de algumas idéias que, genericamente, podem ser assim resumidas, a título de

CONCLUSÕES:

A) A celebração de *acordos bilaterais* entre Estados que, à sombra das Convenções de Viena, disciplinem o princípio da imunidade jurisdicional, poderá evitar atritos entre esse princípio e as leis internas, podendo, inclusive, levar à intensificação do uso prático do *princípio da dupla renúncia*.

B) Em caso de determinados crimes, socialmente de maior relevância, que exigem repressão enérgica, é recomendável examinar a compatibilidade entre o princípio das Convenções de Viena e a transformação em *dever* da *faculdade* que hoje tem o Estado acreditante de responsabilizar o criminoso perante seus próprios tribunais.

C) No tocante à jurisdição civil e, dentro dela, especialmente, à jurisdição trabalhista, a lei interna dos Estados Unidos e certas decisões da jurisprudência nacional podem servir de pontos de referência para a cautelosa reformulação —a longo prazo— do elenco das exceções internacionalmente admitidas ao princípio de imunidade de jurisdição territorial.

LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y LA NUEVA CONFIGURACION DEL TRAFICO EXTERNO

José Carlos FERNANDEZ ROZAS
*Catedrático de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Oviedo*

- SUMARIO: I. LA INCIDENCIA DE LOS FACTORES DEMOGRAFICOS EN LA REGLAMENTACION DEL TRAFICO EXTERNO: 1. El protagonismo de los particulares en las relaciones privadas internacionales. 2. Los movimientos migratorios como condicionante de la reglamentación del tráfico externo.
- II. MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y TERRITORIALIDAD: 1. Intereses de política legislativa. 2. La dialéctica entre el *ius soli* y el *ius sanguinis*. 3. La dialéctica entre la ley nacional y la ley del domicilio.
- III. MOVIMIENTOS MIGRATORIOS Y «CONFLICTO DE CIVILIZACIONES»: 1. La quiebra del principio de igualdad entre la *lex fori* y la ley extranjera. 2. El desequilibrio en el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y extrajudiciales.

I. La incidencia de los factores demográficos en la reglamentación del tráfico exterior.

1. El protagonismo de los particulares en las relaciones privadas internacionales.

Hace treinta y cinco años, con ocasión del Primer Congreso hispano-luso-americano de Derecho Internacional, se presentó una importante ponencia a cargo del profesor J. Garde Castillo (1), en la que, tomando como punto de partida la discrepancia de las condiciones demográficas entre los Estados Europeos y los Estados Americanos, apuntaba la imposible conciliación de las legislaciones en presencia no sólo en el plano del Derecho aplicable, sino en materia de nacionalidad y de extranjería. En opinión del malogrado autor, si bien la demografía no debía condicionar de manera fatal la reglamentación de los diversos sistemas de D. I. Pr., siendo en esto partícipe del pensamiento internacionalista y universalista imperante en la época, era evidente que llevaba consigo una carga de territorialismo que no podía desconocerse. Transcurridas varias décadas, la premonición del profesor Garde no sólo se ha cumplido, sino que ha tenido la virtud de convertirse en un factor condicionante del tráfico privado externo de nuestros días.

En efecto, la doctrina tradicional ha venido considerando que el particular, la persona física, era el principal protagonista de las situaciones privadas internacionales, estando presente esta idea en las distintas etapas que han jalonado el desarrollo teórico del D. I. Pr. Baste remitirse a la labor de los glosadores, que, al preguntarse por el Ordenamiento Jurídico vigente en la comunidad del juez que conoce el litigio, se referían exclusivamente al «súbdito» de otra comunidad, esto es, al extranjero. Una posición similar se encuentra en Aldricus, quien, al precisar el supuesto social de nuestra disciplina, aludirá a una situación de la vida privada internacional, concretamente al Derecho aplicable al proceso en que litigan «*homines diversarum provinciarum, quae diversas habent consuetudines*» (2). Mas si esta concepción se justifica durante la época estatutaria debido al cuadro de las relaciones privadas imperante, también va a ser defendida por los autores clásicos. Puede comprobarse en esta dirección

(1) J. Garde Castillo, «Contribución al estudio de los factores determinantes del Derecho Internacional privado», *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, II, Madrid, 1952, pp. 463 y ss., esp. pp. 473-479.

(2) Cf. M. Gutzwiller, «Le développement historique du droit international privé», *R. des C.*, t. 29 (1929-IV), p. 301.

cómo el individuo ocupa el núcleo central del D. I. Pr. en la obra de F. C. de Savigny, dentro de su concepción del hombre como «poliedro jurídico» (3); en el marco del amplio legado que nos dejó este autor debe dejarse constancia aquí de una actitud política frente al D. I. Pr., en la que se acentuaba su dimensión humana (4). En la misma órbita resulta obligado situar a P. S. Mancini, al haber tenido el mérito de señalar que, en todos los sistemas de «conflictos de leyes», la persona humana es el polo magnético alrededor del cual se organizan y se concentran los derechos (5); idea que también encontramos en el pensamiento de A. Rolin, para quien la cuestión a la que trata de responder el D. I. Pr. no es otra que la generada por «la presencia del hombre dentro de un ámbito sometido a competencia territorial extranjera» (6), en P. Fiore (7), en E. Frankenstein (8), etcétera.

(3) De acuerdo con este autor, el objeto directo e inmediato regido por la norma jurídica es la persona; ante todo la persona en su existencia general como sujeto de todos los derechos; después, la persona, en cuanto por sus actos libres constituye en la mayor parte de los casos las relaciones de Derecho o contribuye a formularlas. Vid. R. D. Kollwijn, «Quelques considerations a propos de la doctrine de Savigny», *Nederlands Tijdschrift voor International Recht*, vol. XV, 1968, pp. 237-258; M. A. Ciuro Caldani, «Savigny y el Derecho internacional privado», *Revista de Ciencias Sociales* (Chile), núm. 14, 1979, pp. 755-771.

(4) Cf. M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional privado*, vol. I, t. 1, 4.ª ed., Madrid, Secc. Publ. Univ. Complutense, 1976, p. 281. Este tema es abordado con mayor extensión por el citado autor en su estudio «Savigny y los problemas del Derecho Internacional privado actual», *Anuario del Centro de Estudios Universitarios*, 1946-47, pp. 81 y ss.

(5) P. Lepaulle, «Les réalités sociales es le droit international privé», *Travaux com. fr. dr. int. pr.* (1966-69), París, Dalloz, 1970, p. 22.

(6) A. Rolin, *Principes de droit international privé, et applications aux diverses matieres du Code Civil*, t. I, París, 1897, pp. 5-56.

(7) Según este autor, el individuo puede considerarse sometido a la ley bajo un triple aspecto. «La ley, en efecto, determina primeramente el estado y las calificaciones de la persona, su condición y capacidad jurídicas; establece, en segundo lugar, cuáles son los derechos de que es capaz el individuo en sus relaciones con las cosas, encargándose de regularizar su ejercicio; y determina, por último, cuáles son los actos del individuo que tienen valor jurídico...» De ahí que al admitirse que el individuo pueda ejercitar su actividad fuera de los límites de su propia nación «puede ser considerado como sometido a diversas leyes bajo diferentes aspectos» (Cf. P. Fiore, *Derecho Internacional privado*, t. I, 2.ª ed. (versión española de A. García Moreno), Madrid, F. Góngora, 1889, p. 46).

(8) Para E. Frankenstein coexisten en el mundo numerosos sistemas jurídicos. Dichos sistemas «sont créés par des hommes, règlent les rapports mutuels des hommes et sont appliqués par des hommes. Toutes les difficultés du droit international privé ne proviennent que de ceci qu'en des cas déterminés des hommes appliquent les principes d'un ordre juridique qui, selon la conception d'autres hommes, ne devraient pas leur être appliqués» (Cf. «Tendances nouvelles du droit international privé», *R. des C.*, t. 33 (1930-III), pp. 278-279).

Esta visión puede justificarse desde el punto de vista histórico en base a la influencia liberal burguesa imperante en el continente europeo en el siglo pasado, donde se sentaron las sólidas bases de nuestra disciplina que hemos heredado. Y ello no fue casual. Como puso de relieve M. Aguilar Navarro, ello fue debido a una serie de factores, entre los que cabe hablar de la versión comercial y económica de las cosas existentes en aquellos años, el tono sagradamente privado de la libertad, la preponderancia de los intereses patrimoniales, la caracterización marcadamente contractual del Derecho, etc. Indudablemente dichos factores propiciaron «el sentido social y humano que inspiró a muchos autores del Derecho Internacional Privado» (9).

Sin embargo, este planteamiento tradicional comenzó a modificarse por el juego de varios acontecimientos acaecidos durante el presente siglo, que se han agudizado en los últimos años. Entre ellos, y muy singularmente, cabe hablar de un aumento cuantitativo de los particulares como «agentes jurídicos» de las relaciones privadas internacionales o, si se quiere, de una «socialización» del D. I. Pr. en orden a sus participantes. Estos no van a proceder ya de determinados círculos sociales (comerciantes, aristocracia, alta burguesía...), sino que van a surgir de otros estratos en función de tres factores principales:

En primer lugar, resulta obligado referirse a la generalización de los movimientos internacionales de mano de obra iniciados en el siglo XIX en dirección a América y en el XX en dirección a Europa. Ello dio como resultado la aparición de un fuerte territorialismo, que en muchos casos supuso un giro copernicano en el tratamiento de los problemas clásicos de nuestra disciplina (10). Pero junto a estas consecuencias, también trajo consigo la aparición de nuevos ámbitos de problemas: los derivados de las relaciones laborales internacionales en función de circunstancias tales como la superpoblación de los países exportadores de mano de obra, la escasez de la misma en los países receptores, la necesidad de mantener en éstos la ley de la oferta y la demanda, o la sedentariedad de la mano de obra nacional, que se vio precisada del concurso de la procedente de otro

(9) M. Aguilar Navarro, *op. cit.*, II, p. 300.

(10) J. de Yanguas Messia, «L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois», I.D.I., *Annuaire*, vol. 43, I, 1950, pp. 461-482.

país (11). No puede sorprender que un órgano del prestigio del Instituto de Derecho Internacional tuviese que manifestar, en su sesión de Zagreb de 1971, que «un des traits caractéristiques de notre époque est le grand nombre de travailleurs employés hors de leur pays d'origine et que l'on assiste notamment à des courants massifs de migration des travailleurs» (12). Dicho rasgo característico ha sido recogido en la doctrina española por J. M.^a Espinar Vicente a través de su encuadre sistemático dentro de nuestra disciplina (13).

En segundo término, debe insistirse en la incidencia que han tenido en el D. I. Pr. los conflictos bélicos acaecidos principalmente en Europa durante el presente siglo, por todo lo que han supuesto de desplazamiento de millones de personas fuera de su país de origen. Dichos desplazamientos, además de incrementar sustancialmente las relaciones del tráfico externo, dieron lugar a la presencia en el mismo de nuevas figuras, los refugiados y los apátridas, cuya incidencia hasta entonces había sido mínima (14). En efecto, con anterioridad a la guerra de 1914-1918, el número de estos individuos era relativamente poco relevante, pero, con posterioridad a ella, la presencia en ciertos Estados de millones de refugiados y apátridas se

(11) Cf. G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 6.^a ed., París, Dalloz, 1985, pp. 1 y ss. Dentro del coloquio de Clermont-Ferrand de la Société Française pour le Droit International, cabe retener las siguientes ponencias: R. Chiroux, «Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales»; Ch. Leben, «Le droit international et les migrations de travailleurs»; A. Lyon-Caen, «La condition sociale des travailleurs étrangers et le droit international privé», *Les travailleurs étrangers et le droit international*, París, Pedone, 1979, pp. 3 y ss.; 47 y ss.; y 277 y ss. desde una perspectiva general *vid.* T. Ansay, «Legal Problems of Migrant Workers», *R. des C.*, t. 156 (1977-III), pp. 7-77; desde la perspectiva europea, *vid.* B. Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movements of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty*, Amsterdam, North-Holland, 1977; T. C. Hartley, *EEC Immigration Law*, Amsterdam, North-Holland, 1978; desde la perspectiva de un país de inmigración resulta de interés el folleto de C. Kennedy-Brenner, *Les travailleurs étrangers et les politiques d'immigration. Le cas de la France*, París, O.C.D.E., 1979; por último, desde la perspectiva de un país de emigración como España, destaca la documentada monografía de J. Rubio, *La emigración española a Francia*, Barcelona, Ariel, 1974, y aunque más diferida en el tiempo, la de F. Sánchez López, *Emigración española a Europa*, Madrid, CECA, 1969.

(12) I.D.I., *Annuaire*, vol. 54, II, 1971, p. 461.

(13) *vid.* J. M.^a Espinar Vicente, «Los movimientos migratorios y su encuadre sistemático en el Derecho internacional privado del trabajo», *A.E.S.J.*, vol. VII, 1978, pp. 129-152.

(14) Baste recordar a título de ejemplo el asunto «Samama c. Samama», que dio origen a la *Sent del Trib. de Casación de Florencia de 24 de abril de 1881* (*vid.* K. H. Nadelmann, «Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems. Nationality versus Domicile», *Conflict of Laws: International and Interstate*, La Haya, M. Nijhoff, 1972, pp. 63-67).

convertiría en una auténtica «calamidad pública» (15), de la que no sólo fue reflejo la abundante producción científica que apareció a partir de este período, sino determinados cambios legislativos generados por este nuevo fenómeno.

Por último, y el Ordenamiento español ha sido particularmente sensible a ello, es menester la referencia a los desplazamientos masivos de personas que se efectúan en las últimas décadas como consecuencia del turismo. Si la magnitud de este fenómeno ha dado origen a un importante movimiento de cooperación entre Estados, que ha cristalizado en la creación de la Organización Mundial de Turismo, también ha propiciado una importante problemática en el ámbito del tráfico privado externo, de la cual no puede permanecer ajeno el D. I. Pr. (16). Concretamente, el incremento del turismo ha supuesto una verdadera transformación del régimen de extranjería, lo cual se evidencia en planos distintos. Así, a nivel universal, se cuenta con el Convenio sobre facilidades aduaneras para el turismo, hecho en Nueva York el 4 de junio de 1954, que designa al turista como aquella «persona, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión, que entre en el territorio de un Estado contratante distinto de aquel en que dicha persona tiene su residencia habitual y permanezca en él veinticuatro horas cuando menos, y no más de seis meses, con fines de turismo, recreo, deporte, salud, asuntos familiares, estudio, peregrinaciones religiosas o negocios, sin propósito de inmigración» (17). De otra parte, debe tenerse en cuenta la situación existente en Europa a partir de una resolución en la materia contenida en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Co-

(15) Conférence pour la Codification du Droit International. *Actes de la Conférence*. Rapport de la Commission de nationalité, vol. I, p. 38. Vid. M. O. Hudson, «The First Conference for the Codification of International Law», *A.J.I.L.*, vol. 24, 1930, pp. 447-467, esp. pp. 450-453; H. Miller, «The Hague Codification Conference», *ibid.*, pp. 674-693, esp. pp. 678-681; J. Koster, «La nationalité à la Conférence de la Haye pour la codification de droit international», *Revue de droit international privé*, 1930, pp. 412-443 y 599-620.

(16) M. Vieira, «Turismo y Derecho Internacional», *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*; Caracas, Facultad de Derecho de la Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 369-376; M. Bogdan, «Admission of Foreign Tourists and the Law of Nations», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1977, pp. 87-106.

(17) Este Convenio fue ratificado por España el 18 de agosto de 1958 (*B. O. E.* 25-XI-58); existe un Protocolo adicional de la misma fecha relativo a la importación de documentos en materia de propaganda turística. Vid. el estado actual del Convenio en *Traité Multilatéraux pour lesquels le Secrétaire Général exerce les fonctions de dépositaire*, Naciones Unidas, 1979, pp. 300 y ss. sobre su incidencia en el Derecho interno resulta de interés la nota de A. Robles Álvarez de Sotomayor, «El Derecho turístico», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 921-931.

peración en Europa de Helsinki de 1975 (18). Pero al lado de esta transformación, el fenómeno estudiado ha tenido la virtud de aumentar los supuestos del tráfico privado externo; baste citar el establecimiento masivo en ciertos países como España de la denominada «segunda vivienda» (19).

Dichos acontecimientos han dado lugar, indiscutiblemente, a un importante proceso de «humanización» que afecta a nuestro Ordenamiento a través de la normativa internacional de derechos humanos. Los cambios en su estructura social no han afectado a la esencia del D. I. Pr., que continúa residiendo en la reglamentación de la condición de los individuos y de sus relaciones jurídicas en la vida internacional. Puesto que los Estados han asumido la responsabilidad del cumplimiento de los derechos del hombre, todas las normas de este Ordenamiento, principalmente en lo que atañe a su interpretación y aplicación, deberán ser acordes con los documentos internacionales en la materia. Ningún interés del Estado podrá justificar la violación de los derechos del hombre; y, al mismo tiempo, resultará inadmisible que, en nombre de una ideología, el sentido de las palabras sea tergiversado y, por esta vía, vaciados de contenido los principios (20); pensemos, por ejemplo, en la repercusión de Convenios tales como el de la edad mínima para contraer matrimonio, el de la nacionalidad de la mujer casada, etc.

2. Los movimientos migratorios, como condicionante de la reglamentación del tráfico externo.

Si ponemos en relación las consideraciones anteriores con el fenómeno migratorio, podremos comprobar que se asiste en la

(18) Ministerio de Asuntos Exteriores de España, *Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Acta Final, Helsinki, 1975*, Madrid, O.I.D., 1976, pp. 48-49 y 58; se alude aquí al fomento de las visitas turísticas a los Estados participantes en la Conferencia «estimulando la prestación de los servicios adecuados y la simplificación y aceleración de las formalidades necesarias relacionadas con dichas visitas».

(19) El tema ha generado unas consecuencias en los supuestos del tráfico privado externo, tales que han repercutido en los trabajos preparatorios sobre administración de sucesiones de la XII Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado. Vid. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Douzième session*, 2 au 21 octobre 1972, t. II, Administration des successions, La Haya, 1974, pp. 10-12. El tema se planteó en la *Sent. de la Aud. Territorial de Granada de 12 febrero 1975* («Swinkels c. Swinkels») a propósito de la sucesión de un apátrida con domicilio en Irlanda y segunda residencia en España.

Vid., asimismo, M. P. Andrés Sáenz de Santa María, «Nota a la *Sent. de la Aud. Prov. de Madrid de 23 de octubre de 1973*», *R.E.D.I.*, vol. XXIX, 1976, pp. 196 y ss., esp. pp. 200-201.

(20) Cf. R. Bistricky, «Droit international privé et droits de l'homme», *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 66-67.

actualidad a un aumento cualitativo y cuantitativo de las relaciones del tráfico externo. Las estadísticas son, a este respecto, inexorables. Si nos centramos en el continente europeo como área geográfica de acogida, podremos observar que en él están establecidos veinte millones de emigrantes, es decir, más de un 15 por 100 de la población activa, de los que un 40 por 100 procede del tercer mundo, con la consiguiente nota diferencial étnica. Dicha nota, pese a ser el Continente europeo el lugar donde existe un mayor respeto a los derechos del hombre, se ha traducido en una hostilidad que adquiere formas diversas de racismo y que se está plasmando en normas jurídicas y en prácticas judiciales, lo que no deja de ser preocupante. No se trata aquí de valorar las actitudes políticas de ciertos líderes nacionalistas, muy cercanas, en ocasiones, a ideologías de extrema derecha, sino de tomar como punto de partida determinadas leyes que se han dictado en Europa occidental en los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito de la extranjería y en el de las condiciones de empleo, que sólo pueden recibir el calificativo de infames en función de la maldad ética que contienen (21). Es cierto que dichas leyes son una secuela de las crisis económicas de 1973 y de 1978, mas determinadas medidas que en ellas se adoptan difícilmente encuentran justificación, incluso desde la perspectiva constitucional. Ciertamente, el principio constitucional de igualdad ante la ley no incluye a los

(21) En el caso de Bélgica, cabe referirse a la Ley de 15 diciembre 1980 (*Vid.* F. Rigaux, *Le nouveau statut administratif des étrangers. Loi du 15 décembre 1980*, Bruselas, Larcier, 1981; R. Vander Elst, «La condition civile des étrangers selon la loi du 15 décembre 1980», *Revue du Notariat belge*, 1981, pp. 355 y ss., E. de Diesbach, *L'étranger devant la loi belge*, 3.ª ed., Bruselas, Bruylant, 1981; S. Moureaux y J. P. Lagasse, *Le statut des étrangers en Belgique*, Bruselas, Larcier, 1982; «Commentaire et texte de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers en Belgique», *Revue communale de Belgique*, 1981, pp. 174-201) y, más recientemente, a la Ley de 28 junio 1984 relativa a ciertos aspectos de la condición de los extranjeros e instituyendo el Código de la nacionalidad belga (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 755-770). Por lo que respecta a Francia, la normativa restrictiva arranca de la Ley de 10 enero 1980 (*Ibid.*, 1980, pp. 136-139; *Vid.* los siguientes comentarios: D. Turpin, «La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980», *Ibid.*, pp. 41-57; M. Simon-Depitre, «La conditions des étrangers en 1980», *Jour. dr. int.*, t. 108, 1981, pp. 255-276; J. Georgel, «La réforme du statut des étrangers en France», *Das Europa der zweiten Generation*, vol. II, 1981, pp. 807-827) y se consolida posteriormente pese a que la elección de F. Mitterrand como Presidente de la República fue considerada como «la promesse d'une ère nouvelle» por numerosos emigrados (*Vid.* D. Turpin, «Le nouveau régime juridique des étrangers en France: changement et continuité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 26-58; M. Simon-Depitre, «La condition des étrangers en 1981 et 1982», *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 5-60; A. C. Evans «Immigration Law Reform in France», *J.C.L.Q.*, vol. 32, 1983, pp. 516-522); entre las disposiciones más recientes nos encontramos con la Ley de 17

extranjeros (22), pero determinadas facultades que se conceden a la Administración, o la restricción de ciertas libertades públicas, vulneran claramente las normas fundamentales del Estado de acogida. El hecho de que, en el caso español, a partir de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (23), el Defensor del Pueblo haya recurrido al Tribunal Constitucional en función de las restricciones que contiene en materia de derecho de reunión o de asociación, y en relación con la posibilidad de internamiento hasta cuarenta días, pone de manifiesto la dureza de las medidas que contiene. Medidas que, por otra parte, son similares en los países de Europa occidental, si bien en España, al menos, han sido objeto de denuncia, estándose a la espera de un pronunciamiento del aludido Tribunal Constitucional.

Las discriminaciones no concluyen, sin embargo, con el examen de las Leyes generales de extranjería. La existencia en los países miembros de las Comunidades Europeas de la libre circulación de personas introduce un nuevo tratamiento diferencial en el emigrante, en función de su cualidad de «súbdito» comunitario. Asistimos, de este modo, a una dualidad de regímenes en cuya filosofía está el recelo al emigrante del tercer mundo. Volviendo al caso español,

julio 1984, relativa a la modificación de la Ordenanza núm. 45-2658, de 2 noviembre 1945 y del Código de trabajo y referente a los extranjeros establecidos en Francia (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 735 y ss. con comentario de M. Simon-Depitre); Decreto núm. 84-1078, de 4 diciembre 1984 (*Journ. dr. int.*, t. 112, 1985, pp. 527-531). La práctica de la República Federal de Alemania se recoge en A. Lupone, «Il trattamento dello straniero nella Repubblica Federale Tedesca», *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XVIII, 1982, pp. 542-573. En relación con el proceso legislativo seguido en Suiza y el rechazo de la Ley de extranjería de 19 junio 1981. *Vid.* P. Moore Y. Hofstetter, «Les autorisations et décisions de police des étrangers», *Les étrangers en Suisse*, Lausana, Université de Lausanne, 1982, pp. 29-53 y, sobre el proceso de elaboración de la reglamentación restrictiva resulta de utilidad el trabajo de A. Macheret, «Vers une Nouvelle législation sur les étrangers en Suisse», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, vol. 96, 1977, pp. 265-283; en lo que concierne a las actividades profesionales *Vid.* E. Wolf, «Rapport sur le traitement des étrangers en Suisse par rapport aux nationaux, en ce qui concerne l'accès aux professions et l'acquisition de propriété», *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (1961-1962)*, t. XIV, París, Dalloz, 1965, pp. 482-492. Una referencia al sistema de los Países Bajos se recoge en Ko Swan Sik, «The Netherlands Law of Aliens», *N.Y.I.L.*, 1970, pp. 247-267, y en J. J. Van der Ven, «Remarques sur le droit du travail et la discrimination illégitime aux Pays-Bas», *Rev. int. dr. comp.*, 1969, pp. 117-122; A. C. J. de Rouw, «Some aspects of the Right to Leave and to Return with Special Reference to Dutch Law and Practice», *N.Y.I.L.*, 1981, pp. 45-72.

(22) *Vid.* M. Fernández Fernández y A. Arce Janariz, «Valoración constitucional de la autorización de residencia: el tratado y la ley en el artículo 13, 1.º de la Constitución», *Revista Jurídica Española "La Ley"*, núm. 1.156, 1985, pp. 1-6.

(23) *B. O. E.*, 3-VII-1985.

esta situación puede comprobarse si se compara el régimen general previsto en la referida Ley Orgánica 7/1985 y, sobre todo, en su Reglamento de aplicación (24), con el régimen especial que disfrutaban los «súbditos» comunitarios en función del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo (25).

En definitiva, las soluciones adoptadas por los países europeos de acogida de emigrantes procedentes del tercer mundo se caracterizan por su carácter contradictorio en función de la distinción que efectúan entre extranjeros «ricos» y extranjeros «pobres». Las medidas asimilacionistas coexisten con las de expulsión, produciéndose un caos burocrático en el que el más perjudicado es el segundo tipo de no nacional. Pero, en cualquier caso, la filosofía inspiradora de gran parte de estas normas trata de dar respuesta a un cálculo ponderado entre las diversas opciones de las denominadas migraciones «lentas» y migraciones «rápidas». Las previsiones más optimistas contemplan en los países industrializados europeos una población para el año 2025 superior a treinta y cinco millones de personas que proceden de África, es decir, que de cada ocho habitantes europeos, uno procedería de este Continente. Prescindiendo del inevitable cambio cultural que se producirá en Europa, es indudable que el fenómeno generará unas consecuencias jurídicas que demostrarán bien a las claras que el «conflicto de civilizaciones» pondrá punto final a aquellas doctrinas que aún propugnan el carácter neutro y aséptico del D. I. Pr. (26).

No es menester, sin embargo, referirse al futuro. En la actualidad existen nuevos problemas a los que nuestro Ordenamiento tiene que dar una respuesta y que son consecuencia directa de la emigración. Por citar un ejemplo concreto, baste referirse al fenómeno de la «segunda generación de emigrantes». Esta categoría, de indudable incorrección jurídica, es ilustrativa de la situación que experimenta un gran número de personas que, si las ponemos en relación con un país concreto, por ejemplo, España, abarcaría categorías diversas: en primer lugar, los jóvenes hijos de emigrantes que permanecen en el país de origen y los que han regresado a éste (que, en principio, no suscitan especiales problemas del D. I. Pr.); en segundo lugar, los nacidos de matrimonio entre español/a y un extranjero/a, que, desde la perspectiva del país de acogida, ostentan a partir de su nacimiento

(24) R. Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (B. O. E., 12-VI-86).

(25) B. O. E., 11-VI-86.

(26) Recuérdese la tesis mantenida por M. Gutzwiller, «Le développement historique du droit international privé», R. des C., t. 29 (1929-IV), pp. 291 y ss.

la nacionalidad de éste; por último, los jóvenes naturalizados en el país de acogida que poseen una nacionalidad distinta de la de los padres. Tomando como referencia los últimos dos grupos de personas, podremos comprobar, desde la perspectiva del Ordenamiento español, que, con independencia del lugar de nacimiento y con independencia de su nacionalidad, presentan dos rasgos comunes. De un lado, el contar al menos con un progenitor español que reside en el extranjero por razones de emigración. De otro lado, el poseer un estatuto jurídico escindido entre España y el país de acogida de su progenitor. Esta es, a nuestro entender, la delimitación que debe efectuarse respecto al ámbito personal de la que hemos denominado «segunda generación de emigrantes».

Que el problema preocupa al legislador es algo que se comprueba con la lectura del artículo 11, 3.º, de la Constitución española, en cuyo inciso último se consagra una nueva institución, inexistente hasta la fecha en nuestro Ordenamiento, que es la denominada «doble nacionalidad automática» (27). No es el momento de señalar la

(27) Que el entronque entre nacionalidad y movimientos migratorios implícito en el artículo 11, 3.º de la Constitución española no es una mera especulación doctrinal, se ha demostrado en ciertos supuestos de la práctica española. Acaso el más ilustrativo arranque de una pregunta presentada el 7 de marzo de 1980 por un grupo parlamentario para su contestación oral en el Pleno del Congreso de los Diputados por el Gobierno, relativa a la privación de la nacionalidad española a emigrantes españoles naturalizados en Australia. En dicha pregunta se denunciaba la actuación del Cónsul General de España en Sydney, quien ignorando lo dispuesto en el artículo 11, 3.º *in fine* de la Constitución, procedió a convocar a los españoles naturalizados en aquel país (recuérdese que Australia es un país de atracción de emigrantes y que concede amplias facilidades para adquirir allí la nacionalidad) para obligarles, ignorando, asimismo, lo dispuesto en el artículo 11, 2.º de nuestra norma fundamental, a una renuncia expresa, bien a la nacionalidad española, bien a la australiana. En su respuesta, realizada catorce meses más tarde, el Ministro de Asuntos Exteriores defendió la actuación del Cónsul en términos ciertamente vagos e imprecisos aludiendo, a modo de cortina de humo, a cuestiones generales sobre emigración que no se suscitaban en la pregunta y evitando, en todo caso, entrar en el tema. Ha sido una lástima que se haya desaprovechado esta ocasión para dar de una vez por todas una solución jurídica a los interrogantes que suscitaba el citado artículo 11, 3.º (Vid. los materiales de los debates parlamentarios en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 63-70, así como la Res. D. G.R.N. de 21 de marzo de 1979, Bol. Inf. M.º Just., núm. 1.163, 1979, pp. 98-99). Y ha sido una lástima porque el desarrollo de este precepto constitucional ha sufrido una serie de inadmisibles recortes tanto a través de la nueva redacción del artículo 23, 1.º del C.C., reformado por la Ley 51/1982, como, sobre todo, por la Instrucción D. G.R.N. de 16 de mayo de 1983 (B. O. E., 20-V-83; Vid. nuestra crítica en «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre nacionalidad española», *Anuario del Derecho Civil*, t. XXXVI, 1983, pp. 1.299 y ss., esp. pp. 1.316-1.317). Sobre la institución de la «doble nacionalidad automática» puede consultarse nuestro curso, «La reforma del Derecho español de la nacionalidad», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1983, pp. 137 y ss., esp. pp. 220-227).

naturaleza y el alcance de esta institución. Tan sólo apuntar que es una consecuencia directa de los movimientos migratorios y que suscita nuevos problemas de D. I. Pr., como, por ejemplo, el de la determinación de la ley personal. En efecto, si proyectamos la institución en el sistema español, y en concreto en el artículo 9, 9.º, del Código Civil, podremos apreciar que su inserción en una norma publicada cuatro años antes y en otro contexto resulta cuanto menos compleja. Como es sabido, el precepto 9, 9.º, distingue tres supuestos de doble nacionalidad: las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas o en los tratados internacionales, las hipótesis de conflicto entre la nacionalidad española y otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales y, por último, la situación del que ostente dos o más nacionalidades, no siendo ninguna la española. Pues bien, la «doble nacionalidad automática» debe quedar referida a una de las dos primeras situaciones, comenzando aquí la incertidumbre. Si admitimos que la nacionalidad española se configura como una «nacionalidad fuerte», la segunda hipótesis del precepto, es decir, estar a la nacionalidad española, pudiera ser la vía adecuada: si el español que adquiere la nacionalidad extranjera por razón de emigración ejerce, desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento, la nacionalidad española a todos los efectos (derechos públicos, protección diplomática, etc.), parece que en materia de «estatuto personal» lo más lógico es que siga sometido a la ley española. Ahora bien, si procedemos a un examen del contenido de la «doble nacionalidad automática» y lo ponemos en relación con lo dispuesto en el artículo 42 de nuestra norma fundamental (deber del Estado de proteger los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero), tendremos que admitir que la salvaguardia de los derechos del emigrante español fuera de España se consigue de un modo más eficaz aplicándole a su «estatuto personal» la ley del lugar en el que tiene situado su «centro de vida», es decir, la ley de la residencia habitual. Entre ambas hipótesis, y con independencia de que el artículo 9, 9.º, del Código Civil precise una urgente revisión, parece preferible, en nuestra opinión, subsumir la institución estudiada en la primera hipótesis del precepto (28), tanto más por cuanto que tal institución está «prevista en las leyes españolas» (art. 11, 3.º, de la C. E. y art. 23, 1.º, del C. C.) y, en ausencia de tratado, debe ser «preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida».

El razonamiento expuesto queda, sin embargo, sometido a

(28) J. C. Fernández Rozas, en J. D. González Campos y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, Ojanguen, 1984, pp. 23-24.

reserva y no constituye otra cosa que una interpretación forzada que trata de conciliar dos normas surgidas en dos momentos históricos distintos. Sirva en todo caso el ejemplo para dejar constancia de una manifestación del fenómeno migratorio en un sistema de D. I. Pr. que no lo ha tenido en cuenta y como aquél obliga a su transformación.

II. Movimientos migratorios y territorialidad.

1. Intereses de política legislativa.

Desde la perspectiva de los países de acogida interesa el examen de los diversos sistemas jurídicos en presencia, debiendo retenerse en este punto un dato importante: que el emigrante puede residir en países cuyo Ordenamiento pertenezca a la misma familia jurídica de su Estado de origen, pero también puede residir en países cuyo Derecho sea radicalmente diverso. La exclusividad competencial de la *lex fori* para la ordenación de los supuestos en que intervengan emigrantes da como resultado un marcado particularismo, cuyas principales manifestaciones las podemos encontrar tanto en el enfrentamiento entre los países continentales y los del «common law» como, señaladamente, en el existente entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. Si tomamos en consideración la diversidad en las técnicas de producción normativa, podremos observar que la coordinación de sistemas, en función de los distintos intereses en presencia, es ciertamente difícil, lo que explica los limitados avances de la codificación internacional. Mas los problemas no concluyen aquí. El particularismo suscita la cuestión de la diferente aplicación e interpretación de los conceptos y de las categorías jurídicas por parte de los Tribunales, lo cual se hace mucho más intenso cuando en el supuesto está presente un emigrante; y a ello hay que añadir la importante presencia del correctivo del orden público. Por citar un ejemplo concreto, la *Sent. Trib. de Apelación de París de 21 de junio de 1962* (29) descartó la aplicación de la ley argelina en relación con la guarda de un menor, pese a ser la pertinente en el caso, según el D. I. Pr. francés, en base a que las normas del foro eran «aplicables en ausencia o a pesar de las disposiciones de la ley nacional, por una razón de orden público francés...». A este respecto, la aparición de las normas materiales imperativas en los supuestos relativos a la protección de menores, cuando alguno de los progenitores

(29) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, pp. 123-124 y nota de J. Foyer, pp. 52 y ss.

sea trabajador emigrante, no es más que una manifestación de un interés de política legislativa.

Puede adelantarse, en este contexto, que la emigración ha sido uno de los factores que ha propiciado la denominada «crisis» del estatuto personal (30), dentro del cual quedaban incluidas tradicionalmente instituciones tales como la protección de los menores. El enfrentamiento entre la tradicional concepción privatista, puramente aséptica, que en el plano del D. I. Pr. se traducía en la presencia exclusiva de normas de conflicto y esta moderna tendencia expansiva de las normas materiales imperativas es un hecho que se registra, en ningún caso de forma casual, a partir de los años cincuenta y del que no son ajenos los movimientos migratorios. Pero junto a estas técnicas tradicionales de protección frente al emigrante extranjero existen otras más sutiles aparecidas en distintas etapas históricas. Baste referirse aquí a dos dialécticas íntimamente conexas: la relativa al *ius soli/ius sanguinis* y la derivada del enfrentamiento entre la conexión domiciliar y la ley nacional, a las que prestaremos atención en las páginas siguientes. Antes, sin embargo, resulta obligada la referencia a un ejemplo de la práctica, que, a pesar de tener aparentemente una relevancia menor, muestra con toda su crudeza la incidencia del territorialismo en la regulación del tráfico externo en función de los movimientos migratorios. Nos referimos a la ley aplicable al nombre de las personas físicas.

Si alguna institución ha sido de indiscutida inclusión en el «estatuto personal» ha sido la del nombre de las personas físicas. A partir de este dato, la generalidad de los países de la Europa continental están a la aplicación de la ley nacional. Dicha ley rige, como es sabido, el régimen del orden de los apellidos, que en este área geográfica registra un marcado particularismo. Pues bien, en Bélgica se ha seguido tradicionalmente esta solución como muestra la doctrina de sus autores (31) y ciertos precedentes jurisprudenciales (32). No obstante, la masiva emigración de españoles a este país ha producido una práctica burocrática tendente a ignorar la ley española (que prescribe la existencia de dos apellidos, paterno y materno) y aplicar directamente la belga (que sólo contempla el apellido paterno). Esta

(30) Vid. sobre el particular, H. Batiffol, *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, Cuad. de la Cátedra James B. Scott, 1968.

(31) Vid. por todos F. Rigaux, *Droit international privé*, t. II, Bruselas, Larcier, 1979, pp. 244-246 y bibliografía allí citada.

(32) Señaladamente, la *Sent. Trib. Civil de Lieja de 13 de febrero de 1976* («Prats y Perelló»), *Journ. dr. int.*, t. 106, 1979, pp. 170-171; J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, cit., pp. 256-257.

situación, particularmente lesiva para los españoles residentes en Bélgica, aconsejó a un diputado español formular al Gobierno, el 13 de enero de 1981, una serie de preguntas en torno a las dificultades por parte de emigrados españoles en aquel país para el establecimiento de su identidad. A juicio de este parlamentario, como consecuencia de la diferencia entre las regulaciones del nombre en España y en Bélgica, se producían situaciones incongruentes, como la doble identidad, o sea, un nombre y apellido en el Registro belga y otros distintos en el Registro español, o el no reconocimiento por parte de las autoridades españolas de la denominación adquirida en Bélgica, e inversamente, el no reconocimiento por las autoridades belgas de los apellidos obrantes en el Consulado correspondiente. No es el momento de valorar ahora los términos en que la citada pregunta al Gobierno fue formulada —ciertamente deficientes desde el punto de vista técnico—, aunque debe resaltarse lo encomiable de la iniciativa. Tampoco de analizar críticamente la respuesta del Gobierno (33). Sirva tan sólo de ejemplo de una defensa de las instituciones de un país de acogida frente a una emigración masiva, pese a la vigencia de una norma de conflicto claramente establecida. Como pusiera de relieve la *Sent. Trib. Civil de Bruselas de 9 de junio de 1956*, «... la legislación belga relativa al apellido es aplicable tanto a los extranjeros como a los belgas, la estabilidad del apellido es esencial tanto para el buen funcionamiento del estado civil como para el mantenimiento del orden en el seno de la sociedad...» (34). La territorialidad de las normas registrales belgas no tiene, en los términos transcritos, justificación alguna. Cosa distinta sería si se refiriesen a la situación de las familias cuyos miembros no tengan la misma nacionalidad, más concretamente, cuando uno de ellos sea nacional belga y la residencia esté fijada en este país (35). Aquí sí tendría justificación la territorialidad con independencia de la nacionalidad del niño, al cual

(33) B.O.C.G., 9-II-81. Vid. J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, cit., pp. 257-259.

(34) *Ibid.*, p. 257; Vid. P. Graulich, *Principes de droit international privé*, París, Dalloz, 1961, p. 67.

(35) F. Rigaux, *op. cit.*, pp. 245-246. Rechazamos categóricamente la crítica que nos ha dispensado J. Verhoeven acerca de que la práctica expuesta, aunque afecte a «des intérêts espagnols ne permet pas de les considérer pour autant comme représentative du droit international privé belge actuel» (Cf. *Rev. belge dr. int.*, vol. XVII, 1983, p. 950). Se trata de acentuar la discriminación a la que se han visto sometidos nuestros compatriotas al margen del Derecho en vigor (Vid. J. C. Fernández Rozas, «Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado español», *R.E.D.I.*, vol. XXXIII, 1981, pp. 597-624).

podría aplicársele el régimen de atribución del nombre previsto por la ley del domicilio común. La proyección de los intereses que trata de tutelar el Estado, debido a la existencia de un nacional belga en la relación, pueden ser tan poderosos que primen sobre lo que debiera ser la regla de base, es decir, la norma de conflicto. Mas la territorialidad absoluta aplicable a la totalidad de los inmigrantes debe descartarse, o al menos paliarse, a través de mecanismos de cooperación internacional (36). Quede, pues, este ejemplo como relevante de la incidencia de la emigración en un sistema «clásico» de normas de conflicto que quiebra en función de los intereses del Estado de acogida y vayamos al estudio de situaciones de mayor envergadura.

2. La dialéctica entre el «*ius soli*» y el «*ius sanguinis*».

Dentro del ángulo de los «intereses de política legislativa» conviene precisar que los legisladores no han sido ni son neutrales a la hora de elegir entre uno de estos criterios y ello, fundamentalmente, en base a los movimientos migratorios. El hecho de que la mayor parte de los Estados americanos hayan mantenido durante muchos años una política asimilacionista los alejó radicalmente de las soluciones incluidas en los Derechos de nacionalidad de los países europeos de emigración. Es indudable que el *ius sanguinis* es un postulado que se acomoda mejor a los intereses de un país de emigración, pues a través de su empleo se intenta extender la nacionalidad a la descendencia en el extranjero de los nacionales; igualmente, y nos movemos en el tópico tradicional, el *ius soli* se justifica por el interés de los países de inmigración en ver aumentada su población. Ahora bien, íntimamente ligados a los movimientos demográficos, los intereses de política legislativa suelen dar respuesta a determinadas cuestiones de carácter ideológico (37). En concreto, los defensores del *ius sanguinis* han sostenido que es un postulado que garantiza el principio de la unidad familiar. Por último, desde una perspectiva técnico-jurídica, se ha argumentado que el empleo del *ius soli* tiene la virtud de evitar las situaciones de apatridia. Como puede obser-

(36) El caso examinado tendría una solución convencional a través del Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre la ley aplicable al nombre y a los apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980.

(37) En general, Vid. M. Lozano Serralta, «La nacionalidad originaria en el Derecho español», *Información Jurídica*, 1954, pp. 217 y ss.

varse, la polémica no se halla ni mucho menos cerrada (38), lo que explica que los legisladores internos opten en la hora actual por la utilización concurrente de ambos criterios, si bien con preferencia del uno sobre el otro, según los casos.

Un examen de la práctica seguida en la actualidad por los países europeos de acogida resulta ilustrativa. Se caracteriza ésta por la incorporación de un sistema mixto en orden a la atribución de la nacionalidad, que, indudablemente, está condicionado por los movimientos migratorios. Se comprueba así cómo el *ius sanguinis* registra una menor entidad como criterio de transmisión de la nacionalidad a los hijos de los nacionales que residen fuera y cuyos hijos nacen en territorio extranjero; hoy es una realidad la máxima «la nacionalidad no se transmite de generación en generación hasta el infinito». En efecto, los distintos Derechos evitan la concesión de la nacionalidad a aquellos que se hallan desarraigados de su territorio y conectados por nacimiento y residencia en otro Estado. Ciertamente, el criterio de la filiación persiste en estos supuestos, pero se exige una declaración por parte del interesado o de sus progenitores. Algo impensable, en suma, hace pocas décadas. La regla general tiene, sin embargo, una excepción. Frente a esta situación de disminución del *ius sanguinis* se asiste a un aumento de la población a través del reconocimiento del principio de igualdad de sexos a la hora de transmitir la nacionalidad; dicho principio se ha impuesto en la práctica totalidad de los ordenamientos de los países de acogida, aunque en el caso español, si bien figura en la nueva redacción del artículo 17, 1.º, del Código Civil, ha sido interpretado restrictivamente por la D. G. R. N., en el sentido de no aplicarse con efectos retroactivos. Esta posición, totalmente inadmisibles, no es otra cosa también que reflejo del país de emigración que es España: los cálculos más optimistas cifran, en caso de una aplicación retroactiva del precepto, un aumento de la población española de nacidos en el extranjero que sobrepasaría el medio millón de personas. En todo caso, de lo que no cabe duda es de que el principio del *ius sanguinis* ha perdido su protagonismo como criterio de atribución automático para los hijos de los nacionales nacidos fuera del territorio de origen cuyos padres tampoco residen en el mismo.

Ahora bien, el principio del *ius soli* tampoco actúa en la actualidad de forma tan radical como en el pasado. El mero hecho del naci-

(38) Resultan de interés las consideraciones efectuadas al respecto por E. Vendrell Ferrer, «La nacionalidad y el «*ius soli*»», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, páginas 977-1.007.

miento en el territorio del Estado de acogida no implica la atribución de la nacionalidad de este último. No obstante, en todos los países de acogida se ha tenido presente la necesidad de incorporar a su población a los nacidos en su territorio, hijos de padres extranjeros también nacidos en dicho territorio. El descenso de natalidad en los países de fuerte inmigración ha dado lugar, en concreto, a la introducción atenuada del *ius soli* como elemento para favorecer la concesión de la nacionalidad al nacido en su territorio mediante una simple declaración. Bien entendido que sólo se está beneficiando a los que han nacido y continúan residiendo en el territorio nacional. Puede afirmarse así que si el nacimiento por sí solo no es atributivo de nacionalidad, este hecho se tiene muy en cuenta para la obtención, en breve plazo, de la nacionalidad de dicho Estado. En suma, los ejemplos que estamos exponiendo a título indicativo no son otra cosa que consecuencias en las nuevas reglamentaciones sobre nacionalidad de los movimientos migratorios internacionales (39).

3. La dialéctica entre la ley nacional y la ley del domicilio.

Como es sabido, dentro de cada sistema estatal de normas de conflicto existen distintos criterios de localización de las relaciones privadas internacionales, que se justifican tanto por razones históricas como de política legislativa. Centrándonos en estas últimas, interesa observar la proyección de los movimientos migratorios en la polémica entre la ley nacional y la ley del domicilio. En efecto, la formulación de una u otra conexión no es un acto «neutro», sino que refleja los intereses del Estado en un determinado momento histórico. Los Códigos no fueron asépticos en adoptar una u otra solución: la razón de que Francia, Italia o España eligieran la ley nacional como conexión rectora del denominado «estatuto personal» obedeció, entre otras circunstancias, al hecho de ser en aquellos momentos países de emigración; de ahí que las circunstancias inherentes a este grupo de personas fuesen tenidos en cuenta por el legislador (40).

(39) Sin duda, el estudio más completo en la materia, con un equilibrado tratamiento de las legislaciones iberoamericanas y europeas en relación con la emigración, es la reciente tesis doctoral de A. Álvarez Rodríguez, *La nacionalidad del trabajador emigrante (Consecuencias en el Derecho de la nacionalidad de los movimientos migratorios internacionales)*, León, octubre de 1986 (inédita).

(40) Vid. en torno a esta polémica, B. de Magalhaes, «La doctrine du domicile en droit international privé», *R. des C.*, t. 23 (1928-III), pp. 18 y ss.; J. V. Long, «Domicil v. Nationality», *Rabels Z.*, 1953, pp. 247-262; L. I. de Winter, «Nationality or Domicile? The Present State of affairs», *R. des C.*, 128 (1969-III); E. D. Graue, «Domicil, Nationality and Proper Law of the Persons», *German Yearbook of I. L.*, vol. 19, 1976, pp. 254-277.

Tampoco es casual que la impugnación de la ley nacional y la defensa de la ley del domicilio se produzca en aquellos países tradicionalmente receptores de extranjeros, en un intento de evitar los inconvenientes legales de los nuevos núcleos de población (41). Este dato es particularmente relevante en la obra de J. P. Niboyet, pues ésta no puede desvincularse de dos hechos: en primer lugar, el período de crisis económica que caracterizó el período de entreguerras y, en segundo término, que en aquellos momentos Francia era un país receptor de contingentes masivos de extranjeros y de refugiados (42); el nacionalismo a ultranza de este autor hace que el interés del Estado se imponga a cualquier otra consideración y, en consecuencia, que defienda la aplicación domiciliar para los extranjeros establecidos en Francia.

Consideraciones similares cabe extraer del círculo de países iberoamericanos: si bien la conexión «ley nacional» tuvo una cierta relevancia, en un principio, al ser recogida por el Código de Bustamante, ésta pronto dejaría paso a la conexión domiciliar, al no acomodarse a las características de países de inmigración de los Estados de este área geográfica. De ahí que el principio del domicilio se fuese abriendo paso tanto en el plano de la codificación interna como de la codificación internacional. En relación con la primera, debe dejarse constancia de que, en la práctica, la noción ha sido formulada de formas diversas: en tanto que en relación con los extranjeros que se encuentran en el Estado de acogida es suficiente un breve período para que se les considere domiciliados y, en consecuencia, aplicarles el propio Derecho, se considera que los nacionales de estos Estados siguen domiciliados en el país, incluso aunque mantengan una larga permanencia en el extranjero (43). En definitiva, que el fenómeno sociológico de la emigración juega un papel esencial en la precisión de la conexión. Como pusiera de manifiesto A. Sánchez de Bustamante y Sirvén: «Examínense los textos legales y las decisiones del Poder Judicial respecto al domicilio, y a poco que tratemos de penetrar en la mente de los autores de cada precepto o de cada sentencia, veremos que unos parecían estar pensando en ciudadanos que residían en el extranjero y otros en extranjeros residentes en el territorio nacional; que unos se acordaron demasiado de que eran países de

(41) R. D. Kollwijn, «Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale moderno», *Dir. int.*, vol. VIII, 1959, pp. 508-525.

(42) P. Louis-Lucas, «Territorialisme et nationalisme dans l'oeuvre de J. P. Niboyet», *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1951-52 et 1953-54)*, París, 1955, pp. 11 y ss.

(43) Cf. J. Samtleben, «El territorialismo de leyes en América latina», *Primer Seminario nacional del Derecho Internacional Privado*, México, UNAM, 1979, página 185.

inmigración numerosa y variada y otros no tuvieron en cuenta esta circunstancia, y que unos y otros fueron inevitablemente los instrumentos de tradiciones jurídicas y de convicciones científicas y prácticas variadas y a veces opuestas» (44).

Asimismo, los intereses estatales se observan en la codificación internacional al producirse un rechazo de ciertos criterios acuñados en el continente europeo. Ilustrativo de ello es la actitud de reserva de los Estados iberoamericanos ante la propuesta de P. S. Mancini para la colaboración en una regulación internacional del D. I. Pr. En efecto, si se examinan los textos de la práctica internacional, y se ponen en relación con el fenómeno migratorio, puede observarse el temor de estos países respecto de la aproximación a las técnicas jurídicas europeas por poder afectar aquélla la independencia nacional y los principios de la propia legislación. La inserción del domicilio como conexión dominante en los Tratados de Montevideo, en cuanto a la determinación de la ley aplicable respecto al estado y a la capacidad de las personas, es sumamente ilustrativa.

Por último, y ya en el continente europeo, resulta obligado hacer referencia a los proyectos suizos de D. I. Pr. de 1978 y 1982. Si hasta estas fechas el sistema helvético guardaba un cierto equilibrio entre la ley nacional y la ley del domicilio, a partir de estos textos parece que esta última conexión va a desplazar totalmente hacia la primera; tendencia ésta que, por otra parte, se registra en la jurisprudencia más reciente. En efecto, las experiencias realizadas en aplicación de los artículos 7 a) a 7 i) de la Ley de 25 de junio de 1891 demostraron reiteradamente que «le rattachement à la nationalité» no convenía de ningún modo a la estructura social y sociológica suiza (45). En definitiva, detrás de las conexiones que contienen los referidos proyectos no hay una mera especulación doctrinal; está una inequívoca toma de posición del legislador, que juega no solamente con los criterios de su propio sistema, sino con las conexiones existentes en otros países de su entorno y, concretamente, de los generadores de movimientos migratorios.

(44) A. Sánchez de Bustamante y Sirven, «El domicilio y el conflicto de leyes», *Revista de Derecho Internacional*, t. XIV, 1934, p. 212.

(45) Cf. F. Knoepfler, «Le projet de loi fédérale sur le droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, p. 40. Sin embargo, la defensa absoluta del principio del domicilio no es unánime en la doctrina helvética. Vid. B. Dutoit, «L'avenir possible du rattachement à la loi nationale en droit international privé suisse», *Ann. suisse. dr. int.*, vol. XXVI, 1969-70, pp. 41-64.

III. Movimientos migratorios y «conflictos de civilizaciones».

1. La quiebra del principio de igualdad entre la *lex fori* y la *lex extranjera*.

El D. I. Pr. clásico ha otorgado, a partir de la obra de P. S. Mancini, una respuesta contundente respecto al eventual enfrentamiento entre las leyes extranjeras reclamadas por la norma de conflicto y el Derecho del foro. El principio de igualdad, en efecto, se erigió como uno de los denominados «principios de construcción» del sistema (46). Ciertamente siempre ha existido una fuerte tendencia hacia la aplicación prioritaria de la *lex fori*, dentro de lo que A. Nussbaum denominase «homeward trend in the Courts» (47), pero sin que dicha circunstancia supusiera al menos, insistimos, en el terreno de los principios, una quiebra de la regla general. Los movimientos migratorios han tenido la virtud de alterar esta situación. En efecto, los progresos técnicos y los intercambios internacionales no han con-

(46) W. Wengler, «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 205 y ss.; E. Vitta, «Il principio dell'eguaglianza tra 'lex fori' e diritto straniero (Con particolare riguardo al sistema italiano di diritto internazionale privato)», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 1.578-1.665.

(47) A. Nussbaum, *Principles of Private International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1943, pp. 37-38, trad. esp., Buenos Aires, Dapalma, 1947, pp. 45-46. En la misma dirección J. M. Bischoff mostró, en relación con el sistema francés de D. I. Pr., que la ampliación de las competencias de la ley del foro obedecía a dos métodos diversos: uno, basado en el desarrollo de las normas que declaran competente la ley del foro cuando se trate de hechos que tienen una vinculación de especial intensidad en el territorio francés, y otro, consistente en favorecer sistemáticamente el Derecho francés al establecer una preferencia de la ley francesa a partir de la norma de conflicto, concretamente, con el recurso generalizado al orden público (Vid. *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, París, L.G.D.J., 1959, pp. 21 y ss.). Por su parte, W. Wengler manifestó que por criticable que fuera la tendencia hacia la preferencia sistemática de la *lex fori* no era factible en el estado actual de la sociedad internacional ver en dicha tendencia una violación del Derecho de gentes (Vid. «The General Principles of Private International Law», *R. des C.*, t. 104 (1961-III), pp. 430-442). Esta posición se encuentra también reflejada en la obra de G. Van Hecke (Vid. «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *R. des C.*, t. 126 (1969-I), p. 414). En la doctrina española resulta obligado referirse a las aportaciones de E. Pérez Vera (Vid. «El Derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario», *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1970, pp. 917 y ss.) y de J. A. Carrillo Salcedo, quien propugna una solución de equilibrio en base a las exigencias de la cooperación internacional (Cf. «Le renouveau du particularisme en droit international privé», *R. des C.*, t. 160 (1978-II), p. 225).

seguido lograr una uniformidad del Derecho, subsistiendo enfrentadas diversas familias jurídicas respecto de las cuales se proyecta en la actualidad el denominado «nivel de civilización». Las leyes, como es sabido, son un reflejo de las civilizaciones y el admitir en un Estado una ley extranjera viene a implicar no sólo su reconocimiento, sino el reconocimiento del nivel de civilización que dicha ley representa; en las relaciones entre Estados que poseen una civilización similar, la cuestión no se suscita, pero la situación cambia cuando el grado de civilización es muy diferente. El tema ofrece toda su agudeza en los países europeos de acogida de trabajadores procedentes del Continente africano y, singularmente, con una institución muy concreta: el matrimonio poligámico (48). Parece como si el secular enfrentamiento entre «Estados civilizados» y «Estados bárbaros», característico del *ius publicum* europeo, conservara aún toda su eficacia en el ámbito del D. I. Pr. Si, como expresara H. Batiffol, nuestro Ordenamiento debe ser un «Derecho de la tolerancia», el mejor conocimiento del Derecho extranjero en relación con la civilización en el que está inserto es una necesidad que se impone para el logro de una normal convivencia jurídica entre los pueblos (49).

Dicho enfrentamiento ha adquirido en los tiempos actuales una nueva dimensión. Se encuentra también presente, aunque con una formulación menos tajante, entre el nivel de civilización existente en los distintos Ordenamientos jurídicos de Europa occidental. Por más que nuestro país haya realizado en los últimos tiempos un extraordinario proceso de reformas sociales sobre bases democráticas y no tener nada que envidiar a cualquier otro país de su área en la dimensión de los derechos humanos, tal cambio aún dista mucho de ser reconocido, con la consiguiente repercusión en las relaciones del tráfico externo. A este respecto, se ha afirmado recientemente, desde

(48) P. Mercier, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972; C. Cardami, «La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (Etude juridique et historique)», *R. des C.*, t. 60 (1937-II), pp. 507-650; P. Gannage, «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», *R. des C.*, t. 164 (1979-III), pp. 347-423; M. Tavernier, *Le droit familial maghrébin (Algérie-Maroc-Tunisie) et son application en Belgique*, Bruselas, Lancier, 1981; J. Zamora, «El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *R.D.P.*, 1982, pp. 111-124.

(49) H. Batiffol, «Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public», *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, Milán, Vita e Pensiero, 1978, pp. 34 y ss. Estas ideas han sido desarrolladas en la doctrina española por J. Zamora, *loc. cit.*, p. 124.

la perspectiva francesa, que una emigración procedente de Bélgica, Italia o la R. F. de Alemania no suscita ningún problema en orden a un eventual conflicto de civilizaciones, pero que la situación es muy distinta cuando ésta proviene de países tales como Polonia, España, Yugoslavia o Portugal, por contar dichos Estados (*sic*) con una «culture partiellement différenciée» (50). Que esta posición se registre en el ámbito doctrinal puede, si no justificarse, al menos comprenderse en base a una determinada ideología que en modo alguno compartimos. Lo grave es que tenga reflejo en la jurisprudencia y que dé lugar a una discutible entrada de normas materiales imperativas. En efecto, durante los años sesenta se ha justificado desde el punto de vista técnico el empleo, en base a consideraciones de orden público, de este último tipo de normas con una vaga alusión a «intereses comunitarios», que, con frecuencia, solapaban una actitud de recelo hacia el nivel de civilización del Derecho extranjero reclamado. Sin entrar en consideraciones de justicia material, resulta ilustrativa la *Sent. Trib. de Distrito de Amsterdam de 17 de octubre de 1967*, acaso uno de los máximos exponentes de la tesis que apuntamos. A juicio del Tribunal,

«En principio, las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley nacional... No obstante, las disposiciones legales holandesas sobre pérdida de facultades derivadas de la patria potestad no admiten la aplicación en contrario de una ley extranjera. De hecho, estas disposiciones legales afectan no sólo a los intereses de los hijos, sino también a los intereses de la comunidad holandesa en general, que se hallan fuertemente implicados» (51).

Acaso sea este el momento de ceder a la fascinación de la novedad técnica que representó el razonamiento transcrito, en una época de euforia del denominado «pluralismo metodológico» y de indagar por la *ratio* del fallo. Que el supuesto no sea equiparable a otro suscitado ante los Tribunales franceses y que involucraba nacionales españoles, en función del evidente estado de abandono del menor (52) y a otros similares mucho más famosos (53), no es óbice para

(50) C. Labrusse, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1975-1977)*, París, C.N.R.S., 1979, p. 118.

(51) *N.T.I.R.*, 1971, pp. 99-100 y nota de J. P. Verneul.

(52) *Sent. Trib. Apelación de París de 28 de abril de 1967* («Viuda de Rodríguez»), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 446 y ss. y nota de J. Foyer.

(53) Nos referimos, naturalmente, al asunto que dio origen a la *Sent. del T.I.J. de 28 de noviembre de 1958 en el asunto relativo a la aplicación del Convenio de 1902 para regular la tutela de menores —caso Boll—* (Países Bajos c. Suecia), *C.I.J.*, *Recueil*, 1958, pp. 55 y ss. *Vid.* la bibliografía que figura en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Materiales...*, *cit.*, p. 275.

desconocer que en muchos de estos casos existía en evidente prejuicio nacionalista en función del nivel de civilización del Ordenamiento al que se reclamaba la norma de conflicto. Si la protección de la parte débil, y en el caso del emigrante este calificativo resulta del todo pertinente, es una expresión de la orientación social que debe caracterizar el D. I. Pr. de nuestros días; precedentes como los que hemos señalado no tienen ningún encaje y deben rechazarse.

2. *El desequilibrio en el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y extrajudiciales.*

La práctica judicial y extrajudicial en el ámbito del tráfico externo registra, asimismo, una fuerte incidencia del referido «conflicto de civilizaciones», llegando en ocasiones las autoridades a condicionar los mecanismos de la cooperación internacional, incluso aunque descansen en tratados suscritos por el país de acogida y el de origen del emigrante. El supuesto planteado por el *Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponferrada, de 28 de septiembre de 1985*, es un claro ejemplo de respeto a los mencionados mecanismos. Se trataba de un emigrante español que había contraído matrimonio en Suiza, del que nació un hijo; tras una serie de desavenencias conyugales, el juez suizo decretó el divorcio, otorgando la custodia del menor a la madre. Disconforme con el fallo, en el ejercicio del derecho de visita, el emigrante se trasladó con su hijo a España. No obstante, el mecanismo de la cooperación internacional funcionó. Con base en el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, de 20 de mayo de 1980, la autoridad española devolvió al niño a Suiza sin especiales exigencias para la madre (54). No existió por parte española ningún prejuicio nacionalista. Tampoco cabe apreciar una actitud de recelo en uno de los asuntos más polémicos de la jurisprudencia española en los últimos años: el caso «Bornes c. Fuentes Bobo», objeto, entre otras decisiones, de la *Sent. T. S. (Sala primera) de 8 de abril de 1975* (55). Un resumen de los hechos registra lo siguiente: una noruega y un español contrajeron matrimonio en Oslo, del que nació un hijo; posteriormente, la esposa interpuso demanda de separación ante los Tribunales noruegos, consiguiendo la custodia del niño y, como

(54) Vid. sobre el problema S. Álvarez González, «Secuestro internacional de menores y cooperación internacional: la posición española ante el problema», *Poder Judicial*, diciembre 1986, n.º 4, pp. 9-32.

(55) *Col. Leg. Jurisp. Civ.*, marzo-abril 1975, núm. 153.

quiera que su marido se había ausentado de Noruega con su hijo, intentó ejecutar la sentencia en España. Tal ejecución fue denegada, pero le fueron concedidas a la madre medidas provisionales tendentes a la custodia del hijo, si bien compartidas con los abuelos paternos; curiosamente, tres meses después tal concesión fue anulada por el Juzgado, por lo que la señora Bornes interpuso nueva demanda, esta vez en España, solicitando la nulidad de su matrimonio y, de nuevo, la patria potestad. Tras un accidentado proceso, el T. S. declaró la nulidad del matrimonio y, en aplicación del por entonces vigente artículo 70 del C. C., estimó que el hijo debía quedar al cuidado de la madre hasta que cumplierse los siete años. Una vez en poder del fallo, la señora Bornes se trasladó de nuevo a Noruega con su hijo, donde, al amparo de la sentencia del Tribunal noruego, quedó con la completa patria potestad, ignorando, lógicamente, la sentencia española cuando el niño superó los siete años.

Ejemplos como los referidos no son, sin embargo, la tónica habitual en los países de acogida cuando una de las partes implicadas es emigrante. Precisamente en el caso «Bornes», la sentencia noruega no tuvo en cuenta los argumentos del padre, que al parecer eran defendibles. La práctica es, a este respecto, abundante, mas acaso hable por todos el asunto «Suárez Nieto c. Bastier», abordado por la *Sent. Trib. de Grande Instance de Toulouse de 5 de junio de 1984*. Se trata también de un problema de guarda de menores, derivada de un divorcio entre una española y un francés. El Tribunal, con evidente desconfianza hacia la parte española, y desconociendo sus razones, concedió la guarda al padre, y a la madre un derecho de visita que incluía los períodos de vacaciones, con la prohibición expresa de trasladar a sus hijos fuera de Francia sin la autorización del padre. Tal prohibición fue impugnada por la madre ante la Juez de Asuntos Matrimoniales de la misma localidad, toda vez que al ser España y Francia partes del antes referido Convenio europeo, la devolución de los menores, en caso de negativa, quedaba garantizada. Sin embargo, la existencia del mecanismo convencional no fue considerada suficiente, exigiéndosele a la madre para levantar la prohibición la presentación del *exequatur* de la sentencia divorcio pronunciada por el Tribunal Supremo español. Este requisito, aparentemente aséptico, no lo era tanto en la práctica. Los trámites del *exequatur* en España duran, con mucha fortuna, más de un año y el resultado es incierto cuando existe por medio una decisión de divorcio. En definitiva, que el derecho concedido a la madre es una decisión del año 1984 y sólo se podrá poner en práctica tres o cuatro años más tarde, con el consiguiente desarraigo de los hijos respecto de aquélla. El

mecanismo de la cooperación no ha funcionado en este caso, pues en el fondo de las dos decisiones francesas ha estado presente la consideración de «civilización parcialmente diferenciada» que existe en nuestro país respecto de Francia.

Son, como puede observarse, nuevas manifestaciones del cambio en las bases sociales del D. I. Pr., a las que, con su formulación clásica y aparentemente neutra, éste no otorga soluciones de justicia material. Incluso la panacea de la «cooperación internacional» ha fracasado en virtud de la acción de los Tribunales internos. Si, como se ha dicho, nuestro Ordenamiento debe proteger a la parte débil, la práctica se muestra reacia a llevar este propósito a término. El previsible incremento de los movimientos migratorios en los próximos años obliga a variar esta actitud de jueces y legisladores y, en todo caso, exige reforzar los mecanismos de la cooperación internacional para dotarles de eficacia plena. Es un reto que se impone a los juristas de la inmediata generación y al que deben responder con soluciones flexibles para estos nuevos protagonistas del tráfico externo, que cuentan con un estatuto jurídico escindido entre varios países.

ESPAÑA EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS: ALGUNAS CUESTIONES JURIDICAS

Gregorio GARZON CLARIANA
*Catedrático de Derecho Internacional Público
y relaciones internacionales en
la Universidad Autónoma de Barcelona*

*Consejero jurídico principal en la
Comisión de las Comunidades europeas*

Introducción.

El ingreso de España en las Comunidades europeas ha dado satisfacción a un deseo vivamente sentido desde hace años por la sociedad española y ha tenido repercusiones considerables en la acción de los poderes públicos, que no se limitan a los ámbitos económico y social. Así, por ejemplo, la pertenencia de España a las Comunidades ha impreso una dirección determinada a la política exterior española, no sólo para cumplir los compromisos derivados de los Tratados originarios de las Comunidades, sino también en aras de la cooperación política y, en especial, de las orientaciones del Consejo Europeo (1).

En el plano jurídico, la adhesión de España a las Comunidades ha proyectado sus efectos sobre múltiples sectores de reglamentación, afectando tanto a su disciplina jurídica interna como a las relaciones convencionales entre España y otros Estados (2). Pero la nueva situación plantea, ante todo, dos grupos de cuestiones de orden general y de la mayor importancia: por una parte, las que plantean la posición del Derecho comunitario en España; por otra parte, aquellas que aparecen como resultado de la estructura compleja derivada de la constitución de Comunidades territoriales autónomas, nacidas al amparo de la Constitución de 1978.

(1) Se trata ciertamente de una interacción, pues la pertenencia de España a las Comunidades también contribuye a imprimir al Consejo Europeo una dirección determinada.

(2) Para una temprana aproximación global al impacto de la (entonces futura) adhesión de España sobre el Derecho español, cfr. Institut d'Etudes Européennes de l'Université Libre de Bruxelles: *L'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruxelles, ed. de l'Université, 1979.

El objetivo de estas páginas es proceder a una breve presentación de estas dos vastas áreas de problemas, que han sido ya objeto de un cierto número de estudios en la doctrina española (3).

I. La posición del Derecho comunitario en España.

Bajo esta rúbrica van a examinarse dos aspectos principales: la integración del Derecho comunitario en el orden jurídico español y la solución de las eventuales antinomias entre reglas del Derecho comunitario y reglas del Derecho español. Los dos pueden sorprender, habida cuenta de la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, afirmando la integración *ipso jure* del Derecho comunitario y su supremacía sobre las normas internas, comprendidas las de rango constitucional. Pero conviene recordar que esta jurisprudencia coexiste con ciertas prácticas de Estados miembros que presentan peculiaridades, en especial respecto de la protección de los derechos fundamentales de la persona, pero también, en algunos casos, en relación con la garantía jurisdiccional interna de la supremacía del Derecho comunitario. Es bajo este ángulo como hay que interrogarse sobre la situación en España.

A) Integración del Derecho comunitario en el orden jurídico español.

La Constitución en vigor no prevé de forma expresa la recepción automática del Derecho de las Comunidades europeas o de instituciones análogas. La única disposición que contempla la pertenencia a este género de Organizaciones es el artículo 93, cuyo texto sigue:

«Mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.»

(3) Por razones de economía, aquí sólo se hará referencia a los estudios más recientes, en los que puede encontrarse amplia información sobre el resto de la bibliografía española. Se trata, con todo, de una regla general que admite excepciones cuando sea estrictamente necesario citar trabajos más antiguos para el tratamiento de cuestiones particulares.

El silencio de la Constitución sobre el problema que nos ocupa ha sido considerado como una seria deficiencia por un sector de la doctrina (4). Sin embargo, los autores españoles consideran, en general, que la integración del Derecho comunitario se desprende del artículo 93, pues constituye una consecuencia necesaria de la cesión del ejercicio de competencias y, además, la garantía del cumplimiento del Derecho de las instituciones internacionales o supranacionales beneficiarias de la cesión no puede ser interpretada como la aplicación del procedimiento ordinario de preparación de Leyes o reglamentos internos (5). En otras palabras, la integración automática del Derecho comunitario en el Derecho español se considera implícitamente admitida por el artículo 93.

La doctrina española mantiene también que la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* no es una condición previa para la vigencia interna de las reglas del Derecho comunitario (6). En el orden lógico, esto supone aceptar que el artículo 93, en tanto que *lex specialis*, descarta la aplicación del régimen de la recepción de las reglas de los Tratados del artículo 96, que sí exige esta publicación con carácter general. Está claro, no obstante, que, aun admitiendo esta interpretación, el requisito de la publicación oficial en España continuará siendo exigible para los Convenios del llamado «Derecho complementario» del Derecho comunitario propiamente dicho, ya que estos Convenios ni operan una cesión de competencias ni son atribuibles a las Comunidades, sino a los Estados miembros (7).

B) Solución in foro domestico de las antinomias entre Derecho comunitario y Derecho español.

La experiencia jurídica en los Estados-miembros de las Comunidades revela algunas peculiaridades sobre este punto, sobre el fondo de la aceptación generalizada de la supremacía del Derecho comuni-

(4) Cfr. Tomás Ortiz de la Torre, J. A.: «El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», *Lecturas sobre la Constitución española*, T. II, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1978, págs. 163 sigs.; págs. 191-192.

(5) Cfr. Rodríguez Iglesias, G. C.: «Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, págs. 191 sigs.; págs. 214-215.

(6) Cfr., e. g., Mangas Martín, A.: *Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid, ed. Tecnos, 1986, pág. 123.

(7) Las reglas derivadas de los compromisos exteriores de las Comunidades son, desde luego, atribuibles a éstas; pero en la medida en que se publican en el *Diario Oficial* por medio de una decisión comunitaria, pueden considerarse equiparadas al Derecho derivado en cuanto a su exención del requisito de la publicación interna.

tario (8). Estas peculiaridades pueden comprenderse mejor si se las conecta con sus respectivas premisas teóricas. En efecto, la supremacía del Derecho comunitario puede entenderse como (a) una consecuencia necesaria de los objetivos y de las características del propio Derecho de las Comunidades; o (b) como un efecto de las disposiciones internas que contemplan genéricamente la pertenencia a las Comunidades.

En el caso de que la jurisprudencia de un Estado adopte el punto de vista de la supremacía inherente del Derecho comunitario (o del Derecho internacional en general) es difícil que surjan inconvenientes prácticos. Pero la situación será diferente en los Estados en que se percibe la supremacía del Derecho de las Comunidades como un efecto de su propia Constitución (9). En estos Estados, las contradicciones entre reglas del Derecho comunitario y reglas de la propia Constitución pueden ser resueltas acordando la supremacía a estas últimas, en particular si éstas versan sobre aspectos sensibles como la protección de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la propia Constitución (10). Es el problema al que han tenido que enfrentarse los Tribunales Constitucionales de Italia y de la República Federal de Alemania. Puede aparecer también en España, habida cuenta de la presencia de un Tribunal Constitucional encargado, entre otras funciones, de tutelar los derechos humanos y las libertades públicas.

Además, la idea de que la supremacía del Derecho comunitario sobre las normas internas deriva de la propia Constitución permite dos análisis diferentes por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, lo que amenaza en los hechos esta supremacía. La superioridad del Derecho de las Comunidades puede verse como una consecuencia del orden normativo establecido en la Constitución, y entonces las eventuales antinomias serán resueltas por los Tribunales ordinarios; pero las eventuales contradicciones entre reglas internas y reglas comunitarias pueden reputarse también cuestiones de inconstitucionalidad indirecta, en cuanto la regla interna entra en conflicto con la disposición constitucional que establece la supremacía de la regla comunitaria, y en tal caso la jurisdicción competente y el procedimiento aplicable serán los propios del control de constitucionalidad de las reglas jurídicas.

(8) Cfr., e. g., Muñoz Machado, S.: *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*, Madrid, ed. Civitas, 1986, págs. 247 sigs.

(9) Cfr., e. g., Isaac, G.: *Manual de Derecho comunitario general*, traducción de J. Bignozzi y J. Marfá, Barcelona, ed. Ariel, 1985, págs. 198 sigs.

(10) Cfr., e. g., Muñoz Machado, *op. cit. supra* en la nota 8.

El principal problema que plantea la alternativa anterior es la posibilidad de calificaciones divergentes por parte de los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado (11). De este modo, puede llegarse a una situación en que estas antinomias sean consideradas como simples cuestiones de legalidad por el órgano encargado del control de constitucionalidad, y como cuestiones de constitucionalidad por los Tribunales civiles o por la jurisdicción contencioso-administrativa. Se llega entonces a un auténtico conflicto de competencias, que impide que la supremacía del Derecho comunitario sea garantizada por los Tribunales internos, cuando menos en ciertas categorías de asuntos. Este resultado dista de ser una hipótesis académica, como lo muestra la práctica seguida en Francia por el Consejo de Estado y por el Consejo Constitucional (12).

No parece probable que este género de dificultades aparezca en España, donde la superioridad de los Tratados sobre las Leyes ha sido afirmada por la jurisprudencia en una época en que el país estaba desprovisto de una Constitución propiamente dicha. Pero tampoco puede ignorarse que, en los tiempos de la Segunda República, se vio a veces en el Tribunal de Garantías Constitucionales el mejor instrumento para asegurar esa superioridad (13), o que existen hoy sectores de la doctrina que analizan las antinomias entre Tratados y Leyes como problemas de competencia y no de jerarquía normativa, lo que apunta implícitamente a su tratamiento procesal como cuestiones de constitucionalidad (14). Hay que esperar pues que la habitual prudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo permitan orillar estos obstáculos a la correcta aplicación del Derecho comunitario europeo.

II. Aplicación del Derecho comunitario y estructura compleja del Estado.

Al amparo de la Constitución de 1978 se han formado en España una pluralidad de entes públicos territoriales dotados de autonomía —las denominadas «Comunidades autónomas»—, cuyos poderes

(11) Hay también otros problemas, como la mayor duración de los procesos ante la jurisdicción ordinaria, cuando ésta sea competente, en el caso de que se susciten cuestiones de constitucionalidad.

(12) Vid. la clara exposición de la práctica francesa de Isaac, *ubi supra*, nota 9.

(13) Cfr. Roig i Bergada, J.: «Justicia constitucional. Tribunal de garantías», *Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya: Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Barcelona, 1933, págs. 9 sigs.; págs. 15-16.

(14) Sobre estas posiciones y sus implicaciones, cfr. Rodríguez Iglesias, *op. cit.*, pág. 216.

llegan hasta la competencia exclusiva para legislar sobre determinadas materias. Esta estructura compleja del Estado plantea una amplia serie de cuestiones desde el punto de vista de la ejecución del Derecho comunitario, sobre todo en las hipótesis en que la regla comunitaria no es *self executing*, antes bien necesita de una concreción o desarrollo normativos por parte de los Estados miembros. En general, pueden aquí distinguirse dos tipos de cuestiones, que hacen referencia, respectivamente, a la determinación de las competencias para la ejecución del Derecho comunitario europeo (15) y a la garantía del cumplimiento de las reglas comunitarias por las instituciones centrales del Estado, en los supuestos en que su ejecución corresponda a las Comunidades autónomas.

A) Ejecución del Derecho comunitario y distribución interna de competencias.

La ejecución del Derecho de las Comunidades europeas por Estados miembros de Federaciones o por regiones autónomas no es, desde luego, un fenómeno desconocido en Europa, como lo testimonian los casos de Bélgica, Italia y la República Federal de Alemania (16). No es, pues, sorprendente que la doctrina española haya afirmado con claridad la competencia de las Comunidades autónomas para aplicar el Derecho comunitario y que la posición ultracentralista permanezca aislada (17). Se ha señalado, además, que la reserva de las medidas de ejecución produciría un despojo de las competencias de las Comunidades autónomas contrario a los principios de la Constitución (18).

(15) El término «ejecución», cuando viene referido a la aplicación interna de reglas de origen internacional, tiene en el Derecho español un sentido amplio, que engloba las medidas legislativas, como se desprende claramente, por ejemplo, de los artículos 21.2 y 22.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

(16) Cfr., e. g., el volumen colectivo *La aplicación del Derecho de la Comunidad Europea por los organismos subestatales*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 1986.

(17) La posición que niega a las Comunidades autónomas hasta la competencia de adoptar medidas de simple aplicación administrativa del Derecho comunitario europeo ha sido mantenida por De Miguel Zaragoza, J.: «Las competencias «internacionales» de las Comunidades autónomas», en Asociación Española para el estudio del Derecho europeo: *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades autónomas*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1985, págs. 361 sigs.

(18) Cfr., e. g., Rodríguez Iglesias, *op. cit.*, pág. 233.

Pero si esta cuestión parece pacífica, no ocurre lo mismo cuando se trata de precisar con exactitud la extensión de las competencias de ejecución que corresponden, respectivamente, a las instituciones centrales del Estado y a las Comunidades autónomas. Cuando se llega a este estadio, se encuentran dos factores de complicación: primero, el alcance muy desigual de las competencias de las diversas Comunidades autónomas; segundo, el tenor muy heterogéneo de las cláusulas que contemplan, para cada una de las Comunidades, la ejecución de las reglas de origen internacional.

Desde el punto de vista del sistema general de distribución de competencias, puede ser útil recordar que en España no se ha adoptado el modelo del Estado federal, sino del que, en el período de entreguerras, se denominaba el *Estado integral*, que implica que los ámbitos competenciales de los entes públicos territoriales no son homogéneos, sino que se establecen caso por caso y, por decirlo así, «a medida» de cada uno de estos entes. Esto se traduce, en el caso español, en diferencias considerables de una Comunidad autónoma a otra en lo que concierne a la competencia *ratione materiae*, y sobre todo a la intensidad de los poderes sobre una misma materia. De este modo, el hecho de que la Comunidad autónoma A tenga plenos poderes legislativos sobre la materia X no implica que la Comunidad vecina disponga de poderes idénticos: puede suceder que tenga una competencia normativa limitada, que sólo disponga de competencia para aplicar las Leyes y reglamentos emanados de las instituciones centrales del Estado o, finalmente, que carezca en absoluto de competencias sobre la materia.

Las competencias de las Comunidades autónomas vienen fijadas en cada caso por el Estatuto de autonomía de la Comunidad; y de acuerdo con la Constitución, las competencias no asumidas por medio del Estatuto corresponden a las instituciones centrales. Con este marco, es evidente que la distribución de competencias en orden a la ejecución del Derecho comunitario europeo es diferente de una Comunidad autónoma a otra, lo que explica en parte la aparición de estudios consagrados a la ejecución en Comunidades autónomas concretas (19).

Pero hay todavía un segundo nivel de problemas, originados por la heterogeneidad de las disposiciones de los Estatutos relativas a la

(19) Cfr., e. g., recientemente, Saiz Fernández, R.: «Efectos jurídicos en la Comunidad Autónoma vasca de la adhesión a la Comunidad Económica Europea», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 26, 1985, páginas 13 sigs.

competencia de aplicación de las reglas de origen internacional (20). Por referencia al Derecho comunitario europeo, hay que saber que los Estatutos de autonomía no prevén *expressis verbis* la ejecución autonómica del Derecho comunitario, y que como regla general no contemplan tampoco la aplicación de las resoluciones de las Organizaciones internacionales o supranacionales. En vano, pues, se buscará en ellos una solución explícita del problema de las competencias para ejecutar el Derecho comunitario derivado, y sobre todo para desarrollar y concretar las directivas de las Comunidades.

En vista de este dato, se comprende fácilmente que haya un debate en la doctrina española sobre la extensión de las competencias de las Comunidades autónomas para aplicar el Derecho comunitario en sustitución de las instituciones centrales del Estado. En particular, se asiste a la contraposición de dos tesis: la que mantiene que deben aplicarse por analogía las disposiciones de los Estatutos referentes a la ejecución de los Tratados internacionales (21) y la que rechaza esta analogía, interpretando que hay un silencio en los Estatutos y conectando la competencia para ejecutar a la competencia por razón de la materia (22). No es posible examinar aquí los argumentos que se han presentado en apoyo de cada una de estas tesis. Baste con señalar que en la práctica conducirían a resultados bastante diferentes, y que la cuestión no ha sido todavía iluminada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

B) *Garantía del cumplimiento del Derecho comunitario por las instituciones centrales del Estado.*

El artículo 93 *in fine* de la Constitución española establece, como se recordará, que las Cortes Generales y el Gobierno central garantizarán el cumplimiento del Derecho comunitario. Pero esta no es la única base de la garantía ni, por otra parte, obliga a diseñar mecanismos de garantía específicos en el momento de la adhesión, como lo confirma el silencio a este respecto de la Ley Orgánica que autorizó la celebración de los Tratados que la hicieron posible (23).

(20) Para una excelente presentación de las disposiciones de los Estatutos de autonomía relativas a la ejecución de reglas internacionales, cfr. Mangas Martín: *op. cit.*, págs. 238 sigs.

(21) Cfr. Mangas Martín, *ibidem*.

(22) Cfr. Rodríguez Iglesias, *ubi supra*, nota 18.

(23) Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto (B. O. E. de 8 de agosto).

En los casos de ejecución del Derecho comunitario europeo por las Comunidades autónomas, la garantía central puede instrumentarse con medidas de control y con la ejecución subsidiaria por las instituciones centrales. En cuanto al control, la Ley Orgánica del Consejo de Estado impone el dictamen de este organismo en diversas hipótesis relativas a la ejecución interna de reglas de origen internacional (24). Pero el Consejo de Estado de España tiene un carácter consultivo y no es un órgano jurisdiccional. La garantía jurisdiccional interna corresponderá sea al Tribunal Constitucional, sea a la jurisdicción ordinaria, según se entienda que la contradicción entre la medida autonómica y la regla comunitaria plantea una cuestión de constitucionalidad o bien de legalidad.

La ejecución subsidiaria por las autoridades centrales del Estado no está reglamentada en España, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en Italia. El artículo 149 de la Constitución, al establecer que el Derecho general del Estado será supletorio en las materias de competencia exclusiva de las Comunidades autónomas, sólo permite cumplir imperfectamente esta función, y además con inconvenientes graves. Esto no es sorprendente, pues esta disposición, heredada de la Constitución republicana de 1931, fue diseñada en su tiempo para otros propósitos (25).

Además de la garantía del Derecho comunitario propiamente dicha, existe la posibilidad de una intervención central con ocasión de la aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades autónomas, fundada en las disposiciones que prevén de una manera genérica las injerencias del centro, por ejemplo, en aras del interés general de España o para salvaguardar la Constitución y las Leyes.

La intervención central puede consistir en la aplicación forzosa de Derecho emanado de las instituciones centrales del Estado. Es el caso ya citado de la aplicación supletoria del Derecho general; pero también cabe referirse aquí a las leyes de armonización que pueden dictar eventualmente las Cortes, según el artículo 150 de la Constitución. Pero también es posible la intervención *ad hoc* del Gobierno central, que puede suspender la aplicación de normas de las Comunidades autónomas impugnándolas ante el Tribunal Constitucional por medio del artículo 161 de la Constitución, y también intervenir

(24) Artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

(25) Sobre la supletoriedad del Derecho emanado de las instituciones centrales del Estado, véase especialmente Salvador Coderch, P.: «Constitución española, compilación catalana y Derecho supletorio», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, páginas 745 sigs.

coactivamente en la Comunidad autónoma, previa autorización del Senado, en los términos del artículo 155 (26).

Pero si las instituciones centrales del Estado disponen de una panoplia impresionante de mecanismos de interferencia en los ámbitos competenciales de las Comunidades autónomas, no es menos cierto que, en general, tales mecanismos se revelan mal adaptados para asegurar la plena eficacia del Derecho comunitario europeo en estas Comunidades. En muchos casos, su aplicación puede resultar disfuncional, excesiva o políticamente inoportuna, o puede alterar incluso el sentido originario y la economía interna de la disposición constitucional aplicada.

III. Consideraciones finales.

La importancia práctica de las cuestiones que se han presentado sumariamente en estas páginas es desigual. La integración del Derecho comunitario difícilmente puede producir dificultades prácticas; incluso si se considerara que todos los Tratados comunitarios quedasen sometidos al régimen general de la recepción interna de los Tratados, esto no introduciría una diferencia sustancial en España, donde rige la adaptación automática a las reglas de los Tratados y se ha impuesto una práctica administrativa de publicación oficial completa y puntual de sus textos. La garantía de la supremacía del Derecho comunitario puede encontrar, en cambio, algunas dificultades, en especial cuando entre en juego el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. El Tribunal Constitucional puede verse entonces en un dilema, pues si es cierto que podrá siempre argumentar la necesidad incondicional de asegurar la observancia del Derecho comunitario, en base a la aplicación uniforme de éste y a consideraciones de seguridad jurídica, también es seguro que puede resultar duro sacrificar por esta vía jurisprudencial derechos y libertades de los que tanto tiempo se ha visto privada la población española. Y en este sentido no puede olvidarse que los derechos humanos salvaguardados por el Tribunal de Justicia de las Comuni-

(26) Sobre la garantía central del cumplimiento del Derecho comunitario europeo y las técnicas de interposición del centro en las hipótesis de ejecución autonómica, cfr. Garzón Clariana, G.: «La ejecución del Derecho comunitario europeo en España y las competencias de las Comunidades autónomas», en *La aplicación del Derecho de la Comunidad europea...* cit., págs. 193 sigs.; especialmente 225 a 249.

dades Europeas no tiene por qué coincidir exactamente con los que reconoce la Constitución española (27).

Pero las cuestiones que revisten mayor complejidad son las referentes a la ejecución del Derecho comunitario europeo por las Comunidades autónomas. Por esta razón, se ha buscado en los últimos tiempos un entendimiento político entre éstas y el Gobierno central, tendente a asegurar la aplicación ordenada del Derecho comunitario en todo el territorio del Estado. Ciertamente, esta vía de solución puede ser útil en ciertos aspectos, a condición de que respete las competencias respectivamente atribuidas a las instituciones centrales y a las Comunidades autónomas, pues de otro modo se desdoblaron en caso de conflicto ante el Tribunal Constitucional. Puede pensarse en fórmulas de comunicación recíproca sobre el Derecho comunitario y las medidas de aplicación que podrían resultar sumamente útiles, y también en servicios de asistencia técnica a las Comunidades autónomas que los necesiten.

Sin embargo, difícilmente puede esperarse de un compromiso político que simplifique el complejo panorama de la distribución de competencias para la ejecución del Derecho comunitario y la inadaptación parcial de los instrumentos con que cuentan las instituciones centrales para garantizar su cumplimiento. Para esto, es preciso que la voluntad política cristalice en disposiciones de orden jurídico, aprovechando los resortes que brinda la propia Constitución (28). No es quizá un camino fácil; pero es la única vía posible y hay razones para creer que el impulso europeísta vencerá la resistencia que oponen ciertas actitudes exageradamente centralistas o autonomistas.

(27) Un factor adicional a considerar es que la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales extranjeros tiene importancia para el Tribunal español.

(28) Cfr. Garzón Clariana, *op. cit.*, *passim*.

DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A VIVIR

Héctor GROS ESPIELL
Miembro del IHLADI

I

1. Derecho a la vida y derecho a vivir no son dos expresiones, o mejor dicho no deben ser dos expresiones, con un sentido precisamente distinto y con un contenido jurídico necesariamente diferente. Por el contrario, constituyen dos fórmulas que expresan conceptos preceptivamente análogos que, en el grado actual de desarrollo jurídico y político de la Humanidad, deben considerarse como relativamente equivalentes, interdependientes y condicionantes. Es más, hoy el derecho a la vida, en su acepción integral, es la manifestación del derecho a vivir, y el derecho a vivir existe y se realiza como consecuencia del reconocimiento y el respeto del derecho a la vida.

Para comprender y valorar esta afirmación es preciso considerar que aunque en términos generales y abstractos puede estimarse que esto ha sido siempre así, ya que todo estudio de la cuestión que parta de su análisis conceptual debe llevar a esta conclusión, en términos jurídicos ello no se ha planteado en forma igual. Por el contrario, se ha ido evolucionando para pasar conceptualmente de una acepción restringida del derecho a la vida, como sinónimo de la afirmación de su inviolabilidad, a una idea amplia y global, que le da el derecho a la vida el carácter de presupuesto jurídico de todos los demás derechos humanos, pero que también le atribuye, como contenido necesario, el de integrarse con todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza, requeridos para que el ser humano que vive pueda tener acceso a todos los bienes y servicios requeridos para que su existencia se desarrolle material, moral, espiritual y psíquicamente de manera acorde con la eminente dignidad del hombre. Cuando se ha llegado a comprender y a reconocer este concepto, amplio e integral, del derecho a la vida, como es la situación en que hoy puede encontrarse el pensamiento jurídico —y en que mañana sin duda estará—, se arriba a un estadio en que, *lato sensu*, derecho a la vida y derecho a vivir pueden llegarse a considerar jurídicamente como sinónimos.

El derecho a vivir, expresión genérica y comprensiva para referirse a ese derecho síntesis, cuya existencia y reconocimiento debe considerarse implícito en todo ordenamiento jurídico actual, democrático y social, es, en cierta forma, el derecho al libre y pleno desenvolvimiento de la personalidad, al que aluden algunas constituciones de nuestros días, el derecho al desarrollo en cuanto derecho de la persona humana (1).

Señalar esta asimilación de ambas expresiones no significa desconocer que, *stricto sensu*, el derecho a la vida tiene, en su acepción generalmente usada, un sentido preciso y concreto como equivalente en términos jurídicos del derecho a la inviolabilidad de la vida. Pero este sentido no agota el contenido, particularmente necesario hoy, del derecho a la vida, que se enriquece y se nutre incluyendo en él todos los elementos necesarios para que la vida que debe proteger y garantizar el Derecho sea la manifestación integral del derecho de todo ser humano a existir digna y plenamente (2). Con razón se ha dicho que «el derecho a la vida no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vida humano» (3).

2. Ni el derecho a la vida ni el derecho a vivir pueden implicar, obviamente, el derecho a no morir. La vida individual es un proceso que se inicia, se cumple y se extingue en un marco temporal ineludible. La vida de cada individuo está necesariamente limitada en el tiempo y termina siempre con la muerte. Por ello, el reconocimiento del derecho a la vida y la afirmación del derecho a vivir sólo pueden significar la protección por el Derecho de la inviolabilidad de la vida humana ante todo atentado o ataque dirigido voluntariamente a

(1) En mi estudio "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana", he dicho al respecto: "El derecho al desarrollo como derecho humano es la síntesis de todos los derechos del hombre. Si los derechos del individuo no son respetados, y si la convivencia de los individuos no transcurre en el orden y en la seguridad fundados en la libertad y en la justicia, el desarrollo es imposible y el derecho que todo hombre tiene al respecto no puede considerarse verdaderamente existente. Todos los derechos del hombre son interdependientes y cada uno condiciona a los restantes. Esta verdad encuentra en el caso del derecho humano al desarrollo una nueva y definitiva demostración".

(2) Gonzalo Rodríguez Mourullo, Artículo 15, Derecho a la vida, El Derecho a la Vida como Derecho a un mínimo económico para la subsistencia físico-biológica, en *Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, tomo II, p. 313.

(3) M. Martínez Marín, "El derecho a la vida en la Constitución Española de 1978", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N. 2, 1979, p. 14.

ponerle fin de manera ilícita (4) y a la acción del poder público para que esa vida pueda desarrollarse natural y dignamente, brindándosele a la persona, a ese efecto, todos los elementos y medios requeridos, y que sean racionalmente posibles, para que ese objetivo o fin pueda lograrse.

3. Sin entrar a la consideración de muchas de las cuestiones que plantea el problema del inicio de la vida, lo que apareja el tema del momento en que comienza la protección jurídica de la existencia del ser, ni el asunto de la disponibilidad por la persona de su vida, ni lo referente al derecho a morir dignamente y a rechazar formas inhumanas de prolongación momentánea de la vida (cuestiones todas que, junto con otras conexas (5), son hoy motivo de apasionadas reflexiones científicas, técnicas, éticas y jurídicas), nos limitaremos a estudiar algunos aspectos del proceso que ha llevado del reconocimiento inicial del derecho a la vida *stricto sensu* al enriquecimiento jurídico del contenido de este derecho, nutrido por todo lo que resulta de la convicción de la necesidad de que se garantice la inviolabilidad de la vida, pero también a que esa vida sea vivida plena y dignamente. Es decir, el derecho a vivir.

4. Pero antes es preciso recordar que los derechos humanos, en cuanto tales, son derechos de las personas, es decir, de todos y de cada uno de los seres humanos en cuanto tales, sin discriminación de

(4) "De este derecho a la vida constitucionalmente consagrado derivan para el Estado dos clases de deberes: el deber de respetar las vidas humanas (*actungslicht*) y el deber de proteger las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares". (Maunz-Durig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, 1970, p. 81).

(5) El Grupo de Trabajo designado por las Naciones Unidas para estudiar la cuestión de "El Balance que debe existir entre el progreso científico y tecnológico y el avance intelectual, espiritual, cultural y moral de la Humanidad", que tuvo el honor de integrar junto con los profesores René Maheu, Kazukito Astumi, Bentley Grars, Peter Kapitsa y Thomas A. Lambó, expresó en su comentario del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Chapter three has dealt with the following aspects of the right to life and the right to security of person: the question of the risk run by living donors in transplant operations, in the right of the likely benefit of each operation; the right to life as applied to donors in transplant operation which a donor cannot survive, viewed in the right of suggested new medical definition of death; a child right to life, as apposed to the burden borne by a child subject to genetec defect, viewed in the light of the development of genetec diagnosis and counselling; measures necessary to safeguard the health, safety and life of patients who are exposed to electrical, electronic, mechanical and other technical devices during diagnostic or therapeutic procedures; and the very delicate question of whether there is a point beyond which intensive methods to keep incurably ill or very elderly patients alive should no longer be applied" (*Human Rights and Scientific and Technological Developments*, United Nations, New York, 1982, p. 79).

especie alguna. Es la persona, concepto vital, pero también necesariamente jurídico, el titular del derecho a la vida y del derecho a vivir. Desde el momento en que hay «persona», sin perjuicio de que el Derecho puede y debe proteger determinados bienes jurídicos desde antes, hay derecho a la vida y derecho a vivir, y cuando deja de existir la persona se extingue correlativa automática y necesariamente, el derecho a la protección de esa vida y del derecho a vivir de que esa persona era titular ante el pertinente orden jurídico.

La persona titular del derecho a la vida y del derecho a vivir es el ser humano. No lo es el ciudadano o el nacional, con exclusión del extranjero o el apátrida, no lo es el hombre —en una acepción restringida, como sinónimo de ser humano de sexo masculino, que no es la acepción primera del vocablo, que «comprende a todo el género humano» como dice el Diccionario de la Real Academia Española—, con exclusión de la mujer. Es el ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, su sexo, su raza, su idioma, su religión, su domicilio, su residencia, su situación económica o social o su ideología.

5. Si, como consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida, el que atenta contra la inviolabilidad de la vida humana comete un acto ilícito, penalmente punible, y el Estado puede llegar a autolimitarse, prohibiendo la pena de muerte, la verdad es que este derecho a la vida, para ser realmente tal, con real generalidad, debería estar protegido también en caso en que la supresión de la vida fuera la consecuencia de una actividad bélica. Pero la relatividad y la limitación de su reconocimiento se pone trágicamente de manifiesto por esta tradicional, histórica y aún hoy insuperable falta de protección del derecho a la vida en estos casos. Así, por ejemplo, en el Derecho Internacional, la supresión de la vida humana como consecuencia de la guerra y de los conflictos bélicos en general es un extremo admitido y respecto del que la regulación normativa es excepcional y existe sólo frente a algunas situaciones laterales de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario (arts. 12 y 50 del Convenio núm. 1 de Ginebra de 1949; arts. 12 y 50 del Convenio núm. 2; arts. 13 y 21 del Convenio núm. 3; arts. 8 y 75 del Convenio núm. 4; arts. 37 y 85 del Protocolo núm. 1 de 1977; art. 4 del Protocolo núm. 2 de 1977). Pero parecería que en el Derecho Internacional de hoy la proscripción del uso de la fuerza y la limitación de su licitud a unos casos precisamente determinados por el Derecho da base para avanzar en el sentido de que, fuera del marco que resulta de estas situaciones, todo atentado a la vida que sea consecuencia de una actividad bélica ilícita podría llegar a constituir una forma de homicidio.

Pero esto es todavía hoy una anticipación meramente posible y no ciertamente probable.

Muy lejano parece estar el momento en que la inviolabilidad de la vida y el reconocimiento del derecho a la vida, afirmados por el Derecho Interno, en los márgenes relativos antes señalados —en base a las disposiciones constitucionales y a los principios a que en seguida nos referiremos—, se proyecte plenamente al Derecho Internacional, yendo más allá de las escasísimas previsiones normativas hoy existentes.

II

6. En el Derecho Constitucional comparado puede hacerse un estudio descriptivo del que resulta que, en general, se ha hecho referencia expresa sólo al derecho a la vida, *stricto sensu*, como sinónimo del derecho a que el Estado proteja y garantice la inviolabilidad de la vida humana, tanto frente a los atentados que contra este bien jurídico fundamental pueden resultar como consecuencia de los ataques ilícitos de otra u otras personas, cualquiera que sea su situación jurídica y actúe como particular o como agente público, lo que trae como uno de sus resultados la tipificación y sanción del delito de homicidio (6), como la proscripción, en ciertos sistemas constitucionales o legales, de la pena de muerte, es decir, de la supresión de la vida humana por obra del Estado, en cumplimiento de una sanción penal.

7. No nos interesa ahora hacer una reseña más o menos completa de cómo el Derecho Constitucional ha encarado el reconocimiento del derecho a la vida. Aunque podrían citarse muchos ejemplos constitucionales, la verdad es que este reconocimiento, en general, sólo se efectúa, en términos claros y expresos, en algunos textos, a partir de fines del siglo XVIII. E incluso en el Derecho Constitucional latinoamericano, contienen, naturalmente de manera implícita, el reconocimiento del derecho a la vida, pero no a la referencia concreta y específica. En cambio, hay una mención textual a este dere-

(6) Al precisar que se trata de ataques ilícitos a la vida humana, se excluyen naturalmente, entre otros muchos, aquellos en que se pone fin a una vida como consecuencia de un acto de legítima defensa, o de otras situaciones previstas por la ley penal, en que no se tipifica el delito de homicidio. En los casos de delito en que la ley exonera de la aplicación de una pena, no se elimina la ilicitud del acto. Del mismo modo en los Estados en que existe la pena de muerte, el acto cometido por el verdugo, aunque trae como consecuencia la supresión de una vida humana, no puede constituir una conducta delictiva.

cho en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 (7). La Constitución uruguaya de 1830 no prohibió la pena de muerte, la que sólo se proscribió constitucionalmente en 1918 (art. 163), aunque ya la ley lo había hecho en 1909. La Constitución actual (1967) mantiene estos dos preceptos (arts. 7 y 26).

El artículo 7 de la Constitución del Uruguay dispone: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieran por razones de interés general». Esta norma constitucional, al declarar y garantizar el derecho de todas las personas a ser «protegidas» «en el goce de su vida», emplea una terminología que, pese a que se remonta a 1830 (8), es de increíble modernidad, porque no sólo incluye de manera expresa el reconocimiento del derecho estricto a la vida, sino también del derecho a vivir en su sentido más amplio y comprensivo, que antes hemos expuesto. Es posible así entender que este derecho a la protección en el goce de su vida se integra con todos los derechos que la Constitución enumera normativamente en un amplio desarrollo que incluye los clásicos derechos de la libertad y toda la gama de los derechos económicos, sociales y culturales (arts. 7-39, 40-71), enumeración que, además, no es cerrada ni conclusiva, porque permanece abierta y viva, en cuanto al artículo 72 expresa: «La enumeración de derechos, deberes y ga-

(7) Este magnífico texto, de insuperable fuerza revolucionaria y política, dice en lo pertinente: «Mantenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que su Creador les atribuye determinados derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la busca de la felicidad; que para defender estos derechos los hombres establecen sus Gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando cualquier forma de Gobierno tienda a destruir estos fines, el pueblo tiene derecho de alterarla o abolirla y establecer un nuevo Gobierno, basado en dichos principios y organizar sus poderes de la forma que le parezca más adecuada para lograr su seguridad y felicidad».

(8) En realidad la expresión tiene un origen anterior e integra una tradición del Derecho Constitucional de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El Decreto de Seguridad Individual, fechado en Buenos Aires el 23 de Noviembre de 1811, dice así en la parte pertinente: «Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades». La Constitución de las Provincias Unidas en Sud América de 1819, se refiere también al deber de proteger a los «miembros del Estado» «en el goce de los derechos de su vida...» (art. CIX), e igual fórmula emplea la Constitución de la República Argentina de 1826 (art. 159). El derecho a la vida está declarado en el Estatuto Provisional de 1815 (art. I) y en el Reglamento Provisionario de 1817 (art. I). Esta tradición que se recogió después en el Derecho Constitucional del Uruguay, a partir de 1830, no pasó, en cambio, a las Constituciones argentinas de 1853, 1860 y 1949.

rantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

9. La Constitución española de 1978 dispone en su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempo de guerra.»

Es de señalar que las Constituciones españolas de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1931 no contenían ninguna referencia expresa al derecho a la vida. En cambio, el proyecto de Constitución federal de la República española de 1873 comenzaba su Título Preliminar de la siguiente forma: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni hay ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: 1.º El derecho a la vida y a la seguridad, y a la dignidad de la vida.» Este olvidado texto es el que en el Derecho Constitucional moderno, al referirse al derecho a la dignidad de la vida, incluye, quizá por vez primera, el concepto actual del derecho a vivir. Merece, pues, elogiosa recordación este artículo del proyecto de Constitución Republicana Española de 1873, que va más allá que la Constitución Republicana de 1931 —que no se refería al derecho a la vida— y que la Constitución actual que se mantiene en el marco tradicional del reconocimiento expreso del derecho a la vida y no del más amplio e integral del derecho a vivir con plenitud y dignidad.

10. La Constitución de Portugal (1976), bajo el título de «Derecho a la vida», establece: «La vida humana es inviolable», «En ningún caso existirá pena de muerte».

11. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 dice en su artículo 2.2: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser limitados en virtud de una ley».

Otras Constituciones no invocan expresamente el derecho a la vida, pero sí, en cambio, se refieren a la cuestión de la pena de muerte. Es el caso de Italia, que en el artículo 27.4 de la Constitución de 1949 dice: «No se admite la pena de muerte más que en los casos previstos por las leyes militares en guerra».

12. Estas tres constituciones nacidas después de la última guerra, dos de éstas en los últimos años, se refieren al derecho a la vida en sentido estricto, pero por las razones que ya hemos expuesto suponen e implican necesariamente, por la temática que desarrollan

y por el amplio reconocimiento de todos los demás derechos que resultan jurídicamente de la existencia de la vida, el reconocimiento del derecho a vivir.

Muchos otros ejemplos podrían decirse. Pero no es necesario para tener una idea de cómo el Derecho Constitucional, en sus diversas variantes, encara la cuestión.

13. Ya en la regulación normativa del derecho a la vida, en su formulación tradicional, e incluso antes del reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, puede decirse que estaba implícitamente reconocido el derecho a vivir, porque el derecho a la vida no es únicamente el reconocimiento del derecho a que no se suprima o elimine esa vida, sino también a que esa vida sea material y espiritualmente posible, sea una expresión de la dignidad humana y a que, mientras la persona viva, se le reconozcan todos los derechos de que es titular.

Por lo demás hay que señalar, reiterando algo que ya hemos dicho, que incluso en los textos constitucionales en los que no se dice nada de manera expresa sobre el derecho a la vida, pero en los que existe una Declaración de derechos, este derecho está necesariamente referido, porque todos los derechos suponen la existencia de una persona, es decir, de un ser humano vivo, como titular de ellos.

Así mismo, y aunque la expresión derecho a vivir no está utilizada generalmente en las Constituciones, es evidente que el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial a partir del proceso constitucional posterior a 1917, significó atribuir a la persona un conjunto de derechos dirigidos al objetivo de asegurar que la vida no sea únicamente una manifestación biológica del ser durante un período de tiempo, sino también, y necesariamente, el goce de bienes económicos, de prestaciones sociales, de servicios culturales y el pleno ejercicio de todos los demás derechos humanos, de manera que esa persona pueda vivir, dentro de los términos relativos que se dan necesariamente en toda existencia humana que se cumpla históricamente en un marco social de forma digna e integral.

III

14. Si a esta conclusión se puede llegar considerando el problema en el Derecho Constitucional, al mismo resultado se puede arribar estudiando los textos internacionales relativos a la promoción y protección de los derechos humanos.

El antecedente quizá más antiguo de reconocimiento del "igual derecho a la vida" de "todos los individuos" (art. 6) es la Declaración aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de New York (1929).

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el "derecho a la vida" (art. 3), que el artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza en los siguientes términos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Los párrafos 2, 4, 5 y 6 se refieren a la posibilidad de la pena de muerte, que se limita y considera en sus posibilidades, sin que se la proscriba, y el párrafo 3 al delito de genocidio. Otros instrumentos internacionales convencionales de las Naciones Unidas tienen como objeto la defensa y protección de la vida humana, como es el caso de la Convención para la represión y prevención del genocidio, calificado como un crimen internacional.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales dispone en su artículo 2:

"1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infligida intencionalmente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito esté castigado con esta pena por la ley.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;
- b) para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente;
- c) para reprimir, de conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección."

El artículo 1.º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida

arbitrariamente. Los párrafos 2, 3, 4, 5 y 6 se refieren a la posibilidad de la pena de muerte que, sin ser prohibida, es regulada con un criterio limitativo.”

El artículo 4 de la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos dispone: “La persona humana es inviolable. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser arbitrariamente privado de este derecho”.

15. Aunque en todos estos textos se habla de derecho a la vida y de derecho al respeto de su vida, y no se encuentra una referencia expresa y actual al derecho a vivir, no puede haber duda de que este derecho —en el sentido que ya antes hemos desarrollado— está implícito en una hermenéutica general y sistemática de todos estos instrumentos internacionales que se refieren y garantizan todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) de todos los seres humanos, sin discriminación de especie alguna, derechos que suponen necesariamente la existencia de la vida, que sólo existe plenamente, con el contenido de dignidad que le es consustancial, si se realiza en un vivir pleno que supone que todos los derechos que el hombre posee pueden coexistir en la plenitud del ser.

16. Esta conclusión es aún más clara si se examinan las normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. Tanto la Declaración Universal, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como los principios y normas relativos al derecho a la alimentación y el derecho a la salud, como la Carta Social Europea, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como la Carta Americana de Garantías Sociales, como el Pacto de San José y como la Carta Africana, al promover, proteger y garantizar internacionalmente los derechos que, junto a todos los otros, dan contenido y sentido a la vida humana, pueden considerarse el fundamento de la regulación normativa, para la Comunidad Internacional, del derecho a vivir.

17. Puede, pues, concluirse con la reiteración de los criterios que expresamos al comenzar el desarrollo del tema y que podrían resumirse diciendo que el derecho a la vida y el derecho a vivir son dos expresiones que importan conceptos necesariamente imbricados y dialécticamente relacionados y que hoy no pueden comprenderse plenamente sin su referencia recíproca. El derecho a la vida en su acepción integral es la manifestación del derecho a vivir y el derecho a vivir existe y se realiza como consecuencia del reconocimiento y el respeto del derecho a la vida.

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Hugo LLANOS MANSILLA

Miembro del IHLADI

ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las Organizaciones Internacionales son entidades distintas de los Estados Miembros que las componen, y deben estar dotadas de los medios jurídicos necesarios para cumplir los fines que les han sido señalados en los convenios internacionales que las han creado.

El gran desarrollo alcanzado por las Organizaciones Internacionales ha permitido que el Derecho Internacional les atribuya personalidad internacional. Luego de la segunda guerra mundial, los Estados desearon intensificar la cooperación internacional, creando a tal efecto sujetos titulares de derechos y obligaciones que han adquirido una personalidad jurídica propia y que ocupan en el plano internacional una posición separada e independiente de cada uno de sus Estados Miembros (1).

Como lo señala acertadamente F. García Amador (2), el carácter interestatal con que surgió el Derecho Internacional dominó en forma absoluta a la doctrina internacional, a tal extremo que la condición de sujeto o persona de derechos y obligaciones internacionales se consideraba un atributo exclusivo del Estado soberano.

Así, Anzilotti, juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, afirmaba: «Es inconcebible que existan otros sujetos de derechos y obligaciones que no sean los Estados» (3). Y la misma Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso «Lotus», señalaba: «el Derecho Internacional rige las relaciones entre los Estados independientes». (4).

Esta noción restrictiva persistió aun cuando el desarrollo histórico del Derecho Internacional permitía tener una noción más

(1) Eduardo Jiménez De Aréchaga: *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1980, pág. 205.

(2) *Introducción al estudio del Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1959, pág. 92 y siguientes.

(3) Citado por H. Waldock: *General Course on Principles of Public International Law*. Hague Academie of International Law, 1962, pág. 103.

(4) *Id.*, pág. 110.

amplia del ámbito de la personalidad internacional. Pese a ello, ya en el siglo pasado, algunos publicistas, como Hefter y Fiore, comienzan a atribuir al individuo personalidad internacional, fundándose en los derechos naturales que tenía como miembro de la comunidad internacional (5).

En la doctrina contemporánea predomina ya el criterio de que el Estado no monopoliza la personalidad internacional, puesto que ya no cabe duda de que las organizaciones internacionales tienen la personalidad y capacidad jurídica necesarias para el desempeño de sus funciones. Waldock señala: «Sin duda, los Estados independientes son los principales sujetos del Derecho Internacional, pero la aplicación de éste no está circunscrita a los Estados independientes. El desarrollo de la comunidad internacional, con sus efectos sobre la estructura de la Organización Internacional, ha afectado radicalmente nuestra concepción acerca de los posibles sujetos de Derecho Internacional» (6).

La Organización Internacional aparece no arbitrariamente, sino como una consecuencia de las condiciones de la vida de los pueblos (7).

La base de esta Organización Internacional será la coordinación y la cooperación que buscan los Estados para la satisfacción de necesidades que les son comunes.

Al formar parte los Estados de estas Organizaciones Internacionales ceden parte de sus atributos, autolimitándose para el logro del bien común de todos y de las entidades que ellos mismos han creado (8).

Reuter y Mosler opinan que no puede existir Organización Internacional sin el sometimiento por parte de los Estados a la voluntad de la Organización. Lo mismo sostiene A. Verdross, para quien es necesario el sometimiento voluntario de los Estados para que la Organización Internacional pueda tener las competencias y facultades que le son inherentes, con el fin de lograr el normal desenvolvimiento de su vida institucional, política y de relación con los Estados Miembros y con los que no lo son (9).

(5) C. F. Hefter: *Le droit international de l'Europe*, 1973, pág. 34. Fiore: *Tratado de Derecho Internacional Público*, 1894, vol. 11, págs. 71 y 73.

(6) Waldock, obra citada, pág. 83.

(7) Alejandro Alvarez: *La reconstrucción del Derecho de Gentes. El nuevo orden y la renovación social*. Santiago, 1944, pág. 342.

(8) Mario Gómez de la Torre: *Teoría General de la Organización Internacional*. Quito, 1974, pág. 45.

(9) Id., pág. 46. Verdross cita las atribuciones que tiene el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para sancionar con el carácter de obligatorias.

Sin embargo, Charles de Visscher, luego de examinar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, sostiene que ella no ha logrado modificar apreciablemente el poder discrecional que los Estados entienden mantener en lo concerniente a aquellos de sus intereses que consideran vitales. La experiencia, dice, demuestra que ellos han encontrado siempre en la idea de la «competencia exclusiva» o de «competencia nacional», un refugio contra la intervención de los órganos internacionales (10).

La opinión anterior, si bien tiene validez, merecería ser examinada a la luz de los textos legales que han dado origen a las Comunidades europeas.

LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS COMO SUJETO INTERNACIONAL

Los Miembros de la Organización entendieron otorgarle a las Naciones Unidas las facultades necesarias para el desempeño de sus funciones. Si bien en la Carta no se habla de conferir a las Naciones Unidas, en forma específica, personalidad internacional, se supuso que de las facultades atribuidas a ella debería deducirse dicha personalidad internacional, que, por otra parte, reconoce específicamente la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de la Organización, de 1946 (11).

Sobre el particular, dice H. Kelsen (12) que la Carta faculta a las Naciones Unidas a ser parte en acuerdos internacionales, tanto con Estados Miembros como con no Miembros y con otras Organizaciones Internacionales. Así, por ejemplo, los Convenios especiales mencionados en el artículo 43, a concertarse entre el Consejo de Seguridad y los Miembros para poner a disposición del Consejo contingentes armados de los Estados Miembros; las convenciones relativas a privilegios e inmunidades referidas en el artículo 105; los acuerdos sobre administración fiduciaria concertados entre la Asamblea General o el Consejo de Seguridad y los Estados directamente interesados; los artículos 75, 79, 83 y 85; los acuerdos constituidos por la aceptación por los Estados no Miembros de las condiciones establecidas por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 32 para su

(10) *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona, 1962, pág. 102.

(11) Modesto Seara: *Teoría General de la Organización Internacional*. México, 1974, pág. 92.

(12) Obra citada, pág. 158.

participación en la discusión de una controversia en la que dicho Estado sea parte; los acuerdos mediante los cuales los Organismos especializados hablan de vincularse con las Naciones Unidas de conformidad a los artículos 57 y 63, etcétera.

Así, al conferirse a las Naciones Unidas la atribución de concertar tratados, la Carta otorga a la Organización personalidad internacional.

LA CAPACIDAD JURIDICA DE LAS NACIONES UNIDAS ANTE EL DERECHO INTERNO

El artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas es fundamental para analizar la personalidad jurídica de ésta ante el Derecho Interno.

Establece el artículo 104 lo siguiente: «La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.»

Este artículo le reconoce a la Organización la capacidad jurídica limitada al «ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos», distinguiéndola así de los que corresponderían a un Estado.

Señala Seara que esta diferencia entre la capacidad jurídica de la ONU y la de los Estados, derivada de la distinta naturaleza jurídica de ambos sujetos de Derecho Internacional, se puso en evidencia cuando se planteó el problema del abanderamiento de barcos por parte de las Naciones Unidas.

Sobre el particular, dice lo siguiente: «El derecho a que los propios barcos naveguen con el pabellón del Estado, que a primera vista parecería aplicable también a la ONU, pronto se vio que presentaba características peculiares en ese último caso; en efecto, el abanderamiento supone someter el barco a la legislación del Estado del pabellón, y ello planteaba un problema difícil en el caso de la ONU en que tal legislación es, para todos los efectos prácticos, inexistente. La solución que se ha propuesto en el seno de la Comisión de Derecho Internacional es que la ONU celebre acuerdos con países miembros para que se aplique la legislación de esos países a los barcos que llevan la bandera de la Organización. Esos barcos podrían llevar dos banderas» (13).

(13) Obra citada, pág. 93. Ver «Repertory of Practice of the United Nations Organs». Supp. n.º 1. Vol. II, 1958, págs. 418 y siguientes. El pabellón de la ONU fue utilizado por primera vez en diez pesqueros construidos por las Naciones Unidas, que navegaron de Hong Kong a Corea.

Hubo acuerdo en que tanto la ONU como las Instituciones Internacionales de capacidad similar tendrían el derecho de ser propietarias de embarcaciones y que la ONU podría matricular los barcos de su propiedad en un determinado Estado, cuya bandera llevarían.

El porqué del problema presentado en la Comisión de Derecho Internacional, en 1955, fue debido a considerar muy problemática la condición de tales barcos ante la dificultad de asimilar la bandera de una Organización Internacional con la de un Estado, especialmente en lo referente a la aplicación, a bordo del barco, del Derecho Civil y del Derecho Penal del Estado de la bandera (14).

La Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 13 de febrero de 1946 (15), desarrolló el significado del artículo 104, estableciendo que las Naciones Unidas poseerán y tendrán capacidad para contratar, para adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y para entablar procedimientos judiciales; contiene, además, disposiciones sobre

(14) Max Sorensen: *Manual de Derecho Internacional Público*. México, 1973, pág. 269. La discusión de la Comisión de Derecho Internacional—7.ª sesión, 1955—se centró en el artículo 40 de los artículos provisionales referentes al régimen de navegación en alta mar, que disponía: «...los barcos poseen la nacionalidad del Estado en que están matriculados. Navegarán bajo su bandera y, salvo en los casos excepcionales expresamente previstos en tratados internacionales o en estos artículos, estarán sujetos a su exclusiva jurisdicción en alta mar».

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1958, adoptó un nuevo artículo, que pasó a ser el 7.º de la Convención sobre la Alta Mar. Dice: «Las disposiciones de los artículos precedentes no prejuzgan en nada la cuestión de los buques que estén al servicio oficial de una Organización Internacional y enarbolan la bandera de la Organización.»

El problema de las embarcaciones operadas por las Organizaciones Internacionales fue también discutido en la Conferencia Diplomática sobre Derecho Marítimo, en Bruselas, en mayo de 1962, que adoptó una recomendación sobre responsabilidad de los operadores de embarcaciones nucleares. Se dejó constancia en la Conferencia del interés de muchos gobiernos de permitir a las Organizaciones Internacionales adherirse a la Convención y operar embarcaciones nucleares.

Se nombró un comité permanente para estudiar el problema, el cual, en 1963, no llegó a ninguna solución por los problemas legales involucrados. Un grupo de delegados señaló que una solución práctica sería que la Organización Internacional operara sus barcos, permitiéndoles enarbolar la bandera de un Estado, el cual sería el Estado autorizante bajo la Convención.

La Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, de 1982, en su artículo 93 se refiere a los buques que están al servicio oficial de las Naciones Unidas, de sus Organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica, autorizándoles a enarbolar el pabellón de la Organización. Ver sobre el particular artículos 91 y 92.

(15) Esta Convención entra en vigor para cada uno de los Estados que se adhieren a ella.

bienes, fondos y haberes, facilidades de comunicación, prerrogativas e inmunidades de los representantes de los Miembros, privilegios e inmunidades de los funcionarios de la Organización, etc. (16).

Posteriormente se firmó, el 26 de junio de 1947, el Acuerdo de Sede de Lake Success, entre el secretario general de las Naciones Unidas y el secretario de Estado de los Estados Unidos. En él se establecen las disposiciones que garantizan el funcionamiento independiente de la Organización en los Estados Unidos.

Así se garantiza el derecho de las Naciones Unidas a dictar reglamentos que tengan aplicación en el interior de la sede, precisándose que «las leyes o reglamentos federales, estatales o locales de los Estados Unidos de América que sean incompatibles con algunos de los reglamentos de las Naciones Unidas autorizados en esta sección, en cuanto sean incompatibles con ellos, no serán aplicables dentro del distrito de la sede» (artículo III, Sección 8).

La Sección 9 del artículo III establece la inviolabilidad de la sede y el Gobierno de los Estados Unidos, según el artículo IV, Sección 2, no podrá poner obstáculos a los representantes de los Estados Miembros o funcionarios de la Organización que entren o salgan de la sede, aunque podrá limitar su libertad de movimiento dentro del territorio de los Estados Unidos, en forma que no interfiera con el derecho de tránsito y residencia en él implícito.

Suiza, expresamente, reconoció la personalidad internacional y la capacidad legal de las Naciones Unidas en el Acuerdo Interino sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, el 11 de junio y 1 de julio de 1946, acuerdo posteriormente complementado por otro del 5 y 11 de abril de 1963.

Refiriéndose al artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas, el Informe del Secretario de Estado de los Estados Unidos al Presidente de la República de este país, sobre los resultados de la conferencia de San Francisco, decía lo siguiente: «Es aparente que una Organización como las Naciones Unidas, que tendrá oficinas y empleados, que adquirirá suministros y presumiblemente arrendará o adquirirá propiedades para sus oficinas, deberá tener la capacidad legal para celebrar contratos, adquirir títulos de propiedades... y comparecer ante los tribunales (aunque su situación como demandada está protegida por el artículo 105 de la Carta). El propósito del

(16) Similares a los reconocidos a los diplomáticos, salvo que «no podrán reclamar derechos aduaneros sobre mercadería importada que no sean parte de su equipaje personal o de impuestos, derechos de venta o derechos de consumo».

artículo 104 es aclarar que la Organización tiene esta capacidad legal» (17).

Son numerosos y variados los contratos de trabajo y de servicio que realizan los individuos y las entidades privadas con las Organizaciones Internacionales. Así, por ejemplo, los contratos de trabajo que celebra la Secretaría de las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales, en nombre y representación de la Organización, con el personal de las mismas.

Como ejemplo de contrato de servicios puede mencionarse el Acuerdo entre las Naciones Unidas y la Dotación Carnegie, relativo al uso de los locales del Palacio de la Paz, en La Haya, en 1946, así como numerosos acuerdos o arreglos concertados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con Organizaciones no gubernamentales, de carácter nacional e internacional, para celebrar las consultas previstas en el artículo 71 de la Carta, así como aquellos que han concertado algunos Organismos especializados con dichas Organizaciones (18).

Los instrumentos constitutivos de numerosas Organizaciones Internacionales contienen un texto equivalente al artículo 104 de la Carta. Ver, por ejemplo: en FAO, artículo XV (I); en OACI, artículo 47; en UNESCO, artículo XII; en OMS, artículo 66; en OMM, artículo 27 (a); en OEA, artículo 139 (19).

Estos instrumentos han sido complementados por otros convenios internacionales que contienen estipulaciones relativas a la personalidad jurídica de las Organizaciones y establecen que éstas tendrán la capacidad de contratar, adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y de entablar acciones legales.

Ver sobre el particular la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos especializados de las Naciones Unidas, de 21 de noviembre de 1947; el Acuerdo sobre la Sede entre FAO y el Gobierno de Italia, de 31 de octubre de 1950; el Acuerdo sobre la Sede entre la OACI y Canadá, de 14 de abril de 1951; el Acuerdo sobre la Sede entre UNESCO y Francia, de 2 de julio de 1954; el

(17) Carta de las Naciones Unidas. Informe al presidente de los resultados de la Conferencia de San Francisco por el jefe de la delegación de los Estados Unidos, el secretario de Estado. 26 de junio de 1945. Publicación del Departamento de Estado 2349, Conferencia serie 71, 1945, pág. 157. Citado por M. Whiteman: *Digest of International Law*, Vol. 13, 1968, pág. 1. Traducción libre.

(18) F. García Amador, obra citada, pág. 148 y 149.

(19) Dice el artículo 139 de la Carta de la OEA lo siguiente: «La Organización de los Estados Americanos gozará en el territorio de cada uno de sus miembros de la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.»

Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la OEA, de 15 de mayo de 1949, etcétera.

En *Curran v. City of New York*, el tribunal dictaminó lo siguiente: «Aun sin una acción posterior del Congreso o del Departamento de Estado, el efecto del artículo 104 sería darle a las Naciones Unidas el estatuto legal y la capacidad para ser dueña de propiedades en los Estados Unidos» (20).

La Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California, en *Balfour, Guthrie and Co. v. United States*, dictaminó lo siguiente: «el artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas establece: «.....».

«Como Tratado ratificado por los Estados Unidos, la Carta es parte del Derecho Interno. No parece necesaria una legislación complementaria para dotar a las Naciones Unidas con la capacidad legal en los Estados Unidos. Pero el presidente ha desechado toda duda al designar a las Naciones Unidas como una de las Organizaciones con capacidad para gozar de los privilegios conferidos por la Ley de Inmunidades de las Organizaciones Internacionales» (21). Y luego agrega: «El amplio propósito de la Ley de Inmunidades de las Organizaciones Internacionales fue vigorizar el estatuto de las Organizaciones Internacionales, de las cuales los Estados Unidos son Miembro, y facilitar sus actividades. Una interpretación liberal del Derecho está en armonía con este propósito» (22).

En 1961, UNICEF, actuando por la United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), contrató con una compañía de París un número de frazadas a ser utilizadas por la UNRWA. Al llegar el barco a Beirut, éste contenía sólo trapos. UNICEF demandó por fraude ante un tribunal de París —diciembre 1953, febrero 1954—. El juez sentenció pagar una alta suma de dinero a UNICEF por los daños sufridos.

Un memorándum preparado por la Oficina de Asuntos Legales de las Naciones Unidas, en 1960, se refiere a la capacidad legal de UNICEF para entablar procedimientos legales en México, relativos a malversaciones de fondos de dicho Organismo Internacional:

(20) 77 N. Y. s.2 d; 206, 212 (sub. ct. Queens county, 1947) M. Whiteman, obra citada, pág. 3.

(21) Por esta ley de Inmunidades de las Organizaciones Internacionales, de 29 de diciembre de 1945, los Estados Unidos reconocen a las Instituciones Internacionales comprendidas en los términos de la ley la capacidad para contratar, para adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y para entablar procesos legales.

(22) M. Whiteman, obra citada, págs. 4 y 5.

«UNICEF es un órgano subsidiario de las Naciones Unidas, establecido por la resolución 57 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946. En consecuencia, posee capacidad legal conferida por la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 104.

El artículo 104 ha sido siempre interpretado como confiriendo a las Naciones Unidas la capacidad para entablar acciones legales en los tribunales internacionales.

Mientras México no es todavía parte en la Convención sobre Privilegios o Inmunidades está, por cierto, obligado por el artículo 104 de la Carta. Además, el 20 de mayo de 1954 México y UNICEF firmaron el acuerdo relativo a la Sede de esta última en México. Bajo el artículo VIII de este Acuerdo, México se compromete a otorgar a UNICEF y a sus representantes «los privilegios e inmunidades concedidos a otros Organismos subsidiarios y Agencias especializadas de las Naciones Unidas y a sus representantes en México». A este respecto es oportuno anotar que bajo el artículo III de un acuerdo, firmado el 5 de enero de 1955, entre México y la OIT, una Agencia especializada de Naciones Unidas, el primero reconoce que una oficina de la OIT en México «tendrá personalidad jurídica, incluyendo la capacidad de entablar acciones legales». Ha sido la práctica de la Organización, confirmada por la Asamblea General al adoptar la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, considerar la cuestión de la personalidad jurídica como una parte integrante del problema de privilegios e inmunidades. Debe concluirse en consecuencia que, de acuerdo con el artículo 104 de la Carta y el artículo VIII del Acuerdo de 20 de mayo de 1954 entre México y UNICEF, ésta tenía el derecho de entablar acciones legales en México» (23).

El Tribunal de Casación italiano estableció que la OTAN tenía personalidad jurídica internacional y no era tan sólo una alianza militar con un órgano común. El mando para el sur de Europa, consideró el Tribunal, era un órgano periférico que tenía dentro del Estado italiano la misma situación jurídica que el que tenía el órgano central (24).

(23) La práctica de las Naciones Unidas, de las Agencias especializadas y de la Organización Internacional de Energía Atómica, relativa a sus Estatutos, Privilegios e Inmunidades. A/CN.4-L.118/Add.1. Mayo 5, 1967, págs. 34 y 35.

(24) Citado por H. Mosler: *La Organización Internacional y la distribución de competencias*. Madrid, 1956, págs. 569-580. Tribunal de Casación italiano, junio 14, 1956. En *Giurisprudenza italiana*. Vol. Sec. 1, pág. 904.

A través del artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas y de disposiciones similares de otros instrumentos constitutivos referentes a la capacidad legal en el territorio de los Estados Miembros, las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales han celebrado acuerdos con Estados no Miembros, en los cuales la capacidad legal de la Organización ha sido reconocida por los Estados no Miembros. Ver, al efecto, el Acuerdo entre las Naciones Unidas y Corea, referente a Privilegios e Inmunidades de aquélla en Corea, de 21 de septiembre de 1951; y entre las Naciones Unidas y Japón sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 25 de julio de 1952 (25).

Otros convenios internacionales que establecen Organizaciones Internacionales que tienen capacidad para contratar, ser dueñas y disponer de bienes muebles e inmuebles y entablar acciones legales, son los siguientes: Convenio que establece el FMI, del 1 al 22 de julio de 1944; artículo IX-Sec. 2; Acuerdo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento: del 1 al 22 de julio de 1944, artículo VII, Sec. 2; Convenio de la OIT, de acuerdo a su enmienda del 9 de octubre de 1946, artículo 39; Tratado de la CECA de 18 de abril de 1951, artículo VI; Convenio del BID de 8 de abril de 1959, artículo XI, Sec. 2; artículo 211 del Tratado de la CEE; artículo 184 del Tratado de la EURATOM.

Hay ciertos convenios que establecen Organizaciones Internacionales que no mencionan el tema de la capacidad legal de ellas, pero que han sido posteriormente complementados por acuerdos internacionales que contienen estipulaciones referentes a la capacidad jurídica de dichas Organizaciones y a su facultad para contratar, adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y entablar procedimientos legales. Entre los instrumentos legales que omiten mencionar la capacidad de las Organizaciones Internacionales que establecen, nos referiremos a los siguientes: Pacto de la Liga de los Estados Arabes, de 22 de marzo de 1945; Tratado del Atlántico Norte, de 4 de abril de 1949; Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1949.

La capacidad jurídica que se otorga a las Naciones Unidas, por el artículo 104 de su Carta, se refiere exclusivamente a la capacidad ante el Derecho Interno. Como dice Jiménez de Aréchaga (26), este artículo no plantea ni resuelve el problema de si la Organización es una persona jurídica de Derecho Internacional. En virtud del ar-

(25) M. Whiteman, obra citada, págs. 7 y 8.

(26) Obra citada, pág. 612.

tículo 104, la Organización tiene derecho a ser considerada, en el territorio de cada uno de sus Miembros, como una entidad jurídica para los fines de las leyes de ese Estado.

La personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales ante el Derecho Interno de cada Estado nunca ha suscitado dudas.

Una Organización Internacional debe poseer en el orden jurídico interno de los Estados las prerrogativas necesarias para asegurar su funcionamiento cotidiano (27). En particular, realizará actos de Derecho Interno como contratos con individuos o personas jurídicas establecidas en el territorio del Estado donde tiene su sede. Así, por ejemplo, un contrato entre una Organización Internacional y una empresa para proveerse de ciertos materiales se fundamenta en un contrato. Esto es un acto de Derecho Interno.

Lo que examinaremos a continuación es la personalidad y capacidad internacionales de las Organizaciones Internacionales, vale decir, su condición de sujetos y obligaciones de carácter internacional.

PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS NACIONES UNIDAS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

Al emitir la Corte Internacional de Justicia su opinión consultiva en el caso «Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas», de 11 de abril de 1949, la Corte concluyó que la organización es una persona internacional. Dijo: «Esto no quiere decir que la Organización sea un Estado, que, desde luego, no es, ni que su personalidad jurídica y sus derechos y obligaciones sean los mismos que los de un Estado. Tampoco equivale a afirmar que la Organización sea un superestado, cualquiera que sea el sentido de la expresión. Lo que sí significa es que la Organización es un sujeto de Derecho Internacional que tiene la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de sus derechos por vía de reclamación internacional» (28).

Su calidad de sujeto de Derecho Internacional aparece al establecer luego la Corte que: «La Corte es de opinión de que cin-

(27) Los acuerdos de sede así lo establecen.

(28) Réparations des dommages subies au service des Nations Unies. Avis Consultatif du 11 Avril, 1949. Report of Judgements. Advisory Opinions and Orders. ICJ Rep., 1949.

Se infiere así que la personería de una Organización Internacional puede ser «erga omnes» o sólo en relación con los Estados que la han creado o reconocido, y que esto depende del número de Estados que la integran.

cuenta Estados representando una amplia mayoría de los Miembros de la Comunidad Internacional tenían el poder, conforme al Derecho Internacional, de crear una entidad que posea una personalidad internacional objetiva —y no simplemente una personalidad reconocida por ellos solos—, así como capacidad para presentar reclamaciones internacionales» (29).

La Corte señaló, además, que «los sujetos de Derecho Internacional, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del Derecho Internacional, a lo largo de su historia, ha sido influenciado por las exigencias de la vida internacional y el crecimiento progresivo de las actividades del Estado ha hecho surgir ya ejemplos de acción ejercida sobre el plano internacional por ciertas autoridades que no son Estados. Este desarrollo culminó, en junio de 1945, en la creación de una Organización Internacional, cuyos propósitos y principios están enunciados en la Carta de las Naciones Unidas. Pero para alcanzar estos fines es indispensable que a la Organización se le atribuya personalidad internacional» (30).

Estas solas expresiones de la Corte se consideran bastante flexibles como para extender la personalidad internacional a entidades que no son Estados, esto es, a Organizaciones Internacionales cuando las circunstancias así lo demanden.

El argumento esgrimido por la Corte para reconocer la personalidad jurídica a las Naciones Unidas es que «ésta se halla situada bajo ciertos aspectos frente a sus Miembros y que, llegado el caso, tiene el deber de recordar a éstos ciertas obligaciones» (31). Y luego concluye: «La Organización estaba destinada a ejercer funciones y a gozar de derechos —y así lo ha hecho— que no pueden explicarse más que si la Organización posee una extensa medida de personalidad internacional y la capacidad de obrar en el plano internacional» (32).

La Corte, claro está, al reconocer la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales quiso diferenciarla de la del Estado. Por esto señaló: «Mientras un Estado posee la totalidad de los derechos y deberes internacionales reconocidos por el Derecho Internacional, los derechos y deberes de una entidad como la Organización deben depender de sus propósitos y funciones tal como son enuncia-

(29) Id., pág. 179.

(30) Id., pág. 178.

(31) Id., pág. 179.

(32) Id.

dos o están implícitos en sus documentos constitutivos y desarrollados en la práctica» (33).

Como anota Charles de Visscher (34), la personalidad jurídica le había sido reconocida a la Sociedad de las Naciones, basándose en los textos de los Tratados de Paz —1919 y 1920— y en una práctica firme.

En lo referente a las Naciones Unidas, la trágica muerte del conde Folke Bernadotte, mediador de las Naciones Unidas, asesinado en Jerusalén el 17 de septiembre de 1948, en el ejercicio de sus funciones, planteó el problema del estatuto de las Naciones Unidas en término mucho más amplio y totalmente nuevo: el de la responsabilidad internacional, que hasta entonces había quedado reservada a la soberanía de los Estados.

El dictamen de la Corte, señala De Visscher, se halla dominado por la doble idea de los deberes de los Estados Miembros frente a la Organización y de la completa independencia que ésta debe conservar en el desarrollo de su misión. Dice al respecto: «Ante el incumplimiento por parte de un Estado Miembro de sus deberes frente a la Organización, que se traducen en un daño causado a un agente de ésta en condiciones susceptibles de determinar la responsabilidad de un Estado, el Tribunal reconoció personalidad a la Organización para presentar una reclamación internacional, no sólo en razón del perjuicio causado a sus intereses propios, sino también en atención al daño sufrido por la víctima o su causahabiente. Por otra parte, como la independencia de la Organización exige el estricto respeto de las obligaciones de plena asistencia asumida frente a ella, no es posible que sus agentes dependan, en cuanto a su protección, de una autoridad distinta de las Naciones Unidas.»

El Tribunal, al abordar así, como él mismo lo ha expresado, una «situación nueva», no vaciló en realizar una obra constructiva desde dos puntos de vista. Por una parte, rechazando toda asimilación ficticia entre el vínculo de nacionalidad —título tradicional de la protección diplomática— y las relaciones administrativas a que se refiere el artículo 100, llevó el problema a su verdadero terreno, el de la protección exigida por las funciones a realizarse. Tampoco se arredró el Tribunal (sobrepasando a este respecto los términos demasiado restrictivos del artículo 104) ante la necesidad de reconocer a la Organización personalidad para ejercer tal protección, incluso frente a un Estado no Miembro, estimando que «cincuenta

(33) Id., pág. 185.

(34) Obra citada, pág. 242.

Estados integrantes de la gran mayoría de la Comunidad Internacional poseen, conforme al Derecho de Gentes, la facultad de crear una entidad que goce de personalidad internacional objetiva y no sólo de personalidad reconocida por ellos mismos, así como de capacidad para formular reclamaciones internacionales» (35).

La Corte, en su opinión, se basó principalmente en cuatro puntos:

1. La ONU posee órganos propios.
2. Los Estados Miembros tienen deberes y derechos con respecto a la Organización.
3. A las Naciones Unidas se les ha dado capacidad legal en el territorio de cada Miembro.
4. La Organización tiene la facultad de concertar acuerdos con los Miembros. Tal es el caso de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas (36).

Waldock, al comentar las conclusiones de la Corte, opina que ella parece señalar que la capacidad internacional debe ser atribuida a una Organización cuando se ha constituido en una entidad autónoma, separada, en cierta medida, de los miembros que la componen; esto sucede si se le han conferido funciones propias que realizar; se le ha dotado de órganos para la realización de estas funciones, en cierta forma separados de los Estados que la crearon, y cuando la posesión de la personalidad internacional es necesaria para el cumplimiento de esas funciones (37).

El profesor Reuter, refiriéndose al fallo de la Corte, expresa críticamente que los tratadistas ya habían dado a la Organización Internacional una personalidad moral en el Derecho Interno, especialmente en los Acuerdos de sede. «Reconocer a una Organización la personalidad internacional en una época en la cual se ha considerado generalmente que los Estados son los únicos que tienen personalidad internacional, sería asimilarlas a los Estados, lo cual sería manifiestamente exagerado» (38).

Jiménez de Aréchaga (39), al referirse al criterio de la Corte, que reconoció que la ONU era una persona internacional, dice lo siguiente: «Rige, pues, en esta materia, el principio que los adminis-

trativistas llaman de la canalización o de la especialización de la personalidad. Existe personalidad, pero sólo para aquellos actos que las Naciones Unidas están expresa o implícitamente facultadas a realizar conforme a su Carta, tal como ella se ha desarrollado en la práctica.» Para él, la personalidad jurídica del Estado y de las Organizaciones es diferente; éstas poseen una personalidad jurídica secundaria, ya que al ser las Naciones Unidas sujeto de Derecho Internacional creado por los Estados, derivado o secundario, solamente tiene capacidad para hacer aquello para lo cual está autorizada en forma expresa o implícita por su Carta constitucional (40).

La capacidad de una Organización para unirse a otra o para formar con algunos Estados una entidad internacional distinta, con personalidad internacional propia, ha sido reconocida y también ejercida. La Organización Internacional de Energía Atómica y algunos Estados árabes han establecido, por acuerdo internacional, un Centro Regional Radioisotópico. Este no es un órgano subsidiario del organismo, sino una entidad intergubernamental distinta.

A este respecto, algunos autores especulan que cuando la Comunidad Económica Europea haya alcanzado su pleno desarrollo, podría hacerse miembro del GATT, de la OCDE y de otras instituciones, y que las Naciones Unidas podrían hacer figurar sus servicios postales y de telecomunicaciones como miembros plenos de la Unión Postal Universal y de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (41).

COMPETENCIA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. EL PRINCIPIO DE FUNCIONALIDAD

A diferencia de los Estados, las Organizaciones Internacionales no son entidades soberanas. Sus actividades están determinadas por los objetivos que deben realizarse, por la finalidad para la cual fueron establecidas. Su competencia está señalada en los textos legales que las instituyen.

Como lo expresa Reuter: «Las Organizaciones Internacionales tienen ciertos poderes, pero éstos son en su ejercicio enteramente dominados por las condiciones de legalidad y de finalidad que determinan cuál es el servicio que la Organización debe prestar a la colectividad que la ha establecido. Esta noción, muy simple, se expresa algunas veces diciendo que la Organización está encargada de un

(35) Obra citada, pág. 242 y 243.

(36) M. Gómez de la Torre, pág. 86.

(37) Obra citada, págs. 84 y 85.

(38) *Institutions Internationales*. París, 1956, págs. 546-549.

(39) Obra citada, pág. 612.

(40) Gómez de la Torre. Obra citada, pág. 91.

(41) Sorensen. Obra citada, pág. 279.

«Servicio Público Internacional»; el término mismo de «competencia» en la medida en que se opone a «poder» indica este matiz... Se puede decir que la competencia de las Organizaciones es «funcional».

Siendo el ejercicio de la competencia un deber para la Organización, ésta no es libre de obrar o de no obrar, salvo lo que disponga su tratado constitutivo. La definición de las funciones de la organización constituye para ella el límite de su competencia y de los privilegios que se le conceden. Más allá de la línea de estas funciones, una Organización ha perdido toda capacidad jurídica» (42).

Si las Organizaciones Internacionales no pueden recibir sino las funciones y poderes que están de acuerdo con sus objetivos, deben recibir, en consecuencia, todo aquello que les es necesario para el cumplimiento de sus finalidades (43).

Esto es lo que se conoce con el nombre de la *teoría de las competencias implícitas* (44), que permitirá interpretar liberalmente los textos que señalan la competencia de la Organización Internacional, de acuerdo a las funciones y fines de ésta.

Así, la CIJ ha reconocido que la capacidad de las Naciones Unidas no está limitada a lo que se especifica en su Carta. En efecto, señala la Corte en su opinión consultiva sobre «Reparación...» lo siguiente: «De acuerdo con el Derecho Internacional debe considerarse que la Organización tenía aquellos poderes que, aunque no expresamente dispuestos en la Carta, se le confieren por virtud de una necesaria interpretación implícita, por ser esenciales para el cumplimiento de sus deberes.» Y agrega: «La capacidad de la Organización para ejercer un grado de protección sobre sus agentes se deriva de la Carta por interpretación necesaria de su espíritu» (45).

En otra opinión consultiva, en el caso *Effects of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, de fecha 13 de julio de 1950, la Corte Internacional de Justicia señaló que: «La Carta no contiene disposición expresa para el establecimiento de cuerpos u órganos judiciales, ni indicación alguna en sen-

(42) Obra citada, pág. 261.

(43) Nguyen Quoc Dinh: *Droit International Public*. París, 1980, pág. 403.

(44) Se originó en una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que ésta reconoció al Estado Federal la realización de ciertos actos que no estaban expresamente autorizados por la Constitución Federal. En 1926-1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional traspasó esta concepción a las organizaciones internacionales: Caso de la competencia de la OIT y de la competencia de la Comisión Europea del Danubio.

(45) ICJ. Rep. 1949, pág. 182.

tido contrario.» Pero la Corte decidió que la capacidad para establecer un Tribunal que administre justicia entre la Organización y los miembros de su personal «se deriva de la Carta por una interpretación necesaria de su espíritu» (46).

Esta jurisprudencia había sido ratificada por la Corte en una opinión anterior, de fecha 11 de julio de 1950, sobre el *Africa Sudoccidental*, en que el Tribunal autilizó la noción de competencia implícita de la organización al plantearse el problema de determinar las obligaciones que incumbían al Gobierno de Sudáfrica en virtud de su mandato sobre el Africa Sudoccidental. La Corte sostuvo que le correspondía a la Asamblea General ejercer funciones de vigilancia sobre dicho territorio, cuya competencia para ejercer tal control y examinar los informes recibidos «se deduce de los términos generales del artículo 10 de la Carta que autoriza a la Asamblea General para discutir cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta» (47).

Esta jurisprudencia también ha sido ratificada en el caso de los gastos de Naciones Unidas, de fecha 20 de julio de 1962 y, el 21 de junio de 1971, en el caso de *Namibia* (48).

Si bien la Corte examinaba en el caso de «Reparación...» la capacidad funcional de las Naciones Unidas para proteger a sus agentes, por analogía se ha extendido el pronunciamiento de la Corte a otras Organizaciones Internacionales y a otros atributos, especialmente a la facultad de las Organizaciones Internacionales de celebrar tratados.

CAPACIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PARA CELEBRAR TRATADOS

Se puede afirmar que las Organizaciones Internacionales tienen capacidad para celebrar tratados y acuerdos internacionales, lo que es una consecuencia lógica de habersele reconocido personalidad jurídica internacional.

Si bien los instrumentos constitutivos de las Organizaciones Internacionales, por regla general, no contienen una autorización para que ellas celebren tratados, algunos textos legales les permiten

(46) ICJ. Rep. 1954, págs. 56-57.

(47) ICJ., *International Status of South West Africa*. Dictamen del 11 de julio de 1950. Rep., 1950, pág. 137.

(48) Esta interpretación ha sido igualmente seguida por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. La Corte Internacional de Justicia aplicó posteriormente la misma interpretación, en su fallo sobre el *Camerun septentrional*, el 2 de diciembre de 1963, y en el caso de los *Ensayos nucleares*, el 20 de diciembre de 1973.

celebrar cierto tipo de convenios. Así hemos visto más arriba (49) los distintos artículos de la Carta de las Naciones Unidas, que la autorizan para celebrar acuerdos internacionales con Estados Miembros, con Organismos especializados, etc.

Las Organizaciones Internacionales cuyos instrumentos constitutivos no las autorizan expresamente a celebrar tratados, los han suscrito, sin embargo, con Estados —Acuerdos sobre la Sede— y con otras Organizaciones Internacionales en materia de cooperación.

Los tratadistas han buscado diferentes fundamentaciones para explicar la capacidad de las Organizaciones Internacionales para celebrar tratados, ya que siendo dicha capacidad un atributo de la soberanía, las Organizaciones Internacionales carecen de esta última.

Para algunos, esta capacidad de las Organizaciones es prueba del reconocimiento de su personalidad internacional.

Para otros, tal capacidad es una consecuencia de su personalidad jurídica internacional. Y otros, finalmente, consideran que dicha capacidad «debe deducirse —si es que se puede— no del simple hecho de su personalidad, sino de la prueba de que tiene ese tipo de personalidad que implica la capacidad de celebrar tratados» (50).

Otros autores, como Kelsen, consideran que el poder de celebrar tratados de las Organizaciones Internacionales debe ser conferido expresamente.

Pero la opinión que prevalece en la práctica de las Instituciones Internacionales es que el poder de celebrar tratados se deriva no sólo de las estipulaciones específicas contenidas en los instrumentos constitutivos, sino también de una interpretación implícita de ellas.

De allí que la CIJ dijera en el caso de la «Reparación...»: «De acuerdo con el Derecho Internacional, debe considerarse que la Organización tiene aquellos poderes que, aunque no expresamente dispuestos en la Carta, se le confieren por virtud de una necesaria interpretación implícita, por ser esenciales en el cumplimiento de sus deberes» (51).

Pero el ejercicio de la facultad implícita de celebrar tratados puede originar dificultades en cuanto a su delimitación.

(49) Ver págs. 95-96.

(50) Parry: *The Treaty Making Power of the United Nations*. 26 BYILL, págs. 108 a 110 (1949). Citado por Sorensen, obra citada, pág. 205.

(51) ICJ. Report, 1949, pág. 182.

El problema es delicado: una interpretación restrictiva podría impedir el funcionamiento dinámico de la Organización. Pero una interpretación extensiva podría dar lugar a la impugnación de la competencia de la Organización por parte de los Estados Miembros.

Como lo señala Carrillo Salcedo (52), plantear este problema es suscitar la cuestión de la soberanía de los Estados en las Organizaciones Internacionales: si la competencia de la Organización prevalece siempre, los Estados habrían perdido su soberanía; pero si prevalece la soberanía de los Estados y se rechaza toda interpretación finalista, la Organización quedará imposibilitada para realizar las funciones para las cuales fue establecida.

A la pregunta ¿cuáles son los límites de la teoría de la competencia implícita? podría, tal vez, contestarse con las palabras de uno de los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Derecho de los tratados, el profesor Brierly: «La capacidad inherente de celebrar tratados de las Instituciones Internacionales... queda limitada a la capacidad de celebrar tratados compatibles con la letra y el espíritu de sus diferentes constituciones» (53).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, define al Tratado como «un Acuerdo Internacional celebrado por escrito entre Estados...» (artículo 2). Excluye así de sus disposiciones los tratados celebrados por las Organizaciones Internacionales. Pero el artículo 3 reconoce el valor jurídico de estos tratados al señalar: «El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional o entre esos otros sujetos de Derecho Internacional..., no afectará: a) al valor jurídico de tales acuerdos.»

La Comisión de Derecho Internacional ha aprobado un proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

La Comisión se esforzó en seguir, en lo posible, la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados. Así han sido repetidos sin modificaciones, por ejemplo, los artículos 26, 28, 31, 32 y 33 de la Convención y otros han sido modificados ligeramente. Como lo

(52) *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, 1969, pág. 280.

(53) UN. Doc. A/CN.4/123, pág. 21. Citado por Sorensen, obra citada, página 207.

señala la CDI (54), los problemas de fondo abordados por ella tuvieron su origen en la contradicción que surge entre el consensualismo basado en la igualdad de las Partes Contratantes y las diferencias existentes entre el Estado y las Organizaciones Internacionales. Además, estas Organizaciones no sólo se distinguen del Estado, sino que también se diferencian entre sí. La figura jurídica de cada Organización, sus funciones, poderes y estructura varían según la Organización. Así ocurre, sobre todo, en su competencia en materia de celebración de tratados. Por eso, el artículo 6, aprobado por la CDI, marca la diferencia que separa las Organizaciones Internacionales de los Estados.

Por otro lado, si bien el número y variedad de los acuerdos internacionales en los que son parte una o varias Organizaciones Internacionales ha aumentado, la práctica internacional sigue siendo limitada en lo que concierne a ciertas cuestiones fundamentales, como la participación de las Organizaciones Internacionales en los tratados multilaterales abiertos—la práctica de abrir las Convenciones Internacionales a las Organizaciones Internacionales se manifiesta, sobre todo, en relación con ciertos acuerdos económicos, en particular los relativos a productos básicos—o, incluso, en lo que se refiere a otras cuestiones como las reservas formuladas por una organización inexistente.

Justamente, uno de los problemas más difíciles para la CDI fue abordar el régimen de las reservas de las Organizaciones Internacionales.

La Convención de Viena establece para los Estados un sistema liberal: la libertad de las reservas. Cada Estado es libre, dentro de determinados límites, de formular reservas, y los demás Estados son libres de aceptarlas u objetarlas.

La CDI estimó necesario instituir un régimen ecléctico que admita en las mismas condiciones que la Convención de Viena la libertad de las reservas, cuando ésta sea posible, y no admita más que las reservas autorizadas por cada tratado cuando ello parezca más prudente.

Entre los textos aprobados por la CDI mencionaremos los siguientes:

Artículo 1.º «Los presentes artículos se aplican:

(54) *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1977. Vol. II, segunda parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo noveno período de sesiones. A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 (parte 2).

- a) A los tratados celebrados entre uno o varios Estados y una o varias Organizaciones Internacionales, y
- b) A los tratados celebrados entre Organizaciones Internacionales.»

Artículo 2.º «1.....:

- a) Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional regido por el Derecho Internacional y celebrado por escrito:
 - i) Entre uno o varios Estados y una o varias Organizaciones Internacionales.
 - ii) Entre Organizaciones Internacionales...
- b) Se entiende por «Organización Internacional» una Organización Intergubernamental...»

Artículo 6.º «La capacidad de una Organización Internacional para celebrar tratados se rige por las normas pertinentes de esa Organización.»

Artículo 19. «Una Organización Internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado entre varias Organizaciones Internacionales, o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que en los casos no previstos en los apartados a) y b) la reserva sea incompatible con el objeto y el fin de tratado.»

RECONOCIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La CIJ, en el caso «Reparación...» al referirse a la personalidad internacional de las Naciones Unidas sobre una base objetiva, señaló: «Cincuenta Estados, que representan la vasta mayoría de los Miembros de la Comunidad Internacional, tienen el poder de acuerdo con el Derecho Internacional de crear una entidad que posea personalidad internacional objetiva y no simplemente una personalidad reconocida tan sólo por ellos» (55).

(55) CIJ. Report, 1949, pág. 174.

Algunos autores han rebatido esta declaración de la Corte, señalando la necesidad del reconocimiento de los Estados no Miembros que no han sido parte de los instrumentos constitutivos de una Organización.

Otros, si bien aceptan la declaración de la Corte respecto a Naciones Unidas —que consideran un caso especial—, no aceptan que otras Organizaciones tengan una personalidad internacional objetiva (56).

El problema puede ser importante en el caso de las Organizaciones Regionales, por ejemplo: la OEA, en el que sólo un determinado número de Estados pertenecen a ella, en el campo de la responsabilidad internacional.

Así, el no reconocimiento de estas Organizaciones no Regionales por Estados no Miembros puede originar un problema de responsabilidad internacional si la Organización realiza un acto violatorio de los Derechos de un Estado no Miembro. ¿Recae la responsabilidad en la organización, en varios Estados Miembros, o sólo en aquellos Estados Miembros que el no Miembro afectado considera responsable del acto? (57).

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

No se puede admitir la existencia de sujetos de derechos sin deberes, cuya violación acarrea responsabilidad internacional.

Las Organizaciones Internacionales son posibles sujetos de responsabilidad internacional. Ellas son responsables por los actos de sus órganos competentes —también de los incompetentes—, como también por actos de particulares, dentro de sus sedes, si la Organización no toma providencias para evitarlo.

La responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales tiene un aspecto particular, ya que ella recae, en último término, en los Estados Miembros. Así, si a ella se le obliga a pagar una indemnización, este pago será efectuado por contribución de los Estados Miembros, toda vez que la Organización carece de independencia financiera.

Cabe observar, también, que los Estados son responsables ante la Organización Internacional, pudiendo ésta proteger a sus funcionarios en el desempeño de sus funciones.

(56) Sorensen, obra citada, págs. 291 y 292.

(57) Sorensen, obra citada, pág. 293.

La responsabilidad de las Organizaciones Internacionales será menor que la de un Estado, ya que la de éste descansa sobre una base territorial y su control es mucho mayor que el ejercido por las Naciones Unidas, por ejemplo.

En consecuencia, la posibilidad de las Organizaciones Internacionales de causar daños es menor y las demandas contra ellas serán menos frecuentes que las interpuestas contra un Estado.

García Amador escribe en su informe de 1956, como informante especial sobre el tema de la responsabilidad, lo siguiente: «En primer lugar, la personalidad internacional de las Organizaciones Internacionales, particularmente de alguna de ellas, no está más en duda, especialmente en relación a sus derechos y su capacidad de ejercerlos... Ni puede haber ninguna duda en lo relativo a sus deberes, ya que algunos de éstos están explícitamente prescritos en sus constituciones o reglamentaciones. En consecuencia, no puede ser negado que el no ejercicio de estas obligaciones, como su violación o la inobservancia, necesariamente las hace sujetos de responsabilidad. En algunos casos, es aún posible establecer una analogía definida con la responsabilidad imputable al Estado...» García Amador se refiere, en seguida, a casos de responsabilidad de las Organizaciones Internacionales:

- a) Responsabilidad hacia sus funcionarios o empleados o hacia personas o entidades legales que tienen relaciones contractuales con la organización;
- b) Responsabilidad por actos u omisiones de parte de los Organos administrativos de la Organización o respecto de daños que se originan por sus actividades políticas y militares;
- c) Responsabilidad por daños a terceras partes (responsabilidad indirecta)... Por resolución 351 (IV), de 1949, la Asamblea General estableció un Tribunal Administrativo competente para escuchar y juzgar los reclamos por no observancia de los contratos de empleo de los miembros de la Secretaría de Naciones Unidas o de los términos de los nombramientos de dicho personal.»

Después que el Tribunal había emitido ciertos fallos, en 1953 se planteó en la AG si ésta tenía derecho a rehusar a dar cumplimiento a un fallo sobre indemnización efectuado por el Tribunal y, si así fuera, cuáles eran los fundamentos sobre los que la AG podía ejercer legalmente dicho derecho... La Corte estableció que el contrato de

servicios había sido concluido entre los miembros del personal y el secretario general en su capacidad de jefe administrativo de la Organización de las Naciones Unidas, actuando a nombre de la Organización como su representante. La Corte agregó que el secretario general compromete la responsabilidad legal de la Organización, que es la persona jurídica en cuya representación actúa (Effect of Awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal. Advisory opinion, 13 de julio de 1954, ICJ Reports, 1954, página 53).

Este tipo de responsabilidad sólo afecta a la Organización internamente.

Una Organización Internacional puede, por cierto, verse envuelta en responsabilidad hacia terceras partes por daños debido a actos u omisiones de parte de sus agentes. Por ejemplo, en conexión con la implementación del programa de asistencia técnica, el Secretario General de las Naciones Unidas descartó su responsabilidad por las recomendaciones formuladas por sus expertos en la realización de sus obligaciones, aunque él acepta la responsabilidad si él revisa estas recomendaciones e informa y las adopta como propias. Igualmente, en los acuerdos relativos a asistencia técnica, el Secretario General sólo acepta responsabilidad por daños que son atribuibles directamente a los empleados que actúan en cumplimiento de sus deberes y dentro de los límites de su competencia... Ejemplo: las acciones de Naciones Unidas en Corea, en que se alegaron violaciones de los deberes de neutralidad de parte de las fuerzas del comando unificado.

El tercer tipo de responsabilidad presenta problemas de singular naturaleza. No hay duda que, por pequeña o limitada que sea la jurisdicción territorial ejercida por las Organizaciones Internacionales, la inviolabilidad que gozan los espacios ocupados por sus oficinas les permite realizar actos en ellos que están fuera de la competencia de las autoridades locales. Si tales actos causan daños y si ello sucede en razón de fallos de los servicios de seguridad de la Organización para efectuar alguna acción, entonces la Organización se vería envuelta en responsabilidad en razón de su fracaso a ejercer una debida diligencia... La Organización sería responsable por la administración de un territorio (como hubiera sido el caso de Trieste o Jerusalén, si hubieran sido puestos bajo régimen internacional como fue originalmente contemplado). Su posición sería como la de un Estado. La Organización tendría, en efecto, los mismos deberes que un Estado en relación a la acción a ser tomada por sus órganos o

empleados en relación con los actos perjudiciales a terceras partes (58).

Un intercambio de notas constituyendo un acuerdo, el 20 de febrero de 1965, entre las Naciones Unidas y Bélgica, relativo a la solución de reclamos interpuestos contra las Naciones Unidas en el Congo por nacionales belgas, estableció un pago de Naciones Unidas a Bélgica US \$ 1'500.000 como suma total para la solución final de todas las reclamaciones nacionales belgas por daños a las personas y propiedades, provenientes de las operaciones de la fuerza de las Naciones Unidas en el Congo, particularmente en Katanga (59).

Cabe hacer notar que las Naciones Unidas por primera vez tuvo la oportunidad práctica de administrar un territorio, mediante el acuerdo entre Indonesia y los Países Bajos respecto a Nueva Guinea Occidental (Irián Occidental), del cual tomó nota la Asamblea General de 1971, y en el cual se autorizaba al Secretario General para llevar a cabo funciones administrativas.

También podría originarse responsabilidad para las Organizaciones Internacionales en otros campos. Así, una conferencia internacional reunida en Viena, que preparó en 1963 una Convención sobre responsabilidad civil por daño nuclear, adoptó la siguiente recomendación: «Que el Organismo Internacional de Energía Atómica cree un comité permanente compuesto por representantes de los gobiernos de quince Estados con las siguientes tareas... c) estudiar cualesquiera problemas que surjan en relación de la aplicación de la Convención a una instalación nuclear operada por o bajo los auspicios de una Organización Intergubernamental, especialmente respecto al Estado instalador...» (60).

DERECHO DE LEGACION (61)

Las Organizaciones Internacionales de modo general poseen un derecho de legación. Como personas internacionales, necesitan mantener relaciones con los demás sujetos de Derecho Internacional, a fin de realizar los fines para los cuales fueron establecidas.

Reuter considera que la Organización tiene una competencia natural para participar en la vida internacional.

(58) M. Whiteman, obra citada, págs. 25 y 26.

(59) Idem., pág. 28.

(60) Sorensen, obra citada, pág. 561.

(61) Algunos tratadistas prefieren utilizar la expresión *Derecho de Misión* en lugar de *Derecho de Legación*, toda vez que ésta existe para las colectividades capaces de tener una política exterior independiente.

Pescatore, por el contrario, señala que la personalidad de una Organización Internacional en las relaciones exteriores no puede existir sino en virtud de un acto de voluntad, fundado en la propia constitución de la Organización Internacional destinada a conferirle funciones concretas o una capacidad jurídica en las relaciones exteriores. Para Pescatore, esta capacidad jurídica puede estar implícita (62).

Las relaciones de las Organizaciones Internacionales pueden tener lugar con los Estados Miembros y con los Estados no Miembros. En las relaciones de las Organizaciones Internacionales podemos distinguir las relaciones de las Naciones Unidas con los Organismos especializados vinculados a ella o con las Organizaciones Regionales; las relaciones entre los Organismos especializados, entre las Organizaciones Regionales y entre los Organismos especializados de Naciones Unidas y las Organizaciones Regionales o los órganos y Organismos especializados de estas últimas.

Para ejercer sus funciones, los Organismos Internacionales establecen sedes en el territorio de los Estados anfitriones, los que les conceden una condición jurídica determinada y un número de privilegios e inmunidades. Las Organizaciones Internacionales establecen también centros regionales u oficinas en territorios de Estados Miembros y aun en Estados que no lo son. Así, la Junta de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas cuenta con representantes residentes en muchos países. El Alto Comisionado para refugiados de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo, mantienen delegaciones, misiones de enlace o representantes en varios países.

Desde la creación de las Naciones Unidas se ha desarrollado la práctica de establecer funciones permanentes de Estados Miembros en la sede de la Organización. Estas misiones sirven como medio de enlace entre los Estados Miembros y la Secretaría.

Los representantes de los Estados en las Organizaciones Internacionales se acreditan ante la Organización Internacional y no ante el Estado anfitrión (63). Esto tiene como consecuencia que se hace inaplicable la declaración de «persona no grata» a un representante y de

(62) Cfr. Celso D. de Albuquerque Mello: *Direito Internacional Público*. Río de Janeiro, 1974, págs. 317 y 318.

(63) La Asamblea General adoptó en 1948 la resolución 257 (III) sobre las Misiones permanentes ante las Naciones Unidas, en que se recomendaba que las credenciales de los miembros de estas misiones fueran firmadas por los jefes de Estado o de Gobierno o por el ministro de Relaciones Exteriores, y que fueran transmitidas al secretario general. Algunos tratadistas han interpretado esta disposición en el sentido de que descarta implícitamente el requisito del agrément (Sorensen, obra citada, pág. 437).

que los gobiernos no reconocidos por el Estado anfitrión pueden enviar representantes.

El derecho de legación de las Organizaciones Internacionales tiene algunas particularidades. Una de ellas es que las Organizaciones, al no poseer soberanía territorial, no pueden asegurar privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos extranjeros, y para satisfacer esta necesidad suscriben acuerdos de privilegios e inmunidades con los Estados donde tienen su sede.

Las Organizaciones Internacionales, de modo general, no instalan misiones diplomáticas junto a los Estados Miembros. Tienen normalmente oficinas de información que no son asimiladas a Misiones Diplomáticas (64).

Los Estados no Miembros de las Naciones Unidas tienen observadores permanentes, acreditados junto a ella, en Nueva York y Ginebra. Ejemplos: Mónaco, la Santa Sede, Suiza. Dichos observadores asisten a las reuniones públicas y carecen de privilegios e inmunidades.

El artículo 35 de la Carta de las Naciones Unidas permite al Estado no Miembro plantear la disputa en que está envuelto ante el Consejo de Seguridad o la Asamblea General, si admite anticipadamente para los efectos del litigio las obligaciones contenidas en la Carta (65).

En *Papao V. Francisci*, la reclamación de inmunidad diplomática por un miembro del personal del observador italiano en Naciones Unidas, antes de ser Italia miembro de Naciones Unidas, fue rechazada por la Corte Suprema del Estado de Nueva York (66).

La personalidad jurídica internacional de la Organización Internacional es «objetiva», es decir, no depende del reconocimiento por

(64) La CDI está estudiando el tema: Las relaciones entre los Estados y las Organizaciones Internacionales. Sobre el particular, ha expresado: «Desde el punto de vista doctrinal, los representantes de los Estados en las Organizaciones Internacionales, aunque, estrictamente hablando, no están acreditados ante Estados, son por su condición jurídica representantes de Estados. Su posición es análoga a la de los representantes diplomáticos entre Estados, en cuanto tienen el carácter representativo que es la base principal de las inmunidades diplomáticas. En cambio, las Organizaciones Internacionales y las personas con ellas relacionadas, o sea, los funcionarios y los expertos, no representan a Estados. Por tanto, no tienen carácter representativo y su condición es análoga a las que originan inmunidades parlamentarias, las cuales están basadas en la teoría funcional.» (Gómez de la Torre, obra citada, páginas 222 y 223).

(65) Igualmente, el Estado no parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia puede tener acceso a la Corte, de acuerdo con los requisitos exigidos por el Consejo de Seguridad, según el artículo 35, números 2 y 3 del Estatuto.

(66) Sorensen, obra citada, pág. 441.

parte de los Estados no Miembros. Mediante el ejercicio de su capacidad para celebrar tratados, la mayor parte de las instituciones internacionales ha establecido relaciones jurídicas de alcance e intensidad variados, algunas íntimas como las Naciones Unidas y Suiza, con Estados no Miembros.

En la Comunidad Económica Europea está contemplado que se pueden celebrar acuerdos con terceros asociados a la Comunidad, en una relación jurídica de mutuos derechos y obligaciones (artículo 238 del Tratado constitutivo). El más importante de los Tratados es la Convención de Yaoundé, de 20 de julio de 1973.

El derecho de legación entre las Organizaciones Internacionales es ejercido, activa y pasivamente, de modo general, por los observadores que son acreditados junto a los órganos deliberantes. A través de éstos, las Organizaciones Internacionales mantienen sus relaciones. Los observadores no son permanentes, pero algunas Organizaciones tienen representantes con carácter casi permanente. Así, por ejemplo, el Consejo de Europa y la CECA tienen siempre un funcionario que las representa ante la otra.

Los poderes de los observadores son verificados por los Organos que los reciben. Tienen derecho a usar de la palabra en ellos, y sus privilegios son más restrictivos que los de los agentes diplomáticos.

Al lado de dichos observadores, las Organizaciones Internacionales utilizan misiones de vinculación, que son permanentes y que colocan en contacto las distintas Secretarías. Así, la OIT, la OMS, la UNESCO tienen oficinas permanentes de vinculación junto a la ONU.

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Establece el artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas lo siguiente: «La Organización gozará en el territorio de cada uno de sus Miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.

Los representantes de los miembros de la Organización y los funcionarios de ésta gozarán, asimismo, de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización.

La Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos

1 y 2 de este artículo o proponer convenciones a los miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto» (67).

La Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas fue aprobada por resolución de la Asamblea General de 13 de febrero de 1946. La Asamblea General aprobó la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos especializados el 21 de noviembre de 1947.

Disposiciones similares al texto de las Naciones Unidas se encuentran en otros convenios constitutivos de Organizaciones Internacionales. Así, por ejemplo, el artículo 139 de la Carta de la OEA establece que: «La Organización de los Estados Americanos gozará en el territorio de cada uno de sus miembros de la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.» Ver también el Pacto de la Liga de los Estados Arabes del 22 de marzo de 1945 (artículo 14), el Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949 (artículo 40), etc.

El artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas menciona los «privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos» (68).

El dictamen del relator del Comité IV/2, adoptado por la Conferencia de San Francisco, incluye el siguiente comentario: «Para determinar la índole de los privilegios e inmunidades, el Comité ha juzgado conveniente evitar el uso de la palabra “diplomático” y ha preferido sustituirla por una norma más apropiada, basada, a los efectos de la Organización, en la necesidad de cumplir sus propósitos y, en el caso de los representantes de sus miembros y de los funcionarios de la Organización, el proveer el ejercicio independiente de sus funciones...» (69).

Las inmunidades que atañen a la Organización pueden agruparse en cuatro categorías: 1) inmunidad de jurisdicción; 2) inviolabilidad

(67) Algunos tratados antiguos contenían estipulaciones, en las que se pueden encontrar los orígenes de las inmunidades y privilegios de las Organizaciones Internacionales. Así, por ejemplo: los tratados que establecieron la Comisión Europea del Danubio; la Comisión Internacional del Congo, la Corte Permanente de Arbitraje. Por su parte, el Pacto de la Sociedad de las Naciones estableció en su artículo 7, p. 4, que los representantes de los miembros de la Sociedad y sus agentes gozarán en el ejercicio de sus funciones de los privilegios e inmunidades diplomáticas. Y el párrafo 5 agregaba: los edificios y terrenos ocupados por la Sociedad, por sus funcionarios o por representantes que atiendan a sus reuniones serán inviolables.

(68) A diferencia del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que utilizaba las palabras «privilegios e inmunidades diplomáticas».

(69) Sorensen, obra citada, pág. 445.

de locales y archivos; 3) privilegios monetarios y fiscales; 4) libertad de comunicaciones (70).

Iguales estipulaciones sobre inmunidades se encuentran en la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de Organismos Especializados de 21 de noviembre de 1947; en el Convenio de FAO e Italia, de 31 de octubre de 1950; en el de OACI y Canadá, de 14 de abril de 1951; en el de UNESCO y Francia, de 2 de julio de 1954; en los Convenios entre Suiza y Naciones Unidas, la OIT, OMS y la OMM. En todos éstos se establece la inmunidad por demandas o cualquier forma de procedimiento judicial, salvo renuncia, con la excepción de la renuncia de la inmunidad de ejecución (71).

En Procureur-Général of the Court of Cassation v. Syndicate of Co-owners of the Alfred Dehondcq Property Company, la Corte de Casación francesa declaró que el tribunal inferior se encontraba vinculado por una declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores, al efecto de que el protocolo sobre la inmunidad de la Organización Europea de Cooperación Económica había sido concebido para conferir inmunidad total de jurisdicción de los tribunales franceses a esta Organización, incluso la inmunidad en una acción presentada por un terrateniente contiguo, que alegó la existencia de una servidumbre para impedir que dicha Organización construyera edificios para sus oficinas en su terreno (72).

La inmunidad jurisdiccional de los funcionarios internacionales varía de acuerdo al respectivo rango. La Convención sobre Inmunidades y Privilegios de la ONU confiere inmunidades diplomáticas plenas sólo al Secretario General y a los secretarios generales adjuntos. Además, los funcionarios gozan de exención de impuestos sobre sus salarios (73).

(70) La Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas dispone: «Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona, gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial, a excepción de los casos en que renuncien expresamente a esta inmunidad.»

(71) Ver Acuerdo Interino de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 11 de junio y 1.º de julio de 1946. Ver también Convenio entre el Consejo Federal Suizo y la OIT, de 11 de marzo de 1946; con la OMS, de 17 de julio y 21 de agosto de 1948, y con la OMM, de 19 de marzo de 1955.

(72) Sorensen, obra citada, págs. 445 y 446.

(73) Algunos Acuerdos sobre sede niegan la exención de impuestos a los nacionales del Estado anfitrión. Igual actitud adopta el gobierno de los Estados Unidos en relación a sus nacionales.

INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE DEMANDAS Y PROYECTOS LEGALES

El repertorio de la práctica de las Naciones Unidas, de 1955, establece: «Las Naciones Unidas han reclamado inmunidad por procedimientos legales en casos presentados ante los tribunales nacionales de Argentina, Egipto, Jordania, el Líbano, México y los Estados Unidos. En la mayoría de los casos, las acciones fueron interpuestas por antiguos empleados de órganos de las Naciones Unidas por cese o por otras indemnizaciones que alegaban se les debían bajo las leyes y reglamentos nacionales. Salvo en un caso interpuesto en Jordania, la inmunidad de las Naciones Unidas de procedimientos legales fue o expresa o implícitamente reconocida en los tribunales locales (74).

Un miembro de la oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas declaró en 1958 lo siguiente: «What is actually done for property damages, personal injury liability, etc., is to carry insurance covering motor vehicles and public liability insurance for accidents in the Headquarters District. It is now the practice to waive immunity for the purpose of suit on such claims. There has been no tort claim arising since the establishment of the Headquarters in New York in which the Organization has asserted its immunity.

Contract claims against the United Nations are subject to arbitration. Usually the provisions in leases, purchase contracts, sales agency agreements, and the like, refer to the rule of the American Arbitration Association, the Inter-American Commercial Arbitration or the International Chamber of Commerce...» (75).

Ninguno de los Convenios o Instrumentos jurídicos regulatorios del estatuto legal de las propiedades de las Organizaciones contienen estipulaciones referentes al asilo (distinguiéndolo del refugio temporal). Debe concluirse que no existe el derecho de asilo en los establecimientos que ocupa la Organización (76).

Así, en el acuerdo entre Canadá y la OACI, bajo el artículo II, el derecho de asilo está expresamente excluido.

(74) Repertory of Practice of United Nations Organs. Articles 92-111 of Charter (1955) 338.

Ver casos en M. Whiteman, obra citada, págs 52 a 65.

(75) Whiteman, obra citada, pág. 62.

(76) Brandon: «The Legal status of the premises of the United Nations.» XXVIII. British Year Book, of International Law. 1951. 90, 107. Citado por M. Whiteman, obra citada, pág. 67.

Jenks sostiene que, en caso de disturbios u hostilidades, la Organización Internacional está totalmente justificada en otorgar asilo a sus empleados o a sus miembros que, por razón de nacionalidad, religión, raza, etc., estén en peligro, lo mismo que haría una embajada. Ello está justificado por razones humanitarias o respeto de los derechos humanos (77).

El acceso a las autoridades federales, estatales, administrativas, etc., de los Estados Unidos está vedado a las oficinas de las Naciones Unidas, bajo el acuerdo suscrito entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, salvo consentimiento del Secretario General de aquélla.

INMUNIDAD DE ARRESTO Y DETENCION

El 30 de junio de 1967, el presidente de la República de Guinea informó al Secretario General de las Naciones Unidas del arresto ilegal y detención por las autoridades de Costa de Marfil de la delegación de Guinea que regresaba de la sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre ellos, el ministro de Relaciones y el representante permanente de Guinea ante la Organización mundial.

El Secretario General de las Naciones Unidas, en comunicación dirigida al ministro de Relaciones de Costa de Marfil, declaró que la medida adoptada por este país contravenía el Acuerdo Internacional suscrito por Costa de Marfil: Artículo IV, sección 11, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946.

PERSONA «NON GRATA»

La Convención General sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas no se refiere a este punto. Pero la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados contiene una estipulación al respecto. En virtud de ésta, los representantes de los miembros no pueden ser requeridos por las autoridades nacionales para que abandonen el país donde desempeñan sus funciones por actividades realizadas en su capacidad oficial, pero, en caso de abuso de privilegios de residencia cometido en actividades fuera de sus funciones oficiales, pueden ser requeridos por el

(77) International Immunities. 1961, págs. 51 y 52.

gobierno del país para que lo abandone, de acuerdo al procedimiento aplicado a enviados diplomáticos acreditados en el país donde reside el funcionario.

OPERACION DE VEHICULOS MOTORIZADOS

En *Friedberg v. Santa Cruz*, la División de Apelación de la Corte Suprema del Estado de Nueva York reconoció la inmunidad del representante permanente de Chile, en una acción por daños y pérdidas causadas por la operación negligente de un automóvil de la esposa del representante chileno (78).

En *People v. Von Otter* se aceptó la inmunidad de la esposa de un miembro de la delegación sueca ante las Naciones Unidas por una contravención por mal estacionamiento de su automóvil (79).

En *New Rossel v. Page Sharp*, un cargo por velocidad excesiva fue interpuesto contra un miembro de la delegación de Australia ante las Naciones Unidas. La Corte dictaminó que el demandado tenía los mismos privilegios e inmunidades que los que recibiría en Australia un diplomático de los Estados Unidos.

(78) 86 N. Y. S. 2d 369 (App. div. 1949). M. Whiteman, obra citada, pág. 133.

(79) 114 N. Y. S. 2d 295 (City Ct. New Rochelle, 1952).

LA 'OPINIO JURIS' COMO FUENTE AUTONOMA DEL DERECHO INTERNACIONAL (*'OPINIO JURIS'* Y *'JUS COGENS'*) (*)

Rodolfo E. PIZA ESCALANTE
Asociado del IHLADI

INTRODUCCION

Planteamiento del tema en general.

0.1. El tema de esta ponencia no corresponde tanto a una preocupación teórica, desinteresada y general, como a una eminentemente práctica, interesada y concreta: la de tratar de encontrar una explicación jurídicamente relevante a una serie de fenómenos de creación e interrelación de normas en el Derecho Internacional contemporáneo que, a mi juicio, ni se han enmarcado correctamente ni deben enmarcarse totalmente en la estructura tradicional de las tres —o cuatro— categorías conocidas de fuentes formales principales de ese Derecho: los tratados o actos convencionales, la costumbre internacional, los principios generales y, en su caso, la equidad; si bien reconoce la necesidad práctica y la ingeniosidad teórica con que se ha procurado acomodarlos en unas u otras, habida cuenta de la rigidez del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), que es la única definición jurídico-positiva general de tales fuentes formales. En resumen, la tesis que pretendo sustentar es la de que, por una parte, esa definición tiene que depurarse y superarse, y, por la otra, debe ya reconocerse la emergencia de nuevas formas de creación que no pueden ubicarse en las tradicionales sin forzamientos inconvenientes, aunque, como dije, esos forzamientos resulten necesarios todavía. En todo esto considero que juega un papel de primerísimo orden la llamada *'opinio juris'*, a secas por ahora (1).

0.2. En verdad, la observación crítica del Derecho Internacional de antes y de después de las dos guerras mundiales, en especial de la segunda, deja la convicción de que ha sufrido, no sólo enormes cambios cuantitativos —de extensión y volumen—, sino una verda-

(*) El presente trabajo fue presentado por su autor como Ponencia en el XIV Congreso del IHLADI (San José, Costa Rica, 22-29 de marzo de 1985).

dera transformación cualitativa —en sus principios e instituciones fundamentales—, que no puede resolverse con la sola adaptación de los conceptos y criterios vigentes, sino que reclama el reconocimiento de nuevas formas y categorías formales para expresar la distinción radical entre el *Derecho Internacional tradicional* y el *Derecho Internacional contemporáneo*, con miras al presente y, sobre todo, a un porvenir que parece inminente. Porque el Derecho no es, al cabo, más que una técnica de organización social, si bien la más civilizada y, por cierto, con el tiempo la más eficaz, de manera que los conceptos y formas jurídicos sólo se justifican en función, más que de su *verdad*, de su *utilidad* para ordenar realidades e ideales políticos, sociales, económicos, culturales que el Derecho no crea y que sólo en un ámbito muy limitado puede controlar.

0.3. A mi ver, los fenómenos más dramáticos de ese tránsito, progresivo pero imparable, del Derecho Internacional tradicional al contemporáneo son, en síntesis, los siguientes:

03.1 a) El proceso vertiginoso de la *codificación* del Derecho Internacional contemporáneo y el nacimiento de nuevas instituciones desconocidas para el tradicional —como el *Derecho de la Organización Internacional*, los *sistemas regionales*, el *Derecho de los Tratados*, el *Derecho del Mar*, el *Derecho Internacional Humanitario*, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (sin contar el polémico *Derecho Comunitario*), fenómenos estos claramente desbordantes de la estrechez de un Derecho concebido como simple ordenamiento 'interestatal' (2), con principios propios que en algunos casos hasta parecen estar reclamando autonomía de su tronco matriz (como el Derecho de los Derechos Humanos) y siempre necesitados de una redefinición de conceptos básicos que hasta hace poco se tenían por inmovibles, como los de los *sujetos* del Derecho Internacional, de la delimitación de éste con base en un *criterio material* —de contenido—, del fundamento más o menos *voluntario* de sus normas, de sus *criterios de interpretación* y del concepto mismo de la comunidad internacional (§§ 13 a 15 infra).

03.2 b) La circunstancia de que una serie de instrumentos no surgidos de una convención ni de una costumbre propiamente dicha —en su sentido riguroso de 'conducta conforme a Derecho'— sean capaces de adquirir y hayan adquirido ya, unos más, otros menos, carta de naturaleza como verdaderas normas de Derecho Internacional, a veces incluso con valor de 'jus cogens', como ocurre en los

casos de algunas *Declaraciones* adoptadas en el marco general de las Naciones Unidas (3) o en los de los sistemas regionales, el Interamericano en especial (4). La explicación que usualmente se intenta de que se trata de normas consagradas por la *costumbre internacional*, aparte de que deja sin contestar en qué medida esos extraños instrumentos pueden constituir 'jus cogens' y por qué, tampoco satisface en muchos casos la inquietud del jurista riguroso, de cómo puede justificarse una 'consuetudo' no fundada en la *conducta conforme a derecho* que la caracteriza y distingue, sino apenas en la *práctica retórica* de los Estados, a menudo contradicha flagrantemente en la realidad, de reconocer o declarar que reconocen su juridicidad, siendo que no se trata de una 'práctica consuetudinaria de conducta', sino de un simple *medio de expresión o de prueba* de 'opinio juris', es decir, de sólo uno de los elementos de la verdadera costumbre (v. # 16.4 infra).

03.3 c) Finalmente, la aparición, indiscutible sobre todo después de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CDT, Viena, 23-V-69, vigente 20-I-80), reconocida en lo fundamental como codificación del Derecho Internacional General (5), de dos categorías diferenciadas de normas de Derecho Internacional: por un lado, las *ordinarias*, de las que, o se ve un orden de jerarquías descendente, con primacía de las convencionales (por sí mismas o como 'lex specialis'), o se entrelazan sin reconocer a ninguna una determinada prelación invariable, admitiéndose entonces, como regla general, que ni puede la costumbre resistir siempre a su derogación por tratado, ni el tratado a su derogación por costumbre, ni ambos a los principios generales, o viceversa (sin contar la equidad, que presenta sus propios problemas); por el otro, las llamadas *normas imperativas de Derecho internacional general* ('jus cogens'), derivadas, según las preferencias, de la costumbre, de los principios generales, del consenso o de la conciencia común de los Estados o de la comunidad internacional en su conjunto, de un orden objetivo —natural, racional o divino—, etc., pero no de las convenciones y, sin embargo, dotadas por definición de un rango —potencia y resistencia— superior al de todas las normas ordinarias... por lo menos al de los tratados, como que determinan su nulidad, incluso sobreviniente (CDT, arts. 53 y 64; v. infra # 22). Todo lo cual plantea, como es obvio, no solamente la necesidad de distinguir unas normas de otras y, por ende, establecer los *criterios jurídicos* —*principios*— en cuya virtud se distinguen y las *normas jurídicas* —*superiores*— fundantes de su validez y rango respectivos, sino también, como vere-

mos, la necesidad de reexaminar totalmente la cuestión de la *comunidad internacional* a la que esas normas se imputan (§§ 13 a 15 infra).

04. De entre todos esos tipos de fenómenos, todos ellos vinculados al despertar de una *nueva conciencia internacional* que, como dije, nos está obligando a contrastar el Derecho Internacional contemporáneo casi desde sus cimientos, he escogido el de las *normas imperativas de 'jus cogens'* como ejemplar, porque es el que, a mi juicio, nos demanda replantear más a fondo, tanto el tema del papel de la '*opinio juris*' en su gestación, como el de la naturaleza y jerarquía de las *fuentes de su creación, en particular las formales*.

CAPITULO I

El problema de las fuentes del Derecho Internacional.

10. No cabe a esta ponencia desarrollar una teoría de las fuentes del Derecho Internacional, pese a que dista de tener una respuesta unívoca, en parte por las dificultades estructurales mismas de ese orden descentralizado y disperso, en parte por los problemas coyunturales, pero difícilmente superables, derivados del texto del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y de una jurisprudencia que, por muy ingeniosa y audaz que quiera ser, está encerrada en la rigidez de ese texto y en la desesperanza de que pueda llegar a reformarse a corto plazo (si hay algo intocable en Naciones Unidas es la Carta de la Organización o el Estatuto del Tribunal). Para prevenir un encharcamiento que de todas maneras acabaría en una quizá interminable discusión semántica, no tengo más que seleccionar arbitrariamente los conceptos que mejor se acomoden, tanto al propósito de mi ponencia como al sentido técnico más generalizado, que por supuesto se relaciona íntimamente con el propio artículo 38 del Estatuto del TIJ, según el cual:

«1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

»a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

»b) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

»c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

»d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 59.

»2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio '*ex aequo et bono*', si las partes así lo convinieren.»

11. Una primera dificultad surge de la confusión existente respecto del concepto mismo de *fuerza de Derecho*. En general, la expresión se utiliza para designar: (i) unas veces, el '*fundamento*' del Derecho; (ii) otras, su '*origen*' mediato o (iii) su '*causa*' inmediata, material —de contenido— o formal —su '*forma de creación*', que suele confundirse con la '*expresión*' misma del Derecho creado—; (iv) otras, en fin, sus '*medios de comprobación*' —que equivalen a la '*prueba*' del Derecho— (6). La cuestión no es sencilla, porque está vinculada al *concepto mismo del Derecho*, que no es técnica sino filosófica. Sin embargo, de tejas abajo me parece posible desechar las dos primeras acepciones —de '*fundamento*' y de '*origen*' del Derecho—, las cuales deben darse por supuestas, aunque a veces tengamos que aludir a ellas para señalar el insoslayable anclaje del Derecho en la justicia y en la realidad social, y la última —de '*medios de comprobación*' del Derecho—, que le es posterior, y reserva la denominación de '*fuentes*' a la de '*causa inmediata*', en sus dos sentidos: como '*fuerza*' del '*contenido*' del Derecho o *fuerza material*, y como su '*forma de creación*', *fuerza formal* o *fuerza a secas*, que es el más técnico y generalizado en la doctrina, aunque no siempre interpretado con fidelidad (7).

12. Una segunda confusión resulta de que la misma expresión '*Derecho*' sirva para designar cosas tan diferentes como: (i) el '*concepto genérico*' del Derecho como objeto de conocimiento, o (ii) sus disciplinas especializadas (Derecho Internacional, Constitucional, Administrativo, Civil, Penal, etc.); (iii) cada '*ordenamiento jurídico*' más o menos autónomo (Derecho Internacional Universal, Derecho Regional Interamericano, Derecho Costarricense o Español, el '*Derecho*' de una localidad cualquiera, aun el de una sociedad civil o mercantil); (iv) las '*normas*' del Derecho individualizadas (las de una correcta relación jurídica —por ejemplo, contractual—); o, por último, (v) las propias '*situaciones jurídicas subjetivas*'.

vas' creadas por las normas (derecho subjetivo, poder, obligación, carga, negocio jurídico, etc.). De la misma manera simplista que en el caso anterior, hay que seleccionar un concepto de *fuentes del Derecho* que mejor se acomode al propósito de mi ponencia y, por supuesto, a su sentido más usual en Derecho Internacional; sólo que en éste la respuesta es equívoca, porque se habla de fuentes, a veces indistintamente, como *fuentes de las normas* que lo componen y como *fuentes de las situaciones jurídicas subjetivas* creadas por ellas, valga decir, las *normas mismas* que las crean (8). Así, el famoso artículo 38 del Estatuto del TIJ:

12.1 a) En el párrafo 1, inciso a), alude a las "convenciones internacionales", claramente en el sentido de 'tratados normas' —generales o particulares—, o sea de las normas mismas, como fuentes de situaciones jurídicas subjetivas —obligaciones y derechos—; la fuente de esas normas convencionales serían precisamente las "reglas reconocidas por los Estados", a través del acuerdo de voluntades que da nacimiento al tratado y que éste establece —o más bien recoge y expresa—. Me parece que este inciso es el que expresa el concepto de manera más precisa, a condición de que se entienda que las convenciones internacionales "resultan de la voluntad concurrente de los Estados".

12.2 b) En cambio, en el inciso b) se refiere a la "costumbre internacional", pero no en el sentido de la 'norma consuetudinaria' fuente de situaciones jurídicas subjetivas, sino de simple 'medio de comprobación' de una "práctica generalmente aceptada como derecho", la cual sería la verdadera norma, sin hacer alusión a la fuente de ésta. En realidad, la costumbre internacional es la norma misma y, por ende, no la prueba, sino el "resultado de una práctica general, generalmente aceptada como derecho".

12.3 c) En el inciso c) introduce los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", que, ante todo, como 'principios', no son normas, sino 'criterios de las normas' y que, por ende, son fuente de las normas mismas, no de las situaciones subjetivas que las normas crean (los Estados no pueden comportarse de conformidad con principios generales, sino con las normas jurídicas que los suponen y traducen en mandatos; cuando el Tribunal aplica un principio, lo que hace es utilizarlo para interpretar o integrar la norma, es decir, 'descubrirlo' como criterio de la norma misma que verdaderamente aplica) (9).

12.4 d) En relación con las llamadas fuentes 'auxiliares' del inciso d), también hay confusión: en primer lugar, las "decisiones judiciales" —entiéndase, de los tribunales internacionales—, son fuentes expresas y escritas, 'principales', aunque no normativas, de los casos concretos que resuelven; lo que es fuente 'auxiliar' y, por ende, indirecta, por cierto no escrita —aunque esté recogida por escrito en las sentencias— es la 'jurisprudencia de los tribunales internacionales', en cuanto ayuda a desentrañar el sentido de las normas del Derecho Internacional, es decir, como 'medio de comprobación' auxiliar de las normas; la jurisprudencia de los tribunales internos no es 'aplicable' como tal por el TIJ, porque para el Derecho Internacional es un 'hecho', aunque puede ser útil como prueba o incluso como un elemento constitutivo de la costumbre internacional o como medio de comprobación de principios generales comunes a los Estados. A la "doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", si es que se reconoce como fuente auxiliar, se le aplicaría, 'mutatis mutandis', lo dicho sobre la jurisprudencia internacional.

12.5 e) Finalmente, en el párrafo 2 el artículo reconoce como fuente la "equidad", que sí tiene la característica de ser, indistintamente, fuente de normas y de situaciones jurídicas subjetivas, pero, al estar supeditada su aplicación concreta a una expresa aceptación de las partes, se convierte en realidad en una fuente 'material', cuya actuación como fuente 'formal' estaría dada, en el esquema general del Estatuto, por el acto concurrente de voluntad de las partes que la aceptan y por el 'acto del juez', que la descubre y aplica.

13. Sobre los lineamientos expuestos, voy a ocuparme de algunos problemas concretos de las fuentes del Derecho Internacional que interesan inmediatamente al tema de mi exposición. Para esto, debo comenzar por establecer algunas precisiones generales:

13.1 a) Una, muy importante para mí, la de que todo Derecho, inclusive el Internacional, o es *Derecho positivo* o no es Derecho: el Derecho es un instrumento de ordenación social que está llamado a regir, efectivamente, la conducta de los hombres en sociedad; si no lo hace, puede ser una aspiración ideal o un orden puramente moral (que rige, pero en ámbito completamente distinto), algo que quiere y puede 'llegar a ser' Derecho, pero que no lo 'es'. Esto no significa ubicarme en ninguno de los positivismos, que trataron vanamente de reconstruir todo el edificio del Derecho al modo de las ciencias natu-

rales, negándose a apoyarlo en sus cimientos espirituales y morales, 'metajurídicos' (que por cierto no lo son, puesto que son, junto con la realidad social, el fundamento mismo del Derecho), cayendo en la pretensión estéril de justificarlo, ora —como el positivismo normativista— mediante criterios immanentes que acabaron disolviéndolo (haciendo "teoría del Derecho sin Derecho y teoría del Estado sin Estado", en la gráfica calificación de Heller de la Escuela de Viena), ora —como el positivismo empírico— mediante remisiones arbitrarias a realidades materiales —'causales'—, incapaces, tanto de anclarlo en sus principios —su 'verdad', para los fines del conocimiento—, como de desentrañar su sentido —su 'utilidad', para los fines de la vida humana—. Lo que ocurre es que el Derecho, como técnica de ordenación social que es, tiene una vocación de regir eficazmente la vida de la sociedad, y de regirla 'jurídicamente', valga decir, no de modo inexorable, sino mediante 'normas de conducta', esencialmente violables porque están dirigidas a la conciencia 'libre' de los hombres, que están así en capacidad de acatarlas o desacatarlas. El Derecho es así, un 'orden normativo' que, por definición, conserva su validez aun cuando sus normas sean desacatadas, pero que perdería su sentido si no estuviera garantizado por una determinada 'normalidad social'; las sanciones previstas por sus normas para su incumplimiento, son normas a su vez (con lo cual el problema de la violabilidad del Derecho no hace más que desplazarse de las normas primarias a las secundarias, y así sucesivamente hasta llegar a la norma sancionadora sin sanción), y, además, no son lo que el Derecho 'quiere', aparte de que prácticamente sólo pueden tener un carácter excepcional (no se puede meter en la cárcel a toda la sociedad). El Derecho Internacional, como un todo, goza, obviamente, de esa 'normalidad social', aunque muchas de sus normas se violen, a veces harto y con harta frecuencia, porque carece de la unidad sistemática del Derecho interno y no cuenta, como éste, con una autoridad centralizada que garantice su eficacia frente a la violación de sus mandatos; y tiene validez, precisamente, porque el Derecho se sustenta, más que en la efectividad de sus sanciones, en la convicción de sus mandatos, convicción que, a su vez, no puede explicarse sino por referencia a una determinada *conciencia social, socialmente compartida, de su validez*. No es, pues, que el Derecho sea más que positivo, sino que hay un *Derecho positivo que incorpora esencialmente el orden moral hecho conciencia social*. El orden moral en sí es un *orden objetivo de valores, también objetivos*, aunque requiere su 'entronización' en la *conciencia moral*. Yo lo llamo '*Derecho natural*', sin pretensiones absolutistas (10).

13.2 b) Otra, la de que el Derecho está compuesto por *normas de conducta*, pero no es un simple conjunto aritmético de normas agregadas, sino un *orden normativo* sistemáticamente integrado, superior a la suma de sus partes (11). Esto, que en el orden interno, centralizado y jerarquizado, resulta evidente, plantea serias dificultades en el Internacional, que es todavía un orden difuso e igualitario, en que no sólo los Estados son, a la vez, destinatarios y legisladores, administradores y jueces supremos de sus normas, sino que tampoco resulta fácil ubicar estas mismas en un orden definido de 'subordinación-supraordinación', de preeminencia de unas normas sobre otras, ni, lo que es más grave, de 'fundamento-fundación' en que cada norma derive su validez de una superior y funde, a su vez, la validez de una inferior. He dicho que 'no es fácil', pero no que no exista ese orden, porque 'tiene que existir': de lo contrario, no podría el Derecho Internacional ser Derecho, en el sentido de un *orden jurídico* propiamente tal (12).

13.3 c) La respuesta puede darla la 'teoría de la institución' (Hauriou, Santi Romano, por citar sólo a su creador y a su más importante sistematizador): toda sociedad humana genera la necesidad de un 'orden', es decir, de una estructura de relaciones de coordinación, de subordinación o de integración, que se impone a los miembros de la sociedad como 'debidas', es decir, como normas de conducta social ('ubi societas, ibi jus') (13). Lo que ocurre es que esa estructura puede darse: (i) en el plano de las relaciones 'intersubjetivas' que llamaremos, siguiendo a Heller, de *simple sociedad*, unida por lazos básicamente de coordinación, más o menos transitorios, fundados en la *conciencia de una utilidad común* y, por ende, eminentemente *voluntarios*, o (ii) en un haz de verdaderas relaciones de *comunidad*, de integración en un orden permanente y global, fundado en una *conciencia de comunidad*, desarrollado por el grupo social como un orden '*necesario*', no creado, sino descubierto; no acordado, sino reconocido. En el orden interno, son ejemplos típicos de simples 'sociedades' las asociaciones, las sociedades mercantiles, etc., y de *comunidades*, la familia, la profesión, la vecindad y el Estado mismo (14). En cambio, más allá del Estado, a pesar de que la idea de una verdadera *comunidad internacional* está en la base de todas las doctrinas clásicas del Derecho Internacional, a mi juicio nunca se actualizó en el Derecho Internacional positivo hasta el advenimiento de lo que he llamado el *Derecho Internacional contemporáneo*: en efecto, si algo puede decirse con certeza del *Derecho Internacional tradicional* es que siempre estuvo fundado en una idea

de *comunidad puramente conceptual*, es decir, en un conjunto de lazos comunes entre Estados soberanos, fundados en una '*opinio communis utilitatis*' o conciencia de una utilidad común, no en la existencia reconocida de ninguna instancia social superior. Obviamente, el Derecho Internacional no podía imputarse a esa inexistente 'comunidad social', sino sólo a la convicción de que había que ordenar, mediante normas jurídicas y, por ende, vinculantes y exigibles, las relaciones entre ellos, el 'comercio internacional' en sentido amplio; de manera que el ordenamiento creado, el Derecho Internacional, se fundaba en la conciencia de aquella utilidad común, ahora expresada en lo que podría denominarse una '*opinio juris ex commune utilitate*', es decir, una conciencia de obligatoriedad derivada de la 'utilidad' común, semejante a la que impulsa a los miembros de una asociación para la realización de intereses colectivos de los asociados (15). Que las cosas hayan cambiado en el Derecho Internacional contemporáneo, de manera que éste se impute a una verdadera *comunidad social internacional*, es parte de lo que en esta ponencia pretendo demostrar.

14. La caracterización del *Derecho Internacional tradicional* como el de una 'simple sociedad' de Estados, fundada en la 'utilidad común' y, por ende, eminentemente 'voluntaria', encuentra en la teoría de las fuentes una confirmación general. En efecto, las normas del Derecho Internacional no podían imputarse sino a aquella única sociedad, con la consecuencia de que su causa inmediata, como fuente material, sólo podía encontrarse en la 'voluntad de los Estados soberanos' y, como fuente formal, en la expresión común de esa voluntad; por mucho que mediatamente pudieran referirse a valores objetivos que la propia experiencia descubre presentes en toda obra humana, como la seguridad jurídica, la buena fe y la Justicia en fin. Lo que ocurría era sencillamente que aun esos valores objetivos se actualizaban, y se mediatizaban, en la conciencia colectiva de los Estados en función de su 'utilidad común', no de su necesidad intrínseca. De ahí que, en ese orden, los tratados, es decir, los acuerdos expresos de voluntad de los Estados, fueran la fuente superior y principal, montada sobre un único principio fundamental, '*pacta sunt servanda*', simplemente necesario para el funcionamiento del sistema; y que todas las restantes normas, amén de subsidiarias, se definieran en razón de la misma voluntad, más o menos implícita en su acto de creación (la costumbre expresaba un 'acuerdo tácito' de los Estados; los principios generales no eran más que criterios marginales 'inducidos' en la estructura de las propias normas o de la mera

coincidencia entre los ordenamientos internos de los propios Estados). Tanto es así que, ya entrado el siglo XX, el artículo 7 del XII Convenio de La Haya (18-X-1907), que creó un Tribunal Internacional de Presas y que fue la primera codificación general de las fuentes del Derecho Internacional (15-bis), establecía:

«Si la cuestión de derecho que se trata de resolver está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de dicho convenio.

»A falta de tales estipulaciones, el Tribunal aplicará las normas del derecho internacional. Si no existieren normas generalmente reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.»

14.1 De allí también que los tratados tuvieran que interpretarse restrictivamente, por la idea de que sus 'Altas Partes' no quisieron obligarse a más de lo que expresamente convinieron; y que la facultad de denunciarlos se tuviera por implícita e irrenunciable; y que el derecho de la fuerza terminara imponiéndose como fuente de legitimidad 'per se' (p. ej.: como título justo de adquisición territorial); y que la única garantía concebible de la paz fuera el llamado 'sistema del equilibrio europeo' (Europa monopolizaba el prestigio de la civilización y la fuerza material), que rigió desde el propio nacimiento del Derecho Internacional positivo (con la Paz de Westfalia de 1648), hasta la primera guerra mundial (1914-18), y aun después, si se quiere, si bien ya en francas vías de extinción.

15. Sin embargo, poco tiempo después, el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (16-XII-1920), creado junto a la Sociedad de las Naciones al término de la primera guerra mundial, literalmente igual al actual artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (v. # 10 supra), definía las fuentes del Derecho Internacional de manera semejante al de 1907 (convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales de derecho y, en su caso, equidad, esta última sólo como fuente arbitral, agregando las decisiones judiciales y la doctrina como fuentes auxiliares), pero con la diferencia importante de que ya no estableció ningún orden de prelación entre unas y otras, con lo cual por lo menos ha permitido su aplicación de manera más flexible en cada caso, de acuerdo con sus circunstancias. Se dio, así, sucesivamente, al Tribunal Permanente y al TIJ la capacidad, por

ejemplo, de poner en primer lugar los principios generales y de reconocer la recíproca subordinación de la costumbre al tratado y del tratado a la costumbre, según las circunstancias de cada caso concreto sometido a su conocimiento (16). A mi juicio, esta sola posibilidad, unida a su progresiva utilización, sobre todo por parte del TIJ (después de 1945), ha sido determinante en la que he calificado de verdadera 'revolución' cualitativa del Derecho Internacional contemporáneo, porque implica, ante todo, que ya éste no tiene, o no tiene que tener, su centro de gravedad en la 'voluntad' subjetiva de los Estados, cuya máxima expresión es el tratado, sino que pueden sus normas imputarse a la *comunidad internacional* como un todo, superior a sus partes, cuya *conciencia jurídica colectiva* es capaz de imponer el Derecho sin, y aun contra, la voluntad de sus miembros. Esto es, por ejemplo, lo que ha abierto el camino, quizá técnicamente censurable, pero prácticamente plausible, para que la imaginación creadora vaya dando solución a los nuevos problemas planteados por un orden internacional explosivamente dinámico, e inclusive incorporando nuevas formas de creación y de integración del Derecho que desbordan los límites tradicionales, como son los fenómenos indicados en el umbral de esta ponencia, del 'jus cogens', de las 'Resoluciones', 'Declaraciones' y otros actos de la vida internacional institucionalizada, y de las peculiaridades de nuevas 'disciplinas', más o menos autónomas, como son, especialmente, el Derecho de la Organización Internacional, los Derechos Regionales, el Derecho Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos (supra # 06).

16. Soslayando, por lo pronto, los problemas específicos del 'jus cogens', el panorama que ofrece el Derecho Internacional contemporáneo está lleno de riquísimas innovaciones, con implicaciones fundamentales respecto de la teoría de las fuentes, como son, entre otras, las siguientes:

16.1 a) El citado principio de *igualdad de jerarquía de las fuentes* que, además de desplazar, como es obvio, la voluntad subjetiva de los Estados del centro de gravedad de la creación del Derecho Internacional, replantea totalmente la cuestión de la 'validez' de sus normas, en función de la comunidad internacional. En efecto, los principios 'pacta sunt servanda' y 'consuetudo est servanda', que en un Derecho Internacional simplemente 'societario' eran sólo principios fundantes de las normas convencionales y consuetudinarias, supuestos jurídicos no normados derivados de la estructura de rela-

ciones intersubjetivas de los Estados, se convierten en *normas a su vez de un Derecho Internacional 'comunitario'*, que delegan 'autoridad normativa' en los propios Estados, para que éstos la ejerzan, a través de tratados y costumbres, en determinadas condiciones y determinados límites que el ordenamiento establece y que puede modificar o inclusive suprimir (por ejemplo, creando una autoridad 'supranacional' especializada), al mismo tiempo que confieren validez a principios generales derivados de valores objetivos que la propia comunidad actualiza como formas de conciencia colectiva. Por supuesto, se trata de una comunidad 'democrática', en la cual, como ocurre en el Derecho interno, los titulares últimos del poder son los propios destinatarios del poder.

16.2 b) El criterio, ampliamente compartido, de que para la formación de las *normas consuetudinarias* basta la concurrencia de una 'generalidad' de los Estados, de manera que la "práctica *generalmente aceptada* como Derecho" requerida por el artículo 38 se convierte en Derecho, incluso para los que no concurrieron a su formación, ni la aceptaron, conforme lo tiene resuelto reiteradamente el TIJ (17). Esto implica, como es obvio, el abandono definitivo de la tesis 'voluntarista' que postulaba la costumbre como un 'acuerdo tácito de voluntades' entre los Estados y, por ende, la conversión de la 'generalidad' de los mismos en un 'órgano' de la *comunidad internacional*, como se dijo.

16.3 c) El concepto, también ampliamente compartido, de que para el 'reconocimiento' de los *principios generales* tampoco es menester una unanimidad, sino que basta una 'generalidad' de los Estados, y, además, de que la alusión a "*las naciones civilizadas*" ha perdido la connotación 'imperialista' europea que la alumbró, y hoy se aplica en general a todos los Estados, especialmente a los miembros de las Naciones Unidas, que han adquirido un carácter claramente universal (el criterio de 'nación civilizada' parece ser hoy el de los requisitos para la admisión de Estados a la Organización: ser amante de la paz, aceptar las obligaciones de la Carta, estar capacitados para cumplirlas y dispuestos a hacerlo —Carta ONU, art. 4—) (17 bis).

16.4 d) Una interpretación expansiva del concepto mismo de *costumbre internacional*, todavía no acogida —hasta donde se me alcanza— por el TIJ, pero bastante generalizada en doctrina. En efecto, de conformidad con principios largamente acuñados, la cos-

tumbre jurídica se define como una 'conducta conforme a derecho', general y permanente: resulta así, de la concurrencia de dos elementos distintos y necesarios: (i) una 'práctica' general y reiterada en el tiempo —elemento objetivo o 'material'— y (ii) una 'conciencia de su obligatoriedad' u 'opinio juris' —elemento subjetivo o 'formal'—; sin la una o la otra, sencillamente no se forma la norma consuetudinaria, y así lo ha entendido siempre el Tribunal (18). Sin embargo, en el Derecho Internacional contemporáneo, la irrupción explosiva de nuevas realidades necesitadas de normación apropiada, la intensa actividad diplomática y política que generan, sobre todo en las Naciones Unidas y otros organismos institucionalizados, y la urgencia de encontrarles acomodo en un sistema jurídico que no estaba preparado para recibirlos, ha provocado, entre otras cosas, una dislocación en la definición misma de la 'consuetudo' tradicional, semejante a la que hizo evolucionar el Derecho anglosajón, del antiguo "common law" fundado en la costumbre 'inmemorial', al moderno "case law" basado en precedentes judiciales (18 bis). Se va reconstruyendo, así, el clásico elemento material de la costumbre internacional —la 'práctica' de los Estados—, transformándola, de una 'conducta conforme a derecho' en el sentido de una 'actividad material' de cumplimiento de las normas 'in status nascendi', a una serie de prácticas *puramente retóricas* (usos diplomáticos, observaciones de los gobiernos a proyectos de codificación, declaraciones de sus representantes en organismos internacionales o conferencias especializadas, instrucciones de las cancillerías a los agentes diplomáticos, etc.) (19), los cuales ya no constituyen 'conductas conformes' con las normas, sino simples 'medios de comprobación' de una 'conciencia jurídica' —'opinio juris'—, que no es el elemento material, sino el formal de la costumbre. Con otras palabras, si ésta, para formarse, requiere la concurrencia indispensable de una 'práctica' general y permanente y de una 'conciencia de su obligatoriedad', simplemente se está sustituyendo la primera con hechos que no implican ninguna 'conducta conforme' con la norma en gestación, sino sólo la 'prueba' de la segunda, reemplazando lo que los Estados 'hacen' por lo que los Estados 'piensan' o 'dicen que piensan' (20). Que éste sea o no el camino correcto, es harina de otro costal (21).

16.5 e) Finalmente, el replanteamiento de los *principios generales de derecho* "reconocidos por las naciones civilizadas", no sólo en su posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico internacional, como se dijo (# 16.3 supra), sino en su propio contenido y fundamento. En efecto, el desarrollo del Derecho Internacional

contemporáneo ha impuesto la necesidad de superar la concepción tradicional de estos principios generales como un conjunto de criterios puramente técnicos de interpretación (la simple 'analogía' que decía Anzilotti), y de reconocer que son mucho más: una verdadera trama de verdades fundamentales que se inscriben en la 'conciencia jurídica común de los pueblos 'civilizados' (entiéndase, 'todos' los pueblos, civilizados en tanto que capaces de compartir precisamente esa 'conciencia de civilización') y que forman en conjunto el 'criterio de validez' de todo el Derecho. Principios que, repito, a mi juicio no son todavía 'normas', sino 'criterios de las normas', pero de todos modos principios con un verdadero contenido 'material' y, por tanto, capaces de generar una "trama de normas fundamentales" (en expresión de Verdross) de todo el orden jurídico internacional (22). En realidad, siempre fue así, sólo que el positivismo dominante a lo largo de la etapa de maduración del Derecho Internacional tradicional los mantuvo cubiertos con un espeso velo como simples mecanismos meramente 'semánticos' de interpretación del Derecho 'normado', inducidos de éste o de los ordenamientos internos comparativamente (tanto así que el propio positivismo, traicionando su posición, tuvo que reconocer por lo menos un 'principio' objetivo, generador de la "norma fundamental que establece una autoridad ilimitada" creadora de todas las demás) (23). Lo que ocurre es que en el Derecho Internacional contemporáneo, vencido ya el complejo positivista, ha debido reconocerse abiertamente que todo el Derecho, o se apoya en un sistema de principios fundamentales, derivados de un orden 'objetivo' que la razón natural descubre y actualiza en la 'conciencia colectiva' de la comunidad internacional, o se disuelve en una "serie de complejos de poder en lucha unos con los otros" (24), es decir, desaparece como 'Derecho'. La verdad es que es en la aplicación de principios generales —de contenido— donde se manifiesta con mayor intensidad la nueva actitud, tanto normativa como jurisprudencial, impuesta por las nuevas realidades del Derecho Internacional contemporáneo (25).

17. De dos maneras principales, pues, la 'opinio juris' está emergiendo ya, con toda claridad, como una verdadera 'fuente autónoma' en el Derecho Internacional contemporáneo: (i) a través de la reformulación (necesaria quizá, aunque a mi juicio técnicamente incorrecta) de la *costumbre internacional*, en la que va quedando como elemento único de su formación que sólo requiere de cierta permanencia (y, por supuesto, de su demostración), y (ii) a través del pleno reconocimiento e intensa aplicación de los *principios gene-*

rales del propio *Derecho Internacional*, en el sentido de un sistema de valores objetivos actualizados como tales, es decir, como necesarios en la conciencia colectiva de la comunidad internacional. Todo esto ya en las mismas instituciones tradicionales del Derecho Internacional; cuando se trata del '*jus cogens*' internacional, la necesidad de esa formulación se hace más evidente todavía.

CAPITULO II

La 'Opinio juris' y el 'Jus cogens' en Derecho Internacional

20. La idea de que hay, en Derecho Internacional como en Derecho interno, ciertos *principios y normas fundamentales* excluidos, como tales, de la autonomía de la voluntad de los Estados, es antigua, no sólo en la doctrina, sino también en la práctica misma, aun bajo el dominio del positivismo, que tuvo, para ser congruente, que disfrazarlos como implícitos en las propias normas convencionales positivas, con muy pocas excepciones de radicalismo extremo (26). En esto, como en tantas otras cosas, la formulación del Padre del Derecho Internacional es impecable:

«El Derecho de gentes no tiene solamente fuerza de pacto o de convención entre los hombres, sino que posee igualmente fuerza de ley. El mundo entero, en efecto, *que en cierto modo es una república*, tiene el poder de establecer leyes justas y ordenadas al bien de todos, tales como son las de Derecho de gentes. En consecuencia, cuando se trata de asuntos graves, ningún Estado puede considerarse desligado frente al Derecho de gentes, porque este último reposa en la *autoridad del mundo entero*» (F. DE VITORIA, "De potestate civile" (27).

21. Sin embargo, no es sino en el presente siglo, y de la mano precisamente de la evolución del Derecho Internacional tradicional al contemporáneo, cuando el concepto de '*jus cogens*', con una formulación precisa aunque todavía no exenta de limitaciones (ni, por cierto, de detractores) se incorpora a un Derecho que ha logrado por fin superar el positivismo y, al mismo tiempo, liberarse de las cadenas de la 'soberanía' absoluta del Estado para sustentar la totalidad del sistema en la *realidad de una verdadera comunidad internacional* (la "república", el "totus orbis" vitorianos), sin la cual aquél sería poco menos que ininteligible. En general, la evolución se muestra

dramáticamente en dos textos jurisprudenciales, separados por una corta distancia de veinticuatro años: el primero, de una sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso 'Lotus' (1927), que no niega la 'posibilidad' de la existencia de principios o normas imperativos, pero los ve con clara reticencia:

«El derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas obligatorias para los Estados emanan por consiguiente de su *libre voluntad propia* tal como es expresada en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho y establecidos para regular las relaciones entre esas comunidades independientes coexistentes o con miras al logro de objetivos comunes. Por consiguiente, *las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen.*» (TPJI, Ser. A, # 10; 18) (28).

la segunda, de la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre "Reservas a la Convención sobre Genocidio" (1951):

«Los principios básicos de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como *obligatorios para todos los Estados, aun fuera de toda obligación convencional.*» (TIJ, Rep. 1951; 23) (28).

22. Lo cierto es que hoy el '*jus cogens*' es Derecho legislado, precisamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, como se dijo, ha sido reconocida en muchos aspectos como codificación del Derecho Internacional General—o consuetudinario— (# 06.1, nota 3 supra), que en sus artículos 53, 64 y 66 lo establece y garantiza, como sigue:

Art. 53. (*Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)*).

«Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una *norma imperativa de derecho internacional general*. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como *norma que no admite acuerdo en contrario* y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.» (28 bis).

Art. 64. (*Aplicación de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)*).

«Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.»

Art. 66. (*Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación.*)

«Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes:

“a) Cualesquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia a arbitraje...”».

Sería posiblemente demasiado pretender que la norma procesal del artículo 66 pudiese ser interpretada como de Derecho Internacional general ella misma, con lo que solamente sería aplicable a los Estados Partes en la Convención; pero al menos las normas sustantivas de los artículos 53 y 64 sí serían probablemente calificadas como tales y, por ende, aplicables 'erga omnes'. Es más, por su naturaleza fundamental y porque precisamente tienen por objeto definir limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad de los Estados en virtud de 'orden público internacional', posiblemente habría que considerarlas como normas de 'jus cogens' a su vez (v. infra).

23. Los conceptos recogidos en esos textos positivos plantean problemas, tanto de definición como de interpretación, que es necesario tratar de aclarar, por supuesto dentro de las limitaciones de esta ponencia y habida cuenta de que la alta calidad de sus destinatarios excusa toda falta de erudición:

23.1 a) En primer lugar, el problema del concepto mismo de 'jus cogens', que implica, a su vez, el de su fuente material (# 24 infra).

23.2 b) En segundo lugar, el problema de su fuente formal, es decir, de las 'formas de creación' de las normas imperativas (## 25 y 26

infra); al que lógicamente hay que añadir el de las formas de su derogación o reforma (# 27 infra).

23.3 c) En tercer lugar, el problema de sus efectos (# 28 infra).

24. En lo que hace al problema del concepto de 'jus cogens' y de su fuente material, del artículo 53 CDT se desprende claramente que se trata: (i) de normas (por ende, no de principios); (ii) de normas de Derecho Internacional general (que normalmente se asimila al consuetudinario, en tanto que se hable de 'costumbre general'), y (iii) que se trata de normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, con la clara implicación de que se trata de valores actualizados en la conciencia colectiva de los miembros de esa comunidad internacional como un todo, superior a la suma de sus miembros —los Estados—, y no a la voluntad ni a la opinión, aunque sean concurrentes, de éstos, individualmente considerados. Todo esto reclama alguna elaboración:

24.1 a) Cuando se habla del Derecho Internacional general suelen confundirse tres cosas diversas, aunque normalmente concurrentes: (i) el Derecho Internacional 'universal', en el sentido del de 'toda' la comunidad internacional, aplicable, por ende, a 'todos' los Estados; (ii) el Derecho Internacional 'común', en cuanto que atribuido a la comunidad internacional 'en su conjunto', que no puede derivarse, por definición, de la voluntad individual de los Estados (aunque sea la de todos), pero puede también referirse a una comunidad menor como la regional (29); y (iii) el Derecho Internacional 'consuetudinario' como contrapartida del 'convencional'. Por una parte, es verdad que la sola noción de un Derecho Internacional 'universal' excluye la posibilidad de derivarlo de la voluntad subjetiva de los Estados, a los cuales se impone, por definición, en virtud de una comunidad que los excede, y, por la otra, que ese Derecho, tanto por 'universal' como por 'común', no puede ser creado por normas convencionales, que descansan en esa misma voluntad subjetiva de los Estados, y normalmente es producto de la costumbre internacional. Sin embargo, se trata, como dije, de cosas diferentes: en primer lugar, el Derecho Internacional universal puede en principio contener toda clase de normas aplicables a la totalidad de los Estados, incluso las convencionales, aunque es cierto que de hecho nunca ha existido una convención propiamente 'universal' (ni siquiera la Carta de las Naciones Unidas, de las que todavía no son miembros unos pocos Estados —Suiza, las dos Coreas, la República de China,

el Vaticano—). Sin embargo, la doctrina y el propio TIJ han establecido que la 'voluntad' de la comunidad internacional como un todo no requiere forzosamente la concurrencia unánime de los Estados que la constituyen (# 16.2, nota 17 supra), y si bien esto ha sido referido a la costumbre y a los principios generales, no veo ninguna razón para negarlo a determinados tratados que hayan logrado el respaldo de una gran mayoría de Estados (30); por lo demás, una importante corriente de opinión ha interpretado que las normas de 'jus cogens' precisamente podrían ser modificadas en virtud de tratados multilaterales que expresamente lo declaren (v. # 26 infra) ("quien puede lo más puede lo menos" y "donde hay la misma razón hay la misma disposición"). En segundo lugar, el concepto mismo de un Derecho Internacional 'universal' excluye, por definición, los *ordenamientos regionales* que, no obstante, en la medida en que puedan calificarse como 'autónomos', porque posean su propio 'sistema de principios' y correspondan a una verdadera 'comunidad internacional' más o menos homogénea y permanente, pueden tener y tienen un 'Derecho común' propio, es decir, un Derecho Internacional general en el segundo de los sentidos dichos, pero no en el primero; la cuestión es polémica, pero estoy convencido de que tales Derechos autónomos existen, por ejemplo, el llamado 'Sistema Interamericano' y el Derecho de las Comunidades Europeas (v. # 24.2). En tercer lugar, confundir el Derecho Internacional general con el consuetudinario equivale, entre otras cosas, a negar a los principios generales el carácter de fuentes autónomas que le ha sido reconocido expresamente por el Derecho Internacional (v. # 16.5 supra).

24.2 b) De lo expuesto se desprende que, para mí, desde un punto de vista de rigurosa técnica jurídica y del reconocimiento de que toda *comunidad humana* es capaz de generar por sí misma un *ordenamiento jurídico propio*, aunque sea subordinado o dependiente de uno superior, como enseña la teoría 'institucional' (31), el *Derecho Internacional general* a que tiene que referirse el artículo 53 CDT, es el segundo de los señalados, es decir, el de un sistema de normas jurídicas imputable a una comunidad internacional 'en su conjunto', con lo cual se abre paso por lo menos a su posible aplicación analógica en un '*jus cogens regional*', nunca contradictorio, por supuesto, con el universal. Ciertamente esta posibilidad tiene fuertes opositores, que se basan en general en la idea de que las normas imperativas del Derecho Internacional son sólo aquellas que, en la *conciencia de la comunidad internacional en su conjunto* (para ellos en el sentido de 'mundial'), son del todo imprescindibles para la exis-

tencia, el funcionamiento y la realización de los fines mismos del sistema (entre los cuales, un conjunto de valores objetivos, que adquieren carácter de 'fundamentales' en la conciencia colectiva de la comunidad), por lo que, siendo 'universales', no es concebible que puedan ser unos para la comunidad internacional global y otros para comunidades internacionales menores (32).

24.3. Sin embargo, es precisamente la concepción 'positiva' de que, si bien se trata de *valores sociales objetivos*, éstos sólo penetran en el Derecho cuando se actualizan en la *conciencia colectiva*, la que me lleva a la conclusión opuesta, de que mientras los ordenamientos regionales tienen que compartir la convicción de las *normas imperativas universales*, no necesariamente la comunidad internacional global tiene que compartir *otros* valores que la conciencia de cada comunidad regional actualiza como fundamentales para su propia existencia, funcionamiento y realización. Me parece que éste es justamente el caso, en el *Sistema Interamericano*, de ciertos valores consagrados por ella como fundamentales, por ejemplo el 'sistema democrático representativo' (que comparte con los Estados europeo-occidentales pero no con otros muchos), el 'asilo territorial y diplomático' y una cierta concepción particular de los 'derechos humanos' que, incluyendo todos los del sistema universal, los especifica y completa (33) (p. ej., la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" —2-V-48— y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" —22-XI-69— son más amplias y definidas que sus equivalentes globales, la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" —10-XII-48— y los "Pactos Internacionales, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" —16-XII-66—). El sentido escogido tiene también, por abajo, la ventaja de no excluir la posible formación de las normas imperativas mediante cualquiera de las fuentes formales del Derecho Internacional, con la única salvedad de que, en el caso de los tratados, la misma definición del '*jus cogens*' impondría la necesidad de que se trate de grandes convenciones multilaterales de alcance prácticamente universal, que 'recojan', más que creen la norma derogatoria (34).

24.4 c) La definición del artículo 53 CDT ha sido criticada de 'circular' porque

«no aprehende la esencia misma del '*jus cogens*' desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla

imperativa. No es que ciertas reglas sean de 'jus cogens' porque no permiten acuerdos en contrario; más bien, no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de reglas de 'jus cogens'» (35).

Sin embargo, sí contiene, a mi juicio, una importante indicación cuando establece que ha de ser "una norma imperativa de derecho internacional general... *aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto*", lo cual es ya un *criterio de contenido* que nos puede conducir a su *fuerza material*. En efecto, se alude ahí a que se trata de una norma "aceptada y reconocida", lo cual implica, a mi juicio, que no se trata de una norma creada o establecida por una 'voluntad', sino sólo aceptada y reconocida por una 'conciencia', y esto es suficiente para referirla a un concepto de '*orden público internacional*', claramente en el sentido de un conjunto de '*valores objetivos*' de justicia y de orden social, que se aparecen ante aquella conciencia como *necesarios* y que ella sólo tiene que *descubrir y declarar*. Esto ya es una toma de posición frente al positivismo, que solamente permite arribar a principios formales —interpretativos— derivados —inducidos— del propio Derecho positivo, y a la aceptación, no de un yusnaturalismo racionalista que se quiso intencionalmente soslayar, pero sí de un 'objetivismo' que recuerda, bien que sin intención en la mayoría de los casos, el yusnaturalismo de Vitoria y, sobre todo, de Suárez (36). La verdad es que todos los propulsores de la idea del 'jus cogens' internacional han asumido de un modo u otro, con mayor o menor disimulo, la posición de que hay, por encima del mero Derecho 'positivo' —en el sentido de 'legislado'—, verdades superiores sin las cuales no sería posible ni siquiera entenderlo; solamente los positivistas continúan negando la existencia de esas normas imperativas por encima de la voluntad de los Estados (37).

24.5 De lo expuesto hasta aquí se desprende: (i) que las dichas normas imperativas internacionales se originan, como 'causa mediata', en un *orden objetivo de valores también objetivos*, que se encuentra más allá de la libre disposición de los hombres y, por ende, que éstos no crean ni inventan, por razones de 'utilidad', sino que se limitan a descubrirlas como imperativos de 'necesidad'; (ii) que ese *orden de valores ideales*, se 'entroniza' en la 'conciencia' de los seres humanos en virtud de su capacidad para percibirlos y de su vocación para realizarlos (yo no tengo inconveniente en llamarlas *razón y vocación naturales*); (iii) que la reconocida igualdad y sociabilidad

entre todos los hombres hace que esos órdenes de valores entronizados en la conciencia de cada uno se comuniquen entre sí decantando una *conciencia colectiva* (cabría llamarla '*opinio communis necessitatis*') que, además, se actualiza como *necesidad de una ordenación social* en virtud de la cual cada uno conozca claramente sus deberes y derechos, con lo cual la conciencia colectiva se hace *conciencia de lo jurídico* (de lo jurídicamente necesario, es decir, '*opinio juris communis necessitatis*'). Esta conciencia jurídica colectiva es la que, no solamente origina el Derecho como un desarrollo a una 'autoridad' (que puede ser el propio grupo social, como 'órgano' de la comunidad, mediante una mayoría o algún otro mecanismo de unidad), sino también se reserva e impone ciertos *valores sociales fundamentales*, que no pueden violarse legítimamente por los miembros de la comunidad ni tampoco por la autoridad. Esta *reserva de valores sociales fundamentales* es lo que da nacimiento, precisamente, a las normas imperativas o 'jus cogens', tanto en el orden interno como en el internacional, a condición, eso sí, de que no se confunda el verdadero *orden público fundamental* que esas normas tutelan, con el mero 'interés público' que determina las simples normas imperativas ordinarias, como contrapuestas a las del 'jus dispositivum' de los particulares, es decir, mientras comprendamos que se trata de un verdadero Derecho necesario, de cumplimiento y respeto inexcusables no sólo para los súbditos, sino también para los detentadores del poder. Esto es especialmente importante en el orden internacional, porque los Estados son al mismo tiempo destinatarios y detentadores del poder, de manera que no es viable tratar de trazar una línea divisoria entre su actividad 'contractual' —como súbditos— y 'normativa' —como legisladores del Derecho Internacional—; la única comparación que se me ocurre entre las normativas imperativas internacionales y las del Derecho interno, sería con las llamadas en este último 'cláusulas pétreas' de la Constitución (38).

25. Obviamente, la definición misma del 'jus cogens' internacional es, hoy, la contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es decir, que la *norma fundamental* que define y delimita las normas imperativas del Derecho Internacional, cuyo efecto más saliente es el de su *supremacía* sobre el Derecho convencional, ha nacido a la vida del Derecho positivo a través, precisamente, de uno de esos 'tratados' sobre los cuales pretende imperar (los tratados multilaterales también pueden incurrir en nulidad por violación de una norma de 'jus cogens'). Sin embargo, esto no debe hacernos caer en la ligereza de pensar que nada menos

que la 'norma fundamental' de la totalidad del 'jus cogens' sea ella misma una simple *norma convencional*, aunque esté contenida en una convención. Lo que ocurre es que éstas, como todas las otras llamadas *fuentes formales* del Derecho, no son tales, sino apenas el 'vehículo' que transporta las normas desde su origen en la conciencia del hombre o de la comunidad, a través de la auténtica fuente formal que es el *acto de creación de las normas*; dicho de otra manera, la fuente formal de una norma no es la *forma jurídica* que la expresa, mucho menos la que sólo la demuestra, sino el *acto jurídico* que la crea como Derecho.

25.1. Por otra parte, el hecho mismo de la emergencia de normas 'jus cogens' demuestra también cómo es posible *desligar totalmente la fuente formal de la fuente material*: ¿cómo, si no es por referencia a la fuente material, puede determinarse entre dos normas nacidas de un mismo acto jurídico, cuál de ellas es norma ordinaria y cuál norma imperativa, y por qué?; porque es evidente que no todas las normas del Derecho Internacional son 'jus cogens': desde luego, no todas las convencionales, puesto que entonces no tendría sentido que el efecto de las normas imperativas sea precisamente el de anular las que se les opongan; tampoco todas las consuetudinarias, porque entonces no tendría sentido el principio tradicional, todavía vigente, de que por regla general ellas no tienen mayor jerarquía formal que las convencionales, de manera que normalmente la costumbre no puede resistir a su derogación por tratado; los principios generales son otro problema. Los antecedentes y debates que condujeron a la adopción del texto del artículo 53 demuestran cinco cosas interesantes para una correcta —o incorrecta— solución: (i) que las normas imperativas pueden surgir a la vida del Derecho *a través*, tanto de tratados multilaterales como de la costumbre internacional; (ii) que también pueden ser reformadas por los mismos procedimientos (el art. 53 dice que pueden serlo, pero no de qué modo); (iii) que el concepto de 'jus cogens' se contrapone, no solamente al de 'jus dispositivum', sino también al de otras normas del propio Derecho Internacional general que no son dispositivas, sino imperativas, pero carecen del carácter fundamental y absoluto del 'jus cogens' internacional; (iv) que sólo tiene carácter de 'jus cogens' un puñado de normas fundamentales "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto" (como dice la propia Convención), y (v) que pueden ser relevadas a través del 'consenso' de los Estados que componen la comunidad internacio-

nal. Sobre estas premisas es que hay que buscar a la cuestión una respuesta, al mismo tiempo realista y técnicamente congruente.

25.2 a) Las *convenciones o tratados multilaterales* tienen a su favor un consagrado reconocimiento como fuentes (formas de expresión) del Derecho Internacional general. Sin embargo, por lo que hace al 'jus cogens' la cuestión se complica por el hecho de que éste tiene, por definición, un carácter 'universal' (aun en el caso de un 'jus cogens' regional, porque la universalidad se refiere a la correspondiente comunidad internacional como un todo; no es lo mismo universalidad que totalidad), y es lo cierto que no existe ni ha existido jamás un tratado que abarque a todos los Estados sin excepción, de manera que resulta difícil conciliar la exigencia de universalidad del primero con el principio de que "un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento" —"pacta tertiis nec nocent nec prosunt"— recogido expresamente en el artículo 34 CDT; además, como se dijo, si el efecto específico de las normas de 'jus cogens' es el de limitar el principio de la autonomía de la voluntad de los Estados, parece contradictorio que pueda esa misma autonomía, a través de un tratado, derogar, modificar o inclusive impedir la promulgación de una norma imperativa internacional (¿cómo puede imponerse sobre las convenciones una norma nacida de una convención?; ¿y si la norma de 'jus cogens' resulta violada por el propio tratado que la establece?). En todo caso, aun admitida la posibilidad de crear normas imperativas por normas convencionales, queda en pie la cuestión de saber en qué casos y con qué criterios unas normas convencionales tienen ese carácter y otras no, lo cual basta para demostrar que por lo menos ese criterio de distinción no puede encontrarse en una norma convencional, sino en algún otro lugar.

25.3. Sin embargo, sucede que, no sólo la norma positiva fundamental del 'jus cogens' es una norma convencional (el art. 53 CDT), sino que es precisamente en un tratado, la Carta de las Naciones Unidas, donde se reconoce unánimemente un conjunto más completo de normas imperativas de Derecho Internacional. Así la ha interpretado invariablemente el TIJ (39) y así lo impone inclusive la propia necesidad del funcionamiento de la Organización. Dos disposiciones de la Carta misma son reveladoras: la del artículo 2.6, en que la Organización se atribuye a sí misma poderes sobre terceros Estados (no Miembros):

«Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

»6. La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional;»

y el artículo 103, que atribuye a la Carta la misma supremacía que se predica del 'jus cogens':

«En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.»

25.4. En mi opinión, la cuestión se resuelve fácilmente si se tiene presente lo ya dicho sobre el concepto de *fuerza formal* del Derecho: no hay ninguna razón para que las normas de 'jus cogens', al igual que cualesquiera otras, se recojan y fijen mediante una convención. Lo que ocurre es que, en tal caso, el acto de creación de esas normas no es el mero acto convencional (el acuerdo de voluntades 'subjetivas' de los Estados Partes, fundado en una simple 'opinio juris communis utilitatis'), sino otro de diferente naturaleza, que es el apto para dar nacimiento a las normas imperativas (puedo adelantar: el 'consenso' de los Estados, que expresa por su medio la *conciencia colectiva de la comunidad internacional* —'opinio juris communis necessitatis'—); lo cual no entraña ninguna novedad: ya se ha establecido, por ejemplo, que los principios generales o normas de costumbre internacional que se 'recogen' o incorporan en convenciones codificadoras u otras, conservan su rango y validez como tales principios y normas consuetudinarias y no los de las convenciones propias del tratado (40). (La cuestión, a mi juicio, sería diferente si los principios y normas consuetudinarias tuvieran una jerarquía formal inferior al tratado, porque entonces obviamente tendrían la de éste: se invocarían como normas convencionales y no como principio o normas consuetudinarias.) (41); el problema de la prueba, por supuesto, es aparte.

25.5 b) Según la tesis prevalente, tanto el Derecho Internacional general como el 'jus cogens', que forma parte de él, se establecen, principal, si no exclusivamente, mediante la *costumbre internacional* (42). Es más, esto es lo normal de la costumbre, así como lo excepcional de los tratados, sobre todo para quienes definen el *Derecho Internacional general* en función del número de Estados que concurren a su formación, en la aceptación —que yo rechazo— de Derecho Internacional 'global' o 'común' (# 24.1 supra; a veces se distingue también entre Derecho Internacional 'universal' y 'general', con el mismo criterio aritmético o geográfico) (43). En lo que ahora importa, ciertamente la costumbre internacional es tanto o más idónea que las convenciones para encarnar las normas de 'jus cogens' en el cuerpo del Derecho Internacional positivo; para esto cuenta a su favor con la estructura misma de las normas consuetudinarias (pausada, estable, democrática) y, sobre todo, con su forma de creación: en efecto, si las normas imperativas de 'jus cogens' se forjan en la *conciencia jurídica de la comunidad internacional*, es claro que la costumbre, uno de cuyos elementos esenciales es justamente esa 'opinio juris' de los Estados en cuestión, constituye un procedimiento idóneo para que aquellas normas imperativas afloren a la superficie del Derecho.

25.6 Sin embargo, no deben exagerarse las similitudes: el 'jus cogens' se imputa, por definición, a la *comunidad internacional en su conjunto*, valga decir, a una 'universalidad' en función de esa comunidad superior a la simple suma de sus partes; en cambio, la formación de la costumbre internacional no es indispensable que la conciencia colectiva se atribuya a esa totalidad 'comunitaria': de hecho, la distinción entre *costumbres generales y particulares* es una división artificial, porque toda costumbre es o puede ser más o menos recíproca entre grupos de Estados, dos, o más, o todos, no necesariamente en función de miembros de una comunidad internacional o de la comunidad internacional global (44). No se interprete esto como ignorancia de que usualmente se llama 'costumbre general' a aquella que, por involucrar a una significativa mayoría de Estados, puede crear normas vinculantes incluso para los que no participaron en su formación, como lo ha entendido reiteradamente el TIJ (45); pero aun en esos casos siempre se exceptúa a los Estados que se hayan opuesto claramente a la costumbre en formación, con lo cual no se hace más que recalcar su contenido 'subjetivo' (46). Subjetivo, sí, pero no necesariamente dependiente, como los tratados, de una 'voluntad subjetiva' de los Estados, que es cosa diferente. Lo que quiero

decir es que también la costumbre internacional posee, o puede poseer, un elemento 'intersubjetivo', si bien mucho más cargado de 'objetividad' o 'racionalidad' que las normas convencionales (una especie de 'subjetividad involuntaria' o, si se prefiere, de 'voluntad objetiva' que en la costumbre es normal y en los pactos excepcional).

25.7 Naturalmente, ese ingrediente de subjetividad desaparece, tiene que desaparecer de la costumbre internacional cuando ésta actualiza normas imperativas de 'jus cogens': aquí sí que los Estados que concurren a formarla participan, no como partes o simples órganos 'instrumentales' del Derecho consuetudinario, sino como verdaderos 'órganos institucionales' de la Comunidad en su conjunto; aquí sí su conciencia colectiva es 'pura conciencia' y nada de voluntad. Lo que ocurre es que, a mi juicio, aquí, al igual que en el caso de las normas convencionales, la costumbre internacional no es la *fuentes formal*, sino el vehículo, la *forma de expresión* de la conciencia colectiva; por eso mismo, cuando se trata de estas normas fundamentales, ya no tiene importancia 'per se' la participación, ni aun la oposición de cada Estado individual para que las normas lo vinculen (47). En realidad, salvo por el ingrediente señalado de una mayor 'objetividad' en la 'opinio juris' que genera la costumbre y, desde luego, por su menor inmediatez y precisión, ésta no difiere gran cosa del tratado en lo que a actuación de las normas de 'jus cogens' se refiere: en un caso como en el otro, la verdadera *fuentes formal* de producción de las normas en el Derecho positivo es la misma: la *comunidad internacional en su conjunto*, mediante un 'acto de conciencia colectiva'; y, desde luego, las normas producidas tienen en ambos casos la misma validez y jerarquía formal. Todo esto me parece necesario señalarlo, porque pienso que sólo así es posible empezar a resolver el gran dilema que plantean las normas de 'jus cogens', que es el de su convivencia con las 'ordinarias' en un plano de igualdad material, que no formal: en efecto, al igual que en el Derecho convencional, la cuestión básica es la de saber cuáles normas consuetudinarias son 'jus cogens' y cuáles no, y por qué. La respuesta, para mí, es también la misma, 'mutatis mutandis': el acto de creación —*fuentes formal*— de las normas de 'jus cogens' no es la mera 'consuetudo' (conurrencia de la 'opinio juris' consuetudinaria con la práctica estatal conforme), sino otro, semejante pero no necesariamente igual: el '*consenso*' de los Estados que expresa por su medio la *conciencia jurídica colectiva de la comunidad internacional en su conjunto* —'opinio juris communis necessitatis'— (48).

26. La cuestión de los *principios generales de Derecho*, en relación con el 'jus cogens', supone, por un lado, los mismos problemas que plantea su ubicación entre las fuentes del Derecho Internacional, a los que ya me he referido (# 16.5 supra); por el otro, algunos específicos, que pueden resumirse en uno solo: sus *semejanzas* mutuas, que pueden ser *identidad*, o parecido, y que, por ende, inducen a confundirlos, con lo cual ya no cabría considerar si pueden los principios constituir fuente formal de las normas de 'jus cogens' (porque serían las normas mismas). Las semejanzas se producen en tres órdenes, que corresponde analizar: (i) en el de sus respectivas *estructuras* normativas; (ii) en el de sus *funciones* normativas; (iii) en el de sus *formas de creación* —fuentes formales propiamente.

26.1 a) Como dije en su lugar, en el Derecho Internacional contemporáneo, superadas las limitaciones del positivismo, los principios generales han dejado de ser un conjunto de criterios puramente técnicos de interpretación del Derecho para adquirir la dimensión de *verdades fundamentales* que se inscriben en la *conciencia común de los pueblos 'civilizados'*. Si es así, su semejanza con las normas de 'jus cogens' montaría prácticamente a su 'identidad'; sin embargo, a mi juicio, no hay tal identidad, precisamente por las diferentes 'estructuras' normativas propias de unos y de otras. En efecto, a pesar de una tendencia muy frecuente a identificar los principios generales con las verdaderas 'normas' (su inclusión expresa entre las fuentes en el artículo 38 del Estatuto del TIJ parece reforzar esta opinión) (49), sigo creyendo que tienen estructuras claramente diferentes, y que esta diferencia aconseja no confundirlos con las normas que de ellos se derivan; en realidad, si no son normas, sí son 'fuentes' propiamente dichas de las normas del Derecho Internacional, a la inversa de las otras principales del artículo 38 —convenciones y costumbre internacional—, que no lo son, sino las formas de expresión de tales normas (50).

26.2 b) En esto, como en todo, lo fundamental, para no caer en una estéril discusión semántica, es comenzar por saber si los principios generales, como tales 'principios', es decir, como *criterios de las normas*, no como normas ellos mismos, cumplen una función técnica clarificadora y útil; de lo contrario, con cambiarles de nombre o de significado bastaría. A mi juicio, la respuesta es afirmativa: los principios generales cumplen una función irremplazable en el Derecho, porque son los que permiten, por un lado, fundamentar las normas mismas (en este sentido, 'fundamentales'); por el otro, interpretar-

las —que es lo menos— e integrarlas en la plenitud del Derecho como ordenamiento —que es lo más—, al punto de que sin ellos o sin algo que los sustituya sería imposible reconducir a aquél a una unidad sistemática coherente. Su función unificadora es especialmente necesaria en el Derecho público (el Internacional lo es), por razón de la estructura misma del sistema: en efecto, en el privado, que se sustenta sobre el principio de 'libertad' y, por ende, de la autonomía de la voluntad (un 'principio' por cierto), las normas jurídicas cumplen una función básicamente 'supletoria' de esa voluntad, de manera que son poquísimos los casos que no puedan resolverse aplicando simplemente la traducción de ese principio en la norma según la cual "todo lo que no está prohibido está permitido", de modo que la ausencia de regulación normativa impone una remisión en bloque a lo que las partes quisieron o pactaron; en cambio, en el Derecho público rige el principio contrario, de 'legalidad', según el cual, "todo lo que no está permitido está prohibido", que sí obliga a una precisa labor de ajuste y complementación en la cual los principios generales prestan un servicio insustituible (hablando de una rama importante del Derecho público, el administrativo, decía Hauriou que es como un témpano de hielo, en el que lo poquito que sobresale de la superficie son las normas y la mole que queda sumergida los principios) (51). En el Derecho Internacional tradicional, la seducción románico-privatista no sólo exacerbó la soberanía del Estado (que es una 'competencia' pública, no una 'libertad'), sino también elevó tanto unos principios (los 'fundamentales') que los sacó del Derecho, mientras a otros los relegó a un papel puramente subsidiario, supletorio de las normas. Pero las exigencias de la sociedad contemporánea han vuelto a colocarlos en su lugar, como *criterios inspiradores, integradores, clarificadores, delimitadores y hasta correctores* de las normas mismas, dentro de la propia realidad jurídico-positiva, con igual rango o jerarquía de las normas que interpretan, integran o delimitan, en la hermosa expresión de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica (52). Sólo que ésta no es la función de las normas propiamente dichas, inclusive de las de 'jus cogens', como normas que son.

26.3 c) Aparte de esa necesaria diferenciación por razón de sus funciones respectivas, los principios generales (más bien las normas que originan) y las propias normas de 'jus cogens' parecen tener una completa identidad en su dinámica formal, comenzando por sus *fuentes formales* o 'formas de creación': en efecto, la única posibilidad de explicar que existan principios generales 'de contenido', no

meramente instrumentales, y normas imperativas superiores en el Derecho Internacional, sin caer en el positivismo ni en el yusnaturalismo racionalista, es refiriendo unos y otras a la repetida *conciencia jurídica colectiva de la comunidad internacional*. A esto aluden, sin duda, tanto el artículo 38.1 inciso c) del Estatuto del TIJ, por lo que se refiere a los principios, como el artículo 53 de la CDT, por lo que hace a las normas de 'jus cogens'. Lo que ocurre con los unos ocurre con las otras: que, a diferencia de las otras formas del Derecho, necesitadas de un 'medio específico de creación' que las materialice en la ordenación social que es el Derecho positivo, aquéllos, en cambio, *están ahí*, es decir, tienen la misma fuente material y formal en la conciencia colectiva. Como ésta es difícil de aprehender (y no tanto, por cierto), algunos juristas han creído ver en los principios generales simples subterfugios para autorizar al juez a crear las normas, es decir, mecanismos para convertir a las sentencias jurisdiccionales y a la jurisprudencia que destilan en fuentes formales principales del Derecho; empero, éstas lo son, pero en un sentido diferente (las sentencias, como fuentes del Derecho del caso concreto que resuelven; la jurisprudencia, como fuente o como forma de expresión, principal o auxiliar, según los casos, de las normas mismas). A mi juicio, el error de esa identificación se pone en evidencia con sólo observar que, mientras los principios generales (y las normas de 'jus cogens', agregó) existen por definición 'desde antes' de los fallos judiciales que eventualmente los apliquen, tanto las sentencias como la jurisprudencia, si son fuentes, 'crean' el Derecho en el momento en que las primeras lo declaran y en que las segundas consolidan la doctrina jurisprudencial (53).

27. Se dice que el Derecho Internacional es *eminentemente progresivo*, lo cual, por cierto, no es ninguna originalidad: *todo* Derecho es progresivo. La cuestión intertemporal, del llamado '*jus cogens superveniens*', con los efectos de 'nulidad' que establece el artículo 64 de la CDT, plantea dos clases de problemas específicos: (i) los de la emergencia de nuevas normas de 'jus cogens', que no entren en conflicto con las existentes, problema que no presenta nada de nuevo en el ámbito de mi ponencia, que es el de las fuentes del Derecho Internacional; y (ii) el de la *reforma* del 'jus cogens', que sí requiere alguna consideración en ese campo.

27.1 a) Ante todo, la cuestión de la reforma del 'jus cogens' mediante una *convención multilateral* que, como se dijo, es idónea para producir (más bien para codificar) sus normas, aparentemente

podría causar inconvenientes de congruencia, tanto cuando se trate de modificar una norma de ese carácter establecida por una convención anterior como cuando de una establecida por una costumbre internacional, para quienes sostienen que esos mismos instrumentos normativos son las fuentes formales del 'jus cogens'. En efecto, en el primer supuesto es difícil imaginar que una nueva convención multilateral, mucho menos a nivel global, vaya a contar con una participación de todos los Estados, ni con la de todos los que participaron en la que estableció la norma reformada; surgiría entonces la cuestión de saber si puede la reforma afectar a los Estados ausentes de la nueva convención, y con qué alcances (53). En el segundo (la reforma de normas de 'jus cogens' establecidas por costumbre), la dificultad se aparece como aún mayor (54). En cambio, todo esto encuentra fácil solución (teórica al menos) para quienes compartan las tesis que me he permitido proponer atrás (§§ 25.4, 25.7 y 26.3 supra), en el sentido de que en realidad las normas de 'jus cogens' brotan siempre de una misma fuente, material y formal a la vez: la conciencia jurídica de la comunidad internacional en su conjunto, que se expresa en el 'consenso general' de los Estados que componen esa comunidad, de manera que no importa si surgen a través de convenciones o costumbres, porque esto no les da a las normas imperativas el carácter de normas puramente convenciones o consuetudinarias, ni les quita el suyo propio, de mucho mayor nivel.

27.2 b) Una segunda cuestión a considerar es la de la posibilidad de la reforma de las normas de 'jus cogens' a través de la *costumbre internacional*, que a primera vista parece ser la más idónea entre las soluciones tradicionales, posibilidades que plantea de nuevo, pero a la inversa, la doble situación aludida a propósito de los tratados multilaterales: por un lado, la reforma por costumbre de una norma imperativa establecida mediante una convención; por el otro, la de una establecida mediante una costumbre anterior; sólo que con la salvedad de que aquí no se presenta, en ninguno de ambos casos, el problema del número de Estados que concurren a formar la *costumbre reformadora*, porque se supone, por definición, que ha de ser una mayoría suficientemente significativa como para representar a una 'generalidad' de la comunidad internacional como un todo (ya he señalado que esa generalidad obliga a todos los Estados, porque en realidad actúa como 'órgano' de la comunidad internacional en su conjunto —v. §16.2 y nota 17 supra—). En cualquiera de los casos me parece que el problema verdaderamente importante es el que resulta de la dinámica misma de la *costumbre derogatoria* —o *refor-*

madora— en Derecho Internacional (en el interno está resuelto por la centralización de la autoridad normativa, pero aun en él también desborda con frecuencia sus diques formales —como en el caso de las 'costumbres constitucionales'—).

27.3. En efecto, aparte de la 'desuetudo', en el sentido de la derogación por '*desuso de normas permisivas*', que carece por ello de importancia aquí, toda costumbre derogatoria comienza por constituir una práctica violatoria de la norma jurídica anterior, da lo mismo si ésta es a su vez consuetudinaria o legislada: la costumbre, por definición, se forma 'con el tiempo', de manera que mientras no esté formada como Derecho, se mantiene en vigor la norma que pretende reformar o derogar, norma frente a la cual la conducta contraria que se está formando constituye una simple violación. Ahora bien, ¿cómo puede una violación del Derecho convertirse en creación del Derecho? El dilema de la costumbre derogatoria es, pues, el de su 'legitimidad'; y para ésta, ya no son suficientes los elementos formales de la costumbre, chatamente entendidos (la conducta violatoria puede estar constituyendo la 'inveterata consuetudo' requerida para la formación de la costumbre jurídica, y puede estar efectivamente fundada en una cierta conciencia de su obligatoriedad, en una cierta 'opinio juris' que es su elemento formal); es entonces cuando surge la pregunta: ¿cómo, cuándo y por qué puede una conducta antijurídica —violación del Derecho— convertirse en costumbre jurídica —creación del nuevo Derecho—?

27.4. La respuesta no es fácil en ningún caso. Cuando se trata de costumbres derogatorias '*in statu nascendi*' que trata de reformar normas meramente dispositivas, o incluso las imperativas ordinarias, no fundadas en el 'orden público internacional', puede admitirse con menos dificultad una como la que ofrece Verdross: "una norma de Derecho Internacional consuetudinario no puede verse derogada por su *reiterada violación*, si en ésta no se expresa una *nueva idea de Derecho*" (55). Pero ¿qué decir de las normas imperativas fundamentales del Derecho Internacional general, es decir, de 'jus cogens'? ¿podría de alguna manera justificarse una conducta reiteradamente violatoria de esas normas para convertirla en un momento dado en creadora de nuevo Derecho? Aquí ya no está en juego la cuestión de la simple 'opinio juris' que constituye el elemento formal de la costumbre jurídica, porque esa 'opinio juris' puede existir en un sentido subjetivo y utilitario —'opinio juris utilitatis'—; aquí se trata más bien de un problema 'ético' fundamental,

de valores objetivos enraizados en la *conciencia común*, entendida según el modelo del artículo 53 de la CDT, es decir, como 'aceptación' y 'reconocimiento' por parte de la "comunidad internacional de Estados en su conjunto" —'opinio juris necessitatis'—; es decir, de una cuestión que trasciende la cuestión puramente formal (56).

27.5. Para mí, nuevamente, la única solución aceptable está en reconocer que, al igual que se dijo respecto de las convenciones multilaterales (# 27.1 supra), lo que ocurre es que las normas consuetudinarias pueden 'recoger' normas de 'jus cogens', así como también pueden 'establecer' las demás. De este modo, no es la costumbre la que da validez a las normas imperativas fundamentales, que no son tales porque sean normas consuetudinarias, sino por derivarse de su única fuente, material y formal a la vez: la *conciencia jurídica de la comunidad internacional en su conjunto*, lo que he denominado '*opinio juris communis necessitatis*', expresada a través del '*consenso general*' de los Estados que componen esa comunidad.

27.6 c) Todo lo expuesto conduce a una conclusión: al igual que los principios generales, las normas imperativas fundamentales —'jus cogens'— simplemente *están ahí*, en la conciencia colectiva de la comunidad internacional; aplicarlas no es más que *descubrir*las y *reconocer*las como vigentes. Sólo esto las coloca en su verdadero lugar, aunque debe aceptarse que, así concebidas, estas normas fundamentales resultan imprácticas para el efecto específico de regular la conducta de los Estados y de otros protagonistas de la vida internacional. Es sin duda por esta razón que el artículo 53 de la CDT hizo una importante concesión al valor de la *seguridad jurídica*, al definir las como normas "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario", es decir, como normas que no están solamente en la conciencia de esa comunidad internacional, sino que de algún modo hayan sido *expresadas* por ella. Es aquí donde encuentro que hace falta reconocer de una vez, francamente, que además de las 'fuentes' a que alude el artículo 38 del Estatuto del TIJ, el Derecho Internacional contemporáneo ha creado una nueva *fuerza autónoma de Derecho Internacional*: el *consenso general de los Estados*, es decir, lo que puede llamarse (he aquí la conexión con el título original de esta ponencia) la '*opinio juris*' *positivamente manifestada*. Esta tesis no me parece ninguna novedad: el valor del 'consenso' ha sido reconocido ampliamente en el Derecho Internacional, inclusive con esa palabra, por ejemplo en las obras de Verdross y Oppenheim, aunque este último con menos

vuelo doctrinario, al vincularla únicamente con la costumbre internacional (57).

27.6. A mi modo de ver, lo que importa es que el 'consenso' no se quede en otra forma de dejar sin definición positiva lo que debe definirse con toda claridad. En este sentido, mi ponencia se aparta del concepto doctrinario tradicional y prefiere referirlo a los términos en que se ha venido consagrando en el seno de las conferencias internacionales, que sí puede tener un concreto contenido positivo. En efecto, el sistema del 'voto por consenso' se inventó en la Asamblea General de las Naciones Unidas, con un sentido específico de 'voto no voto', es decir, de una manifestación de 'voluntad general' en virtud de la cual, si hay consenso, las resoluciones, aun las más importantes, se adoptan 'sin votación'. Así entendido, el consenso no es *unanimidad* (porque no implica un voto afirmativo), pero tampoco es una *abstención* (que es una forma de no participación, aunque ahora los bizantinismos de la política internacional hayan creado una figura separada de 'no participación', que no viene al caso comentar aquí); por el contrario, es una *participación no individualizada* en la toma de una decisión que se acepta y se aprueba *colectivamente*. Aplicando 'mutatis mutandis' ese mismo concepto a la esfera de la promulgación de las normas de 'jus cogens', considero factible reconocer que el consenso se expresa de la misma manera, a través de una serie de manifestaciones de *reconocimiento* y *aceptación* por los miembros de la comunidad internacional, que pueden ser, desde luego, las convenciones multilaterales o la costumbre, pero que también puede encontrarse en las diversas *manifestaciones de la conciencia jurídica internacional*, entre ellas las que algunos autores interpretan erróneamente como pruebas de la conducta material requerida para la formación de la costumbre internacional y que yo he llamado *prácticas retóricas*, sin intención peyorativa, sino porque en verdad no evidencian el elemento 'material' de la costumbre —la conducta conforme a Derecho—, sino únicamente el 'formal' —la '*opinio juris*' en el sentido de conciencia de la obligatoriedad de esa conducta— (v. # 16.4 supra).

27.7. Una serie de 'resoluciones' y, especialmente, '*Declaraciones*' de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las cuales carecen formalmente de valor vinculante como tales y, por ende, no son *fuentes formales* 'per se' del Derecho Internacional, sin embargo han venido adquiriendo carta de naturaleza en el Derecho Internacional general, inclusive en ciertos casos con la típica significación

del 'jus cogens', justamente en virtud del 'consenso' que las respalda. Aun dentro de la consustancial 'prudencia conservadora' de los órganos jurisdiccionales, los ejemplos, si no abundan, son definitivos: por ejemplo, el TIJ ha venido reconociendo que muchos de los contenidos de esos documentos son principios y normas de Derecho Internacional, calificándolo de 'consuetudinario', pero más bien en el sentido de 'general'. Por ejemplo, en el caso de la "Barcelona Traction", como dice A. Gómez Robledo, el Tribunal

«fijó la misma doctrina del 'jus cogens' al establecer una distinción entre las obligaciones de un Estado en relación con otro Estado y las obligaciones "para con la comunidad internacional como un todo" ("towards the international community as a whole") (58).

y cita textualmente:

«Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión, como también de los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, inclusive la protección contra la esclavitud y la discriminación racial» ("such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination") (59).

Es verdad que, generalmente, tanto los autores como los tribunales internacionales tratan de vincular esos principios y normas superiores de algún modo a la Carta de las Naciones Unidas, a otras convenciones internacionales o a la costumbre; pero, por ejemplo, en el caso de los 'derechos humanos', las referencias de la Carta son muy vagas como para fundamentar directamente su obligatoriedad, y los Pactos de Naciones Unidas todavía no habían entrado en vigor cuando el TIJ resolvió lo anterior (60), de manera que lo único que existía en concreto era la "*Declaración Universal de los Derechos Humanos*", que en sí misma no es un tratado y, por ende, no tiene cabida entre las fuentes formales expresas del Derecho Internacional. Sin embargo, para mí no cabe duda de que esa simple 'declaración', acaso contra los deseos de muchos de los Estados que la aprobaron como simple 'obligación moral'; ha penetrado por la puerta grande del Derecho, de una manera y con una intensidad que no tiene paralelo (61). Si adoptáramos en esta materia una rigurosa

posición lógica, tendríamos que reconocer la evidencia de que la Declaración Universal dista mucho de contar con una *práctica conforme* de los Estados en los términos estrictos de la verdadera costumbre internacional: no hay quizá un instrumento más elogiado en palabras, pero más violado en los hechos. Sin embargo, es, sin duda, la 'Carta Magna' del Derecho de los Derechos Humanos, el cual, a su vez, me parece que reúne las características del 'jus cogens' en su conjunto (62).

27.8 d) Una advertencia final: lo que he sostenido respecto del 'consenso' como forma de producción del 'jus cogens' y de otras normas en el Derecho Internacional 'positivo', no implica que los principios generales y las normas imperativas fundamentales de ese Derecho no tengan existencia jurídica mientras no estén formalmente promulgadas, sea por medio del propio consenso, sea por medio de convenciones codificadoras o costumbres cristalizadoras de las mismas. No debe confundirse su existencia con la manifestación que prueba su existencia. Los principios y normas fundamentales tienen su propia existencia jurídica en el seno de la conciencia colectiva de la comunidad internacional, aunque no estén expresados externamente en ningún lugar. En esto, como en todo, la última palabra la tendrá la jurisdicción internacional (lo cual, como se dijo, no significa convertir a ésta en legisladora ni atribuirle a la jurisprudencia carácter de fuente 'principal' del Derecho —v. §§ 12.4 y 26.3 supra—). Por supuesto, al incluir el consenso entre las fuentes formales principales del Derecho Internacional soy consciente de que, en lo que se refiere a los principios y normas fundamentales del Derecho Internacional, ese consenso no opera propiamente como una fuente formal, sino como un simple *medio de comprobación* de las normas; pero creo que merece el mismo trato que se da a las convenciones y costumbres, que en el caso tampoco lo son. Considero también que, si el consenso puede incluso llegar a materializar el 'jus cogens', con mayor razón puede dar vida jurídica a otras normas de grado inferior, en cuyo caso sí tendría el carácter de una auténtica *fuentes formal*. Quede hecha la aclaración.

27.9. Y otra más: estas normas imperativas de 'jus cogens' normalmente constituyen, al igual que los principios generales, la expresión de *valores objetivos*, pero en ciertos casos pueden ser derivadas, también al igual que los principios generales, de la propia *naturaleza y sentido de las instituciones jurídico-positivas*, que tienen su propia razón (la 'verdad' es también un valor objetivo). Es el caso, nueva-

mente, del Derecho de los Derechos Humanos, cuya misma estructura impone una exigencia de razón, derivada de la 'unilateralidad' de las obligaciones contraídas por los Estados, no en su propio interés, sino en el interés colectivo de la comunidad internacional y directamente en favor de la persona humana, que es su 'titular'. Esa exigencia de razón es la de que los derechos humanos fundamentales nacen de la dignidad inherente ('natural') de la persona humana y, por ende, no de la voluntad del Estado, que se limita a 'descubrirlos' y 'reconocerlos', de manera que si no dependen de su voluntad para nacer, tampoco pueden depender de su voluntad para derogarlos, limitarlos o exceptuarlos, salvo en la medida específicamente autorizada por las normas fundamentales que los consagran. No me puedo extender sobre esto, pero encuentro que la sola definición de los derechos humanos le confiere al Derecho que los consagra la típica condición del 'jus cogens'.

28. Una última aclaración, en relación con los efectos de las normas imperativas fundamentales del Derecho Internacional: el artículo 53 de la CDT tiene en este sentido textos diferentes en sus versiones en español, inglés y francés, que no son conciliables. Así, mientras el texto en español da a las normas de 'jus cogens' un efecto limitado a la nulidad de las convenciones (una "norma que no admite acuerdo en contrario..."), las versiones en inglés y francés lo generalizan definiéndolas como aquellas que *no admiten ninguna 'derogación'* (en inglés, "a norm from which no derogation is permitted..." en francés, "norme à la quelle aucune dérogation n'est permise..."). Sin entrar en el problema de que las palabras "derogation" y "dérogation" tienen ciertas diferencias de significado entre sí, y no encuentran equivalente en la correspondiente española de "derogación", lo cierto es que, a mi juicio, el texto válido es el del inglés y francés, y el español parece más bien ser una mala traducción, ya que el sentido claro del 'jus cogens' es el de prevalecer sobre toda otra norma de Derecho Internacional, convencional, consuetudinaria o de cualquier otro orden. Sin embargo, en el contexto de la Convención, que se refiere especialmente a la nulidad de los 'tratados', la diversidad de sentidos pierde importancia.

Teniendo en cuenta todo lo que queda expuesto, el autor de esta ponencia somete a la consideración del XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional las siguientes

CONCLUSIONES

31. a) El tránsito del *Derecho Internacional tradicional* al *Derecho Internacional contemporáneo* (a partir de las dos Guerras Mundiales, sobre todo de la Segunda), implica una profunda transformación cuantitativa —de extensión y volumen— y cualitativa —en sus principios e instituciones fundamentales—, que reclama, entre otras cosas, un replanteamiento de la teoría de sus fuentes y del concepto mismo de la *comunidad internacional* que lo sustenta.

32. b) El proceso vertiginoso de la *codificación* del Derecho Internacional; el surgimiento de disciplinas nuevas, como el *Derecho de la Organización Internacional*, tanto a nivel *mundial* como *regional*, el *Derecho de los Tratados* —codificado—, el nuevo *Derecho del Mar*, el *Derecho Internacional Humanitario*, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; nuevos procesos de creación del Derecho, como algunas *Declaraciones* de las Naciones Unidas o de los sistemas regionales; y, sobre todo, el reconocimiento positivo de *normas imperativas* ('*jus cogens*') excluidas de la autonomía de la voluntad de los Estados, son fenómenos propios del Derecho Internacional contemporáneo, que no pueden explicarse ni sistematizarse jurídicamente mediante los conceptos, criterios y formas del Derecho Internacional tradicional.

33. c) Entre todos estos fenómenos propios del Derecho Internacional contemporáneo, son las *normas imperativas* ('*jus cogens*') las que plantean más dramáticamente esa insuficiencia de los conceptos, criterios y formas tradicionales, porque reclaman, por su misma definición, la necesidad de *criterios superiores* en virtud de los cuales adquieren su rigidez y supremacía, tanto sobre las normas convencionales, cuya invalidez son capaces de determinar, como sobre todas las demás, incluso las consuetudinarias que no tengan tal carácter fundamental.

34. d) Debe reconocerse, ante todo, que mientras el Derecho Internacional positivo tradicional no podía superar las limitaciones derivadas de un vínculo puramente *intersubjetivo*, de simple *utilidad* colectiva sustentada en la *voluntad común de los Estados*, el Derecho Internacional contemporáneo reclama y denuncia la existencia real, no meramente *conceptual*, de una verdadera *comunidad internacional* superior a la suma aritmética de sus Estados miembros, ligados entre sí por vínculos *objetivos* de *necesidad colectiva*, en cuya virtud las normas jurídicas no pueden ya justificarse por su imputación a la *voluntad común de los Estados*, sino que tienen que imputarse a una *conciencia colectiva de la comunidad internacional en su conjunto*.

35. e) En alguna medida, la jurisprudencia y la doctrina han venido tratando de acomodar las novedades del Derecho Internacional contemporáneo dentro de la rigidez del art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que es todavía la única definición jurídico-positiva de las fuentes formales del Derecho Internacional. Sin embargo, ese esfuerzo plausible ha cobrado en ciertos campos el precio de renuncias al rigor científico, que sugieren la conveniencia de iniciar un replanteamiento teórico del tema de las fuentes de ese Derecho sobre bases más firmes y fecundas. Concretamente, se ha caído en tres grandes errores científicos:

1. El primero: una ampliación inconveniente del concepto de la *costumbre internacional*, hasta confundir en él dos cosas diversas, que requieren tratamientos y técnicas diferentes: por un lado, la costumbre internacional propiamente dicha, constituida por sus dos elementos fundamentales: una *práctica —material—*, en el sentido de una *conducta conforme a Derecho*, sustentada a su vez en una *convicción —subjetiva— o conciencia de su obligatoriedad ('opinio juris sive necessitatis')*; por el otro, una especie de *costumbre retórica*, derivada, no de una *conducta conforme*, sino de la *manifestación de una convicción*, que no es propiamente la *costumbre jurídica*, sino sólo la *expresión —probatoria— de una 'opinio juris'*. No se trata de negar la validez de la 'opinio juris' como fuente formal del Derecho Internacional, todo lo contrario, sino sólo de señalar la necesidad de distinguir claramente entre la manifestación de esa 'opinio juris' y la verdadera costumbre internacional;

2. El segundo: una inconveniente dilución de los *principios generales del Derecho*, confundiéndose en una misma categoría formal lo que son propiamente *principios fundamentales*, que son siempre *criterios de las normas*, con las *normas mismas*, derivadas o condicionadas por ellos; con lo cual no se trata de negar que los principios generales son criterios de *contenido material*, además de *formal*, sino de recordar que como tales *principios* son siempre *criterios instrumentales*, de interpretación, integración y, si se quiere, corrección de las normas jurídicas, pero nunca las normas mismas;

3. El tercero: una incapacidad para ubicar de manera científicamente congruente las *normas imperativas del Derecho Internacional ('jus cogens')* dentro del elenco y la jerarquía tradicionales de sus fuentes formales. Así, aunque se reconoce la existencia de esas normas imperativas, por cierto que no sin grandes reservas y timideces todavía, sin embargo, se soslaya la responsabilidad de integrarlas en una teoría de las fuentes de ese Derecho.

36. f) Las novedades del Derecho Internacional contemporáneo en general y, sobre todo, el reconocimiento positivo de un '*jus cogens' internacional*, imponen la necesidad de reconocer de una vez que la '*opinio juris*', definida específicamente como la *conciencia jurídica colectiva de la comunidad internacional en su conjunto*, en la cual se entroniza y actúa un *sistema objetivo de valores también objetivos compartidos en general por los miembros de esa comunidad*, es una verdadera *fuerza autónoma del Derecho Internacional contemporáneo*, independiente y superior a todas las demás. Su concreta *expresión jurídico-positiva —prueba o, si se quiere, 'fuente en sentido probatorio'—* no se da, a diferencia de las otras, de una sola manera, pero siempre se actualiza a través del *consenso —general— de los miembros de la comunidad internacional en su conjunto*, entendido por tal, no un acuerdo específico de voluntades, sino un *reconocimiento generalizado* que en cada caso debe ser '*descubierto*' y '*reconocido*' por los llamados a definir y aplicar el Derecho, especialmente los órganos de la *jurisdicción internacional*.

37. g) Como consecuencia de lo expuesto, nada obsta a que las normas imperativas de '*jus cogens*' *se manifiesten o reformen* mediante unos u otros *medios de expresión* del Derecho Internacional (tratados, costumbres...): éstos no son ni pueden ser su *fuerza formal* en un sentido riguroso, que siempre consistirá en el *acto de creación* de las normas, no en su medio de expresión o manifestación. El *acto de creación —fuente formal— de las normas de 'jus cogens'* es siempre el mismo: el *consenso de los Estados en su conjunto*, a través del cual se torna en jurídico-positiva la *conciencia colectiva de la comunidad internacional como un todo*, conciencia colectiva que a su vez actualiza los *valores fundamentales reconocidos necesarios* por la misma comunidad internacional.

38. h) A pesar de que todavía persisten grandes desacuerdos respecto del *contenido* de las normas imperativas de '*jus cogens*', parece bastante claro que el *consenso internacional* permite atribuir ese carácter a la Carta de las Naciones Unidas e inclusive a algunas de sus más importantes *Resoluciones y Declaraciones*, entre éstas la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, así como a determinadas materias, como el *Derecho Internacional Humanitario* y el *Derecho de los Derechos Humanos*, tanto en su conjunto, como ramas del Derecho Internacional, cuanto al menos respecto de algunas de sus normas y principios fundamentales (p. ej.: los derechos humanos llamados '*inderogables*'). Tales textos no solamente cuentan a su favor con una clara consagración en la *conciencia colectiva de la comunidad internacional en su conjunto*, sino que muchas veces su

carácter imperativo resulta de su propia *naturaleza y sentido institucionales*, que se imponen en aquella conciencia como *necesidades de razón* (es el caso, nuevamente, del Derecho de los Derechos Humanos, por imperativo del mismo carácter 'unilateral' de las obligaciones contraídas por los Estados, no en su propio interés sino en favor de la persona humana, que es su titular).

39. i) Finalmente: la necesidad de concebir el *Derecho Internacional general* como Derecho 'común', que se imputa a una comunidad internacional 'universal' en el sentido de *universalidad institucional de sus miembros* (no necesariamente como *totalidad 'mundial'*), permite la conclusión de que existen o son posibles, al lado de las normas imperativas de 'jus cogens' global, para la totalidad de los Estados, otras de *alcance regional*, igualmente imperativas y supremas para los Estados miembros de cada *sistema regional*, fundadas en la conciencia colectiva de la *comunidad internacional de esos Estados en su conjunto y para su propia ordenación común*. Esto es particularmente cierto por lo menos en los sistemas regionales europeo e interamericano, en este último especialmente dadas sus particulares condiciones históricas y culturales.

NOTAS

(Las referencias son: 1 al # del texto; 2 al # de la nota misma.
Las obras reseñadas en bibliografía se citan por autores.)

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

INTRODUCCION

- # 01. (1) Debe diferenciarse claramente el concepto de *opinio juris*, a secas (opinión o conciencia del Derecho o de 'lo jurídico'), de los de *opinio necessitatis* (conciencia de la necesidad o de 'lo necesario'), *opinio juris necessitatis* (conciencia de lo jurídicamente necesario) y *opinio juris vel (sive, seu) necessitatis* (conciencia de lo jurídico o de lo necesario), que a menudo se tratan como sinónimos, pero que no lo son. Al hacer en el texto una distinción fundamental entre 'voluntad', subjetiva, y 'conciencia', objetiva (por referencia a valores objetivos que están más allá de nuestra voluntad), deben añadirse a los anteriores los conceptos correspondientes de *opinio utilitatis* (conciencia de la utilidad o de 'lo útil'), *opinio juris utilitatis* y *opinio juris vel utilitatis*. Lo necesario es lo propio de la *comunidad*, mientras que lo útil lo es de la *simple sociedad* (v. infra # 13.3).
- # 03.1 (2) Sin perjuicio de las otras obras citadas en la bibliografía, me valgo especialmente de las de Legaz y Lacambra... y García Maynez... en la teoría general del Derecho; de Verdross..., Oppenheim... y Díez de Velasco... en la teoría general del Derecho Internacional; de Jiménez de Arechaga... en cuanto a los rasgos característicos del Derecho Internacional contemporáneo, y de Gómez Robledo... en relación con el 'jus cogens' concretamente.
- # 03.2 (3) P. ej. Res. "Unidad pro Paz" (AG. 377 (V), 1950) que extendió las potestades de la A. Gral.; "Declaración sobre Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales" (AG. 1514 (XV), 1960) justamente llamada 'Carta Magna de la Descolonización'; "Declaración sobre los Principios Jurídicos que deben regir la Utilización del Espacio Ultraterrestre" (AG. 1962 (XVIII), 1963); "Declaración de los Principios de Derecho Internacional sobre las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados" (AG. 2625 (XXV), 1970) que proclamó 'urbi et orbe' el derecho de 'libre determinación de los pueblos', entre otros; "Declaración sobre los Fondos Marinos y Oceánicos" (AG. 2749 (XXV), 1970), que consagró los recursos de los fondos marinos como 'patrimonio común de la humanidad'; y, sobre todo, "Declaración Universal de los Derechos Humanos"

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

- (AG. 217 A (III), 10-XII-48), a la que dedicaré alguna atención al final. El TIJ ha reconocido expresamente, p. ej., que la Res. 1514 (XV) sobre Descolonización forma parte del Derecho Internacional general (consuetudinario) (TIJ, Op. Consult. s/"Namibia", Rep. 1971, p. 31; también Op. Consult. s/"Sahara Occidental", Rep. 1975, pp. 31 ss.).
- # 03.2 (4) En el Sistema Interamericano, especialmente la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre" (DEA, IX Conf. Interam., Bogotá, 2-V-48). V. infra #24.1, 24.2 y 24.3 s/mi opinión sobre los sistemas regionales.
- # 03.3 (5) El TIJ ha declarado repetidas veces que al menos algunas normas de la Convención "pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como una codificación del Derecho consuetudinario existente" (TIJ, Op. Consult. s/"Namibia", Rep. 1971, p. 47, y caso "Consejo de la OACI", Rep. 1972, p. 67, sobre art. 60; "Pesquerías Islandesas", Rep. 1973, p. 18, sobre art. 62; "Plataforma Continental del Mar Egeo", Rep. 1978, p. 39, sobre arts. 2, 3 y 11; todos anteriores a la entrada en vigor de la Convención el 20-1-80).

CAPITULO I

- # 11 (6) Un ejemplo puede ilustrar la confusión entre los tres últimos conceptos: el tratado es el producto de un 'acuerdo de voluntades' —acto jurídico— entre Estados, que es su fuente formal, en el sentido de *forma de creación*. Esta 'se actualiza' en el tratado mismo, que es su *forma de expresión* como Derecho creado, y 'se prueba' mediante el texto escrito, que es su *forma de comprobación*. Resulta fácil confundir la verdadera fuente —acto jurídico— con su efecto —el tratado-norma— y con su prueba —el tratado-texto—. Normalmente, la confusión no es grave, porque en definitiva el tratado-texto prevalece, por razones de *seguridad jurídica*; pero puede ocurrir que ese tratado-texto no corresponda al tratado-norma, por ejemplo, por error material de transcripción, en cuyo caso parece claro que prevalece el tratado-norma; también puede suceder que el tratado-norma no corresponda al acto jurídico —acuerdo de voluntades— que le dio nacimiento, en cuyo caso el primero estaría viciado, o podría estarlo, por ejemplo, por error sustancial. Todo esto, en relación con las *fuentes de las normas* del Derecho Internacional; cuando se trata de las *fuentes de las situaciones jurídicas subjetivas* creadas por las normas, la cuestión se desplaza: aquí el tratado-norma es su fuente formal —forma de creación de los derechos y deberes de las partes en el tratado—. A éstas parecen referirse específicamente los incs. a) y b) del par. 1, del art. 38 del Estatuto del TIJ; a las primeras, el inc. c);

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

- en todo caso con errores y contradicciones garrafales, que se comentan en el texto.
- # 11 (7) En la teoría de las fuentes del Derecho tengo presente, en general, su luminoso desarrollo en la obra de Legaz y Lacambra..., pp. 509 ss.
- # 12 (8) Legaz y Lacambra..., pp. 509-510, enumera siete acepciones. Si eliminamos lo que puede ser 'fundamento' y 'origen' del Derecho, así como las fuentes del Derecho como objeto de conocimiento o disciplina científica, todavía nos quedan 16 posibilidades por lo menos: 1. fuente en sentido material; 2. fuente en sentido formal; 3. fuente como forma de expresión (la norma misma); 4. fuente como medio de comprobación: cada una en relación con: 1. el ordenamiento como un todo; 2. los ordenamientos derivados; 3. las normas individualmente consideradas; 4. las situaciones jurídicas subjetivas creadas por las normas. Sobre fuentes del Derecho Internacional, cfr. Verdross ("Derecho..."), pp. 124 ss., (Les Principes...), pp. 195 ss.; Oppenheim..., pp. 25 ss.; Díez de Velasco..., pp. 76 ss.; Rousseau..., pp. 20 ss.; Jiménez de Arechaga..., pp. 13 ss.; Sepúlveda..., pp. 89 ss.; Accioly..., páginas 21 ss.; Kelsen ("Principles..."), pp. 301 ss.; Bonfilis..., pp. 21 ss.; la obra clásica de Sorensen... (en general) y los dos interesantes trabajos monográficos de Barberis... y de Britto...
- # 12.3 (9) En esto tiene toda la razón Rozakis cuando dice: «By definition a general principle of law is not a norm. It is a general statement induced from or giving rise to a number of rules of law; but it is not itself a norm in the sense that it has no legally binding character as such.» (cit. Gómez Robledo..., p. 101.)
- En general, sobre principios generales, cfr. Legaz Lacambra..., pp. 583 ss.; Verdross... (Les Principes...) ("Derecho..."), pp. 133 ss.; Oppenheim..., pp. 29 ss.; Díez de Velasco..., pp. 87 ss.; Rousseau..., pp. 77-78; Jiménez de Arechaga..., pp. 107 ss.; Sepúlveda..., pp. 99 ss.; Accioly..., pp. 23 ss. y 28; Kelsen ("Principles..."); Vargas Carreño..., pp. 103 ss.; de Britto..., pp. 70 ss.
- # 13.1 (10) Me refiero concretamente al Derecho Natural de los grandes teólogos-juristas de la *Escuela Española del Derecho Natural*, quienes, contra lo que algunos optimistas se ilusionan en creer, no se conocen ni se reconocen todavía, ni siquiera por gentes de nuestra propia estirpe, en un mundo que ya no habla el latín y que ni comprende el español ni se molesta en aprenderlo, porque sigue pensando que "Europa termina en los Pirineos" y que la 'civilización' habla en francés o inglés —a veces un poquito en italiano o alemán—. Quizá sea por esto que en el Derecho Internacional contemporáneo se descubre un renacimiento de la idea del *Derecho Natural*, pero 'bajo nue-

Ref. #	#
texto	nota

vas formas', obviamente por contraste con el *Derecho Natural racionalista*, que es el único que se conoce: absoluto, inmutable y eterno, algo así como un monstruoso y alado imperativo categórico que vuela sobre nuestras cabezas de mortales, impregnando de luz nuestra soberbia razón, pero rodeando de tinieblas nuestra pobre voluntad. Yo creo que si se conociera y se comprendiera —que no es igual— el Derecho Natural de 'nuestros' clásicos, no se hablaría de un 'neoyusnaturalismo' actual, sino de un 'yusnaturalismo', a secas. Sobre la Escuela Española del Derecho Natural, sobre todo García Arias..., pp. 335 ss.; sobre el Derecho Natural contemporáneo, Legaz y Lacambra..., pp. 291 ss.

- # 13.2 (11) Decir que el Derecho (*ordenamiento jurídico*) es un *sistema* o un *orden normativo*, compuesto por normas, no equivale a ignorar que, en palabras de García de Enterría y Fernández...,

«el ordenamiento no es un agregado de normas; más bien, como puso de relieve Santi Romano, el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia, sino justamente por su inserción en un ordenamiento concreto, que como tal la precede y que ha tenido que definirla previamente como 'fuente de Derecho' y en cuyo seno únicamente cobra todo su sentido. Hay caracteres del Derecho que deben predicarse del ordenamiento y no analíticamente de las normas; así la coactividad, o la justiciabilidad, o la idea de totalidad organizada. Romano precisó que ordenamiento jurídico es sustancialmente organización, estructura, posición de un ente social como tal ente y entre sus miembros...» (pp. 53-54);

sin que la cita implique compartir la tesis de que

«allí donde hay un ente social organizado (de cualquier clase, dice ROMANO, incluso una agrupación de bandidos) hay también Derecho, hay un ordenamiento jurídico en sentido propio ('ubi societas, ibi ius')» (id.);

tesis que, por cierto, no parece avenirse tampoco con la de los mismos autores (que, ésta sí, yo comparto) cuando más adelante agregan:

«el Derecho es una función social, de articulación de un conjunto social con sus miembros y de éstos entre sí, y esa función no puede separarse —seguimos hablando de los hechos, no de posturas ideales— de una concepción material de la justicia, informada en su totalidad, pero arraigada profundamente en el corazón de los hombres» (id., p. 56).

- # 13.2 (12) Sobre los conceptos de *orden jurídico* y *sistema normativo* (que son diversos), cfr. esp. García Maynez..., pp. 34 ss. y 183 ss. Señala agudamente:

Ref. #	#
texto	nota

«Pero si se acepta, como es indudable, que un orden jurídico, en el susodicho sentido, no es un agregado de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad por sí —y una unidad, adviértase bien, no artificial u obtenida por un procedimiento de abstracción, sino efectiva y concreta— al propio tiempo se debe reconocer que ese orden es algo diverso de los elementos materiales que lo componen» (p. 186).

Más adelante agrega:

«En tercer lugar, el texto que el consultor o el juez tratan de entender, para aplicarlo, no existe aislado, ni da expresión a una norma única, sino que forma parte de un sistema normativo y se halla en conexión con los demás preceptos del mismo. Esto quiere decir que las exigencias de 'unidad' e 'interna congruencia', válidas para cualquier ordenamiento, reclaman una interpretación 'contextual', no puramente 'textual', de las expresiones jurídicas» (pp. 295-296). Lo largo de esta cita y de la anterior se explica por el afán de ahorrarme mayores elaboraciones sobre aspectos básicos para la tesis que sustento.

- # 13.3 (13) Sobre la *teoría de la institución*, además de las obras originales de Hauriou... y Santi Romano..., v. Legaz y Lacambra..., pp. 141 ss.; en su aplicación al Derecho Internacional, Díez de Velasco..., p. 43.

- # 13.3 (14) El concepto que he escogido de *comunidad* alude, pues, a los grupos sociales en los que el hombre se encuentra inmerso de una manera natural, no querida ni consciente, inclusive contra su voluntad, porque corresponden a las esferas vitales en que se desenvuelve. Nadie escoge pertenecer, por ejemplo, a una familia, pero el pertenecer a ella le impone lazos de 'solidaridad' de los que no puede zafarse; lo mismo pasa con la vecindad y con la profesión: podemos, ciertamente, mudarnos de vecindario o cambiar de actividad profesional, pero mientras no lo hagamos estamos obligados, querámoslo o no, por esas dos comunidades que nos abrazan, igual que cuando lo hagamos estaremos atados a nuevos vecindarios y profesiones. La Nación, más que el Estado, es el más evidente de comunidad en el sentido expuesto. En contraste, para la *simple sociedad*, v. lo que sigue (y nota 15). Cfr. Heller..., pp. 105-106.

- # 13.3 (15) A diferencia del concepto de comunidad, el de *simple sociedad* en el sentido del texto alude a lo que Kelsen llama 'relaciones intersubjetivas', en cuanto que son lazos de relación social no necesarios, sino voluntarios, entre individuos cuya 'comunidad' es solamente aquella que quisieron, para el cumplimiento de fines de 'utilidad' común, como es el caso de las asociaciones o de las sociedades mercantiles. En estas sociedades, pues, a diferencia de las comunidades, el

Ref. #	#
texto	nota

principio de cohesión es una *conciencia de la utilidad común* (llámémosle 'opinio communis utilitatis'), a diferencia de las comunidades, que son y se perciben como 'necesarias' ('opinio communis necessitatis'). Su aplicación al Derecho Internacional tradicional es obvia (aunque siempre se hablaba en él de una 'comunidad', para mí 'puramente conceptual'), como empieza a serlo la del concepto de 'comunidad' (social, 'real') al Derecho Internacional contemporáneo. Me refiero, desde luego, al Derecho Internacional 'positivo', que apenas empieza a ser el que soñaron sus fundadores doctrinarios (en este sentido, profetas más que fundadores). Sobre sociedad, cfr. Heller...

14. (15 bis) El Tribunal nunca llegó a establecerse, por falta de ratificación del tratado.

15. (16) La mayoría les da valor derogatorio recíproco. P. ej. Verdross..., p. 138; Rousseau..., p. 74; Díez de Velasco..., p. 79; este último con un interesante análisis exegético del art. 38 del Estatuto del TIJ, que, sin embargo, le resulta peligroso por el recuerdo de que

«en el proyecto del art. 38 del TPJI figuraba que la aplicación (de las fuentes) había de hacerse por 'orden sucesivo'. La Asamblea General de la Sociedad de Naciones decidió suprimir este inciso *por considerarlo innecesario*.» (Subrayado y paréntesis agregados; cit. p. 79.);

peligroso, porque si la propuesta fue rechazada 'por innecesaria', esto puede implicar que se entendía que existía la prelación y por ende, la subsidiariedad de la costumbre respecto del tratado y de los principios generales respecto de ambos. Verdross... (cit), en cambio, reconoce finalmente que todo depende del 'ámbito de validez' de las normas (sólo que en el sentido de su mayor o menor 'generalidad'), cuando dice:

«Ni un tratado de alcance universal puede ser derogado por una costumbre particular, ni una costumbre de DI común puede serlo por el derecho convencional particular. Si la norma más amplia no contiene preceptos taxativos, de 'jus cogens', puede la más estrecha fundamentar para los interesados deberes 'suplementarios', pero sin que tal forma pueda alterar los derechos de los 'demás' participantes de la norma más amplia...» (cit. p. 138).

Hay bastante confusión en la frase. Accioly..., p. 26, le da también cierta preeminencia a la costumbre, aunque admite en general la igualdad. En cambio, Vargas Carreño..., p. 84, se pronuncia por la prelación del tratado. De la Guardia y Delpech..., pp. 28 ss., hacen una interesante distribución que termina en un empate: según el punto de vista formal, reconocen la prelación a partir de las convenciones; desde el histórico, ponen en primer lugar la costumbre; desde

Ref. #	#
texto	nota

el de fundamentación normativa, prevalecen los principios generales; sin aclarar con cuál se quedan, aunque parece que con el primero. Desde el punto de vista tradicional, quizá la mejor explicación sea la de Schwarzenberger (cit. De la Guardia y Delpech..., p. 30, nota 26), en el sentido de que «la cuestión de la prioridad de uno de los procedimientos creadores por sobre otro, 'en abstracto', es algo sin sentido; ello sólo puede decidirse en un caso concreto ("Manual", I, 26)».

#16.2 (17) Sobre esto, con citas abundantes del TIJ, Jiménez de Arechaga..., pp. 34 ss.

#16.3 (17 bis) Según Verdross..., p. 135,

«sólo cabe ya considerar como 'principio general del derecho' un principio que sea reconocido en los *principales sistemas jurídicos del mundo*. Tal interpretación se ve confirmada por el artículo 9 del Estatuto, según el cual, los jueces han de representar 'las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo'».

#16.4 (18) En el asunto de la "Plataforma Continental del Mar del Norte", el TIJ dijo textualmente:

«... es indispensable que durante el período de tiempo en cuestión, la *práctica de los Estados, incluidos aquellos que están especialmente interesados*, haya sido amplia y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que, además, se haya manifestado de forma que permita establecer un *reconocimiento general* de que nos hallamos en presencia de una norma o de una obligación jurídica...» (TIJ, Rep. 1969, p. 43).

La resolución ha sido criticada de 'estrecha' por la frase "incluidos aquellos que están especialmente interesados"; pero en cuanto a los requisitos no hay discusión. V. esp. Jiménez de Arechaga..., pp. 28 ss.; no obstante, véase infra #16.4 sobre lo que llamo *prácticas retóricas*.

#16.4 (19) Los ejemplos de estas *prácticas retóricas* son abundantes en la doctrina (v., p. ej., Jiménez de Arechaga..., p. 33); pero el TIJ no parece haber accedido fácilmente a esto que D'Amato llama "un atajo hacia el Derecho consuetudinario".

#16.4 (20) No niego que *algunas veces* tales usos diplomáticos, etc., puedan ser idóneos para *probar* el elemento material de la costumbre, o inclusive para constituirlo: en lo primero, pueden, por ejemplo, servir para informarse más o menos fehacientemente, *no de lo que piensa, sino de cómo actúa de hecho* cada Estado, siempre que tiendan a probar una 'conducta' propiamente dicha conforme con la norma

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

que se invoca; en lo segundo, pueden incluso *constituir una práctica ellos mismos*, cuando la norma consuetudinaria tienda precisamente a convertir en Derecho *esa conducta* (como ocurrió con la 'abstención' en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que se convirtió en una norma consuetudinaria capaz de reformar el art. 27 inc. de la Carta, que exigía "los votos afirmativos de todos los miembros permanentes" —v. Verdross..., p. 502; Sepúlveda..., pp. 302-303). Sobre esto, v. lo que sigue y nota 21.

- #16.4 (21) Un concepto se puede seleccionar como se quiera, pero meter dos cosas diferentes en uno solo, solamente conduce a perder en profundidad y precisión lo que se gana en generalidad. La *práctica de los Estados* entendida como 'conducta'—material—de cumplimiento de la norma consuetudinaria tiene su técnica estructural y probatoria propias (son 'hechos' y se prueban como tales), y la 'práctica retórica' tiene las suyas (son 'posiciones', 'opiniones', y se prueban como tales). Por eso entiendo esas prácticas retóricas como *prueba de la 'opinio juris'*, es decir, del elemento formal o subjetivo de la costumbre, pero no de la 'práctica de los Estados', que es su elemento material u objetivo. Lo que se hace con la confusión es sencillamente encontrarle al *consenso* un acomodo en la camisa de fuerza del art. 38 del Estatuto del TIJ, con lo cual estoy de acuerdo 'por razones prácticas' únicamente, pero creo que la función de la teoría es precisamente la de ir aclarando los conceptos para que algún día, corregidos los defectos prácticos, no haya necesidad de subterfugios o de 'atajos' para llevar y pedir la justicia al Tribunal. Por supuesto, debe aclararse que sí son prácticas de conducta —material— los precedentes legislativos, administrativos y jurisdiccionales del Derecho interno, porque éstos, para el Derecho Internacional, sí son 'hechos' de conducta.

- #16.5 (22) Cfr. Verdross..., p. 26.

- #16.5 (23) La expresión es de Verdross..., p. 23. En general sobre 'norma fundamental', cfr. Kelsen ("Teoría Pura"...), pp. 96 ss. ("Teoría General..."), pp. 52 ss.; en un sentido diferente, que yo acojo, Legaz y Lacambra..., pp. 393 ss.; en relación con el DI, Verdross..., pp. 20 ss.

- #16.5 (24) La cita es de Verdross..., p. 26. Una bella definición de los principios generales es la siguiente de M. Sánchez Morón:

«Por su parte, los principios generales del Derecho son inherentes a todo sistema o subsistema jurídico por definición, ya que son precisamente las categorías jurídicas que integran un conjunto de normas en un sistema, supliendo sus lagunas e informando básicamente su contenido.» (G. de Enterría, etc., "El Sistema Europeo...", pp. 30-31.)

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

- #16.5 (25) A pesar de que para algunos los principios generales se aplican poco (p. ej., Díez de Velasco..., p. 89), y de que la propia comisión de juristas que redactó el artículo 38 del Estatuto del TPJI (hoy del TIJ) expresamente planteó su aplicación puramente *supletoria*, solamente con el objeto de impedir un 'non liquet' (quizá convendría distinguir entre 'supletoria' y 'subsidiaria', aunque para mí no son lo uno ni lo otro), es lo cierto que se legislaron y se han impuesto como fuente autónoma, a veces supletoria, a veces principal. La evolución es dramática, por ejemplo, desde que el TPJI, en el asunto "Lotus", pareció reducirlos a una mínima expresión, cuando dijo que

«las restricciones a la independencia de los Estados no pueden presumirse» (TPJI, Ser. A. # 10, p. 18).

(sin embargo, Vargas Carreño..., p. 105, cita 11, sentencias del mismo Tribunal que aplicaron principios generales). Muestras de ese intenso desarrollo son las siguientes: 1. del Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA) en el asunto de las "Indemnizaciones de la Guerra de Turquía" (1912) (RSA, vol. XI, pp. 438 ss.) y en el "Caso Lena Goldfields" (1930) (Annual Digest, c. #258); del Arbitro Lord Asquith of Bishopstone, en el caso "Abu Dabi"; del TPJI en varios casos, entre ellos los de la "Alta Silesia Polaca" (Ser. A., # 6, p. 19) y de la "Fábrica de Chorzow" (Ser. A., # 17, p. 29). Cito:

«el Tribunal observa que es un *principio de Derecho Internacional*, y hasta una *concepción general del Derecho*, que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar» (cit. Ser. A., # 17, p. 29).

«Es un *principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes* que en las relaciones entre las partes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre la de un tratado» (Ser. B., # 17, p. 38).

«Es un *principio generalmente admitido* el que un Estado no pueda invocar respecto a otro Estado su propia Constitución, para desvincularse de una obligación internacional» (Ser. A-B., # 44, p. 24).

Del actual TIJ, por su parte, cito entre otros los siguientes conceptos:

«no tienen (las obligaciones que le correspondían a Albania) su fundamento en la Convención VIII de La Haya de 1907, la que es aplicable en tiempos de guerra, sino en ciertos *principios generales bien reconocidos*, tales como las consideraciones elementales de humanidad, más absoluta aún en tiempos de paz que de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados. (TIJ, caso del "Canal de Corfú", Rep. 1949, p. 22).

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

«Los principios que se encuentran en la base de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, aunque no exista un vínculo convencional entre ellos» (TIJ, Op. Cons. sobre "Reservas a la Convención sobre Genocidio", Rep. 1951, p. 23).

Asimismo en el caso "Ambiatelos", el Tribunal declaró que constituye un principio de Derecho Internacional el que un Estado no pueda ser obligado a recurrir a un arbitraje. También:

«El hecho de que este derecho de apelación especial no haya sido incorporado al Pacto no puede interpretarse como excluyendo la aplicación del principio general de Derecho en virtud del cual se deba presumir que la facultad de poner término a un mandato o a otra convención, como consecuencia de su violación, existe de modo inherente aun si no ha sido expresado» (TIJ, Op. Cons. sobre "Namibia", Rep. 1971, p. 48).

«Uno de los principios básicos que rigen la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe. La confianza es inherente a la cooperación internacional, particularmente en una época cuando esta cooperación en muchos campos ha llegado a ser esencial» (TIJ asunto "Ensayos Nucleares", Rep. 1974, p. 268).

(las refs. son tomadas de Verdross..., p. 135; Díez de Velasco..., p. 89, y Vargas Carreño..., pp. 106-107). No puedo dejar sin mencionar lo que ha constituido un hito en la evolución del Derecho Internacional tradicional al contemporáneo; el renombrado voto disidente del Juez Tanaka en el lamentable asunto de "Africa Sudoccidental", en el cual, hablando de una 'sagrada misión de la civilización', dijo, entre muchas otras cosas importantes:

«El poder discrecional del Mandatario, no obstante, no es ilimitado. Además de las reglas generales que prohíben al Mandatario abusar de su poder y actuar de mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones, y además de las disposiciones concretas del Mandato y del Pacto, el Mandatario está sujeto a la Carta de las Naciones Unidas como Estado Miembro, al Derecho Internacional consuetudinario, a los principios generales del Derecho y a otras fuentes del Derecho Internacional enunciadas en el artículo 38, párrafo 1...» ("The discretionary power of the Mandatory however, is not unlimited. Besides the general rules which prohibit the Mandatory from abusing its power and 'mala fides' in performing its obligations, and besides the individual provision of the Mandate and the Covenant, the Mandatory is subject to the Charter of the United Nations as a member State, the customary international law, general principles of law, and other sources of international law enunciated in Article 38, paragraph 1...") (TIJ, caso "Africa Sudoccidental", voto salvado del Juez Tanaka, Rep. 1966, pp. 266, 201-302).

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

CAPITULO II

20 (26) Cfr. Verdross..., pp. 20 ss., 85 ss.

20 (27) Cfr. Gómez Robledo..., pp. 24-25, 95 y 189 ss. Junto a Vitoria no puede dejar de mencionarse, sobre todo, a Suárez y a Grocio (en general sobre Vitoria y Suárez, v. García Arias, en la obra de Nussbaum..., pp. 384 ss., 427 ss.; sobre los tres, en excelente resumen, Sepúlveda..., pp. 14 ss. y 24 ss.; sobre Grocio y el 'jus cogens', Gómez Robledo..., pp. 29 ss.).

21 (28) Cfr. De la Guardia y Delpech..., pp. 87-88. La historia contemporánea del 'jus cogens' no puede dejar de mencionar los nombres de sus dos detonantes, el Juez Schücking del TPJI, en su voto salvado en el caso "Oscar Chinn" (1934; TPJI, Ser. A-B, # 63, pp. 149-150; texto en De la Guardia y Delpech..., p. 77 —en español— y en Gómez Robledo..., pp. 33-34), ni de Verdross, en su clásico artículo "Forbidden Treaties in International Law" (AJIL, 1937, vol. 31, pp. 571 ss.); ni de sus grandes impulsores, Lauterpacht, Fitzmaurice, Waldock, Briggs, Ago, Luna, etc. Es importante la contribución del gran Jurista soviético Tunkin, quien al ponerse del lado del 'jus cogens' le dio la necesaria universalidad (en general Gómez Robledo..., pp. 33 ss.; desde el punto de vista socialista, me parece excelente la monografía de Alexidze..., si bien su insistencia en negar constantemente el yusnaturalismo me recuerda el refrán de que ¡"algo tiene el agua cuando la bendicen"!).

22 (28 bis) V. infr # 28, sobre contradicción del texto en español con los en inglés y francés.

24.1 (29) Sobre 'jus cogens' en comunidades regionales, v. ## 24.2 y 24.3.

24.1 (30) Sobre efectos vinculantes de los tratados sobre terceros Estados v. supra ## 16.2, 16.5 y 16.7, aunque como se ha dicho no se trata del efecto de las normas convencionales 'per se', sino de otras de D. I. general 'recogidas' en ellas (cf. R. E. Piza E., "Régimen de Tratados...", y comentarios de G. J. Facio en la obra de Vargas Carreño..., pp. 204 ss.). En cuanto a la CDT, además de los arts. 53 y 64, es importante, en esta materia, el contraste entre los arts. 34, 38 y 43, según los cuales:

Art. 34. Norma general concerniente a terceros Estados.

"Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento."

Art. 38. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una constante costumbre internacional.

"Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal."

Art. 43. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.

"La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado."

- # 24.2 (31) Sobre la teoría de la 'institución', v. # 13.3 y nota 13 supra.
- # 24.2 (32) Los negadores de un 'jus cogens' regional son mayoría. La razón primordial, aparte de la del texto, consiste, a mi ver, en la confusión que se hace entre Derecho Internacional 'universal' entendido como de la totalidad o generalidad de los Estados, y Derecho Internacional 'general', que es más bien una categoría específica dentro de cada ordenamiento y que puede, por tanto, aplicarse lo mismo al global o mundial que al regional. En realidad, cada ordenamiento desarrolla sus propios principios y se funda en sus propios sistemas de valores, que no pueden, o no deben entrar en contradicción con los ordenamientos superiores, pero que pueden llegar a mucho mayor concreción por lo mismo que abarcan comunidades menos amplias y más homogéneas y coherentes. Gómez Robledo..., pp. 95-96, a mi juicio con acierto, deja en el aire la pregunta. En realidad, negar la posibilidad del 'jus cogens' regional equivale en el fondo a negar el carácter autónomo de los Derechos Internacionales regionales. Este tipo de negación sistemática es el que se encuentra, p. ej., en Oppenheim..., pp. 54-55 y nota 14.
- # 24.3 (33) En el Sistema Interamericano se pueden identificar muchos rasgos característicos más. Por un lado, muchas instituciones del Derecho Internacional contemporáneo tuvieron sus primeras manifestaciones en el Continente Americano, especialmente en las naciones iberoamericanas que son las que forman una verdadera 'comunidad': p. ej., además del derecho de asilo territorial y diplomático, de la democracia representativa y de la protección internacional de los derechos humanos, que nacieron en nuestro hemisferio mucho antes que en el resto del mundo (aunque hayan encontrado más baches en su camino), los principios de libre determinación, de no intervención y el actualísimo del llamado 'mar patrimonial', son de clara estirpe iberoamericana. Algunos otros no han logrado todavía eco suficien-

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

te, como el de la directa legitimación del ser humano ante los tribunales internacionales (que ya existió en la Corte de Justicia Centroamericana de 1908 a 1918). Un principio que, para mí, claramente señala la especificidad, inclusive agresiva, de nuestro Sistema, es el contenido en el artículo 23 de la Carta de la OEA según el cual

«Todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.»

Que la Organización de los Estados Americanos se haya debilitado; que el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) no se haya podido reformar y esté resquebrajado, dice menos del fracaso del sistema regional que del problema planteado entre las naciones pobres iberoamericanas y el coloso del Norte, y en los últimos tiempos la penetración de la otra superpotencia. Librándonos de ambos la cohesión y la unidad culturales y espirituales de nuestros pueblos asombrarían al mundo. Sobre el Sistema Interamericano hay una obra muy completa del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, "El Sistema Interamericano"...; también tengo presente la obra clásica de Alvarez... y a la vista el excelente estudio monográfico de A. Borrás Rodríguez... esp. pp. 205-210.

- # 24.3 (34) Hoy el movimiento de *codificación* del Derecho Internacional permite identificarlas fácilmente. A la cabeza de ellas, por supuesto, la propia Carta de la ONU, dos de cuyos principios me parecen especialmente significativos: los de los arts. 2.6 y 103, según los cuales,

Art. 2.

"Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios:

"6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional..."

Art. 103.

"En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta."

Ref. #	#
texto	nota

- # 24.4 (35) Jiménez de Arechaga..., p. 31.
- # 24.4 (36) V. supra # 20 y nota 27.
- # 24.4 (37) Sobre la objetividad de esas verdades, incluso entre los autores soviéticos, v. ref. a Tunkin supra nota 28. También Alexeidez...
- # 24.5 (38) O por lo menos con las normas *constitucionales*, que al fin y al cabo las normas de 'jus cogens' eso es lo que son: *normas constitucionales de la comunidad internacional*. Sin embargo, la similitud que a mí personalmente más me satisface, por la naturaleza misma del 'jus cogens' y la falta de centralización del Derecho Internacional, es precisamente con las llamadas '*cláusulas pétreas*' de la Constitución (en el Derecho interno). Reconozco que este concepto es todavía polémico, pero a mi juicio indispensable, sobre todo después de la 'universalización' de los derechos humanos. Sobre '*cláusulas pétreas*', cfr. E. Ortiz ("De las reformas constitucionales..."); R. E. Piza E. ("Principios generales...") ("El derecho de propiedad...") ("Reforma general..."). En contra, R. Hernández en la obra conjunta de Gutiérrez, Volio, etc... En todo caso, entiéndase que de lo que se trata no es sencillamente de anular los actos de 'jus dispositivum' realizados por los Estados como *súbditos* de la comunidad internacional, que es a lo que amountaría su equivalente con las simples normas imperativas del Derecho interno, sino de limitar en general su *autonomía normativa*, en tanto que legisladores 'ordinarios' de esa comunidad internacional: las normas de 'jus cogens' no solamente anulan los llamados 'tratados-contratos' que se les opongan, sino *todo* tratado internacional, es decir, incluso los llamados 'tratados-leyes'. Por eso, cuando los autores admiten la posibilidad de reformar las normas de 'jus cogens' mediante convenciones multilaterales (v. infra # 27.1), les ponen condiciones, como p. ej. Waldock, quien propuso expresamente que "toda modificación o supresión de normas anteriores debería ser expresamente declarada en el nuevo tratado" (cit. Gómez Robledo..., p. 111).
- # 25.3 (39) Cfr. Jiménez de Arechaga..., pp. 80 ss. y 107 ss. —con citas de jurisprudencia—; Gómez Robledo..., pp. 170 ss.; De la Guardia y Delpech..., pp. 65 ss., esp. pp. 75, 80, 85 —con citas de Rolin, McNair y Schwarzenberger—, 423 y 426.
- De hecho se cita con frecuencia la carta de la ONU como fuente fundamental —constitucional— de normas de 'jus cogens', es decir, como una especie de 'super jus cogens'.
- # 25.4 (40) V. supra y 24.5 y nota 38.
- # 25.4 (41) En general, mi punto de vista es que las *fuentes formales* verdaderas tienen su propia jerarquía, y por ella se rigen (en este sentido,

Ref. #	#
texto	nota

- cfr. R. E. Piza E., "Régimen de tratados..."). Sin embargo, creo que el principio del texto es complementario, y podría formularse como regla así: si la fuente formal tiene más rango que su forma de expresión, rige el rango de la fuente formal; si la forma de expresión tiene más rango que la fuente formal, rige la forma de expresión.
- # 25.5 (42) Es el procedimiento más generalmente aceptado. Cfr. Gómez Robledo..., pp. 94 ss. y 109 ss.
- # 25.5 (43) V. también nota 32.
- # 25.6 (44) V. supra # 24.3.
- # 25.6 (45) V. supra # 16.2 y nota 17.
- # 25.6 (46) Es la opinión dominante. Cfr. Jiménez de Arechaga..., pp. 37-38 y citas 50-51. El asunto se alegó ante el TIJ en el caso de los "Ensayos nucleares", pero no se llegó a un pronunciamiento. En cambio, en el asunto de las "Pesquerías", "después de llegar a la conclusión de que la regla de las diez millas para las bahías no era costumbre establecida, añadió la observación de que en todo caso dicha regla
- «aparece inoponible a Noruega, en cuanto se ha opuesto siempre a su aplicación a la costa noruega» (TIJ, Rep. 1951, p. 131) (cit. p. 38).
- Pero es importante señalar que se trata de establecer si existía o no una costumbre *ordinaria*, es decir, sin que estuviera involucrado el problema del 'jus cogens'. Por otra parte, en el caso del "Asilo" (Haya de la Torre), el Tribunal dijo:
- «La parte que invoca una costumbre *de esa naturaleza* debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra parte. El Gobierno de Colombia debe probar que la norma que invoca está de acuerdo con un *uso constante y uniforme* practicado por los Estados en cuestión, y que dicho uso constituye la *expresión de un derecho* a favor del Estado que concede el asilo y una *obligación* que incumbe al Estado territorial» (TIJ, Rep. 1950, p. 276).
- Esto es interpretado en el sentido de que el Tribunal es mucho más reticente respecto del establecimiento y prueba de la *costumbre regional*, en cierto modo revirtiendo su posición respecto de la llamada 'general', al considerar la primera como 'particular' y, como tal, sólo oponible a los Estados que participaron en su formación. Si fuera así, obviamente se estaría desconociendo el carácter 'sui generis' de la costumbre 'regional', que es también 'general' y no 'particular' respecto de la comunidad internacional a que se imputa. Pero yo no comparto esa interpretación, porque me parece claro que lo que el tribunal exige es que se pruebe que la costumbre se formó con el concurso de la generalidad de los Estados de la respectiva comunidad,

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

y no necesariamente con el del Estado en cuestión. De todos modos, sí me parece que debió ser más claro, sobre todo porque no había necesidad de cautela, dado que la tesis de fondo fue la de que se estaba lejos de haberse demostrado la existencia de tal costumbre. En efecto, la conclusión final fue la de que

«los hechos sometidos al Tribunal muestran tantas incertidumbres y contradicciones, tantas fluctuaciones y discordancias en el ejercicio del derecho de asilo diplomático... y la práctica ha sido influida de tal manera por consideraciones de oportunidad política en los distintos casos, que no ha sido posible deducir de este conjunto una costumbre constante y uniforme aceptada como derecho, en lo relativo a la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva del delito» (TIJ, Rep. 1950, p. 278).

De todos modos, me parece lamentable la conclusión del tribunal. Cfr. A. Borrás Rodríguez..., p. 208, con su comentario crítico, pp. 205-210).

25.7 (47) V. supra # 25.6 y notas 45 y 46. En todo caso, el 'jus cogens' es, por definición, 'erga omnes'.

25.7 (48) En realidad, 'el consenso' no es más que un *medio de expresión* de la conciencia jurídica colectiva de la comunidad internacional en su conjunto. Se trata de una '*opinio necessitatis*', no en el sentido de que de algún modo no intervenga la 'voluntad' humana, indispensable hasta para pensar, sino en el de que esa voluntad se dirige al encuentro del 'orden objetivo de valores objetivos' que fundamentan su conciencia, con un sentido de *necesidad*, es decir, constreñido por un imperativo de razón. La conciencia no es, así, voluntaria en un sentido 'subjetivo', puesto que no 'se inventa' los valores, sino que 'los descubre', del mismo modo que no 'crea' las normas, sino que las 'reconoce' como derivadas de exigencias que le están impuestas 'desde fuera'... iba a decir que desde fuera de su 'libertad', pero en realidad es fuera de su 'arbitrio': la libertad siempre existe, pero la libertad se ordena de manera 'natural' a los valores objetivos.

26.1 (49) V. supra # 12.3, 16.5, 17 y 25.4.

26.1 (50) V. supra # 12.1, 25.2 y 25.4.

26.2 (51) Cfr. Hauriou...

26.2 (52) Según el artículo 7 de esa Ley,

Art. 7.

«1. Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho— servirán para interpretar,

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y *tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.*

»2. Cuando se trate de suplir la ausencia, no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes *tendrán rango de ley.*

»3. Las normas no escritas *prevalecerán sobre las escritas de rango inferior.*»

27.1 (53) La solución se encamina por la combinación de los arts. 34 y 38 CDT (ver supra # 24.1, cita 30).

27.1 (54) Al menos mientras no exista una '*autoridad supranacional*' diferenciada. Los tratados son actos eminentemente 'voluntarios' (en el sentido de una voluntad 'subjetiva', 'utilitaria'), y en realidad, más que representar siquiera la voluntad de los pueblos representan la de los gobiernos (que no es lo mismo). La ratificación no mejora mucho la situación: la experiencia enseña que, salvo en algunos países, generalmente es mucho más fácil que el parlamento ratifique un tratado internacional que no que apruebe una simple ley.

27.4 (55) Cfr. Verdross..., p. 128.

27.4 (56) Que esos valores son mucho más claros y mejor conocidos de lo que se piensa lo demuestran dos ejemplos, uno negativo y uno positivo: 1. se ha venido estableciendo una especie de 'práctica internacional' de las potencias el propiciar, preparar, avituallar y armar a las guerrillas y otros movimientos subversivos en países fuera de su órbita de influencia. El hecho es notorio; y no es cierto que lo haga avergonzadamente o sin confesarlo; por el contrario, con mucha frecuencia lo defienden apoyándolo en supuestos '*principios morales*' (liberación, justicia, etc.; todo se puede en nombre de la 'ideología'). Sin embargo, por mucho que esas prácticas llegaran a adquirir las características 'externas' de la costumbre (práctica conforme a la norma y '*opinio juris*' —subjetiva— para sustentarla), nunca serían consideradas válidas para efectos de crear Derecho consuetudinario. En cambio: 2. el ejemplo positivo, el del mar patrimonial. Cuando muchos Estados de América comenzaron por establecer unilateralmente las 200 millas (algunas veces, de mar 'territorial' incluso), estaban violando claramente la norma consuetudinaria ampliamente consolidada de la libertad de los mares; sin embargo, lo hicieron y la costumbre se consolidó. La diferencia, para mí, no es 'positiva', sino 'moral', pero no de una moral ocasional, que puede ser apenas un disfraz del interés, sino de una verdadera 'moral universal', que todos los seres humanos, en función de seres humanos y no de gobiernos ni de fracciones, compartimos.

27.6 (57) Sobre *consenso*, cfr. Verdross..., p. 125; Oppenheim..., pp. 16-19 y 25; Gómez Robledo..., pp. 105, 107, 111 y 119; Jiménez de Are-

Ref. # texto	# nota
-----------------	-----------

chaga..., pp. 38 ss. (en la p. 40, cita de la "Declaración de los principios jurídicos que deben regir la exploración y utilización del espacio ultraterrestre", la expresión de que esos principios

«reflejaban el Derecho internacional tal como había sido *aceptado por los miembros de las Naciones Unidas*», y así *cristalizó el consenso general* que se había manifestado en los años anteriores...»).

Valga para el *consenso* todo lo dicho respecto de las 'prácticas retóricas' de los Estados: éstas no son el elemento material de una costumbre 'in fieri': no son más que la pura y simple expresión del *consenso de la comunidad internacional*.

- # 27.7 (58) Gómez Robledo..., p. 27 (cita del TIJ en el asunto de la "Barcelona Traction").
- # 27.7 (59) Idem cita anterior.
- # 27.7 (60) Entraron en vigor el 30-I-76 y el 23-III-76, respectivamente.
- # 27.7 (61) La Declaración ha sido citada expresamente por innumerables otros instrumentos internacionales, inclusive convenciones vigentes, algunas veces mencionando expresamente que determinadas conductas constituyen una "violación de la Declaración". Fue aprobada originalmente por 48 votos con ocho abstenciones (ninguno en contra). De todos ellos, seis —de la órbita socialista— que se abstuvieron, la han reconocido expresamente (entre otros documentos, en el Acta de Helsinki), lo mismo que todos los nuevos Estados que han accedido a la independencia (y a las Naciones Unidas) con posterioridad. Sólo quedan dos Estados sin reconocerla de un modo u otro: la Unión Sudafricana y Arabia Saudita. En el Derecho interno, muchas Constituciones le otorgan reconocimiento expreso como Derecho vigente.
- # 27.8 (62) Cfr. especialmente R. E. Piza E. "Principios..."; R. E. Piza Rocafort y H. Monterrosa..., t. I, pp. 306 y 362 (estos últimos hacen un extenso y documentado desarrollo sobre el carácter de 'jus cogens' del Derecho de los Derechos Humanos).

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, HILDEBRANDO: "Tratado de Derecho Internacional Público", Imp. Nal., Río de Janeiro, 1945; t. I.
- ALEXEIDZE, LEVAN: "Legal Nature of Jus Cogens in contemporary International Law", Académie du Droit International, "Recueil des Cours", Sijthoff, The Hague, 1982 (vol. III, 1981, 172, pp. 227-270).
- BARBERIS, JULIO A.: "Fuentes del Derecho Internacional", Ed. Platense, La Plata, 1973.
- BIDART CAMPOS, JAIME: "Tratado de Derecho Constitucional", Buenos Aires...
- BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO: "Derecho Constitucional", Tecnos, Madrid, 1965.
- BODENHEIMER, EDGAR: "Teoría del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- BONFILS, HENRY: "Manuel du Droit International Public (Droit des Gens)", Ed. A. Rousseau, París, 1905.
- BORRAS RODRIGUEZ, ALEGRIA: "Perspectivas Actuales de los llamados 'Derechos Regionales'", IHLADI, "Anuario", vol. V, Ser. Publics. Armada, Madrid, 1979, pp. 205 ss.
- BREWER CARIAS, ALLAN R.: "La Defensa de la Constitución", Ed. Jur. Venez., Caracas, 1982.
- BRITO MELLO BOSON, GERSON DE: "Nova Problemática das Fontes do Direito", IHLADI, "Anuario", vol. 4, Madrid, 1973.
- BROWNLIE, IAN: "Principles of Public International Law", Oxford Univ. Press., London, 1979.
- CABANELLAS, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Heliasta, Buenos Aires, 1981.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO: "Soberanía del Estado y Derecho Internacional", Tecnos, Madrid, 1976.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: "Teoría General del Derecho", Edersa, Madrid, 1955.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: "Compendio de Derecho Civil", Ed. Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- DIEZ, MANUEL MARIA: "Derecho Administrativo", Bibl. Omeba, Buenos Aires, 1963, tomo I.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL: "Instituciones de Derecho Internacional Público", Tecnos, Madrid, 1980, tomo I.
- GARCIA ARIAS, LUIS: "Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacional", como adición a la "Historia del Derecho Internacional" de NUSSBAUM, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1949, pp. 333-587.
- GAJA, GIORGIO: "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", Académie du Droit International, "Recueil des Cours", The Hague, 1982, (III, 1981, 172), pp. 275-316.
- GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO, y FERNANDEZ, TOMAS RAMON: "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1980, tomo I.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO; LINDE, ENRIQUE; ORTEGA, LUIS IGNACIO; SANCHEZ MORON, MIGUEL: "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", Civitas, Madrid, 1979; esp. Cap. I, SANCHEZ MORON, "Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos", pp. 19 ss.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO: "Filosofía del Derecho", Porrúa, México, 1977.

GOMEZ ROBLEDO, ANTONIO: "Le 'Jus Cogens' International: sa Genèse, sa Nature, ses Fonctions", Académie du Droit International, "Recueil des Cours", Sijthoff, The Hague, 1982 (III, 1981, 172).

GONZALEZ CAMPOS, JULIO: "La Polarización del Derecho Convencional en torno a las Organizaciones Internacionales y el Futuro del Derecho de los Tratados", en "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo xx, en homenaje a E. SAYAGUES LASO", Inst. Estudios de Adm. Local, Madrid, 1969, pp. 397 ss.

GORDILLO, AGUSTIN: "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Macchi, Buenos Aires, tomo I.

GROS ESPIELL, HECTOR: "El Derecho de los Tratados y el Tratado de Tlatelolco", IHLADI, "Anuario", Madrid, 1973.

GROS ESPIELL, HECTOR: "Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional, 1968-1977", en "Jurídica", Anuario Depto. de Derecho Univ. Iberoamericana, Madrid, 1978.

GROS ESPIELL, HECTOR: "El Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos y los Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, 1981, Instituto de Derechos Humanos de la Fac. de Derecho, Univ. Complutense, Madrid, 1982.

DE LA GUARDIA, ERNESTO, y DELPECH, MARCELO: "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970.

GUTIERREZ, CARLOS JOSE: "La Corte de Justicia Centroamericana", Juricentro, San José, 1978.

GUTIERREZ, CARLOS JOSE: "Conflictos entre las Normas de Derecho Interno y los Instrumentos Internacionales", en "La Convención Americana sobre Derechos Humanos", OEA, Washington D. C., 1980, pp. 171 ss.

GUTIERREZ, CARLOS JOSE; VOLIO, FERNANDO; MUÑOZ, HUGO; MENDEZ, ODILON, y HERNANDEZ, RUBEN: "Derecho Constitucional Costarricense", Ensayos, Juricentro, San José, 1983.

HABA, ENRIQUE PEDRO: "La Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina a la Luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", Primero y Segundo Informes, IIDH, San José, 1983 (inédito).

HAMBRO, EDVARD, y ROVINE, ARTHUR W.: "La Jurisprudence de la Cour Internationale", Sijthoff, Leyde, 1968 (V-A y V-B, 1964-1966), 1972 (VI-A, 1967-1970).

HAMBRO, EDVARD, Idem Sijthoff, Leyde, 1963 (III, "Opinions Individuelles et Dissidentes", 1947-1958, A) y 1966 y 1968 (IV-A, 1959-1963, y V-A, 1964-1966).

HART, HLA: "El Concepto del Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HAURIU, MAURICE: "Principios de Derecho Público y Constitucional", Madrid, 1927.

HELLER, HERMANN: "Teoría del Estado", Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

JIMENEZ DE ARECHAGA, EDUARDO: "El Derecho Internacional Contemporáneo", Tecnos, Madrid, 1980.

KELSEN, HANS: "Teoría General del Derecho y del Estado", Imp. Universit., México, 1958.

HELSEN, HANS: "Principles of International Law", New York, 1952.

LEGAS Y LACAMBRA, LUIS: "Filosofía del Derecho" Bosch, Barcelona, 1979.

MAJA DE LA MUELA, ADOLFO: "El Tribunal Internacional de Justicia en el Mundo Actual", en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo xx, en homenaje a SAYAGUES LASO, Inst. Est. de Adm. Local, Madrid, 1969, t. II, pp. 141 ss.

NIETO NAVIA, RAFAEL: "El Derecho Imperativo 'Jus Cogens' en el Derecho Internacional a la Luz de la Convención de Viena de 1969", Universitas 52, Bogotá, 1977.

OPPENHEIM, L.: "Tratado de Derecho Internacional Público", Bosch, Barcelona, 1961, tomo I, vol. I.

ORTIZ ORTIZ, EDUARDO: "Costa Rica, Estado Social de Derecho", Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1976.

ORTIZ ORTIZ, EDUARDO: "De las Reformas Constitucionales Inconstitucionales", Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1977.

PASTOR RIDRUEJO, JOSE ANTONIO: "La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional", IHLADI, "Anuario" IV, Madrid, 1973, pp. 87 ss.

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "Régimen de Tratados Internacionales en el Derecho de la República de Costa Rica", Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1977 (también glosado por FACIO, G. J. en la obra de VARGAS CARREÑO..., página 204 ss.).

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "Protección y Promoción de los Derechos Humanos", Rev. Cs. Jurídicas, San José, 1979.

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "Draft Exemplary Formulation of the Basic Principles of Human Rights Law", proyecto presentado a la Conferencia Anual "Armand Hammer", Hyde Park, N. Y., 1982.

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "La Coordinación de los Mecanismos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, con respecto a los establecidos por el Sistema de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos", OEA, Washington D. C., 1979.

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "La Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (en prensa).

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: "El Derecho de los Derechos Humanos", Lec. Esp. en el II Curso Interdisciplinario s/Derechos Humanos, IIDH, San José, 1984.

PIZA ESCALANTE, RODOLFO E: Ponencia sobre "La Enseñanza del Derecho de los Derechos Humanos en las Cátedras de Derecho Constitucional de América Latina", IIDH, San José, 1983.

PIZA ROCAFORT, RODOLFO, y MONTERROSA, HERNAN: "Mecanismos Internos de Protección de los Derechos Humanos a la Luz del Derecho Internacional", tesis de grado, tres vols., U. de Costa Rica, 1983.

PREDIERI, ALBERTO, y GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO: "La Constitución Española de 1978", Civitas, Madrid, 1981.

REY CARO, ERNESTO J.: "La Competencia Legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Efectos Jurídicos de las Resoluciones", IHLADI, "Anuario", vol. V, Madrid, 1979.

ROUSSEAU, CHARLES: "Derecho Internacional Público", Ariel, Barcelona, 1966.

- RUIZ JIMENEZ CORTES, JOAQUIN: Comentarios sobre el "Artículo 10 (de la Constitución Española de 1978): Derechos Fundamentales de la Persona", en Rev. de Derecho Público, "Comentarios a las Leyes Políticas", "Constitución Española de 1978", tomo II, EDESA, 1984, pp. 47 ss.
- SANCHEZ AGESTA, LUIS: "Nociones de Teoría Política", en "Curso de Doctrina Social Católica", Inst. Social León XIII, Bibl. Autores Cristianos, Madrid, 1967, pp. 329 ss.
- ROMANO, SANTI: "El Ordenamiento Jurídico", Inst. Est. Polít., Madrid, 1962.
- ROMANO, SANTI: "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", Ejea, Bs. Aires, 1964.
- SEPULVEDA, CESAR: "Derecho Internacional", Porrúa, México, 1983.
- VARGAS CARREÑO, EDMUNDO: "Introducción al Derecho Internacional", Juricentro, San José, 1979 (con un Cap. final s/Relaciones con el D. Interno por FACIO, GONZALO J.).
- VERDROSS, ALFRED: "Derecho Internacional Público", Aguilar, Madrid, 1980.
- VERDROSS, ALFRED: "La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental", Centro de Est. Filosóficos, México, 1962.

EL NOTARIADO LATINO Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Comunicación al tema "*La persona humana como sujeto del Derecho Internacional*"

(CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL.) Costa Rica, 1985

Vicente L. SIMO SANTONJA
(*Delegado de la Unión Internacional del Notariado Latino ante el IHLADI*)

SUMARIO

1. **Propósito.**
2. **¿Es la persona humana sujeto de Derecho Internacional?**
 - 2.1. Desde una perspectiva histórica.
 - 2.2. Desde una perspectiva práctica.
3. **¿Tiene la persona humana ciertas obligaciones interindividuales, paralelas a sus derechos?**
4. **¿En qué plano problemático de los derechos humanos entra en juego la función notarial?**
 - 4.1. Problema historiográfico.
 - 4.2. Problema de fundamentación.
 - 4.3. Problema de efectividad.
5. **¿Cuál es la función social del Notario Latino?**
 - 5.1. Doble imagen del Notario. Sus variables.
 - 5.2. Órbita del Notariado Latino.
 - 5.3. Derecho, seguridad y justicia.
 - 5.4. La prevención de conflictos.
 - 5.5. La orientación del comportamiento.
 - 5.6. El cuidado del Derecho.

6. **La positivación de los derechos fundamentales.**

- 6.1. En un primer plano.
- 6.2. En un segundo plano.

7. **Derechos fundamentales de la persona humana sobre los que incide la función notarial.**

- 7.1. Libertad, igualdad, seguridad y justicia.
- 7.2. El derecho a la intimidad.
- 7.3. El derecho a la propiedad.
- 7.4. Los derechos familiares.

8. **Conclusión: sistema jurídico y documento.**

ABREVIATURAS

CAD = *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, llamado Pacto de San José de Costa Rica (22 noviembre 1969).

CDL = *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (4 noviembre 1950).

CDL Prot. 1.º = *Protocolo Adicional* al anterior Convenio (París, 20 marzo 1952).

CSE = *Carta Social Europea* (Turín, 18 octubre 1961).

DAD = *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Bogotá, 30 marzo/2 mayo 1948).

DUD = *Declaración Universal de Derechos Humanos* (10 diciembre 1948).

PDC = *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (16 diciembre 1966).

PDE = *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (16 diciembre 1966).

1. **Propósito.**

La Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino, en su reunión de Luxemburgo (noviembre, 1984), acordó la conveniencia de presentar una COMUNICACION al tema *La persona humana como sujeto del Derecho Internacional*, a debatir en el CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, a celebrar en Costa Rica (marzo, 1985), por considerar que desde un plano de efectividad el Notariado Latino colabora al cumplimiento preventivo de las obligaciones que tiene la persona humana como sujeto de Derecho Internacional.

Pero llegar a esta afirmación supone responder previamente a una serie de interrogantes lógicas, que contestadas en sentido positivo nos llevan a ella.

Las interrogantes que de modo sucesivo hemos de ir superando, son esencialmente, las siguientes:

- ¿Es la persona humana sujeto de Derecho Internacional?
- ¿Tiene la persona humana ciertas obligaciones interindividuales, paralelas a sus derechos?
- ¿En qué plano problemático de los derechos humanos entra en juego la función notarial?
- ¿Cuál es la función social del Notario Latino?

Contestadas estas cuatro interrogantes fundamentales, estaremos en situación de analizar qué papel juega y debe jugar el Notariado Latino en la conquista de la plena efectividad de los derechos humanos, precisamente por las garantías que ofrece su función.

2. **¿Es la persona humana sujeto de Derecho Internacional?**

Ningún período de la historia humana presenta tantos problemas como la época actual. Vivimos la época de las adivinanzas. A pesar del prodigioso desarrollo de la tecnología y de todas las ventajas que aporta, los rasgos característicos de la sociedad contemporánea aparecen dominados por el factor de la *agresividad*. Parece como si el orden jurídico actual no respondiese a las exigencias de la época, provocando dos resultados importantes: el sentimiento de inseguridad en el individuo o de desconfianza ante los valores tradicionales; y el sentimiento de egoísmo, que da lugar al desprecio de los demás.

El hombre tiene necesidad de protección frente a sus semejantes, en la batalla del hombre contra el hombre: es el problema de la protección del individuo contra los demás individuos.

2.1. Desde una perspectiva teórica.

El problema de si el individuo es o no sujeto de derecho Internacional ha sido discutido sin llegar a una solución armónica.

2.1.1. Defienden la solución *negativa*, autores *positivistas* como Triepel y Anzilotti, que entienden que el Derecho Internacional regula las relaciones entre los Estados, y sus normas sólo afectan al individuo, sujeto de Derecho Internacional, en los casos y en la medida que le llegan a través de dicho Derecho interno.

2.1.2. Defienden la solución *positiva*, autores *realistas* como Duguit, Scelle y Politis, que entienden que el Estado no es más que un procedimiento técnico para la gestión de los intereses colectivos, en cuanto que el Derecho, sea interno o internacional, sólo puede dirigirse a individuos dotados de inteligencia y voluntad.

2.1.3. Rousseau critica ambas interpretaciones excesivamente sistemáticas de la realidad internacional, destacando la parte de verdad que tiene cada una de ellas:

- a) Es cierto que el individuo es el destinatario real de toda norma jurídica.
- b) Es cierto que el individuo, como tal, sólo excepcionalmente es titular efectivo de competencias internacionales.

2.2. Desde una perspectiva práctica.

Está demostrada la creciente importancia que se atribuye al individuo, como tal, independientemente de su pertenencia a una determinada colectividad estatal, y ello por dos razones:

2.2.1. Porque en Derecho Internacional existen normas positivas aplicables directamente a los particulares, normas que afectan al individuo en su vida, su libertad o su moralidad. La «Declaración Universal de los Derechos Humanos», adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, en París, el día 10 de diciembre de 1948, supone un punto culminante de esta razón.

2.2.2. Porque ya se admite, en algún caso, la participación directa de los individuos en los procedimientos jurisdiccionales internacionales.

3. ¿Tiene la persona humana ciertas obligaciones interindividuales paralelas a sus derechos?

El problema puede plantearse con dos interrogantes:

- ¿Las distintas Convenciones y Pactos sobre los Derechos Humanos obligan tan solo a los Estados contratantes, o además también a los individuos que están bajo su jurisdicción?
- ¿Producen tales Convenciones y Pactos lo que en la terminología alemana se califica como “Drittwirkung”, y que podría traducirse, aproximadamente, al francés como “Effets à l’égard des tiers”, o al español como “Efectos en cuanto a terceros”?

La doctrina no es pacífica y apenas aparecen nuevos argumentos. La lista de partidarios y adversarios de la “Drittwirkung” es interminable, sin que falten autores (Khol, Klecatsky, Walter) que defienden una solución intermedia: “Mittelbare drittwirkung”.

Excedería del espacio de esta comunicación que analizáramos detenidamente todos los argumentos de unos y otros, o que profundizáramos las diferentes soluciones jurisprudenciales.

A nuestro entender, la solución a ambas interrogantes debe ser afirmativa si se toman en consideración los siguientes argumentos:

- 3.1. Nadie puede desconocer como necesidad de nuestro tiempo, la de proteger a los particulares contra sus semejantes, y no sólo contra el poder público.
- 3.2. Ese es el espíritu de la DUD, en tanto la Asamblea General proclama la Declaración, “a fin de que, tanto los individuos como las instituciones, promuevan el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.
- 3.3. Hay que pensar que la contrapartida a los derechos garantizados sea el admitir las obligaciones del individuo, que aunque no gocen de una sanción internacional directa, sí pueden tenerla allí donde las Convenciones o los Pactos tienen rango de ley nacional.

- 3.4. Nadie puede desconocer que ciertas realizaciones de la técnica moderna amenazan la vida privada de cualquier persona humana.
- 3.5. La exposición de motivos del PDC son lo suficientemente claras: "Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto."

4. ¿En qué plano problemático de los Derechos Humanos entra en juego la función notarial?

Es necesario que partamos de un concepto de Derechos Humanos, de los muchos posibles y formulados, para mejor centrar la solución a la interrogante propuesta. Podemos entender, bajo la denominación Derechos Humanos, el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la libertad, la dignidad y la igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Al hablar de Derechos Humanos nos encontramos ante una realidad dinámica, cuyos contornos precisos sólo pueden quedar definidos en cada momento por el cúmulo de facultades que, desde diversas y alejadas posiciones culturales en que se forma, reconoce como exigencia inherente a la dignidad del hombre, como derechos que han de serle proclamados y garantizados por los ordenamientos jurídicos positivos para que éstos puedan ser considerados justos (De Castro).

El tema de los Derechos Humanos, que es un aspecto parcial, pero importante de la persona humana ante el Derecho Internacional, constituye hoy un campo de trabajo de gran importancia para cuantas disciplinas tienen como objeto de reflexión y estudio la práctica jurídica y política. Entre estas disciplinas cuenta, por supuesto, el Derecho Notarial, o si se quiere en nuestro caso el Derecho del Notariado Latino, valga la expresión.

La idea de los derechos del hombre ha experimentado una expansión inusitada, que ha rebasado la competencia de los científicos para instalarse en la misma raíz popular. Jurídicamente los encontramos consagrados en casi todas las Constituciones y en numerosos documentos internacionales de distinto origen y ámbito de vigencia.

Los problemas que plantean hoy los Derechos Humanos, a pesar de la amplia literatura existente, son difíciles y están necesitados de esclarecimiento. Sin ánimo de ser exhaustivos, y para que la elección de la incidencia notarial sea correcta, cabría esta enumeración:

- 4.1. Hay un *problema historiográfico*, es decir, de investigación de la historia detallada y compleja de su origen, gestación y desarrollo, del largo proceso en cuya consolidación intervienen una multiplicidad de factores que habría que rastrear en el mundo clásico antiguo, en la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre y en la lucha de los pueblos contra el régimen feudal. Largo proceso, que pasa de una fase de reconocimiento nacional iniciada en 1776 con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, a otra fase de reconocimiento supranacional que, arrancando del Tratado de Versalles de 1919, logra su máximo desarrollo tras la segunda guerra mundial, merced a las tendencias sociales del siglo XX: la socialización de la convivencia que ha consagrado los derechos económicos, sociales y culturales; la internacionalización de la vida política; la implantación del control jurisdiccional de las relaciones internacionales, y la explosión del movimiento descolonizador.
- 4.2. Hay un *problema de fundamentación*, es decir, de contestación a la pregunta de por qué razón se considera que la persona individual posee éstos y no otros derechos. Problema importante al tener que determinar el alcance de cada Derecho y la interpretación de los textos jurídicos. Contestación que sólo puede alcanzarse considerando los momentos culminantes de su desarrollo histórico. Los Derechos Humanos parecen reencontrar sus viejas raíces y su apoyo en la naturaleza del hombre, ahora formulada como dignidad de la persona humana. La concepción de los Derechos Humanos predominante en la actualidad refleja al mismo tiempo la idea de su carácter innato y suprapositivo, y la exigencia del reconocimiento formal y de la protección jurisdiccional.
- 4.3. Hay, por último, un *problema de efectividad*, es decir, de estudio de la diversa gama de garantías jurídicas con que hoy pueden ser protegidas. La Historia del reconocimiento de los Derechos Humanos demuestra que su gran problema ha radicado siempre más en conseguir una plena y

real efectividad en el ámbito de las relaciones sociales que en lograr su proclamación en solemnes Declaraciones o Pactos.

La efectividad social de los derechos fundamentales de la persona humana depende, no tanto de los sistemas de garantías formales introducidos por las Declaraciones o Convenios, cuanto del impacto que tales garantías logren producir sobre la trama general de las relaciones sociales nacionales e internacionales.

Dada la importancia de la materia y las dificultades que supone la dispersión de competencias, no es posible que una sola disciplina se ocupe de su solución. Sin entrar en el acierto de la proposición de una nueva ciencia o disciplina que se ocuparía del llamado "Derecho de los Derechos Humanos", quisiéramos, desde la perspectiva del Derecho Notarial Latino, que nos centrásemos en el problema de *efectividad*, es decir, en nuestro caso, de las garantías jurídicas notariales con que hoy pueden ser protegidos algunos de los Derechos Humanos, no todos, sino sólo aquellos que, por así decirlo, caen dentro de la órbita del quehacer notarial.

Lógicamente, este planteamiento del problema nos lleva a otro previo, que deben conocer bien los jusinternacionalistas para comprender el hilo exacto de nuestro pensamiento. Resueltas las interrogantes anteriores, y aunque la próxima se plantea resumida en una sola, tratará de resolver otras más plurales, como son las siguientes: ¿Cuál es el quehacer Notarial Latino? ¿Qué función ejerce? ¿Qué piden de él los particulares? ¿Qué instrumentos tiene a su alcance para proteger ciertos derechos humanos de los particulares que reclaman su ministerio y profesionalidad? ¿Qué papel juega y debe jugar el Notariado Latino en la lucha por la conquista de la plena efectividad de los derechos de la persona humana?

Se trata de explicar la protección de los Derechos Humanos a nivel Notarial, dando por sabida su protección a nivel nacional o internacional (Ombudsman, Tribunales, Defensor del Pueblo, etc.).

5. ¿Cuál es la función social del Notario Latino?

A las diversas definiciones que se han ofrecido del Notario de tipo latino, destacamos que se trata de un jurista que se preocupa constantemente por entender la realidad social que rodea su quehacer jurídico diario, y que se capacita adecuadamente para afrontar

los problemas concretos y para planificar las necesarias reformas del Derecho.

Derecho que se manifiesta, tanto como sistema de seguridad como sistema de control social que encamina a los individuos a la adopción de los comportamientos, de las normas, de las reglas de conducta, de las costumbres que se consideran socialmente buenas. Y cuyo control puede ejercerse por medio de la coacción social o por medio de la persuasión.

Visto desde el aspecto notarial, el término control social puede concebirse de dos modos: como referencia al conjunto de normas y valores con que se resuelven o mitigan los conflictos o las simples tensiones entre los individuos, con la finalidad presentida al menos de mantener unos principios solidarios, y como institución que sirve precisamente a inculcar tales normas y valores.

5.1. Doble imagen del Notario. Sus variables.

Admitido que el Notario es un jurista, su función presenta una doble imagen: la de *conservador* y *transmisor* de un cuerpo de reglas ya dadas, de las que es depositario y guardián a través de su actividad de la *interpretación* del Derecho, y la de *creador* de soluciones que integran e innovan el sistema dado del que ya no es solamente receptor, sino también colaborador activo y, cuando es preciso, crítico, a través de su actividad de *búsqueda* del Derecho.

Esta doble imagen depende de tres variables:

- *Una variable institucional*, según el tipo de sistema jurídico en el que el Notario se encuentra actuando, que puede ser *cerrado* (en el que el Derecho ha sido solidificado en un cuerpo sistemático de reglas, con fuentes formales rígidamente predeterminadas, entre las que no se comprende la labor del jurista) o *abierto* (aquel en el que la mayor parte de las reglas se consideran en estado fluido y en continua transformación y se atribuyen al jurista la función de colaborar a formar el nuevo Derecho).
- *Una variable social*, según se trata de una sociedad *estable* (que tiende a perpetuar los propios modelos culturales), o en *transformación* (en la que irrumpen factores de cambio, incluso para las reglas jurídicas transmitidas).
- *Y una variable cultural*, según se conciba, en un determinado momento histórico, el Derecho y la relación derecho-sociedad, como *sistema autónomo* (o autosuficiente respecto al sis-

tema social, de forma que la labor del Notario se desenvuelva totalmente en el interior del Derecho) o un *subsistema de un sistema global* (superestructura de una estructura social, de forma que corresponda al Notario la función de adoptar el Derecho vigente a la realidad social circundante o subyacente).

A estas tres variables, que pueden ser consideradas independientemente entre sí o variadamente dependientes según los diversos puntos de vista, corresponden tres modelos antitéticos de Ciencia del Derecho, que han sido puestos de manifiesto (ciencia vinculada, conservadora y formalista; frente a ciencia libre, innovadora y realista), que en el supuesto, puramente hipotético de máxima oposición, tendríamos la dicotomía:

- Derecho en sistema cerrado, en sociedad estable y con autonomía del Derecho respecto de la sociedad, y
- Derecho en sistema abierto, en sociedad en transformación, y con ideología del Derecho como reflejo de la sociedad.

Los países que se integran en la Unión Internacional del Notariado Latino, de economía de mercado y régimen democrático liberal, quedan dentro de la órbita en que se conjugan las siguientes variables.

5.2. *Órbita del Notariado Latino.*

Sistema abierto.—Para el Notariado Latino el Derecho no es solo un sistema de reglas ya puestas y transmitidas, sino además un conjunto de reglas en movimiento a poner y a reponer continuamente. Objeto de la ciencia jurídica notarial son tanto no las reglas, es decir, las valoraciones de los hechos sociales en que consisten las reglas, sino los mismos hechos sociales de los que las reglas jurídicas son valoraciones. Hay una exigencia constante de un mayor compromiso del *Notario* en la labor de adopción del Derecho al cambio social. El Notario es cada día más sensible al fenómeno de la *praxis* donde quiera que ésta se manifieste, es decir, a todos aquellos comportamientos efectivos y reiterados, al margen, junto a, o en contraste con normas formales, que constituyen el tejido cohesivo de una institución y permiten, a quienes participan de ella, o disfrutan de ella, prever su crecimiento y actuar, por tanto, con conocimiento de causa.

Sociedad en transformación.—El Notariado Latino tiene, goza o sufre, sociedades en transformación, si bien es difícil llegar a captar las líneas de tendencia de las transformaciones del Derecho, es decir, cuáles son las repercusiones del cambio social sobre el cambio jurídico, las más relevantes, reflexionando sobre ideas de Bobbio, son las siguientes:

- progresivo aumento de las normas de organización respecto a las normas de conducta, que es tanto como reconocer dos funciones en el Derecho: la de hacer posible la convivencia de los individuos que persiguen cada uno fines particulares y la de hacer posible la cooperación de individuos que persiguen un fin común;
- paso de un control social fundado primordialmente en normas provistas de sanción a un control social confiado mucho más a normas técnicas cuya fuerza deriva de la ligazón medio-fin, esto es, del hecho de que realizar o no realizar ciertas acciones permite o no permite alcanzar el fin querido o impuesto;
- paso de la función tradicionalmente represiva del Derecho, a la *función promocional*. El uso cada vez más frecuente de las llamadas leyes de incentivación muestra mejor que cualquier otra observación la actualidad de esta tendencia.

Sistema autónomo.—El Notariado Latino, puede decirse en líneas generales:

- que dirige su atención más a la efectividad que a la validez formal de las normas jurídicas;
- que pone el acento, más que en la autosuficiencia del sistema jurídico, en las interrelaciones entre sistemas jurídicos y sistemas económicos, entre sistema jurídico y sistema político, entre sistema jurídico y sistema social en su conjunto, y
- que busca, cada vez más, la alianza con las ciencias sociales.

En esta triple perspectiva, la actividad principal de un Notario Latino no es ya sólo la interpretación de un Derecho ya hecho, sino la búsqueda de un Derecho por hacer; no es tanto la sola convalidación en base a un análisis de las fuentes formales del Derecho, sino la legitimación en base a principios materiales de justicia del Derecho que debe ser.

En esta búsqueda, las operaciones notariales en el sistema latino son tres:

- Análisis de la situación de la que se quiere extraer la regla o las reglas adecuadas mediante las técnicas de estudio pertinentes.
- Análisis y confrontación de los distintos criterios de valoración en base a los cuales la situación puede ser regulada (bien entendido que entre estos criterios de valoración están también las reglas puestas o transmitidas).
- Elección de la valoración y la formulación documental de la solución adoptada.

5.3. *Derecho, seguridad y justicia.*

¿Qué sentido tiene afirmar que el Derecho es un sistema de seguridad? Evidentemente, el Derecho aparece como una garantía frente a cierto miedo e inseguridad, y tiene como fundamento la necesidad de supervivir en ausencia de temor. Pero la simple calificación del Derecho como sistema de seguridad es insuficiente y puede darnos únicamente una idea superficial de su concepto, debido principalmente a la imprecisión de lo que sea sistema de seguridad, nacida, en primer término, de su generalidad... el concepto que del Derecho corresponde a nuestra situación, es, pues, el siguiente: un sistema de seguridad que programatiza para la libertad la vida social, a través de normas coactivas inducidas del estudio de la realidad humana y social (Andrino Hernández).

En cuanto sistema de seguridad, todo sistema jurídico se manifiesta como sistema de información. El Derecho intenta lograr una cierta organización de la sociedad y atribuye a los individuos una concreta posición dentro de él y correlativamente una zona de actuación en la que cada uno puede conocer con relativa certeza las expectativas y posibilidades de los comportamientos recíprocos que por aquél serán garantizados y protegidos. En este orden de cosas, el Notario de tipo latino presta, a la política del Derecho y a la política legislativa, una importante colaboración: la de ir perfeccionando esa información con una suficiente difusión que va reduciendo paulatinamente la ignorancia del Derecho.

La seguridad para quienes consultan al Notario pasa por dos estadios sucesivos, a los que podrá buscarse explicación filosó-

fica, pero que también la tiene humana: seguridad como sinónimo de certeza y ausencia de duda; seguridad como ausencia de temor, como conciencia de que las cosas están seguras y suficientemente protegidas las exigencias que la sociedad considera esenciales, fundamentales, importantes o útiles.

Lo curioso es que los particulares cuando acuden al Notario sólo piden seguridad. Nos atreveríamos a decir que exigen justicia, o más en concreto, información sobre cómo el acto o contrato que realizan está vinculado a la idea de interés general, que es tanto como *respeto de su libertad individual y de la igualdad real de todos los hombres*.

Por otra parte, hay que buscar los *talleres del Derecho* en los hechos determinados, que pueden ser objeto de observación, hechos a los que el espíritu humano vincula reglas de organización de los grupos sociales, que pueden reducirse a cuatro tipos fundamentales: el uso, el dominio, la posesión y la declaración de voluntad (contratos, estatutos, disposiciones de última voluntad). Toda constitución social y económica de un grupo descansa sobre estos hechos, y asimismo el orden jurídico se aglutina necesariamente sobre ellos. Con la ayuda de los tipos ideales de la función del Derecho, propuestos por Llewellyn, podemos sacar algunas conclusiones a las funciones sociales del Notario Latino, en los epígrafes que siguen, que servirán para mejor comprender la incidencia de su misión en defensa de los derechos de la persona humana.

5.4. *La prevención de conflictos.*

Desde el punto de vista del concepto del Derecho es frecuente plantear la prioridad de la función del Derecho que tiende a la resolución de conflictos, quizá porque el caso de conflicto constituye el test de lo que una regla de Derecho se impone realmente en la vida social.

La función social del Notario no viene referida a la resolución de conflictos, entre otras razones, por una simple y básica, que el conflicto no es sino una enfermedad de la vida jurídica. Viene referida a una *actividad preventiva* de dichos conflictos, tratando de evitar hechos penalizados, acciones no permitidas, y cualquier otro tipo de injustos o de abierta lucha de intereses.

Formulando con exageración ha llegado a decirse que el Derecho vive del conflicto. Nosotros nos atreveríamos a decir que

el Notario vive para evitar los conflictos, y no por ello desvive el Derecho, sino al contrario. El ordenamiento jurídico tiene diversos medios para limitar los conflictos y crear la paz. Uno de estos medios es precisamente la institución notarial.

5.5. *La orientación del comportamiento.*

Es evidente que para prevenir hay que orientar, aconsejar o asesorar las conductas, las actitudes y las expectativas de los particulares que acuden al Notario. Es como si el Derecho se concentrara en la dirección de la conducta, allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses.

Lo que pretende la actuación notarial, y lo pretende porque es una actuación profesional, no funcionista, es impedir meras perturbaciones en el acontecer de la vida del grupo social, porque las meras interrupciones de ciertos sucesos de la vida social pueden traer consigo conflictos. Se trata de crear y de mantener un transcurrir de la vida regulado por un orden vivo, interno o internacional, de modo que el comportamiento de los particulares sea concorde con el conjunto del grupo social. En sociedades dinámicas, como la del siglo xx, de una enorme movilidad, el Notario tiene que cuidarse de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, no por su capricho personal, sino porque se corresponde a las condiciones cambiantes de la vida de los particulares. El Notario evita así, en lo posible, la nueva materia de conflicto. Y cuanto más complicada es la estructura social, más debe aplicarse la técnica y la forma de trabajo notarial a la tarea de buscar orientaciones que prevengan el conflicto.

La seguridad jurídica que busca el particular destinatario de la norma consiste en la seguridad de ésta, que se produce por la acción conforme a la norma: acción conforme a Derecho quiere decir y significa para el sujeto seguridad social en el sentido de ausencia de riesgos.

Para la parte interesada en una relación jurídica, la seguridad jurídica consiste en la seguridad en sus expectativas respecto a que el sujeto actuante (la parte contraria) se comportará de una determinada manera, respetando y cumpliendo, por así decir, los principios formales de la justicia: la idea de reciprocidad, la idea de duración, la idea del equilibrio de intereses y la idea de respeto al juego de la libertad.

Estas cuatro ideas deben estar y están claras en la mente del Notariado Latino para tratar de *satisfacerlas* en el consejo a los particulares: reciprocidad en las prestaciones y contraprestaciones; duración que asegure las expectativas de futuro; protección de la integridad y autonomía personal frente a coerciones jurídicas y sociales de la contraparte, y equilibrio de intereses, que limite y elimine la arbitrariedad de los socialmente poderosos.

5.6. *El cuidado del Derecho.*

Se trata de algo ya viejo y asentado: el arte Notarial. Cuidar el Derecho es para el Notario seguir trabajando en la construcción y aplicación de su técnica y arte especializada al tratamiento del Derecho, con el fin de que éste pueda cumplir sus funciones.

Cuanto más pobre sea el instrumento jurídico, más interesado está el Notario en el desarrollo de nuevos instrumentos y más obligado está a hacer *descubrimientos jurídicos*. Si éstos se consiguen, y son reconocidos, entran a formar parte del instrumental jurídico, de tal modo que es continuo y constante el problema del desarrollo de nuevas prácticas jurídicas.

El cuidado del Derecho es para el Notario el dominio de la técnica para resolver el caso particular atendiendo al interés de la generalidad, de tal modo que adapte, día a día, la maquinaria del Derecho a las necesidades e intereses de los particulares.

6. *La positivación de los derechos fundamentales.*

Este no es el lugar apropiado, porque excedería del tema que nos proponemos, de examinar, aunque fuera de modo sumario, las principales posturas doctrinales y realizaciones prácticas, en sus dimensiones sistemática e histórica, que en mayor medida han contribuido al proceso de positivación de los derechos fundamentales. Proceso que nunca puede separarse del largo y laborioso esfuerzo de todos los hombres en la lucha por la afirmación de su dignidad, libertad e igualdad, como principios básicos de la convivencia.

Tampoco podemos, ni debemos, concretar aquí el análisis lingüístico del término *derechos humanos*, en sus límites internos (los derechos humanos y otros conceptos afines, tales como derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos

públicos subjetivos, derechos individuales, libertades públicas) o en sus límites externos (ley Natural).

Es conveniente recordar que los derechos humanos fundamentales no constituyen un conjunto de elementos independientes que pudieran ser objeto de consideración aislada, sino que históricamente responden a determinados estímulos y se han plasmado en fórmulas que reflejan unos principios organizativos comunes.

El proceso de formulación positiva de los Derechos Humanos ha rebasado hoy el ámbito del Derecho interno para plantearse también como una exigencia del Derecho Internacional. La internacionalización jurídica positiva de los derechos fundamentales puede considerarse como un fenómeno reciente, fruto de un proceso lento y laborioso. A los instrumentos tradicionales se añaden aquellos que son fruto y consecuencia de la actividad jurídica de las organizaciones internacionales que tienden a situar la esfera de positivación de los derechos fundamentales por encima del arbitrio de los Estados que los integran.

Al margen de precisiones metódicas, el planteamiento técnico de la positivación de los derechos fundamentales se desarrolla a través de un proceso normativo que afecta a distintos niveles de la experiencia jurídica, al ser el producto de la actuación de los grandes poderes jurídico-políticos clásicos. A ellos, en cuanto máximos depositarios de la potestad normativa, les corresponde la competencia de contribuir a elaborar, cada uno en la esfera que le es propia, el régimen positivo de los derechos fundamentales.

6.1. *En un primer plano* deberíamos examinar la positivación constitucional de los Derechos Humanos y económico-sociales en el marco constitucional de todos los países que se integran en la Unión Internacional del Notariado Latino. Tarea ardua y excesivamente larga en la que, generalizando, podríamos, sin embargo, sintetizar hasta cinco instrumentos distintos de positivación:

- *Principios constitucionales programáticos* (síntesis de valores básicos, justicia, libertad, seguridad, igualdad, etc.).
- *Principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos* (orientación de la acción de los poderes públicos y delimitación del marco político, social y económico, determinantes del ejercicio de todos los derechos fundamentales, es decir, cómo los poderes públicos deben promover los principios programáticos).

El marco principal de positivación de los derechos fundamentales es el constitucional, pero además los legisladores juegan importante papel en la elaboración positiva de estos derechos, siendo prácticamente en todos los sistemas jurídicos del Notariado Latino los encargados de desarrollar y establecer su garantía.

- *Normas generales a desarrollar por leyes orgánicas* (derechos fundamentales reconocidos en las constituciones, cuya delimitación, alcance y contenido se remiten a la legislación ordinaria).
- *Normas específicas y casuísticas* (derechos que, de forma pormenorizada, son positivados constitucionalmente; ej. Constitución Española: igualdad ante la ley, art. 14; derechos de propiedad, art. 33; libertad de empresa, art. 38, etc.).
- *Normas de tutela* (es decir, garantías procesales de los derechos fundamentales, recursos de inconstitucionalidad, etcétera).

Este primer plano se completaría con el desarrollo del sistema de libertades públicas por intermedio del poder ejecutivo (actividad en todo caso residual, subsidiaria y controlada), así como la función de protección de los derechos fundamentales encargada al poder judicial.

Es evidente que la positivación de los derechos fundamentales compete al constituyente y al legislativo, y que, por tanto, el ejercicio de tal competencia por el ejecutivo o el judicial debe estimarse subsidiaria y hallarse encaminada a colmar lagunas que puedan advertirse, pero teniendo siempre como guía los principios enunciados en las disposiciones de rango constitucional o legal.

Nuestra pretensión es completar, en los epígrafes siguientes, cuál es la función notarial.

6.2. *En un segundo plano*, y prescindiendo de otros antecedentes, hay que remitirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 diciembre de 1948, "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse". La mayor parte de la Declaración se dedica a dos amplias categorías de derechos:

- los personales, civiles y políticos que cogen la herencia jusnaturalista y liberal de la defensa de la persona frente a los abusos del poder,

- y los económicos, sociales y culturales, que son fruto de las reivindicaciones surgidas a lo largo del XIX, encaminadas al logro de unas condiciones que hicieran posible el disfrute efectivo y pleno de la libertad y la igualdad.

7. Derechos fundamentales de la persona humana sobre los que incide la función notarial.

Este epígrafe trata de responder a una interrogante antes planteada: ¿Cómo el Notario Latino, en el ejercicio de su función, colabora a la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana?

Se trata ahora de concretar algunos derechos fundamentales reconocidos en textos internacionales, respecto de los cuales la intervención notarial facilita su efectividad o, si se quiere, su no desconocimiento por los particulares. El individuo que goza de unos derechos fundamentales tiene la contrapartida, no aludida en dichos textos, de unas obligaciones que no son sino respeto a los derechos de los demás. Y aquí aparece la actuación notarial vigilando en su quehacer el cumplimiento de unas obligaciones, lo que supone, en definitiva, el respeto del ejercicio de tales derechos.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dan pie más que suficiente para que expliquemos la actuación del Notariado Latino en este sentido, al proclamar los deberes para con la comunidad y el principio de legalidad en el ejercicio de los derechos y libertades:

Artículo 29.1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

No debemos olvidar que los Convenios, Pactos y Declaraciones sobre los derechos de la persona humana, no pasan de ser un código de libertades, pero vacío si no se insertan en el mundo de lo concreto.

A este respecto, Basak escribe: "En la medida en que la realidad jurídica es sinónimo de derecho positivo (y para un jurista no puede

ser de otra manera), hay que buscar las líneas directrices del régimen jurídico de los derechos del hombre que permitan al individuo ser verdadero titular de sus derechos y hacerlos valer en la realidad de cada día."

La Conferencia de Teherán, de 13 de mayo de 1968, también advirtió sobre el riesgo de las meras abstracciones, al reconocer que "siendo los derechos del hombre y las libertades fundamentales indivisibles, el disfrute pleno de los derechos civiles y políticos es imposible sin la de los derechos económicos, sociales y culturales. El progreso duradero en la vía de aplicación de los derechos del hombre supone una política nacional e internacional, racional, eficaz, de desarrollo económico y social".

7.1. Libertad, igualdad, seguridad y justicia.

Los textos internacionales son claros:

"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (DAD preámbulo).

"Todo ser humano tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de la persona" (DAD, 1).

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (DUD, 1).

"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad" (CDL, 5).

"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seriedad personales" (PDC, 9, y CAD, 7).

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna" (DAD, 2).

"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" (DUD, 7).

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discrimina-

ción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (PDC, 26).

"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (CAD, 24).

"Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio" (DAD, 4).

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" (DUD, 19).

"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas... El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes, y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para... la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos" (CDL, 10).

"Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección... El ejercicio del derecho... entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (PDC, 19. En parecido sentido CAD, 13).

"Toda persona tiene derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden" (DAD, 22).

"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación" (DUD, 20).

"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación..., el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos..." (CDL, 11; en parecido sentido PDC, 22, y CAD, 16).

"Toda persona tiene derecho de profesar libremente una creencia religiosa, y de manifestarla y practicarla en público y en privado" (DAD, 3).

"Toda persona tiene derecho a la libertad... de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás" (CDL, 9).

La pregunta que se hace el jurista es si las libertades civiles —libertad contractual, libertad de asociación, libertad testamentaria, etcétera— en el derecho moderno pueden conceptuarse como derechos humanos o si por el contrario están protegidos simplemente como especie del género libertad.

El ámbito del Notariado Latino es el de la libertad. "Donde quiera que florece el Notariado —dice la moción Michelli—, allí hay también un reconocimiento y un respeto a las libertades individuales, protegidas por el Estado y desenvueltas y hechas efectivas en gran medida por la actividad de los Notarios." Los sistemas notariales latinos confieren, ante todo, a los particulares una libertad civil —el derecho de libre elección de Notario— de excepcional importancia para la persona si se tiene en cuenta la índole privada, familiar, íntima, que con frecuencia tienen los asuntos en que el Notario

interviene, y que es una garantía indispensable para el normal desenvolvimiento de las restantes libertades.

Las libertades civiles encuentran en el documento público su más adecuado medio de actuación. La igualdad da origen, como luego veremos, a un concepto tan trascendental para la función notarial como es la *imparcialidad del Notario*. No se trata solamente de que el Notario tenga un deber de imparcialidad; ni siquiera que esa imparcialidad constituya para él un "deber de Estado"; es que lo exige su misión anticonflictiva.

La característica fundamental del Notario Latino es precisamente su desascripción y falta de subordinación a cualquier entidad u organismo público, en el desempeño y ejercicio de sus funciones. Así, el Notario no es un servidor del Estado, sino fundamentalmente un servidor de la ley. Sirviendo a la ley, sirve directamente a los particulares que reclaman su ministerio y sirve también al Estado que en él delegó su función. Con independencia de la organización jerárquica de los diferentes notariados inscritos en la órbita latina, destaca claramente el principio de autonomía del Notario en el ejercicio de su función frente a los poderes públicos.

La certeza y la seguridad aparecen como necesidades fundamentales del individuo dentro de los ordenamientos jurídicos, no sólo en cuanto a la elaboración y formalización de las normas que constituyen el derecho objetivo, sino también en cuanto a las concretas relaciones y situaciones subjetivas de las que la persona humana es titular o en las que se halla inmersa.

Los ordenamientos jurídicos del Notariado Latino tienen como una de sus misiones específicas el combatir la incertidumbre, lo que hacen *a posteriori* en el terreno del proceso, y *a priori* o preventivamente, procurando dar certeza y seguridad a las relaciones concretas, intersubjetivas, creando medios o instrumentos aptos para producir certeza y poniéndolos a disposición de los particulares.

El principio constitucional de seguridad jurídica admitido en los sistemas latinos viene a garantizar: la seguridad jurídica o certeza del derecho subjetivo (principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de normas y de irretroactividad de disposiciones); la seguridad jurídica en la aplicación de la norma y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y subsidiariamente, la responsabilidad, esto es, la seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica.

La función notarial encaja en el segundo aspecto: supuesta la certeza del Derecho objetivo, la función notarial tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los

derechos subjetivos en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda.

La contribución del Notario Latino a la seguridad jurídica se centra en la eficacia que se reconoce al documento notarial. Este documento goza de una presunción de veracidad y legalidad no limitada al documento en sí, sino que se extiende al negocio documentado, que produce efectos negociales, probatorios, ejecutivos, traditorios, registrales, etc., que más que concederle, reconoce la ley al instrumento público.

Debemos tener presente que el Notario en el sistema latino —a diferencia del anglosajón inglés y norteamericano, o el administrativo de los llamados países socialistas— es un profesional especialista en Derecho privado, que redacta el documento recogiendo la voluntad de los particulares, definitivamente formada tras su asesoramiento, y los hechos, ajustándose a la realidad. El Notario Latino es un documentador, un creador de documentos, pero tiene también otras funciones: intérprete, técnico, mediador u operador jurídico, consejero o consultor.

Esta actuación típica del Notario Latino produce otros efectos, ya que debe emitir unos juicios de licitud y legalidad sobre las circunstancias o la conducta de los particulares y sobre el acto, que producen una presunción de validez del negocio documentado. De esta presunción se deriva una especial eficacia: en el tráfico jurídico, el documento notarial es título de tráfico o apto para ejercer los derechos que constan en el mismo con presunción de exactitud e integridad del negocio escriturado respecto de tercero; en los registros públicos se permite el acceso de los negocios jurídicos que constan en el documento notarial, y en la esfera civil tiene, en ocasiones, el carácter de título ejecutivo.

El Notario asesora a las partes, les explica las situaciones existentes, les advierte las consecuencias posibles, probables o ciertas de los actos que pretenden realizar y les aconseja lo que estime más justo o más adecuado a sus fines. Pero una vez hecho esto, respeta plenamente la voluntad definitiva de los interesados y se limita a recogerla y formularla técnicamente. Sólo podrá negarse a la autorización del documento cuando la solución adoptada sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, objetivamente entendidos tales conceptos.

Junto a las fuerzas que representan la imposición, la ordenación desde fuera de las relaciones humanas con vistas a una regulación más justa de las mismas, es preciso que haya otras que representen la libre ordenación de esas relaciones con arreglo a la autonomía pri-

vada, aunque el resultado pueda conducir a situaciones menos justas. Y entre estas fuerzas ocupa un lugar destacado el Notario Latino.

Uno de los caracteres fundamentales de la actuación notarial es la imparcialidad que fue objeto de estudio en el XVI Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Lima (año 1982). Se trata de una imparcialidad jurídica (que no entra en los intereses económicos de las partes), activa (es decir, operativa y no limitada a recibir actividades ajenas), privada (derivada de su actividad profesional), funcional (porque forma parte de su función) y sustantiva (tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil —débil en medios económicos, en experiencia, en conocimiento y asesores jurídicos—, pero no para que prevalezcan necesariamente sus intereses —que sería de nuevo parcialidad—, sino para situarle en condiciones de defenderlos). En virtud de esta imparcialidad sustancial, el Notario tiene que dar a cada parte la información que necesita.

En este sentido es modélico, y lo citamos como ejemplo el artículo 147 del Reglamento Notarial español: "El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado. Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien proceda ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación."

Esta función tuitiva del Notario se revaloriza cuando trata de instruir a la persona que contrata con la Administración, por ser en estos casos la misión asesora fundamental para contrarrestar la posición privilegiada que goza tal Administración Pública. Además de la función de control jurídico, la actuación notarial tiene en esta materia la gran utilidad de dejar clara e indubitada constancia del acto, de su fecha y circunstancias. Con ello se consigue una fijeza, establecida y conservada por una persona independiente de la Administración Pública, que permite ulteriores controles y comprobaciones.

Sin necesidad de descender a los diferentes tipos de contratos en que interviene el Notario y en donde se hace palmaria la importancia de su actuación imparcial, entre los que cabe destacar los que son

consecuencia de la libertad de asociación que tienen los particulares, nos queremos referir, por último, a un punto concreto: el respeto a la libertad de creencia logrado a través de la libertad testamentaria. La autonomía de la voluntad, sin perjuicio del respeto a los diferentes sistemas legitimarios o de sucesión forzosa, comporta en ocasiones que el testamento contenga disposiciones relativas a las exequias, funerales y enterramientos, en cuyas disposiciones se respeta la libertad religiosa del sujeto testador.

Hablando de lo que el Derecho es —sistema normativo, sistema de seguridad—, surge inevitablemente el tema de lo que el Derecho debe ser, realización de los valores de libertad, seguridad, igualdad y justicia. El derecho como sistema de seguridad, la seguridad que se obtiene por medio de la intervención notarial, reenvía a la idea del derecho como realización de la libertad, de la justicia y de la paz.

El control de la legalidad que cumple la intervención notarial, la labor de asesoramiento imparcial que desarrolla y su propia independencia, que la convierten en el "tercer testigo" ("tiers témoin" en la terminología de Lapeyre y Tingué), aseguran no sólo el reconocimiento de la dignidad humana, sino el pleno ejercicio de su libertad en el ámbito de las relaciones jurídicas.

La labor del Notariado Latino, en este sentido, es sensiblemente eficaz, dada la gran difusión de este tipo de notariado y su especialización en el mundo del Derecho privado. La Unión Internacional del Notariado Latino y las propias Organizaciones Nacionales de los distintos Notariados integrados en la misma están en condiciones de hacer presente esta contribución del Notariado a la defensa de los Derechos Humanos, de la seguridad en las relaciones jurídicas y en definitiva de la paz social. Ciertamente, la paz entre los pueblos se regula por las normas de Derecho público, pero se construye, día a día, a través de la tolerancia, el respeto y la solidaridad entre los hombres.

7.2. *El derecho a la intimidad.*

A tener en cuenta los siguientes textos internacionales:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias" (DUD, 12; y casi idénticos, PDC, 17; CAD, 11).

"Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida pri-

vada y familiar... Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio" (DAD, 5 y 9).

"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" (CDL, 8).

Las Constituciones de los países que integran el Notariado Latino han elevado a rango fundamental el reconocimiento y la tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Con ello se hacen eco de una inquietud presente en los sistemas más evolucionados del Derecho comparado. Es notorio que las legislaciones más sensibles a la defensa de las libertades han intentado ofrecer una respuesta jurídica eficaz a una de las exigencias más acuciantes que hoy gravita sobre la sociedad tecnológicamente avanzada: el respeto a la intimidad. No en vano, encuestas llevadas a cabo en algunos países con alto grado de desarrollo revelan que la opinión pública sitúa el respeto a la vida privada en lugar prioritario dentro de sus aspiraciones a la protección de los Derechos Humanos (Cfr. el informe británico "Price of Privacy. Younger Committee on Privacy", Privacy Committee of the Society of Conservative Lawyers, London, 1971).

La dignidad humana se identifica con lo que también en ocasiones se denomina libertad moral, y se halla estrechamente relacionada con la igualdad, entendida como paridad de estimación social de las personas. Con lo que se prueba la íntima conexión de los valores que configuran el núcleo conceptual de los derechos humanos.

Si la intimidad es un valor fundamental del ser hombre, uno de sus bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en la existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento jurídico debe proteger contra cualquier violación por parte de los demás hombres, y más aún de las instituciones o comunidades que éstos formen (Ruiz-Giménez).

Quizá el mayor respeto a esa intimidad viene demostrado por uno de los deberes profesionales más importantes del Notario: el deber de secreto. La obligatoriedad de la guarda del secreto profesional en quien, como el Notario Latino ejerce una función de fe pública, es todavía mayor, porque no compromete sólo a una persona, sino a la sociedad entera.

Esta obligación de secreto no sólo se refiere a los documentos que autoriza, sino también a todos sus hechos conexos: consejos, actividades extranotariales, etc., en suma, a todo lo que el Notario conoce en razón de su cualidad de tal.

El secreto notarial constituye una de las garantías de la persona

humana. Y tal garantía queda demostrada y protegida por cuanto "todos los protocolos son secretos", y el Notario no puede facilitar copia sino a los otorgantes o a quienes acrediten un interés legítimo en ellas.

Los ejemplos que mejor demuestran la defensa notarial del derecho a la intimidad derivan de las llamadas actas en las que los Notarios consignan hechos y circunstancias que presencian o les constan (y que por su naturaleza no son objeto de contrato). El Notario no puede actuar por sorpresa ni en clandestinidad. Así encontramos en el Reglamento Notarial español disposiciones como éstas: "los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario (art. 198)... a tal fin, el Notario se personará... dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia (art. 202)... Si la diligencia se entendiera con persona distinta a ésta (el requerido), la cédula, copia o carta podrá entregarse bajo sobre cerrado (art. 202)... el texto será redactado por el Notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el Notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario (art. 208)... en vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrá obtener copia del testamento (art. 226).

Esta protección notarial del derecho a la intimidad, a través del secreto profesional, es aplicable tanto a cuanto dijimos en el epígrafe anterior, cuanto a lo que diremos en los siguientes respecto de los derechos a la propiedad y los derechos familiares.

7.3. *El derecho a la propiedad.*

Los textos internacionales disponen:

"Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" (DAD, 23).

"Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad" (DUD, 17).

"Toda persona, física o moral, tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las

disposiciones precedentes no se oponen al Derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas" (CDL, Prot. 1.º, 1).

"Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley" (CAD, 21).

En la actualidad, los países que integran el Notariado Latino reconocen la propiedad privada como un derecho individual o personal. Se reconoce y admite la existencia de un derecho de propiedad privada o de propiedad individual no sólo de los bienes de consumo, sino también sobre los bienes de producción. Si bien el principio de propiedad privada debe considerarse muy matizado a través de ideas provenientes de una concepción social del Derecho.

La colaboración notarial al cumplimiento de finalidades sociales de algunas leyes es evidente, por ejemplo, en materia de viviendas llamadas sociales o de inversiones extranjeras sobre bienes sitos en distinto país del adquirente de la propiedad.

En el ámbito de la contratación, la intervención notarial en la práctica ha venido intensamente determinada por el objeto y puede afirmarse que los documentos notariales abrumadoramente más frecuentes se refieren al tráfico inmobiliario, debido en parte a la necesidad de documento público para que la transacción tenga acceso a los registros inmobiliarios en los países en que tal existe.

Dentro del tráfico de inmuebles tienen gran importancia las hipotecas inmobiliarias. La experiencia del Notariado y su conocimiento técnico, en esta materia, han sido en el pasado, y lo siguen siendo en la actualidad, decisivos para resolver los difíciles problemas que muchas veces plantea la correcta configuración de la hipoteca y para su adaptación a los casos concretos y a las nuevas necesidades que la realidad va presentando.

El que un texto internacional proclame que "nadie será privado arbitrariamente de su propiedad", es evidente que tiene un alcance más público que privado. Pero en las relaciones interindividuales que son objeto de nuestro estudio no cabe duda que en las diversas formulaciones contractuales, respetando la autonomía de la voluntad, el Notario tiene un deber sagrado de evitar que determinadas

cláusulas puedan abocar a que una persona se vea privada arbitrariamente de su propiedad, no ya frente al Estado, sino frente a otro particular. De ahí, por ejemplo, el cuidado en la redacción de las cláusulas de condición resolutoria como garantía de los precios aplazados en las adquisiciones de propiedad inmobiliaria; o el cuidado en la configuración de los estatutos o normas comunitarias que en su día harán posible el respeto de la propiedad y el respeto de los bienes individuales inmersos por situación en propiedades horizontales, urbanizaciones privadas o comunidades especiales de garajes o zonas deportivas.

7.4. *Los derechos familiares.*

He aquí algunos textos internacionales:

"Los hombres y las mujeres... disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio... La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen el derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (DUD, 16; igual sentido, PDC, 23, y CAD, 17).

"Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella" (CAD, 6).

"Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas" (CSE, 16).

"... tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos" (PDC, 23).

En un estudio preliminar a "La vida privada española en el protocolo notarial", G. de Amezua y Mayo escribía: "Asomarse, pues, a un protocolo cualquiera... es como otear desde un altozano todo el panorama de la vida..., departir con sus personajes, ora famosos,

ora humildes, que, confiados en el secreto profesional, nos descubrirán y confesarán sin empachos sus debilidades, sus trampas, lacras, ambiciones y lacerías, y a las veces también, ¿por qué no?, hermosas virtudes: la liberalidad, la hidalguía, el cariño y el amor..."

Es muy importante la intervención notarial, debido a la necesidad de proporcionar la fijación de ciertos hechos y la seguridad de los terceros, en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, ya que la amplitud que pueden alcanzar las capitulaciones matrimoniales, en todo el régimen económico familiar y sucesorio, lleva consigo la posibilidad de una configuración de relaciones jurídicas complejas y delicadas atendiendo a las necesidades sociales y a la voluntad de los contrayentes.

Por otra parte, la problemática de la crisis matrimonial desemboca en los llamados "pactos de separación amistosa" (sobre situación personal de los casados, alimentos, situación de los hijos, relaciones paternofiliales, etc.), en los que es trascendente la intervención notarial, sobre todo por la fehaciente en cuanto a la fecha del otorgamiento, que en su día será decisiva para el cómputo de los plazos (de separación o de divorcio).

Decisiva es también la intervención notarial en materias tales como la determinación de la filiación no matrimonial, la adopción, la emancipación, la tutela, y en algunos supuestos de relaciones personales entre los cónyuges.

Aunque sociológicamente la familia es un grupo de personas, jurídicamente hay sólo relaciones interindividuales entre ellas, y son fundamentalmente dos: la relación conyugal derivada del matrimonio y la relación paterno-filial derivada de la paternidad y de la filiación. En ambos casos, la función notarial es preventiva de ulteriores incumplimientos de obligaciones que pudieran conculcar los derechos familiares de los diferentes integrantes del grupo.

8. Conclusiones: Sistema jurídico y documento.

Los intereses privados dignos de protección y su ámbito están en función de los diferentes sistemas de Derecho. La esfera de los derechos privados puede ser más o menos amplia y, en consecuencia, la autonomía de la voluntad tiene mayor o menor alcance con los límites y cargas que derivan de la búsqueda y consecución del bien común.

Los particulares en sus relaciones privadas, y para satisfacer sus intereses, tienden a la claridad y precisión de las relaciones consti-

tuidas, y consecuentemente, aceptan la autorresponsabilidad que deriva de su actuación menos clara y menos precisa. Y es precisamente la aceptación de esta autorresponsabilidad la que hace que se busque un asesoramiento que se obtiene con mayor o menor grado, según los sistemas y con las particularidades que serán desarrolladas seguidamente.

La diferenciación de sistemas jurídicos es tarea difícil, de una parte, por la diversidad de datos que les caracterizan y la dificultad de determinar los que deben considerarse fundamentales, y de otra parte, por la multiplicidad de sistemas existentes, que implica una seria dificultad para su reducción a unos pocos grupos básicos. Aquí es obligada la simplificación en los dos aspectos: en cuanto a los datos diferenciales, utilizando sólo los que más interesan al Derecho privado; y en cuanto a los sistemas jurídicos, limitados a aquellos con los que estamos más relacionados, como son: el latino, o de origen romano-germánico; el del "Common Law", y el de los países llamados "socialistas".

Las diferencias deben buscarse no sólo en el campo de los principios políticos o económico-sociales, sino también en el mecanismo jurídico, en la regulación de las instituciones o materias en más directa relación con la actividad notarial. Tomando como centro de comparación nuestro sistema latino, se puede señalar, en gran síntesis, las siguientes diferencias en los otros sistemas:

En los llamados sistemas "socialistas" están muy reducidas la propiedad y las libertades civiles (de contratación, económica, sucesoria) y, por tanto, la esfera de los derechos privados; la economía y las relaciones jurídicas están sometidas a un plan estatal; no hay propiamente distinción entre Derecho público y Derecho privado, y en general, el Derecho está al servicio de la ideología política y de las orientaciones económicas; la seguridad jurídica no atiende primordialmente a la salvaguarda de los intereses individuales; el asesoramiento a los particulares no está institucionalizado, y el Notario actúa siempre en función de los intereses superiores del Estado.

En los sistemas jurídicos del "Common Law" hay algunas variaciones entre sus dos grandes manifestaciones, inglesa y norteamericana, pero, en líneas generales, pueden apuntarse unos rasgos comunes (salvo matices de alguna importancia) que marcan diferencias con el sistema latino. Los principios que rigen la vida social y económica son similares a los nuestros. Difieren la organización y los mecanismos jurídicos. Así, el predominio de la costumbre y del precedente, como fuentes del Derecho, frente al derecho escrito o codificado; un sistema judicial más flexible y con facultad creadora del

Derecho; la libertad de apreciación de la prueba y la importancia de la prueba oral; la separación entre el asesoramiento y la documentación, y la no incorporación al documento de la presunción de legalidad; el desconocimiento del documento público con especial valor legitimador y probatorio en cuanto al contenido, y por último, que muchas veces la seguridad jurídica se busca o garantiza sólo de forma indirecta, mediante compensación pecuniaria.

Sobre este cuadro de diferencias parece evidente que los caracteres del Notariado Latino no encajan en el sistema jurídico "socialista", porque falta en éste el terreno adecuado para el ejercicio de la actividad notarial. En el sistema colectivista no hay libre juego de voluntades, a las que asesorar con imparcialidad y, en definitiva, falta la posibilidad del ejercicio profesional libre e independiente. Al atribuir al Notariado (en la Unión Soviética) una función de control político, como es la protección de la propiedad socialista, se crea un Notariado estatalizado, que poco tiene que ver con el Notariado Latino. Resulta claro que la profesionalidad del Notario, el ejercicio de su profesión con libertad y autonomía es el rasgo fundamental del Notariado Latino, que lo hace incompatible con los sistemas "socialistas", y, a la vez, el que encaja perfectamente con el sistema económico y jurídico de libertades que caracteriza a nuestra sociedad. Es perfecta la congruencia entre el sistema latino de Notariado y el sistema de libertad; de democracia y de economía social de mercado propia del mundo occidental, pero la congruencia quiebra en los sistemas autoritarios y la incongruencia sería total si el Notariado administrativo se introdujera en un Estado democrático.

Si la *profesionalidad* es la característica del Notariado Latino que le hace inadecuado para el sistema "socialista", es el carácter de *justicia* que el Notario Latino tiene el que pone en duda su adaptación al sistema jurídico del "Common Law". En el mundo anglosajón los principios socio-económicos son los mismos que presiden la sociedad latina, pero las divergencias aparecen en el mecanismo jurídico. En el régimen del "Common Law", la seguridad jurídica en las relaciones privadas no va ligada al documento. No se reconoce la autenticidad del documento ni su valor probatorio especial, y, por tanto, no es necesario un control de legalidad ni el asesoramiento. En lógica correlación, el "Notary" no actúa en el contenido del documento, no es su autor y redactor; su papel se aproxima más al de un testigo cualificado, a cuya intervención se le reconoce valor sólo en la esfera de los hechos.

En los Estados Unidos, tales divergencias no son meramente técnicas, sino que resultan de sus principios políticos y económicos,

reflejados en un sistema de riguroso liberalismo capitalista, en el cual la libertad contractual se convierte en un dogma, que ha sido un factor decisivo en la evolución de la sociedad norteamericana y en la formación de su derecho. Esos principios se traducen en la plena libertad de los particulares para decidir por sí solos sobre su asesoramiento y la formación de su voluntad, y no son propicios a la figura institucionalizada de un asesor y redactor imparcial que configure y controle jurídicamente el documento.

Es evidente que el llamado Notario anglosajón no necesita ser jurista (y en casi todos los Estados de Norteamérica no puede serlo), pero se debe a que su sistema jurídico general y su sistema documental, en concreto, no lo precisan. En el "Common Law" no encaja el tipo de Notariado Latino por la estructura general del sistema. Del mismo modo, en nuestro sistema latino (basado en el Derecho Romano y otras influencias posteriores), con una estructura general distinta, el Notariado Latino tiene pleno encaje.

En resumen, los rasgos fundamentales del Notario Latino son: su condición de jurista; su actuación profesional, y la eficacia del documento. Con ellos están conectados, o de ellos derivan, los demás. Esos mismos rasgos son precisamente los que determinan su plena adecuación al sistema jurídico en que se desenvuelve. Como consecuencia, por vía negativa, revelan que el Notariado Latino —único que por su origen, desarrollo y arraigo social es verdadero Notariado— no responde a las características de los otros sistemas jurídicos, inspirados en principios radicalmente distintos a los nuestros, y que, del mismo modo, otras figuras que usan —impropiamente y por mera asimilación terminológica— la denominación de Notarios, no pueden tener encaje en nuestro sistema jurídico de origen romano.

La crisis del Derecho se producirá si lo económico y lo político no dejan crecer lo jurídico, lo justo, lo recto. El Notariado Latino está siempre atento a la realidad social para que el hombre, cada día en trance de deshumanización, se sienta más realizado. Su profesionalidad y su imparcialidad, volcada sobre la documentación que autoriza, son la mejor garantía de los derechos fundamentales del hombre para que la paz jurídica sea posible.

BIBLIOGRAFIA

- PÉREZ MONTERO: *El Notariado y los Derechos Humanos* (1984).
- TINGUY DE POUET: *El Notariado defensor de los Derechos Humanos* (Academia Matritense Notariado, tomo XXIII).
- MADRIDEJOS SARASOLA y otros: *Características del Notariado en el mundo de hoy* (Madrid, 1984).
- CASTRO CID: *El reconocimiento de los Derechos Humanos* (Madrid, 1982).
- PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, 1984).
- BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho* (Valencia, 1980).
- RENÉ CASSIN, amicorum discipulorumque liber III: *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* (París, 1971).
- FONT BOIX y otros: *Sistemas jurídicos y documento* (Madrid, 1982).
- RODRÍGUEZ ADRADOS: *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios* (Revista Derecho Notarial, 1979).

NOTICIAS DE LIBROS

NOTICIAS DE LIBROS

GROS ESPIELL, Héctor: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. San José de Costa Rica, 1986, 248 págs.

No deja de ser grande la osadía de recensionar un libro del profesor Gros Espiell, obra que viene precedida por más de 180 trabajos sobre política internacional y Derecho Internacional Público del mismo autor, además de medio centenar de trabajos sobre Derecho Constitucional. Por otro lado, su autor ha sido nombrado por la Asamblea de la O. E. A., en diciembre de 1985, miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en buena parte teniendo en cuenta sus trabajos, sus desvelos y su lucha por los derechos humanos en el plano regional y universal.

El contenido del libro comentado ha sido objeto no sólo de una reflexión personal del autor, sino también de una ponencia del mismo —naturalmente contrastada por la oportuna discusión— para el Seminario celebrado en México en agosto de 1984, y dedicado a analizar el anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —pacto de San José— dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales. Dicho Seminario fue organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Universidad Autónoma de México. El libro es una reflexión teórica y práctica verdaderamente estimable.

La publicación comentada está dividida en doce capítulos y contiene además un apéndice documental, en el que, junto a los grandes instrumentos internacionales universales, americanos y europeos, se recogen otros menos conocidos, como son los que contienen parte de las vicisitudes por las que pasó el Anteproyecto de Protocolo Adicional al Pacto de San José de Costa Rica en la materia. (AG/RES. 619 (XII-0/82); AG/RES. 657 (XIII-0/83) y AG/RES. 742 (XIV-0/84).

El autor parte, con un criterio bien realista, no sólo de la distinción entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Civiles y Políticos, sino de la «interrelación e interdependencia» entre ambos grupos de derechos, negando la existencia de una jerarquía entre ellos (pág. 25). La razón de tal afirmación se contiene de forma lúcida en el capítulo II, al poner de manifiesto la influencia decisiva que las condiciones económicas y sociales tienen para la real existencia de la democracia política y de la posibilidad de realizarse en la

práctica los derechos humanos, lo que lleva aparejada la necesidad de promover en el ámbito regional de la América Latina las realizaciones de un Nuevo Orden Económico Internacional (pág. 34).

Los problemas de la consideración prioritaria internacional, en el orden histórico de los derechos económicos y sociales y los problemas específicos que la protección internacional de dichos derechos plantea en el ámbito internacional, son objeto de reflexiones críticas acertadas y de datos históricos interesantes recogidos en los capítulos III y IV.

Con un buen sentido de la realidad presente y de las perspectivas futuras, el autor examina el proceso de los derechos humanos en los planos universal —Naciones Unidas, Organismos especializados (O. I. T., UNESCO, O. M. S., F. A. O.)— y en el plano regional europeo (Convenio de Roma y Carta Social Europea) y africano (Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos) (capítulos V a VII). A partir de entonces examina, de forma lúcida y exhaustiva, el proceso en el ámbito regional de la América Latina, tan rico en matices, proyectos, discusiones y realizaciones. Todo ello lo analiza con base en una documentación abundante y bien seleccionada que acertadamente transcribe incluso en ocasiones (cap. IX).

A partir del capítulo X hasta el final, el profesor Gros se adentra en unas profundas consideraciones críticas acertadísimas sobre «la realidad socioeconómica actual de la América Latina, con sus injusticias, sus angustias, sus miserias y sus ansias de liberación, de desarrollo, de integración y de no discriminación» (pág. 128), y todo lo que ello conlleva en el ámbito del sistema de protección regional de los derechos económicos, sociales y culturales, con insalvables divergencias con los Estados Unidos de América en la materia.

Examina, finalmente, las carencias de la Convención de San José en materia de derechos económicos y sociales y los esfuerzos de superación a través de un Protocolo Adicional que enumere los derechos y organice el sistema de «promoción, control y protección» (pág. 137), tarea que el autor reconoce que «no es fácil», y que estudia y critica agudamente. Concluye acertadamente señalando que, sin un sistema de control y protección, todo esfuerzo normativo carecería de sentido. No obstante, la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema Interamericano constituiría no sólo un complemento imprescindible para el sistema universal, sino un impulso para el perfeccionamiento de las normas estatales en la materia y un motor para el desarrollo económico, social y cultural de la región (pág. 143).

El libro recensionado no sólo es importante, sino aleccionador.

Hemos transcrito algunas de sus muchas ideas, que consideramos esenciales. Con un lenguaje sereno —no olvidemos la faceta diplomática del embajador Gros—, pero firme, llama a las cosas por su nombre y lo hace de forma clara y sin lugar a dudas. El grupo de derechos objeto del libro no son posibles sin un desarrollo económico que los sustente. Sin ellos, los derechos civiles y políticos serán ilusorios, salvo para minorías privilegiadas, y sin un control interno y subsidiariamente internacional eficaz, desgraciadamente unos y otros se convierten de hecho en «pícos o buenos deseos» de teóricos o de políticos ingenuos e idealistas, si es que esta última especie existe aún en el mundo.

La obra comentada dice mucho más que lo puramente escrito, pues es profundamente sugeridora de ideas y, sobre todo, intenta buscar solución a través de la promoción y garantía de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales a una realidad lacerante y profundamente injusta como la examinada por el autor en cuanto subyacente a los instrumentos jurídicos vigentes y en preparación que lúcidamente se examinan, y por lo que merece el autor plácemes y elogios sinceros.

Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense de Madrid
Miembro del IHLADI

JACQUÉ, Jean-Paul; BIEBER, Roland; CONSTANTINESCO, Vlad, y NICKEL, Dietmar: *Le Parlement Européen*. Ed. Económica. París, 1984; 286 páginas.

Aparece esta obra en vísperas de las segundas elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, y lo hace no con la intención de ofrecer un balance de los cinco primeros años de vida democrática de la Institución, sino de describir su funcionamiento y abarcar, desde una perspectiva jurídica, los problemas que plantea.

La obra parte en su introducción de una cuestión interesante, a la que se intentará dar respuesta posterior. Se preguntan los autores si nos encontramos ante esa Institución sin poderes efectivos que describen los observadores o si, por el contrario, estamos ante una fuerza que denuncia las lagunas de la acción europea e influye realmente en el proceso decisorio. No puede olvidarse, con todo, que el Parlamento Europeo forma parte de un complejo entramado institu-

cional en constante evolución y que, por tanto, no debe estudiarse sino partiendo de una aproximación a sus orígenes históricos y a su evolución posterior.

En efecto, tras un breve análisis del origen del Parlamento Europeo como órgano que habría de asegurar el control político de la alta autoridad y, en consecuencia, de contribuir a crear un sistema de equilibrio conforme a los principios democráticos; y tras repasar su evolución como órgano investido además de poder de deliberación una vez firmados los Tratados de Roma, hacen los autores una serie de consideraciones sobre la ampliación de sus competencias tanto a través de reformas de los Tratados (por ejemplo, en sede presupuestaria), como de ciertos acuerdos interinstitucionales que habrían de contribuir, si no a acrecentar sus poderes, sí al menos a precisar las relaciones entre el Parlamento y las otras instituciones comunitarias.

Su elección por sufragio universal del cuerpo electoral de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas ha dado al Parlamento una legitimidad incontestable, que refuerza su presencia en el contexto institucional comunitario y su pretensión de ser un verdadero legislativo. La importancia de este hecho no escapa a los autores de esta obra, quienes dedican el capítulo primero a la elección de los parlamentarios europeos.

Las reglas que rigen la elección de los miembros del Parlamento Europeo proceden de dos fuentes distintas: comunitaria y nacional. Se traduce así la imposibilidad de los Estados comunitarios de elaborar un procedimiento electoral enteramente uniforme, como señala el artículo 138 del Tratado CEE. A nivel comunitario se regulan sólo un cierto número de principios relativos a la organización y desarrollo de las operaciones electorales, reservándose a la competencia de los legisladores nacionales las disposiciones más importantes, especialmente aquellas que se refieren al modo de escrutinio. La sección primera contempla las disposiciones comunitarias, tanto desde un punto de vista formal como material. Son de destacar, sobre todo, las particularidades que presenta el acta relativa a la elección de los representantes como instrumento jurídico que parece combinar la forma clásica de «acta comunitaria» y «acta internacional» y el procedimiento original que sobre la aplicación del acta conserva su artículo 13, que concede a la Asamblea la iniciativa, relegando a la Comisión a un papel meramente consultivo. En la sección segunda se hace un recorrido por las diferentes legislaciones nacionales aplicables a las elecciones europeas; desde aquellas, como la de los Países Bajos, que eligen aplicar su legislación electoral ordinaria a estas elecciones, hasta las que, como en el caso de Irlanda, prefieren

adoptar una legislación específica que regule enteramente las elecciones al Parlamento Europeo.

A pesar de disponer de poderes más limitados que los parlamentos nacionales, el Parlamento Europeo asume funciones análogas a éstos y actúa como un verdadero Parlamento. Este hecho revela la necesidad de protección a los miembros de la Asamblea de las Comunidades Europeas, como si de un verdadero Parlamento se tratase, y una organización, composición y funcionamiento similares a las de los legislativos nacionales. En efecto, en los capítulos segundo y tercero, dedicados al Estatuto de los parlamentarios y a la organización del Parlamento Europeo, hacen los autores un recorrido por los aspectos más importantes relativos a estas cuestiones, apoyados siempre en los textos básicos que las regulan.

Pero quizá sea el capítulo cuarto, dedicado a los poderes del Parlamento, el que presente aspectos más interesantes, al tiempo que cumple una función nuclear dada la naturaleza de la obra. Está estructurado en tres secciones dedicadas, respectivamente, a la participación del Parlamento en el poder legislativo, al poder presupuestario y al poder de control. Los autores defienden la influencia real del Parlamento Europeo en el proceso normativo comunitario a través, sobre todo, del procedimiento de consulta, y recogen las distintas iniciativas para ver ampliada esta participación, no sólo mediante el aumento del impacto de la consulta, sino también de la influencia sobre las propuestas de la Comisión y a través del procedimiento de concertación. Jacqué, Bieber, Constantinesco y Nickel responden así a la pregunta que se hacen en la introducción, participando de una concepción «positiva» del órgano parlamentario a diferencia de otro sector de la doctrina (por ejemplo, Chiti-Batelli) que contempla únicamente la participación del Parlamento Europeo en el proceso decisorio desde la exigua posición en que lo sitúan los tratados.

El capítulo quinto se dedica a una cuestión que no es frecuente encontrar en monografías sobre el Parlamento Europeo. Se trata de un análisis de las relaciones de éste con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto desde la perspectiva de la jurisprudencia como de la legitimación activa y pasiva del Parlamento ante el Tribunal, partiendo de los Tratados y del Reglamento de procedimiento del órgano judicial.

Tras un breve estudio de la participación del Parlamento en la conclusión y ejecución de acuerdos internacionales (al que se dedica el capítulo sexto), los autores reservan la conclusión a su obra para hacer unas consideraciones generales relativas a la necesidad de dar

al Parlamento Europeo un protagonismo mayor en la acción comunitaria, a raíz de su elección directa y en la perspectiva de una Europa unida. La evolución institucional reciente, la estrategia realista de los «pequeños pasos» y la posición del Parlamento en el proyecto de Tratado sobre la Unión Europea por él aprobado, concluyen una obra que trata de comprender de un modo global la Institución Parlamentaria desde una perspectiva jurídica, apoyándose en un total de cuarenta y dos cuadros estadísticos de indudable interés y en una amplia relación bibliográfica final. Como afirma en el prólogo el entonces presidente del Parlamento Europeo, Pieter Dankert, el trabajo es, a la vez, exhaustivo y pragmático e integra tanto los fundamentos jurídicos como la evolución política de un órgano cuya función es ahora controvertida.

Jesús GAMALLO ALLER

Colaborador del Departamento de Derecho Internacional.
Universidad de Santiago de Compostela

DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Tecnos. Madrid, 1984; 128 páginas.

El profundo conocimiento del Derecho Comunitario Europeo y una convicción serena en el porvenir de la integración europea impulsaron, seguramente, al Profesor Manuel Díez de Velasco a elegir la Institución jurisdiccional comunitaria como tema de su discurso en el acto de recepción pública como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Aquel brillante discurso tenía como soporte un trabajo de investigación, cuya publicación constituía entonces la primera, y todavía única, monografía en castellano sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Su autor reúne unas cualidades profesionales envidiables, como iusinternacionalista, pionero del Derecho Comunitario en España y antiguo Magistrado del Tribunal Constitucional español, para enfocar la adecuada encrucijada en la que se sitúa la naturaleza jurídica del Tribunal de Justicia comunitario como jurisdicción internacional, como jurisdicción única de un ordenamiento autónomo y como jurisdicción de un derecho interno común a doce Estados. Por ello, en la introducción de la obra se sitúa al Tribunal de la Comunidad dentro de la panorámica de la Justicia internacional. En este punto

no conviene olvidar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad es una jurisdicción internacional, cuyo origen y fundamento es un tratado internacional, con competencia para conocer y dirimir contenciosos entre Estados y que es una Institución enmarcada dentro del sistema institucional de la Organización internacional de la que forma parte. Pero al igual que se trazan los caracteres propios de una jurisdicción internacional, se resaltan en esta obra cualidades de un sistema jurisdiccional internacional muy evolucionado en la medida en que el ejercicio de la jurisdicción comunitaria no depende del consentimiento del Estado, al tratarse de una jurisdicción obligatoria, y la cual, además, es extraña al sistema tradicional de los jueces *ad hoc*.

Por otra parte —como pone de relieve el autor—, el Tribunal comunitario fue ideado también siguiendo el modelo de las jurisdicciones constitucionales estatales, como se evidencia en los procedimientos prejudiciales, en el procedimiento de anulación o en el acceso directo de los particulares.

Después de la introducción se expone, con un orden sistemático evidente, la historia y fundamentos jurídicos del Tribunal (capítulo II) y su estructura (capítulo III). La referencia obligada son los Tratados constitutivos, en especial los textos relativos a la unificación y constitución de un Tribunal único para las tres Comunidades a partir del 1 de enero de 1958. Se enumeran detalladamente todos los preceptos de los Tratados (incluido el Estatuto del Tribunal y los tratados de adhesión), así como los reglamentos de procedimiento y otros instrumentos en los que se contemplan las competencias del Tribunal. Estos dos capítulos cumplen con una técnica descriptiva muy sencilla y bien documentada y especialmente amena en la exposición de la estructura del Tribunal (así las características personales de los Jueces y el significado de la figura del Abogado General).

El capítulo cuarto, dedicado a la Jurisdicción del Tribunal, constituye el núcleo de esta obra. Es un capítulo muy extenso dentro de las proporciones de la obra, en el que se analiza con precisión y sentido de síntesis el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal. Se parte de la distinción entre jurisdicción contenciosa, jurisdicción consultiva y la competencia prejudicial. Esta triple distinción resulta muy clarificadora, más que la tradicionalmente seguida por otras obras que incluyen dentro del contencioso el procedimiento prejudicial y dividen el conjunto de los procedimientos según vayan dirigidos a controlar el respeto a la legalidad comunitaria o sirvan al control del reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados Miembros.

Desde esa triple perspectiva se analizan uno a uno cada procedimiento ante el Tribunal, atendiendo en unos casos a las peculiaridades de algunos procedimientos, pero manteniendo en el análisis de todos ellos una sistemática regular. Su estudio resulta muy ágil al combinar el análisis normativo, el apoyo doctrinal, consideraciones sobre la práctica y los pronunciamientos del propio Tribunal. Esa dinámica de exposición y análisis resulta particularmente esclarecedora en relación con los procedimientos en constatación de infracción, de anulación, de control incidental de la legalidad, el recurso por inactividad y los procedimientos prejudiciales.

Concluyendo, estamos ante un estudio muy ajustado, que ha conseguido una difícil síntesis y un ponderado equilibrio en las difíciles perspectivas del análisis (normativo, doctrinal y jurisprudencial). Precisamente esta obra, por su espléndida síntesis, por su rigor en el planteamiento de los problemas, por su valoración de conjunto de la organización y procedimientos ante el Tribunal de Justicia, seguramente abrirá surcos para que, desde este modelo de panorámica, se estimule la realización de monografías particularizadas sobre cada procedimiento. Por ello, además de resaltar y agradecer los valores intrínsecos de la obra del Profesor Díez de Velasco, hay que agradecerle su carácter de semilla de las probables futuras monografías que vayan apareciendo en España.

Araceli MANGAS MARTIN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

SEARA VÁZQUEZ, M.: *La hora decisiva*, Joaquín Mortiz-Planeta, México, 1986; 334 págs.

Como nos advierte el autor, el primer esquema del libro que constituye el objeto de esta recensión fue publicado bajo el título de «Algunas reflexiones sobre la Humanidad en crisis», desarrollando más tarde el mismo tema con el título «¿Habrá un mañana?» en la inauguración de la Convención anual de la International Studies Association, celebrada en México en abril de 1983.

Seara Vázquez, amén de una Nota preliminar y de la Introducción, divide la obra en cinco partes: la destrucción del medio, la crisis económica, manifestaciones sociales de la crisis, la crisis política y, finalmente, la crisis ideológica. Cada una de estas partes aparece a su

vez dividida en sendos capítulos dedicados al estudio de una variada gama de problemas.

En esta línea, en la primera parte «La destrucción del medio» (pp. 21-81), se estudian, entre otros, problemas como la utilización de la energía nuclear y sus alternativas, así como la administración de los recursos naturales y del medio físico. El autor plantea la necesidad de la formulación de una ética ambiental o ecológica que asegure una mejor relación del hombre con el medio físico, incidiendo asimismo en la necesidad de frenar su deterioro y el gravísimo desperdicio de los recursos que estamos realizando, haciéndose necesaria, a tal efecto, una planificación inspirada en unos criterios que no podrían limitarse únicamente a la eficacia, sino que deberían extenderse también a la justicia, implicando ello inexcusablemente la redistribución de la riqueza no sólo para dar satisfacción a las reivindicaciones de los desheredados, sino también como única fórmula de supervivencia por medio de la paz social internacional. En tal sentido, prosigue, será procedente un desplazamiento de los objetivos económico-sociales basados en el crecimiento del consumo como índice de bienestar, buscando en su lugar una mejoría de la calidad de vida, finalidad posible sin que se requiera para ello alcanzar altas tasas de crecimiento.

Después de poner de manifiesto, en relación con el medio, cómo «la transnacionalización de los efectos de las medidas (o de la ausencia de medidas) tomadas en un país, sobre los demás, va a constituir en el futuro un elemento muy importante en el concepto tradicional de la soberanía», Seara Vázquez pone fin a esta primera parte con unas expresivas palabras que juzgamos plenamente acertadas: «Independientemente del pronóstico que se puede hacer sobre cuál va a ser la conducta de los estados en el futuro, una cosa es segura: o hay una planificación global del uso de los recursos naturales y de la administración del medio, o la anarquía que impera en este terreno llevará al desastre ecológico universal. Y eso en un plazo relativamente corto, pues el efecto sinérgico de la combinación de los diversos procesos destructivos puede provocar una aceleración de la deteriorización y llevarnos a situaciones totalmente irreversibles» (página 81).

En la segunda parte, «La crisis económica» (pp. 83-172), son examinados diversos temas como las dimensiones de la crisis, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, los Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Nuevo Orden Económico Internacional, el Diálogo Norte-Sur, los aspectos financieros y monetarios, el hambre y la cuestión alimentaria. En el

mundo — advierte el autor — parece haber una crisis generalizada de carácter global, que en la economía tiene su manifestación más evidente, si bien dicha crisis también tiene otras dimensiones, que abarcan a los aspectos políticos, ideológicos y culturales e, incluso, a los mismos valores éticos de la convivencia, cuya desnaturalización es tan grave que lo que ahora está en juego ya no es la armonía, la paz o el conflicto, sino la supervivencia misma de toda la humanidad.

Resulta particularmente valiente el epígrafe «Tercermundismo y burguesías nacionales» (pp. 124-134), en el cual se pone en evidencia la complicidad existente, en el campo de las relaciones de intercambio, entre las élites dirigentes de los países en desarrollo y las élites dirigentes de los países desarrollados.

En la tercera parte, «Manifestaciones sociales de la crisis» (páginas 173-240), centra el autor su atención en problemas como la explosión demográfica, la concentración urbana, los movimientos migratorios, teoría de la marginación, tecnología y sociedad, cultura y civilización en la sociedad tecnológica y, finalmente, cultura universal y culturas nacionales.

La marginación podría definirse, según el autor, como la expulsión del proceso de producción, no sólo de los trabajadores sino incluso de los países que ya no son útiles para generar plusvalía (página 204). Preocupante es el impacto político de la tecnología de la comunicación como posible instrumento de poder absoluto de las tiranías, asunto que el autor estudia detenidamente.

«La crisis política» (pp. 241-321) es tratada en la parte cuarta del libro. En ella se analizan diversos aspectos de dicha crisis, como son los de la transnacionalización del conflicto social, la ausencia del liderato a nivel mundial, el agotamiento de las instituciones y la amenaza de las armas.

El agotamiento de las instituciones alcanzaría también al Estado nacional, cuyo papel deberá ser reconsiderado. No se trataría tanto de eliminar al estado nacional, como de reconsiderar su papel. De institución suprema debería convertirse en institución intermedia, con funciones propias y exclusivas, pero también integrado en el sistema universal, dentro del cual tendría un papel subordinado, sin la posibilidad de invocar intereses nacionales, que están limitados a un grupo social restringido, para vetar la adopción de decisiones globales, que se orientarían a la defensa de intereses mucho más generales. Esta limitación a la soberanía estatal no debería contemplarse desde la perspectiva negativa de un abandono de derechos por parte de los estados nacionales, puesto que tal concesión estaría ampliamente compensada por el hecho de que los demás estados nacionales

deberán renunciar a su pretensión de bloquear decisiones generales en las que no estén de acuerdo. Vista de ese modo, la soberanía estatal no aparecería en realidad limitada, sino ampliada al ámbito universal, aunque con las restricciones propias de todo sistema social, en el que los derechos de uno están limitados por los de los demás.

En la parte quinta y última del libro, «La crisis ideológica» (páginas 301-321) se lleva a cabo el estudio, entre otros, de temas como el anacronismo del actual debate ideológico y las alternativas para un mundo con futuro.

Las dos opciones que se presentan como únicas posibles, liberalismo económico-economía de mercado y socialismo-marxismo (desnaturalizados por la interpretación designada como marxismo-leninismo), escribe el autor, vuelven anacrónico el actual debate ideológico, el cual se desarrolla sobre el supuesto de una realidad social que se ha visto alterada profundamente y que continúa cambiando de modo acelerado, siendo necesario y urgente, en consecuencia, avanzar en el planteamiento de las bases de una nueva concepción ideológica de la sociedad, del papel de los seres humanos en ella y del futuro que desean forjar si no quieren resignarse a sufrir el que les venga dado. Se trataría de tener, en un momento crucial de la historia como el que vivimos, junto con una representación más universal y más libre de prejuicios de la sociedad, una concepción general del mundo que nos muestre un tipo de sistema social distinto, capaz de garantizar que la sociedad humana pueda tener un futuro, debiendo integrarse en ese sistema a todos los seres humanos y no sólo a determinadas clases, con absoluta libertad de expresión para la manifestación del interés general, sin falsificaciones ni usurpaciones, por lo tanto, en la representación de dicho interés. En la planificación del nuevo sistema social sería necesario franquear las siguientes seis fases de análisis: a) evaluación de las necesidades; b) balance de los recursos; c) definición de los principios; d) fijación de los objetivos; e) diseño de la estructura institucional, y f) selección de los métodos de acción política.

En definitiva, para terminar, diremos que la crisis global, en sus diferentes versiones, en la que se halla el mundo, viene a ser el objeto de este libro en el que Seara Vázquez expone con gran dureza —pero con un profundo espíritu constructivo, como él mismo escribe— su interpretación de aquélla, denunciando los fallos existentes a todos los niveles en el sistema social y reclamando la atención hacia los peligros inminentes que se ciernen sobre la humanidad. Para el autor, y para los que, cuando menos desde una perspectiva de alcance general, concordemos con él, ésta es «la hora decisiva» para

adoptar las medidas que la perentoriedad de la situación requiere, y todo ello con el fin de detener la continuada y progresiva degradación a que se ve sometida la humanidad.

Estamos, pues, ante un valiente alegato en pro de la humanidad que con certeza dejará huella en la doctrina especializada en la materia y aun en el simple lector, tal como lo vaticinan las tres ediciones del libro llevadas a cabo en tan sólo ocho meses, encontrándonos, en suma, ante una magnífica obra no sólo de prospectiva, sino también y en buena parte de análisis de una situación que desgraciadamente es actualidad, que sin duda llegará a ser de obligada consulta para los estudiosos del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales.

Antonio MARTINEZ PUÑAL
Doctor en Derecho,
Profesor Colaborador de Derecho Internacional.
Universidad de Santiago de Compostela

LINARES, Julio E.: *Tratado concerniente a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá*. San José de Costa Rica, Litografía e Imprenta LIL, S. A., 1983; 316 páginas.

Los todavía recientes Tratados panameño-estadounidenses sobre el Canal de Panamá han originado una interesante bibliografía, de la que es buena prueba la valiosa monografía publicada en Suiza por el Dr. Richard Perruchoud sobre tal tema. El mismo año en que vio la luz ésta —1983— apareció la que es objeto de las presentes líneas, debida a otro ilustre autor, prestigioso jurista panameño, el Dr. Julio E. Linares, ex Ministro y Catedrático universitario de Derecho Internacional en su país, quien enfoca la cuestión desde el punto de vista de los justos intereses de Panamá. Como expresivamente indica el subtítulo de la obra («De un colonialismo rooseveltiano a un neocolonialismo senatorial») todo el esfuerzo dialéctico del Dr. Linares tiene por fin demostrar, con sólidos argumentos, que los logros conseguidos para Panamá por el nuevo Tratado sobre el Canal han quedado mediatizados en el Tratado sobre la neutralidad de éste con las enmiendas, condiciones, reservas y entendimientos o interpretaciones introducidas por el Senado de los Estados Unidos al dar su consejo y consentimiento a la ratificación del mismo. Al respecto, subraya el autor que dicho Tratado habrá de regir perpetua-

mente no sólo sobre el actual Canal de esclusas, sino también —en cuanto concierne al régimen de neutralidad permanente— sobre cualquier otra vía acuática internacional que se construya total o parcialmente en territorio panameño y —en lo relativo a la seguridad interior, eficiencia y mantenimiento del Canal— sobre cualquier otra vía interoceánica que pueda usarse (asimismo total o parcialmente) dentro de tal territorio, siempre que en su construcción o financiamiento hayan participado o participen los Estados Unidos.

En sucesivos capítulos, el autor va estudiando la firma de los Tratados Torrijos-Carter, la discutible capacidad de Torrijos para representar a Panamá en la firma de éstos y en sus Instrumentos de ratificación, el Tratado del Canal de Panamá y los proyectos de Tratados de 1967, la neutralización o neutralidad permanente, la situación a ello relativa antes del Tratado de 1967 y la protección y defensa del Canal según éste. Muy interesantes son el minucioso análisis y crítica del texto de dicho Tratado (con la inclusión, a propósito de su artículo VI, de un largo inciso histórico que abarca desde el Tratado Thompson-Urrutia al de Montería) y las atinadas consideraciones sobre la carencia en el Tratado de una cláusula de arbitraje obligatorio o que reconozca la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, en las que Linares destaca debidamente la gravedad que ello entraña para los intereses panameños. En los siguientes capítulos se expone la aprobación de los tratados en ambos países, se examina y critica severa y detenidamente las ya mencionadas enmiendas, condiciones, reservas e interpretaciones senatoriales, y se transcribe y comenta la carta dirigida por Carter a Torrijos al dar el Senado su consejo y consentimiento a la aprobación del Tratado, en la que le asegura su respeto a la soberanía y dignidad de Panamá, reafirmando el principio de no intervención en los asuntos internos de este Estado, carta que a Linares le merece un juicio negativo, mostrándose escéptico en cuanto al cumplimiento de lo que en ella se afirma, en vista de promesas análogas otrora hechas a Panamá por Teodoro Roosevelt y Taft, después manifiestamente incumplidas. Asimismo se examina con detalle el Instrumento de ratificación de Panamá al Tratado de neutralidad y la cuestión relativa a las relaciones de éste con los terceros Estados. Sobre esto, Linares cree que la adhesión al Protocolo de dicho Tratado no crea en favor de los Estados que se adhieran a él ningún derecho en cuanto al tránsito por el Canal, ni les permite tomarse acción alguna para mantener el régimen de neutralidad permanente. El libro finaliza con un capítulo —dedicado a la nulidad del Tratado de neutralidad y a la actitud legal de Panamá para darlo por terminado— y con unas conclusio-

nes. En lo concerniente a la nulidad, se hace hincapié sobre el defecto de competencia del Tratado y sobre los objetos ilícitos del mismo en cuanto otorga a los Estados Unidos un supuesto «derecho» de agresión e impide a Panamá disponer libremente de sus recursos naturales más importantes. En las conclusiones se reitera resumidamente la tesis sostenida a lo largo de todo el libro. Este contiene además un útil apéndice documental y una selecta bibliografía.

En suma: una obra muy recomendable, de imprescindible lectura para todos los que se interesen por el tema en ella tratado.

José PEREZ MONTERO
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo
Miembro del IHLADI

NOTICIARIO

XIV CONGRESO DEL IHLADI
BREVE CRONICA DEL MISMO

En la ciudad de San José, capital de Costa Rica, tuvo lugar, durante los días 22 al 29 de marzo de 1985, el XIV Congreso del IHLADI, en un encantador clima de paz y tranquilidad y en una atmósfera de serenidad y de la característica cordialidad amistosa de los «ticos».

La Comisión Organizadora, que presidía el licenciado Fabio Fournier Jiménez, prestigioso abogado y notario que, entre otras singulares dotes, reúne la de ser un excelente pintor y retratista, había preparado un detallado programa, en el que, convenientemente entrecruzados, se sucedían los actos científicos con los culturales y de asueto y sociales. Como el mismo don Fabio señaló en una de sus primeras intervenciones orales, en cierto modo «había enmendado la plana al Creador, ya que Este, después de su colosal obra primigenia, al séptimo día descansó»; pero los congresistas y sus acompañantes comenzaron sus Jornadas de Estudio y Trabajo los días 23 y 24, respectivamente sábado y domingo, para efectuar sendas bellas excursiones al volcán Trazú y Valle de Orosi, encantadores paisajes de exuberante vegetación, y a la playa de Jacó, en el Océano Pacífico, sin excesivos calores. Asimismo, aunque no pretendamos recoger aquí la puntual referencia de todos los demás actos sociales, señalemos, sin embargo, que junto a las recepciones oficiales en diversos Centros y Organismos, como la Corte Suprema de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Ministerio de Relaciones Exteriores (Casa Amarilla) y el Colegio de Abogados, se destacaron las visitas a museos, al Teatro Nacional (también asistimos a un recital de danza y tradiciones de Costa Rica) y a diversas residencias particulares y Embajadas, así como a la Universidad Autónoma de Centroamérica. En dichas recepciones agradecieron las invitaciones, en nombre del IHLADI, sus miembros doctor Martínez Moreno (El Salvador), embajador Bertinis (Argentina) y profesor Pérez González (España).

La solemne inauguración del XIV Congreso, tras la correspondiente reunión plenaria de la Junta de Miembros, tuvo lugar el día 25 en el anfiteatro de la Corte Suprema, bajo la Presidencia del Jefe del Estado, Don Luis Alberto Monge, y con la presencia de Ministros de su Gobierno, miembros del Poder Judicial y de las Universidades.

Abrió el Orden del Día el siguiente discurso-informe del Secretario General del Instituto, doctor José Luis de Azcárraga (España).

DISCURSO DEL SEÑOR SECRETARIO GENERAL DEL INSTITUTO

Pecaría de desagradecido y en todo caso de descortés, si no comenzara mis palabras que, por supuesto, forzosamente han de ser muy breves, expresando, en mi condición de Secretario General del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL nuestra sincera gratitud por la maravillosa acogida que nos han dispensado nuestros queridos colegas costarricenses y, en primer lugar, deseo mostrar nuestro agradecimiento al señor Presidente de la República, don Luis Alberto Monge, que ha querido prestigiar y magnificar esta Solemne Sesión de Inauguración de nuestro XIV Congreso, porque nos consta, de manera evidente, que Costa Rica se asienta en la fuerza y en la razón del Derecho y que él mismo es un auténtico paladín de la neutralidad perpetua, activa y no armada, de la democracia, de la paz y de los derechos humanos y que, precisamente, todos estos valores se sintetizan en el lema agustiniano de nuestro IHLADI «tranquillitas ordinis», el «sosiego ordenado».

Extiendo nuestra gratitud al Instituto Costarricense de Turismo que con tanta generosidad nos ha albergado, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la Corte Suprema de Justicia que nos cedió amablemente estos salones, a la Soberana Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén y al Colegio de Abogados y, ya, en unos niveles personales, nuestro agradecimiento al Licenciado Fabio Fournier, Presidente de la Comisión organizadora de este Congreso y a todos sus excelentes colaboradores, miembros y asociados, que con sus esposas y una simpática pléyade de jóvenes universitarios, desde el primer momento de nuestra arribada a San José, para participar en los trabajos científicos, que ocuparán nuestro tiempo, entreverados, eso sí, con actos sociales, agasajos, recepciones y gratísimas excursiones, como las realizadas ayer y anteayer, han puesto muy alto el pabellón de la conocida hospitalidad de esta entrañable Nación hermana de Costa Rica y de sus ciudadanos.

Suele ser costumbre en estos casos, invocando mi repetida condición de Secretario General, presentar un rápido balance de lo realizado por nuestra querida Institución, desde que fue fundada en Madrid en el año 1951, con una ya larga teoría de congresos celebrados en Sao Paulo, Quito, Bogotá, Santiago de Compostela, Caracas-Mérida, Buenos Aires, Lima, Lisboa, Guanajuato, Madrid-Salamanca, Mérida, de Venezuela, y Lima otra vez, en todas cuyas reuniones, la nómina de nuestras colegas profesoras internacionalistas

y diplomáticos ha ido aumentando cualitativa y cuantitativamente, aunque, por desgracia, también la muerte nos ha producido varias sensibles pérdidas entre el último Congreso de Lima y éste de San José: Mario Amadeo y Frida Pfirter de Armas, de Argentina; Alejandro Aguilar Machado, de Costa Rica; Eduardo De No, de España; Alejandro Deustua, del Perú, y Francisco Manuel Mármol, de Venezuela; para todos ellos pido el descanso eterno, con la oración silente de nuestro mejor y permanente recuerdo.

El temario de este Congreso de San José aborda problemas sustantivos de las dos disciplinas o ramas del Derecho Internacional, tanto público como privado, y esperamos confiadamente que la inteligencia de sus ponentes: Doctora Gilda Maciel Correa Meyer de Russomano, de Brasil; Rodolfo Piza Escalante, de Costa Rica; Hugo Llanos Mansilla, de Chile, y Manuel Pérez González, de España, sepan desarrollar una labor acertada en pro de sus conclusiones que, como en Congresos anteriores, constituirán, a buen seguro, un cuerpo doctrinal del mayor interés que pueda tener utilidad para los gobernantes de los 23 países que componen nuestra comunidad Hispano-luso-americana y filipina.

A esta noble e interesante tarea científica nos aprestamos los juristas que hemos venido a San José y que, en gozoso encuentro, bajo la presidencia de don Fabio Fournier y con el apoyo de Gonzalo Ortiz Martín, Rogelio Sotela Montagné, Luis Demetrio Tinoco Castro, Fernando Volio, Manuel Yglesias Echeverría y Renato Viglione, con Rodolfo Piza Escalante, del que me honro en haber sido su profesor en la Universidad madrileña, como, asimismo, lo fui del actual Ministro de Gobernación, Sr. Obregón, y todo ese joven elenco de juristas costarricenses que, imitando, entre otros, a Luis Anderson, Ernesto Martín y Teodoro Olarte, se disponen a participar activamente en este nuestro XIV Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional que hoy comienza bajo los mejores auspicios.

Seguidamente hizo uso de la palabra el doctor Andrés Avelino Aramburu Menchaca (Perú), que hasta la fecha había sido Presidente del Instituto, por haberlo sido del anterior Congreso, celebrado en 1981 en la ciudad de Lima. Su excelente discurso fue del tenor siguiente:

DISCURSO DEL SEÑOR ARAMBURU MENCHACA

Sean mis primeras palabras para agradecer a Vuestra Excelencia, señor Presidente de la República, el haber querido honrarnos presidiendo esta sesión inaugural dando tanto relieve al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, cuya presidencia he venido ejerciendo hasta hoy y para agradecerle el entusiasta y positivo apoyo que se ha dignado Vuestra Excelencia dar a nuestra reunión.

Al comparecer ante auditorio tan ilustrado, presidido por Vuestra Excelencia, se turba mi pensamiento al aquilatar la mucha ciencia que aquí se halla congregada y lo poco que podría decir para ponerme a su nivel. Pero la turbación no amengua la satisfacción de poder transferir la presidencia del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, el más representativo sin duda alguna en la Comunidad Iberoamericana de Naciones, a un jurista de la talla de don Fabio Fournier, luminaria del Derecho, artista de alta calidad y gran señor de la amistad. Si fue mucha la honra que me fue acordada al recibir la presidencia de mi muy ilustre predecesor don Carlos Febres Poveda, galardón apreciado es para mí ser sucedido por don Fabio Fournier.

Señores:

Cuando nos reunimos en Lima, hace algo más de dos años, me permití recordaros que la paz de las naciones, especialmente dentro de nuestra Comunidad, donde las diferencias no suelen ir más allá de pleitos de linderos, reposa fundamentalmente en la santidad de los tratados y el respeto a la cosa juzgada. Tratados y fallos judiciales o arbitrales son obras humanas y en consecuencia expuestas a las imperfecciones en que somos capaces de incurrir. Pueden, desde luego, no haber satisfecho aspiraciones legítimas o consideradas como tales, de buena fe, por las partes litigantes, pero en medio de tales deficiencias se consiguió a través de esos pactos y sentencias poner fin a controversias que, en algunos casos, pocos felizmente, condujeron a cruentos enfrentamientos.

Cuando yo les hacía estas reflexiones, América veía convulsa cómo se teñían de sangre las gélidas aguas del Atlántico Sur y había contemplado poco antes sangrientos episodios en las tórridas selvas de otros parajes del continente. No estamos viviendo hoy esa misma circunstancia y confiamos que aquellas controversias encuentren pronta solución, satisfactoria y definitiva. La comunidad internacio-

nal está ahora dotada de los mecanismos que permiten alcanzar esa meta y es deber mío recordarlo en esta tierra de Costa Rica que nos ofrece tan generosa hospitalidad y tan encomiados ejemplos.

Al tratar la materia, cómo no recordar dos momentos de la historia de este noble pueblo costarricense, tan amante de la paz, como aquellos en que fue elegido como el más propicio para que funcionara la primera Corte de Justicia Internacional, a comienzos de este siglo que está llegando a su fin y, en fecha más reciente, como sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son dos hitos gigantescos que deben enorgullecer a toda la comunidad iberoamericana, cuyos miembros están aquí representados por tan ilustres maestros.

Ni la limitada jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia ni su limitada duración amenguan el mérito de quienes en las cinco repúblicas de esta parte de América tuvieron la generosa concepción de obligarse a solucionar sus diferendos mediante un tribunal judicial. Muchos años tuvieron que pasar, mucha sangre fue vertida en los campos de batalla de Europa y otras partes del mundo, antes que quedaran fundadas, primero, con la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional y hace ya cuarenta años, con la Carta de San Francisco, la Corte Internacional de Justicia, a la que lamentablemente hoy todavía muchos Estados de nuestra comunidad no han reconocido jurisdicción obligatoria, como ha hecho Costa Rica.

Justo es dedicar unas palabras a ese gran adelanto que representó la Corte Centroamericana de Justicia al reconocérsele competencia no sólo para dirimir litigios entre Estados, sino para conocer en casos en que una de las partes no era Estado, paso trascendental en la evolución de la justicia internacional, tan ligado a la protección de los Derechos Humanos, que sólo alcanza entronizamiento a nivel universal en fecha no lejana con el reconocimiento de esa competencia a la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya, y, dentro de su esfera específica, pero también con posibilidades mayores, en el Centro Internacional para la Solución de Controversias Internacionales Derivadas de Inversiones, creado por el Banco Mundial. En ambos casos las raíces de la institución y el ejemplo pacificador se encuentra en la Corte Centroamericana de Justicia que funcionó en esta bella capital de San José.

El movimiento en favor de los Derechos Humanos, movimiento que ha alcanzado tan elaborados perfiles que hasta se considera que ha llegado a generar una nueva rama dentro del Derecho Internacional Público, tuvo su primera expresión en la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, aprobada durante la IX Conferencia

Internacional Americana, reunida en Bogotá en mayo de 1948, o sea, varios meses antes de que fuera aprobada la Declaración Universal de Derechos Humanos, en París, en diciembre del mismo año. El impulso que ha tomado tan generosa causa ha cristalizado en los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, con cuyos postulados todos coincidimos, y son de aquellos que por su alto contenido moral escapan a las formalidades a que están sujetas otras convenciones en las que por su contenido se impone la técnica contractual.

Como América tiene sus peculiaridades sociológicas y entre éstas no faltan acentuadas dosis de idealismo, romanticismo y regionalismo, hemos querido que, sin salir del marco universal que nos compromete a Estados ajenos a nuestro Continente, tengamos nuestra propia Convención Interamericana de Derechos Humanos, y con ella ha nacido la Corte Interamericana, para la cual no ha sido por simple azar que se ha escogido como sede San José de Costa Rica, sino por el abolengo que esta hermana República exhibe como promotora de la justicia internacional y sus reconocidas ejecutorias como amante de la paz y la democracia.

Perdonadme que recuerde con orgullo que mi país, el Perú, fue el primero en incorporar a su Derecho Interno, íntegramente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1959, y que la Constitución vigente desde 1980 menciona tanto los Pactos Universales antes citados como la Convención Interamericana sobre la misma materia, con especial referencia a la Corte que ahora funciona en San José, integrada por probos e ilustres magistrados de impoluta trayectoria profesional.

Debo agregar, pecando quizá de parroquialismo, que el artículo 105 de nuestra Carta Magna ordena que «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.» En consecuencia tienen preeminencia sobre cualquier otra norma.

Me he permitido hacer todas estas referencias a los Derechos Humanos porque en el respeto a los mismos está, sin duda, la más sólida garantía para la paz interna, tan amenazada en los tiempos que vivimos y tan vinculada a la paz internacional, como que cabe concebir conexiones que muchas veces saltan a la vista, en los sangrientos sucesos que hoy afligen y amenazan, en tantos países, destruir la democracia (consustancial a nuestra Comunidad desde el Congreso de Panamá) y hasta su existencia como Estados soberanos.

Nuestro Instituto, nuestro querido IHLADI, que en sus treinta y

cuatro años de existencia ha celebrado con el que hoy inauguramos catorce Congresos, que hacen evidente su vitalidad y el interés que ponemos en las causas que defiende, ha hecho ya contribuciones que no han pasado inadvertidas para los maestros de nuestra ciencia en todas las latitudes. Ya tenemos por eso una cita con la Historia. Tenemos el compromiso de continuar haciendo esos aportes y dando nuevos ejemplos de conducta, como exponentes de la Comunidad Iberoamericana de Naciones en la que todos nos reconocemos, sin regateos ni negociaciones, como iguales, aunque nos separen los océanos a cuyo ordenamiento jurídico no es poco, sino mucho, lo que hemos contribuido como auténticos pioneros del nuevo Derecho del Mar.

Pero, ¿cuáles pueden ser esos ejemplos? El hecho de encontrarnos reunidos en San José de Costa Rica genera un ineludible mandato: contribuir a reforzar los mecanismos internacionales para la solución de controversias. Desprendámonos de esa costra inelegante que, so capa de soberanía, pretende colocarnos apartados de la jurisdicción compulsiva de los tribunales internacionales tanto judiciales como arbitrales. Imaginamos que esta errónea conducta nos da seguridad y es a la inversa, pues nos pone siempre en trance de soluciones de fuerza. Adoptemos aquí la resolución de recomendar a nuestros Gobiernos que, sin tardanza, formulen la declaración de que tratan los incisos 2.º y 3.º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sobre jurisdicción compulsiva del citado Tribunal, para los siguientes casos:

- a) La interpretación de un tratado;
- b) cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

Con reservas, si es necesario, ello está permitido, pero reservas de buena fe y que realmente obliguen y no se convierta en vanas palabras como aquellas que en ciertas ocasiones han frustrado el propósito con que debió ser hecha. Y junto con esta resolución podría también aprobarse otra que también recomiendo con la mayor sinceridad: adhirámonos todos a la Convención que crea el Centro Internacional para la Solución de Controversias Derivadas de Inversiones. Sólo provecho podemos esperar de esto último nosotros, grupo de naciones que, en su mayoría, se halla en estado de desarrollo y en

procura de la cooperación del capital extranjero al cual dicho paso dará la confianza que tiene derecho a esperar.

Pertenezco al Instituto desde 1952. Desde entonces sólo he faltado a un Congreso por razones de fuerza mayor. He tenido el honor de ser elegido dos veces su Presidente y el privilegio de recibirlos con ocasión de los dos Congresos celebrados en el Perú, en 1970 y 1982. Os conozco muy bien. Me honra vuestra amistad. Admiro vuestros conocimientos. Os reconozco como paladines de la paz. En suma, quiero deciros en cuánto valorizo el dictamen que, si acogéis mi exhortación, podéis dar a vuestros Gobiernos. Os lo agradecería la Humanidad entera.

Reitero lo que os dije en nuestra última cita en Lima: «LA FINALIDAD DEL DERECHO ES LA JUSTICIA; PERO LA META DE LA JUSTICIA ES LA PAZ».

Seguidamente, pronunció el siguiente discurso el nuevo Presidente del Instituto y del XIV Congreso del mismo, licenciado Fabio Fournier Jiménez, quien, en la ocasión, profirió las sentidas y hospitalarias palabras que a continuación se transcriben:

DISCURSO DEL SEÑOR PRESIDENTE DEL INSTITUTO Y DEL XIV CONGRESO

Señor Presidente de la República; señores Ministros integrantes del Poder Ejecutivo; señor Magistrado Representante de la Corte Suprema de Justicia; señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones; señores Miembros del Cuerpo Diplomático; señor Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Turismo, y otras Autoridades del país; compañeras y compañeros del Instituto; señoras y señores:

Por uno de esos felices azares de la vida que a veces nos llevan a los hombres a situaciones de privilegio en que nunca pudimos soñar, me encuentro hoy presidiendo este Congreso del IHLADI, al que, con la exactitud y la certeza que le son características, mi ilustre antecesor ha llamado el más representativo, sin duda alguna, de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

El hecho de haber sido designado Presidente de la Comisión Organizadora del Congreso y de haber podido dar feliz remate a esa empresa, con la valiosa ayuda de mis compañeros de la Comisión, ha sido la única ejecutoria sobre la que se basó mi exaltación a tan ele-

vado cargo, para suceder en él al doctor don Andrés Aramburu y Menchaca, uno de los más altos valores intelectuales del Perú, profesor docto en la materia jurídica internacional, de gran sensibilidad en la labor docente, gran estadista y distinguido diplomático.

Ya que ha de ser así por razón estatutaria, sólo me resta pedir a Dios que me ilumine y me asista en la tarea de servir eficazmente los deberes de mi cargo durante la semana que hoy se inicia.

Compañeras y compañeros del IHLADI:

En diferentes ocasiones, durante los últimos años, generosos amigos del Instituto manifestaron sus deseos de que se celebrara uno de nuestros Congresos en Costa Rica. Les manifestamos con franqueza nuestra reticencia a hacerlo porque pensábamos que este pequeño y modesto país no podría ofrecernos los halagos con que nos habían colmado los países donde se habían celebrado anteriores congresos: ni modernas y maravillosas ciudades, ni grandes monumentos históricos, ni hoteles de gran categoría donde proporcionar el confort y las atenciones que todos merecéis.

Pero ante la insistencia de varios de vosotros, aceptamos en Madrid, hace seis años, gestionar ante nuestro Gobierno que se ofreciera a San José como sede para un futuro Congreso. Y fuimos a Mérida no sólo con esa invitación, sino, además, con la ratificación de esa propuesta por los dos candidatos de entonces a la Presidencia de la República, quienes, con idéntica reacción y en parecidos términos, nos manifestaron, con evidente entusiasmo, que acogían la idea de invitar al Instituto a celebrar aquí una de sus reuniones bienales.

Si gano las elecciones, le garantizo —me manifestó usted, señor Presidente de la República— *que el Congreso se celebrará aquí por invitación de mi Gobierno; y si las pierdo, le prometo que los diputados de mi partido contribuirán con sus votos a autorizar la correspondiente partida presupuestaria para cubrir los gastos que esa reunión demande.*

En similares palabras, vuestro contricante de entonces se solidarizó con la invitación al IHLADI.

En Mérida cedimos al Perú el honor de ser la sede del XIII Congreso porque no podíamos aceptar la idea de disputar a Lima, la ciudad imperial de los Incas y más tarde el gran centro propulsor de la cultura hispánica en Suramérica, la oportunidad de ofrecer los recintos de sus universidades y de sus palacios coloniales para las reuniones del Congreso. Tampoco habría sido propio que disputáramos al

Perú, con el que nuestro país ha mantenido siempre fraternales relaciones y con el que tenemos contraída una antigua deuda de gratitud, aún no saldada, por la decidida y generosa ayuda que prestó a nuestro país durante la guerra que sostuvimos contra los filibusteros esclavistas del norte en 1886 y 1887.

Ni habríamos podido ofrecerlos, señores miembros del IHLADI, un marco histórico tan prestigiado y elegante para vuestro congreso como el que os ofrecía aquel país hermano.

Fue precisamente en Lima donde al fin se designó a San José como sede del XIV Congreso. Y aquí estamos iniciando hoy las labores científicas que han sido programadas para el mismo.

Este es, señor presidente, el Congreso que habéis convocado y que hoy os agradece vuestra gentil invitación.

Pero antes de iniciar las reuniones de trabajo hemos tenido la oportunidad de ofrecerlos, compañeros del IHLADI, dos excursiones: una al volcán Irazú y a los Valles de Cartago y Orosi y otra a la costa del Pacífico.

Así habéis tenido un contacto directo con nuestro pueblo, y es de ese pueblo del que quiero hablaros, y lo hago con emoción, con orgullo, pero también con imparcialidad, porque los míos, los de mi casa, llegaron a estas tierras a mitad del siglo pasado, cuando ya los costarricenses habían puesto las bases de sus instituciones y delineado su recio carácter nacional. Os hablo, pues, como testigo y no como parte interesada.

En la primera mitad del siglo XVI un puñado de españoles se empeñó en conquistar este nudo de montañas, en lucha abierta contra la selva y el pantano, afrontando los rigores del sol en las planicies de las costas y las lluvias torrenciales en la altura.

Con mucho de astur y de gallego, con mucho de extremeño y castellano, aquel rudo labriego, aislado en la selva americana, doblado de sol a sol sobre la gleba, presionando el primitivo arado de madera para romper el suelo y luego fecundarlo, descubrió, sin razonamientos filosóficos, sin principios matemáticos, que la línea recta es la más corta entre dos puntos y que el surco derecho es el más práctico, el más natural, de mejor lógica y aplicó esas ideas a la propia conducta y en la vida de sus pequeñas comunidades campesinas.

Aquel rudo trabajador del campo, como el romano de los primeros siglos, fue primero labriego y luego fue jurista. E hizo del derecho práctica diaria y constante de su vida. Por eso vivió en paz con su vecino y supo criar a sus hijos respetando el derecho de los otros.

En nuestras dos excursiones al mar y a la montaña habéis visto a los descendientes de ese pueblo, con tanto de astur y de gallego,

con tanto de extremeño y castellano, doblado bajo el sol sobre la era. Lo visteis en día domingo paseando con su mujer y con sus hijos, vestido limpiamente, aunque sin lujo, gozando alegre y sobriamente del descanso bien ganado. Os dijo adiós con respeto y con cariño, como a viejos amigos.

No visteis ni un fusil, ni un tanque, ni una casa militar. En la campiña había paz, orden no impuesto, había alegría.

Ese ambiente es lo que os hemos llamado a compartir. Es el que os ofrecemos como marco de vuestro Congreso. Marco de paz y de respeto al derecho ajeno.

Pero además, este pueblo, sin orgullo pero con satisfacción honda y justificada, cree que ha participado siempre de vuestros ideales y de vuestros afanes.

Aun antes de ser nación independiente, ya los costarricenses propugnaban por la defensa y el respeto de derechos que actualmente ocupan un lugar preferente en los programas del Derecho Internacional. Así, en 1812, el presbítero don Florencio del Castillo—cuyo busto algunos pudisteis ver en el parque de Paraíso de Cartago—fue a las Cortes de Cádiz como delegado de Costa Rica, la más pobre y despoblada colonia del Imperio Español, a abogar por los derechos humanos.

Como un eco de Vitoria y de Las Casas, fue a luchar por que en la nueva Constitución de las Españas se incluyera el principio de igualdad para todos los hombres, ya fueran indios, negros, blancos o mestizos. Y en aquella augusta asamblea fue oída la expresión más pura del alma, del sentir de nuestro pueblo.

Después, a los 50.000 habitantes de la provincia les llegó la independencia, sin haber luchado por ella. Desconcertados al principio al saber que ya no eran españoles y que debían organizar por sí mismos la vida de sus comunidades como país independiente, encargaron a sus hombres más probos y más cultos la difícil tarea de crear las instituciones básicas del gobierno y la planificación de sus funciones esenciales.

Desde los primeros programas de gobierno de la incipiente república, aparecen como las preocupaciones más importantes de los próceres de entonces la de crear escuelas y la de abrir caminos. Comprendieron que era necesario que los costarricenses se educaran para que pudieran comunicarse entre sí a fin de trabajar armoniosamente para el desarrollo del país y que era necesario romper la selva y llegar hasta el mar, por el Este y el Oeste, para establecer comunicación con las demás naciones, a fin de lograr el desarrollo de la cultura, de la industria y del comercio.

Y ambas cosas se lograron: en menos de un siglo, los caminos y los puertos marítimos nos permitían comunicarnos por el Norte y por el Sur, por el Este y el Oeste, con todos los pueblos del mundo; se construyó el segundo ferrocarril interoceánico en América, que, si bien luce diminuto comparado con el primero construido por los Estados Unidos, constituyó para nuestro país un esfuerzo económico proporcionalmente mucho mayor que el que hizo la gran república norteamericana para construir el suyo; y a finales del siglo XIX se estableció la enseñanza primaria, general, gratuita y obligatoria, que nos ha permitido alcanzar uno de los grados de alfabetización más altos del mundo. Y hoy podemos decir, con legítimo orgullo: no ya no tenemos más maestros que soldados, sino que ahora tenemos más casas de enseñanza que hombres enrolados en los servicios de seguridad y policía y que por disposición constitucional se ha proscrito el ejército como institución permanente.

Entramos en relación con las demás naciones y pronto tuvimos que afrontar problemas a causa de ello. Como vivíamos en paz, llegaron a nuestra tierra muchos extranjeros deseosos de vivir en el seno de este pueblo y de gozar de su ambiente de armonía y de trabajo. Pero llegaron también muchos perseguidos políticos en busca de un refugio seguro. Y, a pesar de nuestra pequeñez, les brindamos el asilo que buscaban, aun cuando muchas veces se pretendió con amenazas obligar a nuestros gobiernos a expulsar a aquellos perseguidos del territorio nacional.

Así se brindó la protección de nuestro suelo al general Lamar, al general Gerardo Barrios, a Maceo, a Martí y a muchos otros. Nunca se denegó un asilo a quien con razón lo solicitó. Nunca nuestros gobiernos cedieron ante las amenazas de otros, aun ante el riesgo de que se viera afectada la paz y la República.

Esta actitud atrajo la atención de muchos intelectuales, profesores y juristas de distintas partes del mundo, y algunos vinieron a convivir con nosotros para observar de cerca nuestra vida democrática. De Chile, de Argentina, de Nicaragua, de España, de Francia, de Italia, de Alemania llegaron profesores que contribuyeron a elevar el nivel cultural de este pueblo.

Aquí cantó Darío y en nuestro Teatro Nacional fueron aplaudidos Benavente, Ricardo Calvo y otros autores y artistas de renombre mundial.

También nuestros juristas, en foros internacionales, lucharon por el principio de la igualdad de las naciones en sus relaciones exteriores y contra las intervenciones políticas y económicas.

En 1906, en la Tercera Conferencia Panamericana celebrada en

Río de Janeiro, la figura grave, sobria, severa, como la de un patricio romano, del ex Presidente don Ascensión Esquivel, se levantó para protestar por los atropellos que habría sufrido Venezuela de parte de Estados europeos que pretendían lograr, por medios militares, el cobro de sus créditos contra aquella nación hermana. Abogó el licenciado Esquivel por una acción colectiva de América para resistir en el futuro tales actos de intervención y de violencia. Hoy sus ideas están recogidas en los principios fundamentales de la Organización de Estados americanos.

Años después, en 1923, en Santiago de Chile, durante la V Conferencia Panamericana, otro gran costarricense, el licenciado Alejandro Alvarado Quirós, critica con energía las bases de aquella organización por el hecho de haber permitido que la representación en ella de los gobiernos de los países latinoamericanos estuviera a cargo de sus representantes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de Washington, por lo cual se habían producido situaciones en las cuales gobiernos de algunos de aquellos países quedaban sin representación en la Unión Panamericana cuando el Gobierno de los Estados Unidos desconocía a dichos gobiernos o rompía relaciones diplomáticas con ellos. El licenciado Alvarado abogó por una representación directa de las naciones americanas ante dicho organismo internacional, totalmente desligada de su representación diplomática en Washington. Triunfó la tesis de nuestro ilustre legado, y esto permitió, años después, la creación de la Organización de Estados Americanos sobre la base de una absoluta igualdad jurídica y política de los Estados que la integran.

Y, finalmente, en 1928, durante la segunda administración de uno de nuestros más sabios y probos gobernantes, el gran jurista don Cleto González Víquez, un abogado joven que desempeñaba el puesto de subsecretario de Relaciones Exteriores, el licenciado Alejandro Aguilar Machado, antiguo miembro del IHLADI, recientemente fallecido, libró y ganó para América otra trascendental batalla para evitar el predominio ideológico o político de unos pueblos sobre otros.

En esa oportunidad, Costa Rica fue invitada por la Liga de las Naciones, a iniciativa de los delegados de Francia, Chile y Cuba, a reingresar a aquella organización mundial, de la que se había retirado en 1924 por considerar que los países pequeños no eran oídos en aquel foro internacional y que las cuotas de membresía que se pagaban por pertenecer al organismo estarían mejor empleadas «en la construcción de cañerías, escuelas o caminos».

Siguiendo la opinión del licenciado Aguilar Machado, nuestro

Gobierno condicionó su reingreso a que, de previo, el Congreso de la Liga de las Naciones definiera su criterio respecto al artículo 21 de su carta constitutiva, según el cual se citaba a la doctrina de Monroe como un «entendimiento regional» que el Pacto de Versalles reconocía como vigente para América.

La respuesta no pudo ser más satisfactoria para nuestro gobierno y nuestro pueblo. El Congreso de la Liga de las Naciones resolvió que la mención de aquella doctrina no significaba que se le diera a la misma más validez que la que originalmente tenía. En otras palabras, la de una declaración unilateral de un Estado. Y ante tan satisfactoria respuesta, nuestro país ocupó su asiento en la organización mundial de aquella época, con la conciencia satisfecha por haber logrado, para él y para América, toda una declaración indispensable para evitar que se diera una doctrina política de los Estados Unidos, una vigencia y una autoridad que nunca fue aceptada por los demás pueblos de América.

Ultimamente, un nuevo caso de asilo político nos ha llevado de nuevo a una situación riesgosa. Un estudiante, un joven cuyo nombre no interesa citar, fue sacado por la fuerza de las armas de una de nuestras Embajadas. Nuestro Gobierno trató por todos los medios diplomáticos que se devolviera al refugiado a su lugar de asilo. Como no se daba satisfacción al justo reclamo de nuestro Gobierno, éste, serenamente, sin desplantes, sin violencias verbales, expresó su firme determinación de no participar en nuevas reuniones internacionales, en nuevos cabildeos diplomáticos para resolver los problemas de Centroamérica, mientras el asilado no fuera liberado o devuelto a nuestra Embajada.

No importaba el nombre del refugiado ni su significación política o social, se trataba de un ser humano que había obtenido la protección de nuestra bandera y nuestras leyes. Se trataba de una vida humana, de una libertad encarnada en la vida de un hombre que el Gobierno y el pueblo de Costa Rica estaban obligados a proteger.

El Gobierno fue firme; serenamente, sin gestos teatrales; y el pueblo estuvo a su lado sin ceder ni un ápice, hasta que el asilado fue depositado, sano y salvo y libre, en el suelo hermano y sagrado de Colombia.

Así, desde el campesino de los primeros tiempos coloniales, por más de cuatro siglos y hasta el presente, el surco se ha mantenido recto, sin desviaciones ideológicas, sin debilidades. Y hemos luchado con audacia, con convicción, por el respeto al hombre y a la personalidad y a la igualdad de los Estados, grandes y pequeños, en el ordenamiento jurídico internacional. Hemos sido audaces porque somos

fuertes, porque estamos acorazados por los principios eternos de la Justicia.

Habéis llegado a Costa Rica, compañeros del IHLADI, en una época crítica para las naciones centroamericanas. Estos pueblos están tratando de encontrar fórmulas políticas y jurídicas para resolver sus problemas internos y externos. Pero los costarricenses no estamos dispuestos a sacrificar el Derecho a la Política. Queremos la paz, pero sabemos que ésta no se puede asentar sobre la injusticia ni sobre la tiranía. Sólo creemos en la paz que crea el sistema democrático en lo interno y el respeto de los Estados a los derechos de los demás en el ámbito internacional.

Habrà que firmar tratados, convenios, nuevas fórmulas para las relaciones internacionales entre los pueblos del Istmo. Pero queremos que no haya en ellos conceptos equívocos, frases ambiguas. No queremos claroscuros en sus redacciones.

Para ello recurriremos a vuestros libros, a vuestras publicaciones, a vuestros idearios y a vuestras enseñanzas.

Pero necesitamos que queden terminantemente definidos en tales documentos, dentro del cristal justo, claro, preciso y transparente de la palabra castellana, cuáles son los derechos sagrados de la persona humana, cuáles son los derechos inalienables de los pueblos.

Por último, el señor Presidente de la República, don Luis Alberto Monge, declaró instalado el Congreso con un relevante discurso institucional del siguiente tenor:

DISCURSO DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Como Presidente de Costa Rica, país democrático por excelencia y de secular vocación pacifista, saludo afectuosamente a las distinguidas personalidades aquí congregadas y les doy la más cordial bienvenida. Para el Gobierno y el pueblo de Costa Rica, es motivo de honda complacencia tenerlos aquí, dispuestos a engrandecer el acervo jurídico del género humano. Estoy a la orden de todos los estimables participantes en el XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional; complacido, con sano orgullo, les ofrezco la hospitalidad del pueblo costarricense, pueblo acogedor y generoso, lleno de indeclinable fe en el Derecho Internacional y en la capacidad del hombre para transformar el mundo de

acuerdo con los imperativos de la justicia, la razón y la fraternidad. Se encuentran ustedes, amigos del fecundo universo hispano-luso-americano, en un país que invierte el 30 por 100 de los fondos públicos en educación; que voluntariamente proscribió las Fuerzas Armadas como institución permanente; que desde hace más de un siglo abolió la pena de muerte y que, dentro de cinco años, en 1989, podrá proclamarle al mundo que ha cumplido su primer siglo de procesos democráticos; un siglo de firme adhesión a los ideales de la democracia y de confiar su seguridad al imperio del Derecho Internacional. Ninguna otra nación del mundo pobre ostenta tan honrosa y ejemplar credencial.

Existe en nuestro pueblo, desde sus albores históricos, auténtica inclinación por todo lo que tiene medida y armonía; por todo lo que significa concordia y convivencia pacífica; por todo lo que afirma la libertad, la racionalidad y el progreso. Gracias a Dios, Costa Rica ha sido forjada por educadores y abogados. Puedo aseverar hoy, sin temor a equivocarme, que la neutralidad es la afirmación cívica y ética de la vocación pacifista del pueblo costarricense. Costa Rica no se siente aislada, sumida en narcisismos nacionalistas, sino comprometida con su tiempo y el mundo en que vive. Sentimos que la actitud solidaria está en el amor hacia el mundo, en el afán de contribuir a su bondad y perfección. Alguien dijo, con evidente acierto, que «la libertad es, en la filosofía, la razón; en el arte, la inspiración; en la política, el derecho». Costa Rica, que comparte este pensamiento y el de que la libertad es la riqueza de los pueblos, se ha esforzado y se esfuerza por conservar, en todo momento y lugar, la cordura y el equilibrio, y los ideales de la libertad personal y la dignidad humana.

Las referencias anteriores no se originan en vanos nacionalismos, sino en la conveniencia de reiterar que la democracia es posible en un país pobre. Costa Rica así lo demuestra. Ubicada en un entorno geográfico turbulento, sin ejército, abierta a todas las corrientes de pensamiento y solidaria con los justos anhelos de liberación integral de todos los pueblos del orbe, Costa Rica ha sabido ganarse el respeto mundial por su régimen de libertades y su sostenida confianza en el sistema jurídico internacional. Sedientos de paz y fraternidad universales, participamos en toda acción pacificadora y humanitaria. Sin dejar de ser respetuosos del principio de no intervención en los asuntos internos de las naciones, hemos combatido y seguimos combatiendo, con armas nobles y limpias, todos los tratamientos crueles y degradantes, todas las acciones inhumanas y sanguinarias, todos los atropellos contra los derechos del hombre. La defensa de una

ideología no justifica ni las represalias, ni los actos de barbarie, ni el delito, ni las matanzas masivas.

Por su culto a la dignidad plena del hombre y su tradicional espíritu humanitario, el pueblo costarricense no podrá justificar jamás el lanzamiento de bombas sobre la población civil, el azar, sin ningún objetivo militar. En el proceso evolutivo del ser costarricense, cada vez más enamorado del sufragio universal y de las elecciones libres, no tienen cabida la violencia, ni el espíritu de venganza, ni las formas dictatoriales de gobierno. Duele mucho, en verdad, que algunas personas crean que la dignificación de los infortunados exige que se legitime el homicidio en el mundo. No hemos perdido aún, y nos educamos para no perderla nunca, la capacidad de indignarnos ante el aniquilamiento, la destrucción y el despotismo. Nuestra fe en las virtudes redentoras de la educación es cada vez más fuerte. Y no pensamos jamás educar para la guerra. La seguridad de Costa Rica no descansa en el poder de las armas, sino en la paz, en la lealtad a sus convicciones históricas y en el civismo del pueblo costarricense. Moralmente somos fuertes, porque no incurrimos en los abusos que censuramos y porque hemos sometido nuestra democracia a un tenaz proceso de revisión y rectificación, como corresponde a toda democracia que se precie de ser tal.

Los derechos del hombre no están inscritos ni en la bandera del capitalismo, ni en la bandera del comunismo. No. Están inscritos en la bandera de la auténtica democracia: de la democracia que valora altamente la libertad de expresión y no teme las elecciones libres; de la democracia que no promueve ni justifica ultrajes a la dignidad humana, ni se olvida de la redención de los infortunados; de la democracia que sabe que no se puede llevar al hombre a su máxima plenitud sin libertades individuales y que el progreso de los fuertes no debe depender de la explotación de los débiles; de la democracia convencida de que la paz es el fruto de la equidad y de que no debe cometerse injusticia contra nadie. Costa Rica juzga que no hay razón válida en el mundo para pisotear los derechos del hombre. No podremos aceptar jamás, por ello, las ideologías que rebajan la dignidad humana o restringen la plena liberación del hombre. Para nosotros, la paz y la vigencia de los derechos humanos son inseparables. La historia de Costa Rica no es otra cosa que la historia de un interminable esfuerzo por estimular y promover el respeto total a los derechos humanos. Esto es Costa Rica: plena observancia de los derechos humanos y profundo sentido de la equidad.

Por eso Costa Rica piensa que es indispensable la extensión del Derecho Internacional al campo de los derechos humanos. Es hora

de promover la intervención internacional en la defensa de los derechos sagrados del género humano. El 8 de mayo de 1962, al asumir la Presidencia de la República don Francisco J. Orlich (q. D. g.), un político que encarnó fielmente las aspiraciones del pueblo costarricense, afirmó lo siguiente: «Hay una responsabilidad colectiva de los Estados de asegurar para todos los seres humanos, no importa bajo qué bandera vivan, el disfrute irrestricto de los derechos fundamentales. Sólo será efectiva si se establece el principio moral y jurídico de que las Naciones han de ceder algo de su soberanía a favor de una organización superior, que pueda servir de freno a los posibles desmanes en el ejercicio del poder, que desgraciadamente suelen cometer algunos gobernantes.»

He aquí el pensamiento claro y definido de un hombre franco, por mil títulos querido y respetado en nuestra patria, para quien todos los seres humanos, todos, en el campo de sus derechos fundamentales, deben contar con la protección del Derecho Internacional. Los derechos humanos, como conjunto de atribuciones reconocidas al hombre, no deben sufrir la depreciación de las circunstancias ni las limitaciones de las potestades nacionales. Alguien ha dicho que «los derechos humanos no existen, lo que existe es el derecho de los Estados; en otras palabras, el derecho del más fuerte».

Para los hombres de conciencia recta, esto es inadmisible y constituye una vergüenza para el espíritu humano. La lucha por la vigencia de los derechos humanos incumbe, sin duda, al Derecho Internacional. Es una tarea más de nuestra civilización en su largo camino hacia la legalidad. Y de una tarea de esta magnitud, ningún pueblo debe quedar excluido, ya que es de carácter mundial y atañe a todos los hombres, sin que importe bajo qué bandera vivan, como sostuvo don Francisco J. Orlich.

Todo esto, para Costa Rica, no son sueños utópicos. Tenemos confianza en el progreso moral de la humanidad y lo esperamos todo de la paz, el trabajo y el derecho. Creemos en los procedimientos pacíficos para conseguir las cosas, y siempre estamos abiertos a las exigencias del bien común, aquí y en cualquier parte del mundo. Fomentamos la comprensión y la concordia entre todas las naciones del orbe, porque juzgamos viable la coexistencia pacífica de los diversos Estados; pero hemos condenado, condenamos y condenaremos siempre la conculcación de los derechos por parte del poder político, sea cual fuere su signo ideológico. Somos inaccesibles a las iniciativas inspiradas por el odio y la violencia. Soñamos con que la ciencia no se consagre al homicidio, sino a curar las múltiples heridas de la humanidad, y con que el Derecho Internacional no se dedique

a legitimar los abusos que se extienden por el mundo, sino a combatir la barbarie y a reparar injusticias en todos los puntos de la tierra.

Como Presidente de Costa Rica, de esta democracia ejemplar y deseosa de acercarse al término de su perfección, formulo los mejores votos por el éxito de este relevante Congreso.

Pensadores profundos y probos, ustedes nos honran con su presencia y sus fecundas deliberaciones. Costa Rica entera los alienta en sus nobles empeños y Costa Rica entera confía en que estarán a la altura de la excelsa misión que se les ha confiado.

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE
LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS
DEL XIV CONGRESO DEL IHLADI

CONCLUSIONES DEL CONGRESO

Como se dice antes, la *Primera Comisión*, al no poder instalarse, por ausencia justificada de su Ponente, tampoco adoptó, por consecuencia, conclusión alguna.

El texto de su Ponencia, redactado por la doctora Gilda Maciel Correa Meyer Russomano (Brasil), aparte de haber sido impreso y repartido, será publicado en el volumen 8 del ANUARIO DEL IHLADI y es posible sea defendido por su autora en el próximo XV Congreso.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA COMISION

Habiendo analizado la ponencia de su Asociado, Licenciado Rodolfo E. Piza Escalante, y habiendo valorado la originalidad de las ideas en ella expuestas, como así también su rigor científico,

DECLARA:

1. El concepto actual de las fuentes del Derecho Internacional no resulta satisfactorio para describir todas las formas de creación de normas jurídicas en el Derecho Internacional contemporáneo, por lo que se hace necesario un nuevo planteamiento.
2. En la elaboración de este nuevo planteamiento sería conveniente tener en consideración, entre otros, los siguientes aspectos:
 - a) La capacidad de creación normativa del consenso arraigado de los Estados y otros sujetos del Derecho Internacional, como expresión de la conciencia jurídica colectiva de la comunidad internacional en su conjunto.
 - b) La necesidad de precisar los límites conceptuales de cada una de las formas de creación de Derecho de Gentes, de modo que no se distorsionen sus elementos básicos.
 - c) La necesidad de no limitar al concepto y los modos de manifestación del Derecho Internacional a lo establecido por la vía consuetudinaria.
 - d) La conveniencia de actualizar los principios generales de Derecho, de acuerdo con la evolución del Derecho Internacional contemporáneo.
 - e) La posibilidad de la existencia de normas imperativas («jus cogens») de carácter regional.

3. En este nuevo planteamiento debe darse especial consideración a la existencia de normas no creadas formalmente, sino meramente reconocidas por la comunidad internacional.

CONCLUSIONES DE LA TERCERA COMISION

Habiendo analizado la ponencia presentada por el miembro de este Instituto señor Hugo Llanos Mansilla y valorado las ideas en ella expuestas, como también su rigor científico, y habiendo tomado asimismo en consideración las observaciones formuladas por los miembros y asociados que participaron en la discusión de la ponencia,

DECLARA:

1. Dado que la finalidad última del Derecho Internacional es la ordenación en justicia de la vida internacional al servicio de la persona humana, se considera necesario afianzar cada vez más el reconocimiento de su condición de sujeto de Derecho Internacional, en particular fortaleciendo su acceso directo a instancias internacionales —como fue establecido en 1907 por la Convención Constitutiva de la Corte de Justicia Centroamericana—, de modo que se garantice la protección plena de sus derechos, especialmente en el campo de los derechos humanos.

Con tal finalidad, este Instituto

INSTA:

1. A todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos a la pronta ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o adhesión a la misma, a la aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir comunicación de Estados sobre violación de derechos humanos y, especialmente, a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a que, en descargo de su mandato y en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, someta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos peticiones y comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos que tramita conforme a su ordenamiento jurídico, a

fin de fortalecer la protección de esos derechos, garantizada por los mecanismos establecidos en dicha Convención.

3. A los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, para que incorporen al sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los derechos económicos, sociales y culturales, cuya importancia es decisiva para la plena vigencia de los derechos humanos.

4. A los Estados Partes en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales a que ratifiquen todos sus Protocolos Adicionales y a que reconozcan obligatoriamente (y no con carácter opcional) el derecho de petición de la persona humana ante la Comisión.

5. A todos los Estados de la comunidad internacional a ratificar los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y en especial el Protocolo facultativo del primero de estos instrumentos.

6. A todos los Estados de la comunidad internacional a crear los instrumentos necesarios para que las decisiones de los órganos internacionales de justicia en materia de derechos humanos puedan ser ejecutados en los respectivos países por los procedimientos internos pertinentes para la ejecución de sentencias.

7. A los Estados de la comunidad internacional a establecer los mecanismos que permitan el juzgamiento y sanción por órganos jurisdiccionales imparciales de la violación de derechos humanos y delitos internacionales cometidos por individuos, asegurando tanto a los inculpados como a las víctimas una más eficaz garantía procesal.

CONCLUSIONES DE LA CUARTA COMISION

Habiendo analizado la ponencia presentada por su miembro, profesor doctor Manuel Pérez González, y valorado las en ella expuestas,

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en su XIV Congreso,

Atento a la evolución del Derecho Internacional de la responsabilidad, a cuya codificación y desarrollo progresivo están contribuyendo primordialmente las Naciones Unidas a través de su Comisión

de Derecho Internacional, así como la OEA a través del Comité Jurídico Interamericano y otros organismos codificadores y científicos,

Consciente de la importancia que en el contexto de las relaciones internacionales de cooperación poseen las organizaciones internacionales, cuya interacción con los Estados y con otros sujetos de Derecho Internacional da lugar a un número creciente de transacciones cuyas consecuencias, entre ellas la posible responsabilidad internacional, se hace necesario regular mediante reglas jurídicas progresivas,

Deseoso, por tanto, de contribuir al avance del Derecho Internacional de la responsabilidad, aplicable a las organizaciones internacionales,

I. DECLARA:

1. Entre las nuevas tendencias del Derecho Internacional de la responsabilidad destaca la aparición y la progresiva concreción de reglas relativas a la responsabilidad de sujetos de Derecho Internacional distintos de los Estados, entre ellos las organizaciones internacionales.

2. Las organizaciones internacionales tienden a ver reconocida su capacidad para ser sujetos activos y pasivos en las relaciones de responsabilidad, siéndoles incluso aplicables las reglas relativas a la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho Internacional.

3. La personalidad jurídica internacional de una organización internacional constituye el presupuesto para la intervención de ésta, en tanto sujeto activo o pasivo, en las relaciones de responsabilidad. En especial, la voluntad propia de la organización sirve de base tanto para la configuración de un hecho generador de responsabilidad internacional como *hecho de la organización*, como para, en caso de concurso de responsabilidades, el deslinde de las respectivas responsabilidades de la organización y de otros sujetos de Derecho Internacional.

4. El Derecho Internacional de la responsabilidad, en su aplicación a las organizaciones internacionales, incluye, junto a reglas generales vigentes en la esfera de la responsabilidad de los Estados, otras especiales requeridas por las peculiaridades de esos sujetos (con referencia, *inter alia*, a las categorías de actos, a los perfiles de la responsabilidad derivados de la personalidad funcional de las organizaciones internacionales, al concurso de hechos ilícitos y de

responsabilidades, a los mecanismos y procedimientos para el arreglo de diferencias sobre responsabilidad que afectan a organizaciones internacionales).

5. A través de los medios apropiados, deben establecerse con claridad las condiciones en que se haya de atribuir, a los efectos de la eventual responsabilidad, un hecho a una organización internacional o al Estado en cuyo territorio ésta realiza sus actividades.

6. Como sujeto de Derecho Internacional perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito atribuible a otro sujeto de Derecho Internacional, una organización internacional puede exigir reparación por las consecuencias dañosas de ese hecho, referidas tanto a los derechos e intereses propios de la organización como a los de la persona cuya protección funcional pueda ejercitar.

7. Deberá, en lo posible, estipularse el derecho de la organización internacional de presentar, a través de sus propios órganos, una reclamación internacional, así como el derecho preferente de la reclamación de la organización respecto de la de un Estado en relación con el mismo asunto.

8. Como sujeto de Derecho Internacional al que puede atribuírse un hecho internacionalmente ilícito que dé lugar a responsabilidad internacional, una organización internacional puede resultar responsable por la violación de obligaciones contraídas con otro sujeto de Derecho Internacional. A tal efecto, se considera *hecho de la organización*, según el Derecho Internacional, el comportamiento de todo órgano o agente de aquélla que tenga la condición de tal según las reglas de la organización, cualquiera que sea su posición dentro del sistema institucional, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa condición.

9. El daño del Estado, resultante de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a una organización internacional, puede basarse tanto en una lesión directa de los derechos del propio Estado como en un perjuicio irrogado a un particular nacional suyo cuya causa sostiene el Estado a través del ejercicio de la protección diplomática frente a la organización; situaciones que pueden repercutir en el carácter y en el alcance y forma de la reparación del daño.

10. Es deseable el desarrollo por las distintas organizaciones internacionales de instituciones orientadas a regular situaciones en que pueda tener lugar una relación directa de responsabilidad entre la organización y los particulares (personas físicas y jurídicas), al estilo de las que en el seno de organizaciones como las Comunidades Europeas dan origen a recursos por responsabilidad extracontractual de la organización por faltas de servicio de sus órganos, o de las

relativas a los incidentes derivados de los contratos entre la organización y sus funcionarios.

11. La nulidad según el Derecho Internacional de un hecho atribuible a una organización internacional, en cuanto implique ilicitud, genera responsabilidad internacional de la organización. La anulación del acto es susceptible de operar, al menos parcialmente, como una forma de reparación del hecho internacionalmente ilícito.

12. A los efectos de la responsabilidad internacional, la atribución de un hecho a la organización internacional o, por el contrario, a los Estados que la integran está en relación, *inter alia*, con el grado de dependencia de la actividad respecto del cuadro funcional de la organización y con el grado de sujeción de las personas o entidades actuantes a la autoridad y el control de la organización.

13. En las distintas esferas en que puede suscitarse la responsabilidad internacional de una organización internacional (actividades normativas, actividades operacionales, hechos acaecidos en la sede de la organización o en otro territorio donde la organización actúe, actividades productoras de daños de origen tecnológico, acuerdos internacionales, etc.), los distintos supuestos de responsabilidad conjunta, concurrente o alternativa de la organización y de otro u otros sujetos de Derecho Internacional, deberán quedar establecidos con claridad por vía de acuerdo o poder deducirse de la práctica de las partes interesadas; teniendo en cuenta, entre otros factores, el carácter más o menos integrado del órgano y de la acción institucional y el *quantum* de control y autoridad reservado a la propia organización en el ejercicio de las funciones de que se trate.

14. Es deseable, en el plano del Derecho Internacional general y en el del Derecho particular de las organizaciones internacionales, la instauración de mecanismos y procedimientos jurídicos para el ajuste de cuestiones y diferencias en que, en el terreno de la responsabilidad, pueda estar envuelta una organización internacional.

15. Es deseable, en concreto, en relación con toda decisión *lato sensu* de organizaciones u órganos internacionales, afecte o no a intereses de particulares, la introducción de un procedimiento obligatorio apropiado para el arreglo, por vía judicial o arbitral, de las controversias jurídicas que pudieran nacer de esa decisión.

16. En el plano de las relaciones externas de responsabilidad de una organización internacional con otros sujetos de Derecho Internacional, y teniendo en cuenta la dificultad de hacer valer respecto de la organización reglas como la del agotamiento de los recursos internos, así como la incapacidad actual de las organizaciones internacionales para comparecer, por vía contenciosa, ante la Corte

Internacional de Justicia, es aconsejable, en tanto no se produzca una deseada evolución del Derecho, el recurso combinado a la negociación y el arbitraje para resolver las diferencias que puedan surgir de las relaciones de responsabilidad en que intervenga una organización internacional.

II. INSTA:

1. A los Estados de la Comunidad hispano-luso-americano-filipina a contribuir, a través de su actuación en los foros políticos y jurídicos internacionales, al desarrollo del Derecho Internacional de la responsabilidad, en su aplicación a las organizaciones internacionales.

2. A los Miembros y Asociados del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional a contribuir, a través de sus tareas de investigación y de sus respectivas posiciones profesionales, al avance científico y práctico del Derecho Internacional de la responsabilidad en su aplicación a las organizaciones internacionales, abriendo así camino a la deseable labor de profundización de la Comisión de Derecho Internacional, del Comité Jurídico Interamericano y de otras instancias codificadoras y científicas, en las cuestiones relativas a la responsabilidad de sujetos de Derecho Internacional distintos de los Estados.

OTROS ACUERDOS DEL XIV CONGRESO

Tanto en las Sesiones Plenarias y de Clausura, como en las Juntas de Miembros, se adoptaron, sobre la base de las oportunas propuestas o mociones, escritas o formuladas oralmente, los siguientes

ACUERDOS:

- Voto de reconocimiento y gratitud a las Autoridades de Costa Rica —y en especial al señor Presidente de la República, don Luis Alberto Monge, quien se dignó presidir la solemne sesión de inauguración del Congreso y pronunció un brillante discurso— por la espléndida hospitalidad brindada a todos los Miembros y Asociados del IHLADI, así como a sus acompañantes.
- Voto de gratitud a la Corte Suprema de Justicia, al Instituto Costarricense de Turismo, a la Corte Centroamericana de

Derechos Humanos, a la Soberana Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén y al Colegio de Abogados por sus múltiples atenciones.

- Manifestación de condolencia por el fallecimiento del gran jurista costarricense don Antonio Picado Guerrero, ex Presidente del Colegio de Abogados, ex Magistrado y Maestro de distinguidos juristas, expresada al Foro Costarricense y a su doliente familia en la persona de la Licenciada Sonia Picado de Oreamuno, hija del recientemente fallecido.
- Designación como Asociado de Honor, a título póstumo, a la señora Frida Pfirter de Armas Barea (Argentina).
- Felicitación a la Comisión Organizadora del XIV Congreso, integrada por los queridos colegas costarricenses Fournier Jiménez, Ortiz Martín, Sotela Montagné, Tinoco Castro, Yglesias Echeverría, Baruch, Piga, Viglione y Volio, y demás entusiastas colaboradores por la magnífica labor realizada, que contribuyó decisivamente al éxito del Congreso de San José.
- Felicitación a los Ponentes señores Piza Escalante (Costa Rica), Llanos Mansilla (Chile) y Pérez González (España), por el acierto de sus trabajos que sirvieron de la mejor ayuda a los profundos e interesantes debates del Congreso sostenidos en las sesiones de las respectivas Comisiones y Sesiones Plenarias.
- Voto de viva complacencia con motivo de la celebración del «Tratado de Paz y Amistad», acordado entre las Repúblicas de Argentina y Chile, con la Augusta Mediación de su Santidad Juan Pablo II, firmado en Roma el 18 de octubre de 1984. Al emitir este voto, el XIV Congreso desea especialmente recalcar que el Tratado, independientemente de sus particularidades, constituye un encomiable ejemplo de cómo dos pueblos hermanos, con un espíritu de transacción recíproca, han logrado resolver pacíficamente un conflicto más que sesquicentenario, a la vez que han establecido convencionalmente vías obligatorias de solución pacífica, inclusive la arbitral, para cualquier eventual controversia futura. Y el Congreso formula el ardiente deseo de que ambas partes ratifiquen prontamente dicho Tratado, demostrando así cómo los pueblos de la comunidad hispano-luso-americano-filipina pueden solucionar, por vías pacíficas y jurídicas, las más importantes controversias.
- Preocupación por las sucesivas explosiones nucleares france-

cesas que tienen lugar en el atolón de Mururoa, que ponen en peligro la salud de los habitantes del Sistema del Pacífico Sur, causando serios daños al medio ambiente marino y a los recursos marinos de dichos países, contraviniendo con ello lo dispuesto en las Convenciones y normas internacionales pertinentes, instándose al Gobierno de Francia a que ponga término inmediato a dichas explosiones nucleares.

- Voto de gratitud a nuestro colega venezolano doctor Schacht y a su Gobierno por el mantenimiento de la dotación del «Premio Luis García Arias» (dos mil dólares USA), acordándose asimismo CONVOCAR el correspondiente al bienio 1985-1987 entre los juristas de nuestra comunidad, sobre un tema libre de Derecho Internacional Público, en lengua española o portuguesa, designándose el Jurado Calificador, que lo compondrán el doctor Schacht (Venezuela) como Presidente, y los doctores Barberis (Argentina) y Martínez Moreno (El Salvador) como Vocales. Habrá un plazo de presentación hasta el 31 de diciembre de 1986, en la Secretaría General del IHLADI. La extensión de los trabajos inéditos que opten al mencionado Premio no será inferior a cincuenta folios escritos a máquina.
- Mantenimiento de la cuota individual de SESENTA dólares USA al año, tanto para Miembros como Asociados del IHLADI.
- Designación como SEDE del próximo XV Congreso del IHLADI a la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia), posiblemente en los meses de febrero o marzo de 1987, nombrándose Presidente de la correspondiente comisión organizadora al Miembro doctor José Joaquín Caicedo Perdomo.
- Fijación del TEMARIO CIENTIFICO que se discutirá en dicho XV Congreso, que será el siguiente, con indicación de los Ponentes designados:
 1. «Régimen jurídico de las telecomunicaciones por satélite». Ponente: Manuel Augusto Ferrer (h) (Argentina).
 2. «La inmunidad de jurisdicción territorial de los Estados». Ponente: Gilda Maciel Correa Meyer de Russomano (Brasil).
 3. «La extradición en la lucha del tráfico de estupefacientes». Ponente: Germán Sarmiento (Colombia).

4. «Problemática de la equidad en Derecho Internacional público. Aspectos actuales».
Ponente: José Juste Ruiz (España).
5. «La lucha y la cooperación internacional contra el terrorismo».
Ponente: José Pérez Montero (España).
6. «Las normas mercantiles y financieras de los Países del Pacto Andino y su eventual aplicación por el Tribunal Andino de Cartagena».
Ponente: Gonzalo Parra Aranguren (Venezuela).

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI (arts. 6 y 7)

En las elecciones estatutarias que tuvieron lugar el día 25 de marzo de 1985 resultaron elegidos los siguientes nueve MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta:

Julio BARBERIS (Argentina).
Miguel Angel ESPECHE GIL (Argentina).
José Joaquín CAICEDO PERDOMO (Colombia).
Luis Demetrio TINOCO CASTRO (Costa Rica).
Manuel YGLESIAS ECHEVERRÍA (Costa Rica).
Alfredo ORTIZ MANCIA (El Salvador).
José JUSTE RUIZ (España).
Manuel VILLACORTA WIELMANN (Guatemala).
Julio LINARES GUTIERREZ (Panamá).

Asimismo fueron elegidos los siguientes 22 ASOCIADOS:

Antonio BOGGIANO (Argentina).
Elsa KELLY (Argentina).
Enrique GAVIRIA LIEVANO (Colombia).
Rafael NIETO NAVIA (Colombia).
Germán SARMIENTO (Colombia).
Bernardo BARUCH SCHIFFMAN (Costa Rica).
Carlos S. GUTIERREZ GUTIERREZ (Costa Rica).
Bernd NIEHAUS QUESADA (Costa Rica).
Alfredo VARGAS FERNANDEZ (Costa Rica).
María Teresa INFANTE CAFFI (Chile).
José David ESCOBAR GALINDO (El Salvador).
Pacífico CASTRO (Filipinas).
Alberto GUEVARA (Filipinas).
Edgardo PAZ BARNICA (Honduras).
Carlos Roberto REYNA (Honduras).
Carlos A. LOPEZ GUEVARA (Panamá).
Carlos OZORES TYPALDOS (Panamá).
Eduardo FERRERO (Perú).
Roberto PUCEIRO RIPOLL (Uruguay).
Luis HERRERA MARCANO (Venezuela).
Adriana PULIDO SANTANO (Venezuela).
Jean François PULVENIS (Venezuela).

COMISIONES DEL XIV CONGRESO

Composición de las Mesas

La *Primera Comisión* no pudo instalarse por la justificada ausencia de la ponente, doctora Gilda MACIEL CORREA MEYER DE RUSSOMANO (Brasil), que había redactado y distribuido su trabajo sobre la «Inmunidad de jurisdicción territorial de los Estados».

La *Segunda Comisión*, sobre «La opinio juris» como fuente autónoma del Derecho Internacional», tuvo la Mesa compuesta por:

Presidente: Alfredo MARTINEZ MORENO (El Salvador).
Vicepresidente: José PEREZ MONTERO (España).
Ponente: Roberto E. PIZA ESCALANTE (Costa Rica).
Secretario: Luis D. TINOCO CASTRO (Costa Rica).

La *Tercera Comisión*, sobre «La persona humana como sujeto de Derecho Internacional», tuvo la siguiente Mesa:

Presidente: José Joaquín CAICEDO PERDOMO (Colombia).
Vicepresidente: Julio LINARES GUTIERREZ (Panamá).
Ponente: Hugo RAMOS MANSILLA (Chile).
Secretario: Rogelio SOTELA MONTAGNE (Costa Rica).

La *Cuarta Comisión*, sobre «Las organizaciones internacionales y el derecho de la responsabilidad», quedó instalada con la Mesa compuesta así:

Presidente: Manuel AUGUSTO FERRER (Argentina).
Vicepresidente: Rafael URQUIA (El Salvador).
Ponente: Manuel PEREZ GONZALEZ (España).
Secretario: Fernando VOLIO JIMENEZ (Costa Rica).

RELACION DE PARTICIPANTES

(M) Miembro
(A) Asociado
(O) Observador

ARGENTINA:

ARMAS BAREA, Calixto (M).
BARBERIS, Julio (M).
FERRER, Manuel Augusto (M).
REY CARO, Ernesto J. (M) (*).
BARTOLOMEO CARLOMAGNO, Roberto (A).
MOYA DOMINGUEZ, María Teresa (A) (*).

BRASIL:

CORREA MEYER DE RUSSOMANO, Gilda Maciel (M) (*).

COLOMBIA:

CAICEDO PERDOMO, José Joaquín (M).

COSTA RICA:

FOURNIER JIMENEZ, Fabio (M).
ORTIZ MARTIN, Gonzalo (M).
SOTELA MONTAGNE, Rogelio (M).
TINOCO CASTRO, Luis Demetrio (M).
YGLESIAS ECHEVERRIA, Manuel (M).

BARUCH SCHIFFMAN, Bernardo (A).
GUTIERREZ G., Carlos José (A).
NIEHAUS QUESADA, Bernd (A).
PIZA ESCALANTE, Rodolfo (A).
REDONDO GOMEZ, José Luis (A).
FERNANDEZ VARGAS, Alfredo (A).
VIGLIONI MARCHISO, Renato (A).
VOLIO JIMENEZ, Fernando (A).

ALTAMIRANO LACAYO, Adolfo (O).
CALDERON, Fernando (O).
DEL CASTILLO, Fernando (O).
FOURNIER BEECHE, Alfredo (O).
GOMEZ SANCHEZ, Luis Alberto (O).
JANA SAENZ, Jaime (O).
MIRANDA BERMUDEZ, Teresa (O).
MEYER, Charles (O).
MURILLO ZAMORA, Carlos (O).
MOLINA QUESADA, José Luis (O).
SANCHEZ SAVA, Guillermo (O).
SALAS, Winston (O).
VENTURA, Manuel E. (O).
WASURSTEIN GOLDWASER, Rebeca (O).

CHILE:

LLANOS MANSILLA, Hugo (M).

EL SALVADOR:

MARTINEZ MORENO, Alfredo (M).
SERRANO GARCIA, Carlos (M).
TRIGUEROS (hijo), Guillermo (A).
URQUIA, Miguel Rafael (A).

ESPAÑA:

AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, José Luis de (M).
JUSTE RUIZ, José (M).
PEREZ GONZALEZ, Manuel (M).
PEREZ MONTERO, José (M).
CEREZO DE DIEGO, Prometeo (A).
CORRIENTE CORDOBA, José Antonio (A).
MAPELLI LOPEZ, Enrique (A).
AZCARRAGA TOGOIRES, Elena de (O).

FILIPINAS:

SYQUIA, Enrique (A) (*).

GUATEMALA:

GARCIA BAUER, Carlos (M).
VILLACORTA WIELMANN, Manuel (M).

NICARAGUA:

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro (M).
MUNGUIA NOVOA, Juan (M).

PANAMA:

LINARES GUTIERREZ, Julio Ernesto (M).
OZORES, Renato (M).

PERU:

ARAMBURU MENCHACA, Andrés Avelino (M).
CISNEROS SANCHEZ, Máximo (M).

VENEZUELA:

CABANA, Luis (M).
FEBRES POBEDA, Carlos (M).
LINARES FLEYTE, Antonio (M).

(*) Por acuerdo de la Junta de Miembros se les consideró presentes en el Congreso a efectos estatutarios.

